

PAULINNE YOSHIE ISHIKAWA VIRGOLINO DA SILVA

**EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS,
SOB A ÓTICA DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo para a obtenção do
título de bacharel em Direito

Área de Concentração:

Direito Penal

Orientador:

Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

Ribeirão Preto - SP

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

Silva, Paulinne Yoshie Ishikawa Virgolino da

Exclusiva proteção de bens jurídicos, sob a ótica da subsidiariedade do direito penal / Paulinne Yoshie Ishikawa Virgolino da Silva. Ribeirão Preto, 2013.

67 p. : 29 cm

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes.

1. Bem jurídico-penal 2. Subsidiariedade 3. Direito penal.

Nome: SILVA, Paulinne Yoshie Ishikawa Virgolino da

Título: Exclusiva proteção de bens jurídicos, sob a ótica da subsidiariedade do direito penal

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -	Evolução numérica de presos e da relação destes com o número de habitantes.....	58
-------------------	--	-----------

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 01 – BEM JURÍDICO-PENAL	11
1. 1 Finalidade do direito penal	11
1. 2 Breve esboço histórico	12
1. 2. 1 Introito.....	13
1. 2. 2 Feuerbach: delito = lesão de um direito subjetivo.....	14
1. 2. 3 Birnbaum: delito = lesão ou colocação em perigo de um bem	15
1. 2. 4 Binding: delito = lesão de um direito subjetivo do Estado	15
1. 2. 5 Von Liszt.....	16
1. 2. 6 Welzel.....	16
1. 3 Conceito e delimitação	17
1. 3. 1 Tradição neokantiana: matiz espiritualista	17
1. 3. 2 Welzel: sentido objetivista	18
1. 3. 3 Roxin	18
1. 3. 4 Jorge de Figueiredo Dias	18
1. 3. 5 Francisco de Assis Toledo	18
1. 3. 6 Ana Elisa Bechara	19
1. 3. 7 Construção conceitual.....	19
1. 3. 7. 1 Estado democrático de direito	21
1. 3. 8 Conclusão parcial	22
1. 4 Funções do bem jurídico	23
1. 4. 1 Função garantista ou de limitação ao “ius puniendi” estatal.....	24
1. 4. 2 Função de validade e eficácia da norma.....	25
1. 4. 3 Função teleológica ou interpretativa	25
1. 4. 4 Função individualizadora	26
1. 4. 5 Função sistemática	27
1. 4. 6 Conclusão parcial	28
CAPÍTULO 02 – BENS JURÍDICOS OU DEVERES NORMATIVOS?	31
2. 1 Claus Roxin	31
2. 1. 1 Problemática	31
2. 1. 2 Conceito de bem jurídico	32
2. 1. 3 A subsidiariedade da proteção de bens jurídicos.....	33
2. 1. 5 Restrição da punibilidade.....	35
2. 1. 6 Outras observações	35
2. 1. 7 Injusto penal e risco não permitido	37

2. 2 Günther Jakobs	38
2. 2. 1 Missão do direito penal	39
2. 2. 2 Conceito de delito.....	40
2. 2. 3 Função da pena	40
2. 2. 4 Críticas ao funcionalismo sistêmico de Jakobs	40
2. 3 Conclusão parcial	41
CAPÍTULO 03 – SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL	43
3. 1 Tarefa Legislativa	44
3. 2 Seleção dos valores constitucionalmente garantidos	45
3. 2. 1 Mutabilidade e mortalidade do bem jurídico	47
3. 2. Valores constitucionalmente garantidos: uma palavra sobre os bens jurídicos coletivos.....	48
3. 3 Princípio da subsidiariedade	49
3. 4 Outros mecanismos de controle da discricionariedade legislativa.....	51
3. 4. 1 Outros princípios penais	52
3. 5 Sistema penal integral	55
3. 6 Questões Práticas.....	57
3. 6. 1 Jurisdição Estatal	59
3. 6. 2 Problema Legislativo	60
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Devido ao seu grande potencial lesivo e custo à liberdade individual, o direito penal padece de uma constante justificação, por essa razão a doutrina empenha-se incessantemente em responder questões como 'quais condutas são passíveis de punição', ou 'como essa escolha deve ser feita'.

Tais questionamentos não possuem respostas fáceis, principalmente, porque sempre se deve ter em mente que “o Estado deve proteger o indivíduo não apenas mediante o direito penal, mas também do direito penal” (BECHARA, 2012).

