

Bem Jurídico-Penal: Evolução histórica, conceituação e funções

Criminal-juridical Asset: Historical Evolution, Concept and Functions

DARIO JOSÉ KIST

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Luterana do Brasil, Mestrando em Direito pela mesma Universidade, Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça – Ministério Público do Rio Grande do Sul.

RESUMO

O texto trata da evolução histórica do instituto penal denominado bem jurídico, desde o seu aparecimento até o moderno e atual fenômeno da sua constitucionalização, concepção que incumbe ao Direito Penal a proteção de valores jurídicos radicados na Constituição do País. Além disso, fornece uma conceituação do bem jurídico e, por fim, apresenta as suas principais funções. **Palavras-chave:** Bem jurídico, Direito Penal, Direito Constitucional.

ABSTRACT

The article presents the historical evolution of the criminal institute named juridical asset, since its appearance till the modern and current phenomenon of its constitutional status, which entrusts to Criminal Law the protection of juridical values settled in Brazilian Constitution. It also provides a concept of the juridical asset and, finally, presents its main functions.

Key words: Juridical asset, Criminal Law, Constitutional Law.

1 – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Na estrutura do tipo penal, tal qual formulado modernamente, distingue-se uma parte objetiva e outra subjetiva. Naquela, aparecem como ele-

mentos necessários o sujeito, a conduta externa e o objeto jurídico.¹ Trata-se de elementos que estão presentes na estrutura de qualquer tipo penal.

No tocante ao objeto jurídico do delito, trata-se do dado em que se visualiza o bem ou o valor que o legislador, através da norma penal incriminadora, quer proteger, podendo ser um objeto físico, a qualidade de uma pessoa ou mesmo algo imaterial. É comum a afirmação no sentido de o bem protegido ser indispensável para o ordenado convívio humano, e somente por isso é justificada e legitimada a tipificação das condutas tendentes a colocá-lo em grave perigo ou mesmo ofendê-lo.

A importância do bem jurídico é captada sob dois enfoques: o político-criminal, em que serve para determinar os rumos do Direito Penal, e o dogmático, para apreender e identificar os objetos concretos da tutela penal, o que se conhece por conteúdo material do crime, isto é, o valor que se busca proteger por meio do Direito Penal².

A definição das funções do Direito Penal é problema antigo, ainda não de todo solucionado. Entretanto, há, modernamente, unanimidade doutrinária no sentido de ser o papel deste ramo do Direito a proteção de bens jurídicos³, a que se chegou após uma longa e lenta evolução desta temática, que iniciou no período do Iluminismo, quando o conteúdo material do delito era localizado na lesão ou exposição a perigo de direitos subjetivos; no início do século XIX, o crime passou a ser visto como a lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos, sendo que numa fase inicial somente bens materiais ou corpóreos poderiam ser objeto de tutela penal, concepção de autoria de Birnbaun, que pretendia limitar o âmbito de incidência das normas penais incriminadoras. Já no final do século XIX, com Binding e Lizst, o bem jurídico passa a ser identificado com bens vitais da comunidade ou do indivíduo que, por sua importância, são protegidos juridicamente.

¹ LUISI, Luis. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista da Ação e a nova legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987, p. 43 e seguintes.

² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287. Sobre o primeiro dos enfoques, este autor afirma: [...] *a noção de bem jurídico-penal é de capital relevância para a definição dos rumos do Direito Penal, principalmente em tempos de construção oportunista das normas repressivas que levam o sistema penal a representar cada vez mais fortemente o papel de instrumento de terror posto pelo Estado para exercício do controle e poder social, arruinando o tão bem e demoradamente arquitetado sistema de direitos e garantias individuais e coletivos ao longo dos séculos*.

³ Conforme preleciona PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 28/9, [...] *Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – “princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos”*.

Já no início do século XX, notadamente após a primeira guerra mundial, vicejaram as orientações espiritualistas de matriz neokantiana, responsáveis pela concepção metodológica ou teleológico-metodológica do bem jurídico, que identificavam neste um valor abstrato, de cunho ético-social, sendo os autores mais destacados desta tendência Grünhut, Honig, Schwinge e Zimmerl. Depois da segunda guerra mundial, após o período em que foi claramente negligenciado, o bem jurídico retoma um lugar de destaque da dogmática penal, momento em que surgiram as concepções funcionais e sistêmicas, destacando-se Jäger, Knut Amelung, Winfred Hassemmer, Hans Welzel e Hans Joachim Rodolphi. Por fim, novamente com o nítido objetivo de limitar a atividade legiferante incriminadora, desenvolveu-se e vige atualmente a concepção de que ao Direito Penal incumbe proteger bens jurídicos radicados na Constituição do País, falando-se em constitucionalização do bem jurídico, assumindo destaque o próprio Hans Joachim Rodolphi, Claus Roxin e, entre nós, Maurício Antônio Ribeiro Lopes e Luiz Luisi.

Esta evolução será demonstrada no texto que segue e, após, tratar-se-á da conceituação e das funções exercidas pelo bem jurídico.

2 – EVOLUÇÃO DAS CONCEPÇÕES ACERCA DO BEM JURÍDICO

2.1) Observações gerais

A noção de que o Direito Penal protege certos bens e interesses nasceu com o movimento de modernização deste ramo jurídico, no final do século XVIII, com as profundas modificações inseridas na cultura humana pelo movimento intelectual denominado Iluminismo.⁴ Com efeito, antes

⁴De acordo com o liceu de Luiz Luisi, o Iluminismo pode ser identificado a partir de duas teorias básicas: o jusnaturalismo e o contratualismo. A primeira impõe que [...] *o direito natural seja afastado de qualquer compromisso teísta...*, desenvolvendo a noção de que [...] *o homem, por ser tal, em virtude de dados que lhe são inerentes, é visto como um fim em si mesmo, e titular de uma série de direitos*. Já a teoria do contrato social ... *deixa de considerar o pacto como um fato histórico, para encará-lo como um postulado dialético, ou seja, uma hipótese meramente reguladora. A sociedade política, isto é, o Estado, não surge efetivamente de um ajuste real, mas deve ser estruturado e organizado como se tivesse sua origem em um contrato firmado por seus membros*. (LUIZI, Luiz. *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 128). Mais do que uma corrente de idéias, o Iluminismo vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos. É, por assim dizer, produto do embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês.

disso, o crime tinha estreito vínculo com o pecado, sendo visto como um atentado contra as divindades⁵, demonstrando o caráter sacro do direito como um todo, inclusive na esfera penal.

Na nova ordem instituída pelo Iluminismo, a religião foi substituída pela razão e, como conseqüência, a própria organização social passou a decorrer de atos humanos e, portanto, racionais. Foi o racionalismo cartesiano que inspirou os mentores do movimento em questão, cuja essência pode ser resumida na preocupação de fundar uma ordem social em cujo centro figurasse o ser humano, superando a excessiva deificação das instituições, própria da Idade Média, em que o homem tinha um lugar secundário e onde o mundo material e também o social eram concebidos como uma realidade objetiva, regida por leis e princípios determinados, estando o homem inserido neste contexto e regido pelas mesmas leis, sendo apenas um dado do todo.⁶

Em lugar destas concepções, surgiu uma cosmovisão antropocêntrica. Desapareceram as sombras medievais e floresceram novas idéias, culturas e princípios que revolucionaram a religião, a ciência e todos os campos do conhecimento humano. Desenvolveram-se doutrinas de cunho liberal e individualista que, reagindo contra a situação de enclausuramento a que o indivíduo fora relegado durante o milênio medieval, propugnou ser ele o grande expoente das instituições e a própria razão de ser do Estado e da sociedade⁷.

No campo do Direito, desenvolveu-se a célebre Escola Clássica do

⁵ PRADO, Luiz Regis, *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25/26.

⁶ LUISI, Luiz, *Direitos Humanos - Repercussões Penais*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ed. Revista dos Tribunais, ano 06, nº 21, janeiro/março de 1998, p. 75.

⁷ Em magnífico e preciso pronunciamento, Norberto Bobbio afirma que, com a formação do Estado moderno, ocorreu uma inversão na relação entre Estado e cidadãos: "passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional". (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11a ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 3).

Direito Natural,⁸ no interior da qual nasceu e se desenvolveu o Jusnaturalismo na sua versão moderna, que fez do indivíduo a própria razão de ser do mundo, deferindo-lhe a condição de detentor de direitos inatos. Isso implicou em radical mudança de postura: em vez de ser um simples e pouco relevante elemento no mundo natural e social, o homem passou a ter uma função ativa na reformulação e construção da realidade. Numa palavra, ele passou a ser o construtor de sua história.⁹

Um dos significativos efeitos desta postura diz com a justificação do Estado, campo em que se desenvolveram as célebres teorias contratualistas, cuja essência reside na criação do Estado através de um pacto social. Este contrato social, na visão desenvolvida pelos autores Iluministas, configurou-se quando os indivíduos abandonaram o estado de natureza¹⁰ e fizeram surgir o Estado politicamente organizado e dotado de autoridade, a fim de melhor tutelar e garantir os direitos naturais dos indivíduos integrantes, dependendo a legitimidade do Estado do fiel cumprimento desta essencial tarefa, que lhe foi delegada mediante um pacto entre os cidadãos e o soberano.¹¹ O Estado, portanto, é obra humana, com justificação nos interesses dos homens que o compuseram, numa clara contraposição

⁸ O assim chamado Direito Natural não é formulação própria dos séculos XVII e XVIII. De fato, encontram-se manifestações acerca da existência de um direito superior, imutável, eterno e independente do direito escrito ou positivo já entre os gregos, citando-se, em regra, como ponto de partida destas formulações, a tragédia *Antígona*, de Sófocles, em que se diferencia a lei eterna ou divina da lei humana. Ainda na Grécia, os Sofistas contrapuseram a *Physis* e a *Nomos*, a lei da Natureza e a lei humana, respectivamente. Dentre os Estóicos, há a idéia da existência de uma lei natural ou divina, que se reflete na consciência dos homens através da razão e lhes dita o certo e o errado. O maior expoente da Patrística, Santo Agostinho, afirma existir uma lei eterna (*lex aeterna*) ordenadora do universo e de autoria divina que, embora não possa ser conhecida diretamente pelos homens, dela recebem um reflexo através da lei natural. Santo Tomás de Aquino, o principal representante da Escolástica, também refere a existência de uma lei natural, que são as coisas para as quais o homem está naturalmente inclinado - o instinto de conservação, a atração entre os sexos, o desejo de conhecer a verdade, o desejo de viver em sociedade, etc. -, tratando-se de lei imutável e indelével.

Fala-se de uma “Escola de Direito Natural”, nos séculos XVII e XVIII, porque todos os autores deste período - Grócio, Locke, Pufendorf, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, entre outros - têm como base de suas formulações o axioma de que o homem, por ser tal, é expoente de direitos inatos. É em torno deste conceito que são formuladas as teses que irão compor o assim chamado Jusnaturalismo Moderno, que ressalta o aspecto subjetivo do direito natural, ou seja, os direitos inatos do indivíduo existem como decorrentes da condição humana, do que decorre a necessidade de seu respeito por parte da autoridade política. (Norberto Bobbio, in Dicionário de Política, verbete JUSNATURALISMO; editora UnB, Vol. I, p. 658.)

⁹ LUISI, Luiz. *Direitos Humanos - Repercussões Penais ...*, p. 75.

¹⁰ A conceituação de *estado de natureza* é diversa nos vários autores, mas há um elemento comum: a ausência de organização política.

¹¹ Norberto Bobbio, in Dicionário de Política, verbete JUSNATURALISMO; editora UnB, Vol. I, p. 658.

com o passado, em que o Estado era obra divina e divinos os seus representantes, ou então, uma instituição necessária por natureza.

Estes fatores levaram à idéia de que o Estado existe em função do homem e somente se legitima quando a isso responder. A forma de expressá-lo é afirmar que todo homem é detentor de direitos subjetivos ou inatos, isto é, independente da condição pessoal ou social, e sem depender do beneplácito do soberano, é ele sujeito de direitos, devendo a ordem jurídica, mormente o Estado, respeito a estes direitos subjetivos, sob pena de ilegitimidade.¹² Dentre estas prerrogativas, pontificavam a liberdade geral, a igualdade de todos perante a lei e a propriedade privada, entre outros, que se consolidam como direitos naturais.

2.2) A tutela de direitos subjetivos

O Direito Penal vigente até o século XVII se caracterizava por um profundo atraso e pela crueldade das suas sanções. Os tribunais eclesiais, cuja jurisdição não se limitava aos delitos religiosos, estranha e contraditoriamente - pois deveriam ter inspirações cristãs - não haviam deixado uma tradição de brandura. Os assim chamados *Práticos* dos séculos XV e XVI (Julius Clarus, Farinacius, Carpzov, Schwarzenbert), entre outros, que construíram sua doutrina penal com base em leis romanas, recrudesceram os castigos e levaram ao extremo a obsessão da vingança pública.¹³

Foi Beccaria,¹⁴ através da sua conhecida obra *Dos Delitos e Das Penas*, a grande fonte da renovação penal operada a partir de fins do século XVIII, na medida em que, combatendo a má sorte dos desgraçados que sofriam as crueldades de uma legislação retrógrada servida por métodos pu-

¹² (...) No *Jusnaturalismo* moderno ressalta, fortemente, o aspecto subjetivo do direito natural, ou seja, os direitos inatos. (...) É precisamente devido a esta característica que o *Jusnaturalismo* moderno, isto é, o dos séculos XVII e XVIII, molda profundamente as doutrinas políticas de tendência individualista e liberal, expondo, com firmeza, a necessidade de respeito, por parte da autoridade pública, daqueles que são declarados direitos inatos dos indivíduos. (BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 658).

¹³ LUISI, Luiz. *Direitos Humanos - Repercussões Penais ...*, p. 75.

¹⁴ CESARE BONESANA, MARQUÊS DE BECCARIA nasceu em Milão no ano de 1738, e faleceu em 1794. Educado em Paris pelos Jesuítas, estudou literatura e matemática, e foi influenciado, profundamente, por autores como Montesquieu e Helvetius, voltando-se, posteriormente, ao estudo da filosofia, sendo um dos fundadores da sociedade literária em Milão, preocupada em divulgar na Itália os princípios da Filosofia Francesa. No mesmo sentido, participou da redação do jornal *Il Caffè*, entre 1764 e 1765.

nitivos bárbaros, pontificou uma verdadeira revolução no Direito Penal. Luisi, em texto inserto na obra *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 116 e seguintes, analisa Beccaria e sua obra quanto à contribuição fornecida para a dogmática penal e à política jurídica. No tocante à dogmática afirma que *...a lei penal foi por ele submetida a outro tipo de análise. Tratou de saber, no mérito, se era justa ou injusta, tratando-se de uma ... postura valorativa. Atitude ... de quem se preocupa, olhando para o futuro, de traçar as grandes diretrizes de uma legislação penal, inspirada no respeito à liberdade, identificando nisso a missão precípua do Direito Penal moderno. Entretanto, é no campo da política jurídica em que se manifestou a grandeza da contribuição de Beccaria. De fato, ... foi um crítico do 'jus conditum', isto é, das leis e práticas penais de seu tempo, e um formulador de postulados inovadores, que vieram a se transformar em leis vigentes e incorporadas nos modernos Códigos Penais*". Sugestiva esta passagem:

O princípio fundamental em que se alicerça a obra de Cesare Bonesana ... é a inviolabilidade moral do homem, na sua concepção como pessoa e fim, e na ilegitimidade de seu uso, como meio e coisa. ... Aliás, esta idéia, que é contribuição inestimável do cristianismo, só se afirmou no mundo moderno por obra dos iluministas. O homem, compreendido como ente moral inviolável, inclusive perante o Estado, a pessoa humana como um 'prius' face ao Estado, não poderia ter-se afirmado no clima intelectual e político da Contra-Reforma, e nem entre as fogueiras da Inquisição ou no império das monarquias absolutas. Somente com o advento do Iluminismo, é que o indivíduo passaria a ser entendido como uma realidade anterior ao Estado, que mesmo neste e integrando-o, conserva uma série de direitos originários, a que não renunciara e não podia renunciar. E, no concernente a esses direitos, que são intrínsecos ao homem, ao Estado não é deferido ignorá-los ou violá-los, mas sim respeitá-los e fazê-los respeitar. Portanto, lícito é afirmar que o Iluminismo faz do conceito do homem, como entidade moral inviolável, inclusive para o Estado, uma espécie de religião laica, apesar de seu irracionalismo religioso.

Portanto, é através de Beccaria que o Direito Penal foi inserido neste novo ordenamento jurídico acima referido, dotando-se de uma missão bem definida: a incumbência de proteger os direitos subjetivos, traduzindo a forma mais severa de preservá-los. Com efeito, o crime passa a ser visto como uma lesão a um direito subjetivo, decorrendo que a conduta criminosa não se dirige, necessariamente, contra algo do mundo real, podendo atingir uma faculdade jurídica decorrente do direito. Consoan-

te esta concepção, o delito ataca ou põe em risco um direito subjetivo, ou seja, o crime incide sobre um direito subjetivo natural da pessoa, um dos bens fundamentais para cuja tutela o Estado fora estruturado, como a liberdade, a saúde, os membros do corpo, o patrimônio, etc.¹⁵

É este o contexto em que se inserem as formulações teóricas de Ludwig Anselm Von Feuerbach, cujo intuito era combater a concepção moralizante do Direito Penal, ou seja, para definir uma conduta como criminosa, não bastava que ela infringisse uma norma ética ou divina, necessitando que ela lesasse interesses concretos dos indivíduos, seguindo-se uma laicização dos interesses a serem protegidos.¹⁶

Assim, o crime passou a ser visto como violação de um direito subjetivo e a pena era a consequência instituída pela lei, fundada na necessidade de preservação destes direitos. Eram os direitos inatos reconhecidos no contrato social os únicos bens tuteláveis pelo Direito Penal, e o crime uma ofensa a estes direitos, cuja afronta ensejaria a aplicação da pena.

Importante é notar que, tratando-se de direitos inatos, eram eles exercitáveis contra todos, inclusive contra o próprio Estado, pois, se este nasceu de um pacto em que o homem, na condição de ser racional, livre e detentor de direitos, aparecia como um dos contratantes e, ao efetivar o contrato, a estes não renunciara,¹⁷ era dever do Estado, como própria razão de ser, reconhecer e proteger tais direitos.