Apesar dos óbices encontrados, entende-se que os bens jurídicos são uma das ferramentas indispensáveis na descoberta de tais soluções – esses bens serviriam “como núcleo negativo e crítico do Direito Penal, conferindo-lhe sua missão” (BECHARA, 2007). Sendo que muitos são os defensores dessa teoria do bem jurídico, podendo-se citar, Roxin, Hassemer, Hefendehl, Shünemann, Prado, Toledo, e Luís Greco ¹.

Entretanto, ante o surgimento de novos riscos e o agravamento dos já existentes, somados a um aumento do sentimento de insegurança, o Estado passou a se utilizar do seu maior instrumento de pressão, qual seja o direito penal como uma forma de controlar a situação.

Isso, em alguma medida, o fez se distanciar de um dos seus postulados, a *ultima ratio*, a qual determina que somente deve existir uma atuação penal, nas hipóteses em que esta é necessária à manutenção da comunidade. Pois, a este ramo do ordenamento jurídico, incumbe-se a aplicação das sanções mais onerosas, na medida em que atuam nas esferas de liberdade e dignidade dos indivíduos.

Diante desse cenário, alguns autores - entre eles Jakobs, Stratenwerth, e Wohlers - questionam a subsistência do paradigma do bem jurídico, haja vista o considerarem insuficiente na delimitação das finalidades do direito penal. Além disso, alega-se que o argumento do bem jurídico serve como um dos principais motores de uma indesejável expansão penal.

1 Ressalva-se que, feito um levantamento dos autores que tratam sobre o tema, apenas alguns nomes foram selecionados, cujas ideias serão desenvolvidas ao longo da obra.

O presente trabalho surge, então, como uma tentativa de demonstrar que o 'princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos' se mantém atual e a sua permanência é medida que se impõe, uma vez em que a atuação penal, de fato, só se legitima diante da tutela bens jurídicos fundamentais.

Logo, o estudo se justifica pelo fato de o tema relacionar-se intimamente ao conceito de delito, que, por sua vez, está no cerne da estrutura sistêmica do direito penal, ou seja, entender o bem jurídico significa entender os fundamentos sob os quais o próprio direito penal se edifica, possibilitando mensurar e otimizar a capacidade de rendimento de todo o sistema.

A pesquisa estruturou da seguinte forma:

No primeiro capítulo dedicou-se a traçar as diretrizes básicas do tema, composta por uma concisa evolução histórica, baseada na obra de autores considerados paradigmáticos; e pela elucidação dos critérios a serem utilizados na formulação do conceito de bem jurídico-penal, destacando-se, ainda, a forma como alguns autores o concebem. Apresentou-se, ao final, as funções atribuídas aos bens jurídicos, questão que evidencia a relevância da teoria.

No capítulo dois, buscou-se expor as consequências em se atribuir ao direito penal a missão de salvaguardar bens jurídico-penais fundamentais. Para tal, a teoria dos bens jurídicos de Claus Roxin foi contraposta a dos deveres normativos de Günther Jakobs.

Em seguida, no terceiro capítulo, defende-se a subsistência do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, condicionado à natureza subsidiária da direito penal e à sua necessária conformação aos valores constitucionalmente estabelecidos.

CAPÍTULO 01 – BEM JURÍDICO-PENAL

Antes de dar início, faz-se necessário estabelecer dois axiomas que regerão as futuras inferências. O primeiro é que a lei penal “atua não como *limite* da liberdade pessoal, mas sim como seu *garante*” (PRADO, 2011, p. 118). O segundo é o de que a democracia inspira-se, fundamentalmente, em dois valores: liberdade e igualdade (FERREIRA FILHO, 2009, p. 101).

Na atualidade, a democracia não pode mais ser analisada exclusivamente sob uma ótica formal e política, visto que "a constitucionalização de princípios e valores voltados à garantia dos direitos fundamentais, vinculando a legislação e condicionando a legitimidade do sistema jurídico e político à sua promoção, proteção e garantia, conferiu ao princípio democrático uma dimensão substantiva” (RANIERI, 2013, p. 318).

Assim, é imprescindível que a análise do direito penal, enquanto sistema social, seja sempre pautada na lógica de um Estado democrático de direito, no qual haveria, em teoria, uma participação popular indireta no processo legislativo, de forma que as leis seriam uma reflexo da vontade de seu povo.