Percebe-se, portanto, que o Direito Penal inaugurado sob estes auspícios foi um veículo de que a ordem jurídica dispunha para a proteção de bens individuais. E todos os Códigos Penais editados a partir da Revolução Francesa evidenciam que, no elenco dos delitos, há uma predominante tutela de bens individuais, ressaltando-se o direito à vida (crimes contra a vida), à liberdade (crimes contra a liberdade individual), à propriedade (crimes contra o patrimônio), à honra (crimes contra a honra), etc. Ou seja, o direito penal passou a ser um instrumento de proteção dos direitos subjetivos, devendo tais direitos serem devolvidos ao cidadão

¹⁵ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.91.

¹⁶ Também merece ser citado Hommels, que concebeu a tarefa da administração da justiça como toda a atividade estatal exercida para a segurança da sociedade, sobretudo a proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos. (LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, op. cit. p. 292).

¹⁷ LUISI, Luiz, *Direitos Humanos - Repercussões Penais ...*, p. 75/6.

quando surrupiados, e também isso passou a ser dever do Estado, superando-se a fase da justiça privada e seguindo-se o fenômeno da monopolização da administração da justiça.

Este reconhecimento foi feito paulatinamente, através da inserção destes direitos em documentos legislativos, o que ocorre nos últimos decênios do século XVIII, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, firmada em 26.08.1789. Também nos Códigos Penais editados a partir de então, como os Códigos Gauleses de 1791 e 1810, o Código da Baviera de 1813, o Código Espanhol de 1848, o Código da Prússia de 1870, o Código Geral para a Alemanha de 1871, o Código Penal da Itália de 1890, bem como o Código Penal Brasileiro de 1830, entre outros.

Neste contexto, portanto, o injusto material dos tipos penais é identificado na ameaça ou na ofensa aos direitos inatos, subjetivos, tratando-se da primeira das fases acima apontadas. É a época em que o indivíduo renasceu das peias medievais, afirmando-se como o grande expoente da estrutura estatal e social. A ele foi reconhecida uma gama de prerrogativas, cujo respeito e proteção era fator de legitimação do Estado, que utilizava inclusive o Direito Penal para a efetivação desta essencial tarefa: proteção dos direitos subjetivos.

Relativamente às conseqüências desta concepção, percebe-se que o Direito Penal sofreu, como não poderia deixar de ser, as influências destas teorias contratualistas,¹⁸ que têm na categoria do direito subjetivo sua base e essência, sendo o crime um ato a ele lesivo. A importância disso reside no fato de o direito subjetivo passar a ser instrumento eficaz de garantia da liberdade¹⁹ à medida que se erigiu em um nítido limite ao legislador penal, que não podia criminalizar fatos que não afrontassem tais direitos. Nas elucidativas palavras de Rudolph,

[...] O Estado é considerado como decisão conjunta dos homens e por certo com o objetivo de assegurar a maior liberdade possível para todos os cidadãos. A única tarefa legítima do Estado, portanto, era a proteção dos direitos

¹⁸ (...) A concepção material de delito como lesão a um direito subjetivo decorre da teoria contratualista aplicada no âmbito penal... (PRADO, Luiz Régis, op. cit., p. 28).

¹⁹ PRADO, op. cit., p. 28

*de seus cidadãos e dos seus próprios para a realização de seus fins, definidos no contrato social. Como núcleo material de todo delito aparece, conforme isso, a lesão de direitos subjetivos.*²⁰

Portanto e sinteticamente, o Iluminismo foi responsável pela inserção, no âmbito do Direito Penal, da idéia de objeto jurídico do delito, ou seja, a tutela penal deveria ser reservada apenas para os comportamentos que violassem certos bens e valores, o que fez numa tentativa de superação do período anterior marcado pela barbárie e arbitrariedade da justiça penal. Assim, o delito passou a ser considerado como uma violação ao pacto social e no qual se identificava lesão a um direito subjetivo do indivíduo ou da comunidade, com o se propunha expurgar do Direito Criminal as condutas que fossem reprováveis apenas sob a ótica da moral e da religião, sem causar dano a alguém.²¹ É a perspectiva segundo a qual o Direito Penal, com suas drásticas conseqüências, somente poderia atingir condutas que efetivamente lesassem os direitos subjetivos, e isso por causa da máxima liberdade concedida a cada cidadão. O resultado desse processo é preconizado por Copetti desta forma: "... o favorecimento e garantia dos bens individuais frente à incerteza da atuação estatal nos procedimentos persecutórios e de execução penal".²²

2.3) A TUTELA DE BENS JURÍDICOS MATERIAIS

Além do que foi dito acima, era propósito do movimento Iluminista reduzir quantitativamente a legislação em geral, e também a penal, para que a ordem jurídica fosse baseada em poucas, claras e simples leis. Aplicando este princípio ao Direito Penal, o artigo 8º da Declaração Francesa de 1789 previu que as penas fossem as "estrita e evidentemente necessárias".²³

²⁰RUDOLPHI, Hans Joachim. *Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico*. In Revista Nuevo Pensamiento Penal, Ediciones Depalma, año 4, nº 7, julio-septiembre de 1975, Buenos Aires, p. 333

²¹LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, op. cit. p. 291/2.

²²Op. Cit., p. 91

²³Artigo 8º. *A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode se punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada.*

Esta preocupação encontrava eco no direito positivo da época, pois a Europa era vítima de aguda insegurança jurídica proveniente da crescente complexidade das sociedades e das várias ordens jurídicas concomitantemente vigentes no mesmo lugar e para as mesmas pessoas, resultando na incapacidade de o direito solucionar os conflitos que se apresentavam, contexto no qual se inseria a preocupação Iluminista de simplificar as leis e reduzir seu número. A solução apresentada para fazer frente a tal insegurança foi a efetivação de códigos, surgindo o célebre Movimento das Codificações, inserto no contexto da Revolução Francesa, e cuja obra prima foi o Código Napoleônico, a legislação civil da França aparecida em 1804.²⁴

O Movimento Codificador, portanto, procurou instrumentalizar a preocupação Iluminista de simplificação das leis. Com a inserção do Direito nos códigos, em nenhum outro lugar este precisaria ser buscado. E a produção de leis, notadamente penais, deveria obedecer aos princípios antes enunciados, ou seja, o liberalismo e o individualismo, concretizados pela incriminação de condutas ofensivas a direitos subjetivos.

Contudo, este propósito foi claramente frustrado e, poucas décadas depois, já se denunciava a necessidade de disciplinar a atividade criminalizadora do legislador. Com efeito, "... em um trabalho datado de 1819, Carl Joseph Anton Mittermaier enfatizava ser um dos erros fundamentais da legislação penal do seu tempo a excessiva extensão dessa legislação, e que a criação de um número avultado de crimes era uma das formas em que se manifestava a decadência não só do Direito Criminal, mas da totalidade da ordem jurídica".²⁵

Este fato engendrou, nas primeiras décadas do século XIX, a idéia de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, sendo o Direito Penal, assim, um sistema de proteção de bens jurídicos. Ou seja, o objeto jurídico do crime, que até então era identificado nos direitos sub-

²⁴ As codificações são o fruto máximo da cultura racionalista e Iluminista, no fim do séc. XVIII. Ante a dificuldade em identificar o direito vigente, especialmente na França, o que implicava em insegurança jurídica, surge a necessidade de elaborar um direito simples e unitário. Por isso, as idéias de simplicidade e unidade do direito são as idéias de fundo da codificação, para fazer frente à multiplicidade de direitos territoriais vigentes. E a codificação é o clímax do jusnaturalismo, na medida em que seus princípios maiores – liberalismo e individualismo – são positivados e inscritos nos códigos. (GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito* 13ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.170/176.)

²⁵ LUISI, Luiz. *Bens Constitucionais e Criminalização*, in Revista do Centro de Estudos Jurídicos, nº 4, p. 104, jan/abril 1998.

jetivos, passou a ser o bem jurídico, com o nítido objetivo de, novamente, limitar a atuação do legislador penal, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social. Entretanto, e eis a nota essencial deste primeiro período, tais condutas deveriam ser lesivas a entidades reais, e não subjetivas.²⁶

Com efeito, o excesso de leis penais gerou a preocupação de frear a ação do legislador criminal, e nisso tomaram relevo, inicialmente, as formulações teóricas de Johann Michael Franz Birnbaum.²⁷ Em livro escrito no ano de 1834, intitulado “Sobre a Necessidade de uma Revisão Jurídica de Conceito de Crime, Especialmente no Concernente à Violação da Honra”, postulava que, ao invés de objetivar a tutela de direitos subjetivos, como entendiam os Iluministas, o Direito Penal deveria servir para proteger, somente, os bens jurídicos materiais ou corpóreos. Ou seja, ao Direito Penal devem interessar somente bens que podem ser radicados diretamente no mundo material - mundo do ser ou da realidade - importantes para a pessoa e a coletividade e passíveis de lesão pela ação criminosa.²⁸

Trata-se de uma tentativa, portanto, de superação das concepções individualistas antes reinantes, desembocando na concepção materialista de bem jurídico como objeto de proteção penal, em substituição à de direito subjetivo, sendo decisivo, para ensejar a tutela penal, a existência de um bem radicado diretamente no mundo da realidade, de relevância individual ou coletiva passível de lesão através do crime.²⁹ No contexto do excessivo número de leis penais, a idéia era a de fornecer um critério para disciplinar e restringir a criação de tipos penais, passando o objeto da tutela penal a ser identificado no bem jurídico, mas tão-somente bens jurídicos materiais poderiam existir.³⁰

²⁶ PRADO, op. cit., p. 28/29.

²⁷ Consoante a idéia mais aceita, é este o autor que cunhou a noção de bem jurídico. A esse respeito, escreve Mauricio Antonio Ribeiro Lopes ... *a teoria do bem jurídico está presente desde a obra de VON LISZT, do começo do século. Antes dele, porém, BINDING deu paternidade ao termo 'bem jurídico' e segundo KAUFMANN, tem o mérito de ter outorgado ao bem jurídico 'o direito de cidadania na dogmática jurídico-penal'. Grande parte dos autores, contudo, entende que esse conceito deve ser atribuído a BIRNBAUM.* (Op. Cit, p. 289). Mais adiante, p. 294, afirma que BIRNBAUM introduziu o conceito de bem jurídico-penal em substituição ao de direito subjetivo e ... *enunciou, pela primeira vez, já em 1834, o conceito de bem jurídico e sua importância na análise do injusto típico.*

²⁸ PRADO, op. cit., p. 30

²⁹ COPETTI, André .Op. cit., p. 92.

³⁰ LUISI, Luiz. *Bens Constitucionais e Criminalização*, in Revista do Centro de Estudos Jurídicos, nº 4, p. 104, jan/abril 1998.

2.4) O bem jurídico “criado” ou “encontrado” pela norma penal

Referência obrigatória, no estudo evolutivo do bem jurídico, são as formulações de Binding e de Franz Von Liszt, opostas em si, mas que foram de suma importância na discussão em torno do objeto da proteção penal.

A construção teórica de Binding caracteriza-se por um positivismo legalista, uma concepção formal de bem jurídico: este está fundado no direito positivo vigente; trata-se do bem ou interesse protegido pela norma penal, consistindo o delito na lesão a um direito subjetivo do Estado. Há, portanto, uma identificação entre o bem jurídico e o fim das normas penais, que criam o bem jurídico e são sua única e definitiva fonte de revelação.³¹

Nesta perspectiva, o conceito de bem jurídico abandona qualquer pretensão de legitimação material, ou seja, de limite à liberdade criminalizadora do legislador, perdendo a função crítica e orientadora à medida que é este quem cria o bem jurídico. Em outros termos, o bem jurídico é uma criação do Direito, que elege os bens mercedores de tutela penal. Há uma associação entre o bem jurídico e a norma jurídica, resultando numa concepção formalista de Direito Penal, desaparecendo qualquer conotação metajurídica,³² num definitivo afastamento do pensamento Iluminista.

O contexto em que se insere a formulação deste autor é a Alemanha logo após a unificação, que se encontrava atrasada economicamente em relação aos demais países da Europa, e sua reestruturação exigia um poder estatal forte, razão pela qual a teoria política preocupou-se em afirmar a autonomia do Estado, e o resultado foi o triunfo da concepção de que este titular do direito de exigir a obediência dos súditos. Seguiu-se um considerável domínio estatal, que se manifestou especialmente através do Direito, num genuíno positivismo jurídico justificado pela pretensão de progresso econômico.³³

Para Binding, portanto, os bens jurídicos são criações do legislador e o

³¹ COSTA ANDRADE, apud LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, op. cit., p. 296.

³² LOPES, op. cit. p. 296

³³ MALARÉE, Hernan Hormazábal apud COPETTI, André Copetti, p. 92/93.

delito é a lesão ao direito de mandar do Estado. O Direito Penal foi utilizado para a criação e manutenção das condições postas pela necessidade do progressismo econômico, sendo o bem jurídico identificado com as condições de uma vida sã em comunidade, mas tal qual o legislador a delineava.

Por seu turno, Franz Von Liszt desenvolveu uma dimensão material do injusto penal. Em contraposição ao tratamento formalista da norma feita por Binding, formulou um conceito material de bem jurídico, que transcende ao sistema jurídico e, por isso, se mostra capaz de ofertar um limite ao poder punitivo do Estado. Assim, o bem jurídico era visto como o interesse vital juridicamente protegido: todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. Esses interesses existem independentemente da ordem jurídica, criados e estabelecidos pela vida em comunidade. Ao Direito cabe, apenas, reconhecer tais interesses e protegê-los.³⁴

É assim que o bem jurídico desenvolve toda sua capacidade de limite à ação legiferante, pois representa, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador. Contrariando a proposta de Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas o encontra, revelando-se nisso seu aspecto restritivo. Afinal, o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podendo ser de modo algum criação ou elaboração jurídica. Por isso, o ordenamento jurídico não cria o interesse; a vida o cria, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico, havendo, por esse motivo, uma relação intrínseca entre Direito Penal e Política Criminal, que são unidos pelo bem jurídico que, desta forma, vem a ser uma criação da experiência e como tal é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade, que ao Direito cabe proteger.³⁵

Firma-se, assim, uma conceituação liberal de bem jurídico que precede ao direito positivo e independe dele, sendo endereçada mais ao legislador. O injusto penal compreende a conduta que, além de culpável, é ilícita, no aspecto formal, quando há a transgressão de uma norma estatal

³⁴Nas exatas palavras de Luiz Régis Prado, ... *o bem jurídico vem a ser, portanto, uma criação da experiência e como tal é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Firma-se uma conceituação liberal de bem jurídico que precede o direito positivo, e independe dele, sendo endereçada mais ao legislador.*(PRADO, op. cit., p. 33).

³⁵Segundo André Copetti, [...] *na concepção lisztiana, o bem jurídico constitui uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo valorativo não depende do legislador, por ser um dado social preexistente. [...] O bem jurídico não é um conceito exclusivamente jurídico, uma criação do legislador contida na norma, mas uma criação da vida e como tal um interesse vital do indivíduo ou da comunidade, que a proteção do Direito lhe dá a categoria de bem jurídico; a norma não cria o bem jurídico, mas o encontra dentro da realidade social [...]* (COPETTI, op. cit., p. 94.).

e, no aspecto material, quando opera uma lesão a um interesse vital ou bem jurídico.³⁶

De acordo com Rudolphi o esforço empreendido por Liszt é no sentido de encontrar uma determinação essencial do delito, fazendo-o com base no bem jurídico, dirigindo a formulação contra o Estado:

... O ponto de partida de sua teoria é constituído pela tese de que o direito existe por vontade humana e que, portanto, o fim de todo direito penal seria somente a proteção de interesses humanos vitais. Estes interesses humanos vitais que Liszt chama bens jurídicos quando são protegidos juridicamente, não são para ele um produto da ordem jurídica, mas sim, da vida e, portanto, estão dados a ele previamente.³⁷

O resultado que Liszt alcança é o conceito de bem jurídico cujo núcleo material é independente do direito vigente. Retira-o das circunstâncias sociais concretas da comunidade e, exatamente por isso, presta-se a ser um limite ao legislador penal.

Numa análise comparativa das formulações de Binding e Von Liszt, o contributo do primeiro está na visão positivista de bem jurídico, superando e afastando-se do pensamento iluminista de vinculação do objeto de proteção penal com valores pré-jurídicos. O último, combatendo aquela postura, advoga a necessidade de identificar o bem jurídico nos interesses vitais do homem, que existem por si, cabendo ao Direito protegê-los, gerando uma perspectiva limitadora da intervenção penal.

2.5) Concepção metodológica do bem jurídico

Todavia, as formulações teóricas tendentes a limitar a atuação legiferante penal não atingiram seu objetivo. O conceito de bem jurídico não se mostrou capaz de fornecer o núcleo material do delito, razão pela qual surgiu um grande cepticismo quanto à possibilidade de obtenção deste núcleo. As determinações conceituais do bem jurídico até então oferecidas não correspondiam às exigências que a dogmática penal requer para seus conceitos fundamentais.³⁸

³⁶ PRADO, op. cit., p. 33.

³⁷ Op. cit., p. 334.

³⁸ RUDOLPHI, Hans Joachim, op. cit., p. 330

É por isso que, no início do século XX, surgiu a concepção metodológica ou teleológico-metodológica do bem jurídico, identificando neste um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal, ou, um valor social juridicamente protegido. Segundo Lopes,³⁹ os mais destacados autores desta tendência são Grünhut, Honig, Schwinge e Zimmerl.

Com efeito, depois da primeira guerra mundial e a partir da Constituição de Weimar, ressurgiram na Alemanha os ideais iluministas de liberdade, acrescentando-se-lhes, todavia, um programa econômico-social visando ao incremento econômico para a reconstrução do país e a superação das desigualdades geradas pelo processo da industrialização.⁴⁰ É nesse contexto, sob a influência de orientações espiritualistas de matriz neokantiana, é que se desenvolveu esta concepção sobre o bem jurídico, que representa uma espiritualização deste conceito, no sentido de passar a ser considerado um valor cultural abstrato, e sua violação um comportamento imoral.

Por conseguinte, o bem jurídico passou a ser visto como um valor cultural, fazendo com que o delito seja uma valoração. Em consequência, ocorre a busca do sentido teleológico de cada tipo penal, fazendo com que o bem jurídico seja captado da descrição legal do tipo. O que se protege são conteúdos espirituais comuns da consciência de um grupo ou de uma maioria. Assim concebido, o bem jurídico é convertido em simples método interpretativo, perdendo a básica função de restringir a atividade criminalizadora.⁴¹

Referindo esta tendência, Prado afirma que “os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes, e os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica”.⁴²

Ou seja, o bem jurídico é um valor da ordem social juridicamente protegido. Buscando na cultura o bem jurídico a proteger através do Direito Penal, o delito será valorativo. Procura-se vinculá-lo à *ratio legis* da norma jurídica, o que o converte em simples método interpretativo. A

³⁹Op. cit., p. 304

⁴⁰COPETTI, op. cit. p. 94.

⁴¹LOPES, op. cit., p. 304

⁴²Op. cit., p. 41.

essência da noção de bem jurídico tutelado deriva da descrição legal e não reside na natureza dos bens e valores que a determinam. Em outros termos, o objeto de proteção é um produto dos conceitos jurídicos; ele não existe como tal, a não ser que, nos valores da comunidade, existam os objetos que constituem o objetivo das prescrições penais. De acordo com Copetti, "... o bem jurídico passa a ser considerado como uma 'síntese categorial' na qual o pensamento jurídico se esforça para captar o sentido e o fim das prescrições penais particulares".⁴³

O resultado é que o conceito de bem jurídico se despojou de todo conteúdo material, tornando-se apto a receber qualquer conteúdo e, com essa transformação, passou a ter valor somente para a interpretação dos tipos penais. Como conceito puramente formal, era inidôneo para descrever o núcleo material do injusto, além de perder a essencial função de crítica, disciplina e contenção da atividade criminalizadora. Nas palavras de Rudolphy, "... como abstração vazia de todo conteúdo, constitui um princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais, mas já não brinda uma explicação do que a espécie do injusto de cada delito é ou deve ser".⁴⁴

2.6) As concepções funcionais ou sistêmicas de bem jurídico

Após a segunda guerra mundial, desenvolveu-se uma tendência de reformulação da legislação penal, momento em que ressurgiu o interesse em torno do bem jurídico, com a busca de um conteúdo definido para este.

Com efeito, a doutrina penal majoritária recuperou o conceito liberal ou de garantia do bem jurídico, que fora repudiado pelas doutrinas autoritárias que vicejaram na época do nacional-socialismo. Observou-se o renascimento de posturas que outorgavam um conteúdo material para o bem jurídico, viabilizando, novamente, o exercício do papel de limitador do poder punitivo do Estado, e essas formulações caracterizaram-se por uma natureza político-criminal, o que possibilitou averiguar-se a importância do conceito do bem jurídico como centro nuclear para o Direito

⁴³ Op. Cit., p. 96.

⁴⁴ RUDOLPHI, op. cit., p. 332.

Penal.⁴⁵ É esse o contexto em que surgiram os enfoques funcionais e sistêmicos, a seguir caracterizados.

Um autor importante nesse sentido é Jäger, que postulou a necessidade de vincular o Direito Penal ao bem jurídico, notadamente pelas experiências negativas advindas de sistemas penais em que esta vinculação foi desprezada.⁴⁶ Na sua formulação, sustentou que um Estado é composto por homens de diversas maneiras de pensar e de diferentes ideologias, razão pela qual a criação de tipos penais deve obedecer a um critério estritamente racional, qual seja, o de defesa frente a perigos que todos os homens regidos pela lei compreendam da mesma maneira. Crenças ou idéias morais não compartilhadas por todos os cidadãos não podem ser fundamento de punição penal. Assim, "... a tarefa do Direito Penal não é impedir modos de conduta que sejam reprováveis meramente em sentido moral, e sim, impedir aqueles comportamentos que são lesivos para a comunidade, é dizer, que lesam ou põem em perigo determinado estado social valioso, em outras palavras, um bem jurídico".⁴⁷

Nota-se, portanto, que Jäger, além de lançar mão do bem jurídico, o conceitua: circunstâncias sociais valiosas que são suscetíveis de lesão por uma conduta humana e que podem ser protegidas pelas normas de Direito Penal. São estados lesionáveis, que não derivam das normas penais, mas são por estas tutelados.

Outro autor que enfrentou o problema da definição de quais seriam os comportamentos legitimamente sujeitos à sanção penal, fazendo-o sob o enfoque sistêmico, é Knut Amelung. Com efeito, com o auxílio de modernas teorias de cunho sociológico, especialmente as formuladas por Talcott, Parsons e Luhmann, propôs a doutrina da danosidade social: partindo do modelo teórico que concebe a sociedade como um sistema de interações, entende como danoso socialmente o fenômeno que causa disfunções, impede ou interpõe obstáculos para que o sistema social resolva os problemas de sua conservação.⁴⁸

⁴⁵ LOPES, op. cit., p. 308.

⁴⁶ Luís Régis Prado faz referência à Escola de Kiel, "que refutou, num primeiro momento, o dogma do bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, para admiti-lo, posteriormente, quando perdeu sua identidade e não passava de instrumento inócuo". Esta Escola "... sustentou o chamado Direito Penal da vontade ou Direito Penal do autor, procurando construir uma base teórica para o Direito Penal do nacional socialismo". (PRADO, op., cit., p.36).

⁴⁷ RUDOLPHI, op. cit., p. 335.

⁴⁸ FIANDACA, Giovanni. O "*bem jurídico*" como problema teórico e como critério de política criminal, in RT Vol. 776, junho 2000, p. 409/439.

Imbuído de uma visão sistêmica, o autor vê a sociedade como um sistema global de interações, sendo o Direito um dos seus subsistemas, cuja missão fundamental é garantir a existência do sistema como um todo. É o Direito Penal, por sua vez, é o instrumento mais importante no subsistema jurídico, pois através da pena assegura a conservação do sistema contra fatos de alta nocividade social. Portanto, o Direito Penal integra o subsistema jurídico, sendo o instrumento apto para dominar e sujeitar fatos gravemente nocivos, que põem em perigo a funcionalidade do sistema e a sua própria existência e conservação. Nesta perspectiva, os bens jurídicos são as funções necessárias para a conservação do sistema social.⁴⁹

Portanto, para Knut Amelung, a nocividade ou danosidade social é o critério de definição do crime, que é centrado na idéia de disfunção do sistema. Os bens jurídicos protegidos pelas normas penais nascem da vida social, têm caráter funcional em relação ao sistema, sendo importantes para sua subsistência, e isso de acordo com a valoração feita pelos sujeitos sociais. Isso revela a necessidade de buscar nas ciências sociais o caráter de danosidade, para definir o objeto da proteção penal.

Analisando esta postura, Fiandaca afirma que definir o delito como fenômeno que obstaculiza o funcionamento do sistema social não é o bastante para indicar ao legislador quais as condutas que devem ser criminalizadas, ou seja, uma análise de cunho meramente sociológico não está apta a sugerir parâmetros de criminalização vinculantes em sede legislativa.⁵⁰ Aliás, nos precisos termos postos por Lopes, nesta perspectiva qualquer coisa pode adquirir o caráter de bem jurídico, com o que o conceito perde todo significado, pois não pode implicar limite algum.⁵¹

Outro autor que merece destaque na perspectiva em comento é Winfried Hassemer, que também elaborou uma teoria de bem jurídico de cunho sociológico. O postulado de que parte é o seguinte: o fato de que certos comportamentos sejam considerados em uma determinada sociedade tão intoleráveis, a ponto de deverem ser reprimidos com os instrumentos mais drásticos da organização estatal, depende da valoração que a sociedade faz dos objetos que esses comportamentos lesam ou põem em perigo. Além disso, três fatores são levados em consideração: a frequên-

⁴⁹ LUISI, Luiz . *Bens Constitucionais e Criminalização*, op. cit., p. 104.

⁵⁰ FIANDACA, Giovanni, op. cit. p. 424.

⁵¹ Op. cit., p. 311.

cia da conduta criminoso, a intensidade da necessidade de preservação do objeto tutelado e a intensidade da ameaça dirigida contra ele. Estes, por representarem posturas axiológicas correspondentes aos acordos sócio-normativos dominantes na sociedade, são os fatores sociais da criminalização, onde o arbítrio do legislador encontraria barreiras.⁵²

Portanto, de acordo com Hassemer, qualquer sociedade tem certos comportamentos como intoleráveis, ensejando a repressão penal que, assim, se vincula às valorações que a sociedade faz dos objetos que os referidos comportamentos lesam ou põem em perigo.⁵³ Desta forma, para a individualização do bem jurídico não é fundamental a posição objetiva do bem, mas a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos sociais nos quais ele aparece.⁵⁴

Entretanto, o mais importante autor na formulação do conceito de bem jurídico na perspectiva sistêmica é Hans Welzel. Num estudo datado de 1939, afirmou: “em realidade, só há bens jurídicos à medida que eles estão em função, é dizer, à medida que eles atuam na vida social, e sua ação está receptivamente na mesma. Vida, saúde, liberdade, propriedade, etc., não estão simplesmente na sociedade, mas sua existência consiste em um ser em função, isto é, exercendo efeitos sobre a coesão social e dela recebem efeitos”.⁵⁵ Com ele, o bem jurídico é introduzido nos domínios do pensamento finalista, tratando-se de um conceito pré-jurídico, existente na realidade social, influenciando-a e sendo influenciado por esta.⁵⁶ Portanto, o bem jurídico é visto como um bem vital do indivíduo ou da comunidade que, pela sua importância na manutenção do sistema social, é protegido juridicamente.

A tendência inaugurada por Welzel frutificou. Excelente desenvolvimento foi procedido por Rudolphi, na obra já citada. Afirma este pensador haver uma tendência moderna em caracterizar o bem jurídico com base na chamada teoria dos estados, segundo a qual os bens jurídicos são estados de coisas cuja conservação interessa aos indivíduos ou à sociedade em geral:

⁵² FIANDACA, op. cit., p. 425.

⁵³ FIANDACA, Giovanni. op. cit. p. 425.

⁵⁴ LUISI, op. cit., p. 104.

⁵⁵ RUDOLPHI, op. cit., p. 343.

⁵⁶ COPETTI, op. cit., p. 96.

[...] O Estado não é algo estático, nem algo que, uma vez criado, se encontra simplesmente ali, mas algo que a todo o momento se transforma e se desenvolve como conseqüência de novas forças. A vida social é um organismo vital, que diariamente se reproduz segundo determinadas leis e com base em certas situações sociais. Também os pressupostos para uma vida em comum próspera dos cidadãos na sociedade não são um estado qualquer, mas uma unidade funcional viva. Os bens jurídicos cuja proteção é tarefa do Direito Penal tampouco são objetos estáticos que permanecem em repouso, mas unidades funcionais sociais sem as quais nossa sociedade em sua estruturação concreta não seria capaz de existir.⁵⁷

O exemplo que o autor apresenta são as normas penais que protegem a administração da justiça, dizendo que não se trata de um estado determinado, de algo estático, mas da administração da justiça em suas diversas funções, e que ela é digna desta proteção pelo fato de as funções que lhe são incumbidas fazerem parte da estruturação da sociedade, inexorável pressuposto para a vida comum próspera de indivíduos livres dentro do Estado. Portanto, o que se protege é a unidade funcional descrita com o conceito de administração da justiça. Ela é um estado social valioso e, portanto, digna de proteção, porque seu imperturbável exercício é pressuposto essencial para a permanência da vida social estruturada na liberdade e responsabilidade dos indivíduos. Em conclusão, afirma que o bem jurídico dos tipos penais que protegem a administração da justiça de perturbações é a administração da justiça como verdadeira unidade funcional necessária para uma sociedade constitucionalmente organizada.⁵⁸

Rudolphi afirma que o raciocínio desenvolvido para a administração da justiça é possível aplicar aos bens jurídicos aparentemente estáticos, como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc., exatamente porque sua significação para o indivíduo na realidade social não se esgota em sua mera existência, mas abre possibilidades de ação. Exemplifica com a propriedade, dizendo que o bem jurídico dos crimes contra ela não é a coisa concreta em seu correspondente estado, mas a função objetiva da coisa em relação com o proprietário na realidade social. "... O substrato real do bem jurídico propriedade não é, portanto, um estado determinado, mas a função da coisa em sua correspondência jurídica com o propri-

⁵⁷ Op. cit., p. 342.

⁵⁸ RUDOLPHI, op. cit., p. 343.

etário, que lhe abre a possibilidade de um determinado domínio, e este, o desenvolvimento de sua personalidade mediante o aproveitamento destas possibilidades”.⁵⁹

Portanto, Rudolphi denomina os bens jurídicos como unidades funcionais constitutivas da vida social, que são próprias de cada sociedade, e que se modificam no tempo de acordo com as transformações que nela se operam e que podem gerar a necessidade de outras unidades funcionais.

A tarefa do Direito Penal, de acordo com as teorias sistêmicas, portanto, consiste em proteger as funções sociais e os mecanismos eficazes requeridos para a manutenção da sociedade frente aos danos e perturbações que possam ameaçá-los. Em conseqüência, os comportamentos inidôneos para perturbar as funções sociais e que não provocam nenhum efeito nocivo à sociedade, devem ser excluídos da tutela penal.

2.7) Perspectiva constitucional do bem jurídico

A evolução conceitual de bem jurídico apresentada evidencia que ele, desde que surgiu, tem a primacial função de revelar quais os valores que podem ser objeto da tutela penal, funcionando como um limite à atuação legiferante na seara criminal,⁶⁰ em que pese não ter evitado a inflação legislativa penal, nem necessariamente ter ditado o rumo do Direito Penal.

O problema posto pelas várias tendências teóricas e em torno do qual se avultam as divergências, diz respeito ao lugar em que devem ser captados estes bens jurídicos. Assim, a perspectiva iluminista centra nos direitos inatos do indivíduo, que preexistem ao Direito, a necessidade da proteção penal. Já as teorias sociológicas buscam a matriz destes bens diretamente na realidade social.

A insatisfação desses critérios é denunciada pelos autores. Rudolphi, discutindo dois dos conceitos antes apresentados de bem jurídico, isto é, o liberal da época iluminista e o metodológico dos neokantianos, afirma que, além de contraditórios, ambos são insuficientes. O primeiro, embora tenha conteúdo material, apresenta-se como prévio ao direito positivo,

⁵⁹ RUDOLPHI, op. cit., p. 344.

⁶⁰ A concepção metodológica do bem jurídico, acima referida, foi uma exceção a esta perspectiva, e por isso mesmo, superada quando do ressurgimento das preocupações quanto aos limites do Direito Penal.

sendo seu caráter pré-jurídico. Já o conceito metodológico é vazio e puramente formal. Por esta razão, ambos carecem de capacidade para a solução dos problemas da teoria material do injusto penal.⁶¹

Também Luisi denuncia a carência intrínseca a estes conceitos. Nas suas elucidativas palavras “[...] todos esses enfoques, seja os que encaram o bem jurídico enquanto preexistente à própria ordem jurídica, como os que acentuam a sua natureza funcional ou sistêmica, primam pela carência de concretude, posto que não definem conteúdos, ou seja, não dizem, por exemplo: quais as unidades sociais de função ou quais das disfunções afetam a conservação do sistema, e o ‘quantum’ de nocividade social das mesmas”.⁶²

Diante destas deficiências, modernamente, outra perspectiva viceja e tende a prevalecer: a teoria constitucional do bem jurídico, que procura formular critérios aptos a orientar e limitar o legislador penal quando da criação de tipos penais a partir da Constituição vigente. Em outros termos, é na Constituição que o legislador deve buscar os bens jurídicos aptos a receber a proteção penal. É o modelo que visualiza o crime como ofensa a bens jurídicos insertos na Constituição. Nas palavras de Lopes,

*[...] é dever registrar que os mais consagrados autores de Direito Penal da atualidade [...] vão buscar na Constituição os fundamentos de validade e limites de intervenção do Direito Penal, na medida em que é esta que exprime o tipo de Estado e seus fins e, conseqüentemente, limita também os fins da tutela penal. Não fazem derivar de um conceito abstrato de bem jurídico o âmbito da tutela penal, mas, pelo contrário, chegam ao bem jurídico através da indagação sobre os fins da pena, de acordo com o tipo de Estado constitucionalmente consagrado em seus princípios fundamentais.*⁶³

Neste mesmo sentido, Rudolphi lança a questão referente à possibilidade de reunião das duas perspectivas antes descritas, para obter um conceito de bem jurídico pleno de conteúdo e, ao mesmo tempo, juridicamente obrigatório. Isso geraria um conceito apto para a interpretação

⁶¹ Op. cit., p. 345.

⁶² LUISI, Luiz. *Bens Constitucionais e Criminalização*, p. 105.

⁶³ Op. cit., p. 349.

das normas penais positivas e obrigatório para a criação de novos tipos penais. Um conceito assim seria possível se fosse deduzido das prescrições jurídicas positivas, que são prévias à legislação penal, mas obrigatórias para estas:

... Pois um conceito de bem jurídico assim elaborado daria ao legislador um critério material obrigatório, como também uma diretriz obrigatória para a interpretação e crítica das normas penais existentes. Tais decisões valorativas prévias e obrigatórias para a legislação penal não podem deduzir-se de uma norma de um direito natural suprapositivo, como na época do Iluminismo, nem tampouco das relações sociais preexistentes, como quis Von Lizst. Tais decisões valorativas somente podem estar contidas na Constituição....⁶⁴

Conforme o preciso ensino de Luisi,

*[...] surgiu nestes últimos decênios o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.*⁶⁵

Segundo este mesmo pensador, esta constitucionalização do bem jurídico tem apresentado diversas nuances, que podem ser agrupadas em duas correntes: a primeira, de caráter geral, vincula a criação dos tipos penais aos princípios fundamentais presentes na organização do Estado. Outras, que denomina de teorias constitucionais estritas, afirmam que o legislador penal encontra nas Constituições prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos que merecem tutela penal.⁶⁶

⁶⁴ Op. cit., p. 338.

⁶⁵ LUISI. Luiz. *Bens Constitucionais e Criminalização*, p. 105.

⁶⁶ *Ibidem*, 105.

Efetivamente, as Constituições contêm as valorações fundamentais de uma sociedade, podendo-se captar nelas o fundamento para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal, mas ao mesmo tempo obrigatório para ela. Esta idéia, portanto, revela a preocupação quanto à formulação de critérios capazes de limitar a atuação do legislador penal no momento da criação de leis penais. Em consequência, este não é livre para elencar como bem jurídico qualquer juízo de valor, pois está vinculado às funções que a Constituição reserva ao Direito Penal.

Roxin é outro autor que afirma a perspectiva constitucional do bem jurídico. Após demonstrar a incapacidade dos vários conceitos antes formulados para delimitar a matéria criminalizável, ensina que num Estado de direito baseado na liberdade dos indivíduos, um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante só pode resultar das tarefas positivas na Constituição.⁶⁷

Quanto aos bens jurídicos, afirma que são pressupostos imprescindíveis para a existência comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, a propriedade, que toda gente conhece e que o Estado deve proteger, também penalmente, através da imposição de sanções aos que as violam. Desta forma, a função do poder estatal limita-se a criar e garantir a um grupo de pessoas reunidas no Estado as condições de existência que satisfaçam suas necessidades vitais, e ao sistema penal não resta finalidade diversa, ou seja, a ele é incumbida a segurança dos membros da sociedade. É no cumprimento desta função que reside a legitimação material da lei penal, ao ser ela indispensável para a manutenção da sociedade e do Estado. Portanto, cabe ao Direito Penal tutelar certas situações de valor cuja integridade constitui a premissa para uma convivência pacífica.⁶⁸

Resulta que o objetivo do Direito Penal no âmbito de um Estado de Direito, democrático e social, só pode ser no sentido de ofertar ao indivíduo uma vida de paz em sociedade, transformando alguns interesses em condições sociais valiosas. O interesse em torno destas é geral, razão pela qual podem ser tidas como bens jurídicos, cuja tarefa de proteção se refere ao Direito Penal, através da punição da sua violação.

Além disso, segundo Roxin, e como fenômeno moderno, surge a ne-

⁶⁷ ROXIN apud LOPES, op. cit., p. 349.

⁶⁸ RIOS, Rodrigo Sanches. *O Crime Fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 39/40.

cessidade de o Estado proteger algumas prestações de caráter público que, pela grande relevância que têm para a criação de condições de vida dignas, também são protegidas através do Direito Penal.⁶⁹ Um exemplo, já citado por Rudolphi, é a administração da justiça. Pode-se pensar, também, na administração pública, na segurança da moeda, na fidelidade dos documentos, no meio ambiente equilibrado, na arrecadação de tributos, etc. Trata-se de entes ou valores que, pela essencial função que exercem no âmbito de um Estado de cunho social, responsável pela consecução de inúmeras prestações, demandam a tutela penal.

Ora, nas Constituições, o primeiro parâmetro a se ter em conta são os direitos de liberdade, tais como a de manifestação, de fixação de domicílio, de circulação e permanência no território do Estado, de profissão religiosa, de pensamento, de organização sindical, de associação em partidos, etc. Trata-se, em realidade, de proibições de incriminação,⁷⁰ ou seja, o legislador não pode transformar em delito o exercício deste direitos.

Por outro lado, também na Constituição estão elencados os princípios penais fundamentais, como são o da legalidade, da personalidade e da individualização da pena, da humanidade, da culpabilidade, da fragmentariedade, da intervenção mínima, entre outros, resultando na ilegitimidade de normas penais que os afrontem ou não observem.

Portanto, o poder discricionário do legislador penal ordinário na escolha dos bens a tutelar encontra um limite intransponível: não podem ser reprimidos comportamentos que sejam expressão de direitos de liberdade ou de princípios garantidos na Constituição.⁷¹ Por isso, é nas Constituições que a criminalização há de captar os bens que lhe cabe tutelar, pois elas contêm os princípios últimos que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, representam a base e estrutura jurídica da comunidade.⁷²

⁶⁹ PRADO, op. cit. p. 51/52.

⁷⁰ DOLCINO, Emílio e MARINCCI, Giorgio, *Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nº 4, Ed. Aequitas, Coimbra, p. 155.

⁷¹ DOLCINO, Emílio e MARINCCI, Giorgio, *Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nº 4, Ed. Aequitas, Coimbra, p. 164.

⁷² Luiz Régis Prado, afirmando-o, diz que [...] o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. (PRADO, op. cit., p. 76).

2.8) Resumo da evolução

Como visto, o bem ou valor que, em essência, o Direito Penal deve proteger, é variável historicamente. Nota-se, como não poderia deixar de ser, que esta questão mantém estreita relação com cada época histórica e suas preocupações fundamentais. Assim no tempo da Revolução Francesa, onde a proteção da liberdade individual foi a grande preocupação da ordem jurídica, ao Direito Penal coube a tarefa de tutela dos bens individuais, e somente estes, com o que se buscava garantir, também, a simplicidade e a limitação quantitativa das leis em geral, mas especialmente as penais.

Não obstante esta tentativa de limitação, a legislação penal cresceu de forma significativa. Tomaram corpo, então, formulações limitadoras da proteção penal aos bens corpóreos, aqueles que têm alguma expressão na realidade. O principal autor, como visto, foi Birnbaum, que denunciou o exagerado crescimento da legislação penal, propondo-se a formular um critério no sentido de limitá-la. É este autor o responsável pela cunhagem da expressão bem jurídico.

Binding e Von Liszt abordaram a questão da origem do objeto de proteção penal, o primeiro a afirmar que o bem jurídico protegido exsurge da própria norma penal, que o cria, ao passo que o último propugna que o bem jurídico radica na realidade social, preexiste à norma jurídica, que apenas o reconhece e encontra.

Contudo, são estas incertezas e questionamentos em torno do bem jurídico que originaram a concepção metodológica, formulada pelos autores neokantianos, de acordo com a qual o objeto da proteção penal é um produto dos conceitos jurídicos, que não existe como tal, a não ser que nos valores da comunidade existam os objetos que constituem o objetivo das prescrições penais, despojando o bem jurídico de todo conteúdo material e, como conceito puramente formal, inidôneo para descrever o núcleo material do injusto, além de perder a essencial função de crítica, de disciplina e de contenção da atividade criminalizadora.

Após a segunda guerra mundial, com o ressurgimento das discussões em torno do bem jurídico, surgiram os enfoques funcionais e sistêmicos que, na essência, visualizaram o Direito Penal como integrante de um sistema, com a tarefa de, através da imposição de penas, garantir o funcionamento deste sistema e a pacífica convivência social. Ou seja, os bens protegidos por este ramo jurídico exercem uma função, atuam na vida social, projetando efeitos sobre a coesão social.

Por fim, na descoberta do objeto jurídico do crime toma importância a Lei Fundamental do país. Dada a importância que a Constituição tem na estruturação social, é razoável que nela se verifiquem as opções feitas pelo legislador e a elas adequar o Direito Penal, limitando a edição de normas penais aos ditames fundamentais ali inscritos. Surgem, assim, proibições de criminalizar e, fundamentalmente, a necessidade de respeito a determinados princípios no exercício da tarefa de incriminação.

É de se anotar que as duas últimas perspectivas apresentadas coadunam-se, não se excluindo. Com efeito, é possível, captando na Constituição Federal os valores principais a serem protegidos pelo direito infraconstitucional, apreender aqueles bens que efetivamente exercem importante função no meio social.

3 – CONCEITUAÇÃO DE BEM JURÍDICO

A importância da definição do bem jurídico resulta da transcendência política do Direito Penal, no sentido de os bens jurídicos revelarem uma opção político-criminal. Por outro lado, o conceito permite definir a existência de delitos nos quais inexiste um bem jurídico relevante a ponto de dispensar-lhe proteção penal, sendo suficiente aquela prevista por outros ramos do ordenamento jurídico.⁷³

De acordo com o levantamento feito por Prado⁷⁴ e Lopes,⁷⁵ podem ser citados, na doutrina estrangeira, os seguintes conceitos:

Welzel e Von Liszt vêem no bem jurídico um bem vital da comunidade ou do indivíduo que, por sua importância, é protegido juridicamente.

Muñoz Conde conceitua o bem jurídico como os pressupostos de que a pessoa precisa para sua auto-realização na vida social, aderindo à idéia dos interesses vitais, dentre os quais a vida, a liberdade, a saúde, a propriedade, etc.

⁷³ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, op. cit., p. 326, referindo lições de MUÑOZ CONDE e QUINTERO OLIVARES.

⁷⁴ Op. cit. p. 41 e seguintes.

⁷⁵ Op. cit., p. 326/338.

Wessels também afirma serem os bens jurídicos os bens vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade que, em virtude da especial importância para a comunidade, requerem proteção jurídica.

Para Polaino Navarrete, trata-se do bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal. São os bens e valores mais sólidos para a convivência humana em condições de dignidade e progresso.

Jeschek ensina que os bens jurídicos são aqueles indispensáveis para a convivência humana na comunidade e que devem ser protegidos pelo poder coativo do Estado através da pena pública, como é o caso da vida, a integridade corporal, a liberdade, a propriedade, o patrimônio, a integridade moral dos funcionários, a ordem constitucional, a paz pública, entre outros.

Ranieri diz ser o bem jurídico o bem ou interesse protegido por uma norma de Direito Penal e que resulta lesionado pelo delito ao ser violada a norma que o protege.

Clauss Roxin entende que os bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, caracterizadas por situações valiosas, como a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, a propriedade, etc. Mas, além disso, deve o Estado social proteger, através do Direito Penal se necessário, o cumprimento das prestações públicas de que depende o indivíduo no âmbito da assistência social por parte do Estado.

Bettioli afirma que o bem jurídico é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que não é material, embora encontre na matéria o seu ponto de referência. Trata-se de posição ético-valorativa, pois, falar de bem jurídico é falar de valores e não de interesses – valor é forma mais apropriada de exprimir a natureza ética das normas penais.

Jäger refere-se ao bem jurídico como situações valiosas que podem ser alteradas pela ação humana e que, por isso, podem ser protegidas através de normas penais.

Battaglini separa objeto jurídico forma e substancial; o primeiro, é a norma penal contrariada pelo crime e o segundo é constituído pelo interesse que a norma protege.

Zaffaroni afirma que o bem jurídico penalmente tutelado é a relação

de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressas com a tipificação dessas condutas.

Figueiredo Dias entende que num Estado de Direito material deve caber ao Direito Penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui o crime.

Taipa de Carvalho define como bens, interesses ou valores apreendidos pela consciência ético-social como fundamentais à convivência comunitária, na qual se realiza a pessoa humana.

Na doutrina pátria, refletiram sobre o tema Aníbal Bruno, para quem os bens jurídicos são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura.

Francisco de Assis Toledo leciona que bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas. Afirma que o mesmo teve lenta elaboração teórica, no objetivo de fixar um conteúdo material para o injusto típico, assinando que, inicialmente, procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de direitos subjetivos (Fauerbach); depois, na lesão ou exposição a perigo de interesses vitais (final do séc. XIX); por fim, a conclusão de que o conteúdo material do injusto típico reside na lesão ou a exposição a perigo de um *bem jurídico*.

Cláudio Heleno Fragoso conceitua que o bem jurídico é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Assim bem jurídico é um bem protegido pelo Direito, um valor da vida humana que o Direito reconhece e a cuja preservação é disposta a norma.

4 – FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

Hodiernamente, há unanimidade dentre os doutrinadores que ao Direito Penal cabe a função de tutelar bens jurídicos. Este conceito, portan-

to, tornou-se essencial para a compreensão dos fins deste ramo jurídico, e isso sob várias perspectivas, de onde nascem as várias funções do bem jurídico. Embora não haja unanimidade doutrinária relativamente a estas funções,⁷⁶ algumas constantes podem ser verificadas.

4.1 – Função de garantia

Uma das primordiais funções do bem jurídico é a denominada garantia, por meio da qual intenta limitar a atuação penal do Estado. Trata-se do compromisso do legislador penal de não tipificar senão as condutas graves que lesem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos.

Esta função tem especial relevância no âmbito do Estado democrático e social, para garantir uma dimensão material para a norma penal. Somente as condutas que afrontem bens jurídicos podem ser criminalizadas, o que é revelado pelo adágio *nullum crimen sine injuria*. Tal função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. É o sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais.⁷⁷ É um papel que o bem jurídico exerce na individualização legislativa, no momento da cominação penal.

Esta perspectiva limitadora quanto ao uso do Direito Penal faz com que este se legitime somente quando for indispensável para a proteção do bem jurídico. Sendo a pena criminal representativa da reação mais forte da comunidade, a ele deve recorrer o legislador em último lugar, não podendo ser utilizada quando outros meios, mais suaves e menos drásticos, bastem para alcançar a inibição da conduta indesejada, e essa limitação da forma penal de punir as ilicitudes apreende o Direito Penal como *última ratio*.⁷⁸

⁷⁶ Conforme Lopes, op. cit., p. 338/9, para Jeschek o bem jurídico, por um lado, é o conceito central do tipo, pelo que orienta a estruturação da parte especial dos Códigos Penais e, por outro lado, serve como elemento de interpretação. Cobo e Vives referem às funções de garantia, sistemática e exegética. Angioni afirma ter o bem jurídico as funções classificatória, sistemática, exegética, dogmática e crítica. Mir Puig refere às funções sistemática, interpretativa, de critério de medição da pena e a político-criminal. Para Octávio de Toledo o bem jurídico tem função política, dogmática e de segurança. Nilo Batista ensina que o deve cumprir com as funções axiológica, sistemático-classificatória, exegética, dogmática e crítica. Luiz Régis Prado afirma as funções de limite ao direito de punir do Estado, a teleológica ou interpretativa, a individualizadora e a sistemática. (LOPES, op.cit, p.338/9).

⁷⁷ PRADO, op. cit., p. 48.

⁷⁸ Esse papel do bem jurídico é considerado por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes como sendo a *função humanizadora do sistema penal*, tratando-se de uma ... *especialização da função de garantia ao expor que só se podem punir as lesões de bens jurídicos se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada...* (op. cit., p. 340).

4.2 – Função teleológica, interpretativa ou exegética.

O bem jurídico se revela como um critério de interpretação dos tipos penais, condicionando o sentido e alcance da sua proteção. Revelando o núcleo do tipo penal, o bem jurídico se converte na chave que permite descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento.⁷⁹ Com efeito, como todo delito deve lesar ou ameaçar um bem jurídico, não é possível interpretar, nem conhecer a lei penal, sem lançar mão da idéia de bem jurídico. Portanto, o bem jurídico é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos,⁸⁰ cabendo ao intérprete, na aplicação da lei penal, fazê-lo tendo em conta o bem jurídico.⁸¹

Nesta perspectiva, é ele instrumento da individualização judicial. Entretanto, como adverte Lopes,⁸² a função exegética não pode desconectar-se das demais funções do bem jurídico, especialmente da função limitadora da atuação penal do Estado, pois somente assim cumprirá a função de proteger a sociedade. De fato, a interpretação teleológica do bem jurídico protegido poderá excluir do tipo condutas que não lesem ou não ponham em perigo esse bem jurídico por falta de antijuridicidade material. Esta situação é apreendida pelo ilustre penalista como sendo *a função dogmática do bem jurídico*.

4.3 – Função sistemática

Outra função que o bem jurídico exerce é dita sistemática: o bem jurídico funciona como elemento classificatório na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal, estruturando-se os títulos e capítulos de acordo com o bem jurídico protegido. Portanto, é no exercício da função sistemática que o bem jurídico preside a ordenação dos

⁷⁹ LOPES, op. cit., p. 342.

⁸⁰ PRADO, op. cit. p. 48/49

⁸¹ Rodrigo Sanches Rios preleciona que [...] *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.* (RIOS, Rodrigo Sanches. *O Crime Fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 37/38).

⁸² Op. Cit., p. 342.

delitos na parte especial das legislações penais, que são catalogados de acordo com o bem jurídico protegido.⁸³

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Diante do exposto, é indiscutível que o Direito Penal, tendo em conta a drasticidade da sua sanção - que atinge um dos valores fundamentais dos indivíduos, a liberdade -, deve ser usado com a parcimônia recomendada pelo princípio da sua mínima intervenção. Nesta perspectiva e para realizar este desiderato, é decisiva a definição acerca de quais são os bens passíveis de tutela penal.

Nesse sentido, mostra-se plenamente satisfatório o critério que vê nos bens jurídicos os valores a serem protegidos pelas normas penais. Além disso, é também certo situar e identificar estes bens na Constituição Federal, na medida em que esta representa o básico pacto de convivência formulado entre os integrantes da sociedade e por nela constarem os princípios e valores estruturais da comunidade.

Esta opção, sugerida com veemência pela dogmática penal, é caminho para alcançar um Estado efetivamente liberal e democrático, que privilegia as iniciativas individuais e toma por pressuposto a vontade geral dos cidadãos, além de modelo para superar a tendência, infelizmente corrente, de os Estados preferirem, por econômico e facilitado, o recurso indiscriminado à criminalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.

⁸³ Mauricio Antonio Ribeiro Lopes apreende esta função de modo diverso, referindo a *função sistemática como critério finalista de justiça*: [...] *A organização sistemática, contudo, não é propriamente uma função, senão uma técnica destinada a uma finalidade superior [...]. A teoria do bem jurídico põe em estreito contato a determinação da missão do Direito Penal como critério de Justiça que utiliza a Política Criminal no momento de determinar quais fatos são dignos de uma pena criminal, pois vincula dita missão a uma qualidade visível de comportamento merecedor de pena. [...] Implica dizer que o processo de seleção e organização em categorias dos bens jurídicos-penais permite a identificação do critério de justiça empregado na estruturação do sistema punitivo, isso porque, sobretudo, facilita a penetração do princípio da proporcionalidade da intervenção penal estatal sobre os fatos ofensivamente relevantes ao interesse social.* (Op. cit., p. 341).

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Editora Edipro, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis. Princípios Fundamentais do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 15, p. 82
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 3ª. ed. Brasília: Editora UnB, 3ª ed., 1991.
- _____. *A Era dos Direitos*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- COSTA JR. Paulo José; CERNICCHIARO, Luiz Vicente e. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Editora Martins Fontes, SP, 1986, Tradução de Hermínio A. Carvalho.
- DOLCINO, Emílio e MARINCCI, Giorgio. *Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 4, Ed. Aequitas, Coimbra, p. 155.
- FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, in *RT* Vol. 776, junho 2000, p. 409/439.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito* 13ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991.
- _____. Bens Constitucionais e Criminalização. *Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal*, Ano II, p. 107, abr. 1998.
- _____. A Crise Contemporânea da Legalidade Penal. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 253.
- _____. Um Novo Conceito de Legalidade Penal. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 113, edição especial de julho de 1999.

- _____. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista da Ação e a nova legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987
- _____. *Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- _____. Direitos Humanos - Repercussões Penais, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ed. Revista dos Tribunais, ano 06, nº 21, janeiro/março de 1998, p. 75.
- MARINCCI, Giorgio e DOLCINO, Emílio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 4, Ed. Aequitas, Coimbra, p. 155.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1989.
- PRADO, Luis Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. e BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios Fundamentais do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 15, p. 82.
- RIOS, Rodrigo Sanches. *O Crime Fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- RUDOLPHI, Hans Joachim. Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico. *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, Ediciones Depalma, año 4, nº 7, julio-septiembre de 1975, Buenos Aires, p. 333.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª Ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1999.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.