1. 1 Finalidade do direito penal

Ao tratar do tema, Francisco de Assis Toledo (2007, p. 7) destaca três pontos principais: “a) o fundo ético do ordenamento penal; b) o seu caráter limitado, ou fragmentário; c) o estar dirigido para a proteção de algo”.

A tese aqui abrigada é a de que a função do direito penal é de assegurar a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente justa, dessa forma garantindo os pressupostos básicos para o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.

Todavia, o caráter limitativo da tutela penal demanda que a proteção social seja realizada tanto pelo direito penal, como ante ele. Essa é a lógica do Estado democrático de direito, pois, se o próprio Estado reconhece e garante a liberdade, ele não pode cerceá-la, sem que exista um motivo materialmente relevante estabelecido.

Assim, este ramo do direito, ao contrário de outras conquistas culturais, carece de uma constante fundamentação, haja vista a justiça criminal ser um mal. Um mal necessário é verdade, mas ainda sim, um mal².

Surge, então, um dos primeiros obstáculos do direito penal: definir aquilo que vai justificar a sua existência. Hodiernamente, o posicionamento majoritário é no sentido de que o fim imediato e primordial do direito penal radica na tutela de bens jurídicos, essenciais ao indivíduo e à comunidade, isto é, aqueles que são reconhecidamente indispensáveis para a sobrevivência da própria sociedade. Nesse contexto, a pena seria o instrumento de coerção, utilizada na persecução desse objetivo.

Assim, o direito penal estaria limitado por dois fatores: “o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos”, e “o condicionamento de sua intervenção à importância ou gravidade da lesão” (TOLEDO, 2007, p. 14).

Em resumo, acredita-se que o ordenamento não pode ser um fim em si mesmo, por conseguinte o direito penal sempre deverá ter por finalidade assegurar as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum. Se um dispositivo incriminatório não protegesse um bem jurídico, ele é materialmente injusto e, portanto, ético-socialmente inaceitável, não merecendo o status de ordem de direito.

É o oportuno frisar que todo o ordenamento jurídico visa ao mesmo objetivo, o que diferencia o direito penal do restante é o seu caráter essencialmente subsidiário.

É inadmissível, portanto, a existência de tipos penais que contemplem situações que não impliquem em lesão real ou potencial a bens jurídicos, vez que isto significaria admitir “um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar” (TOLEDO, 2007, p. 19).

1. 2 Breve esboço histórico

Felizmente, o passado nunca morre por completo para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu íntimo, pois o seu estado em determinada época é produto e resumo de todas as épocas anteriores. Se ele descer à sua alma, poderá encontrar e distinguir nela as diferentes épocas pelo que cada uma deixou gravada em si mesmo. (COULANGES, 1864, p.14)

2 Além de por vezes, acabar submetendo pessoas não necessariamente culpadas à persecução criminal, medida social e psicologicamente gravosa; não se pode esquecer o potencial do direito penal de estigmatizar o condenado e acarreta a sua desclassificação e exclusão social (ROXIN, 2001, p. 460).

Entender como a teoria relativa ao bem jurídico se desenvolveu é algo de grande relevo, na medida em que só é possível se compreender a atualidade, dentro do seu contexto histórico. No direito, tal afirmação se potencializa, haja vista este ser reflexo direto da sociedade e suas ideias. Logo, ao estudar as várias formulações envolvendo a noção de bens jurídicos, devem-se observar as implicações práticas decorrentes de cada uma delas, na maneira de perceber o sistema jurídico e na decidibilidade de conflitos.

Por essa razão esse tópico será dedicado a uma breve apresentação histórica do tema, a partir da perspectiva de alguns autores expoentes na matéria, com o intuito de fornecer uma visão geral, contribuindo com a contextualização do pensando. Todavia, cabe destacar que as diferentes épocas da história penal não são isoladas, interpenetram-se continuamente (PRADO, 2008, p. 67).

1. 2. 1 Introito

O iluminismo surge contra o absolutismo do poder estatal, se opondo aos excessos da época. Este movimento introduz a noção de “objeto jurídico do delito”. E, de acordo com a sua filosofia penal “o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva” (PRADO, 2008, p. 77).

Agora, o marco teórico do nascimento do direito penal moderno é a publicação, em 1774, do livro “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria, que traça os contornos do direito de punir do Estado, cujo limite estaria nas pequenas porções de liberdade cedidas pelos seus cidadãos, em prol da manutenção de todo o resto. Desse modo, “todo exercício do poder que se afaste dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo” (BECCARIA, 2006, p. 27).

Dessa sistematização proposta decorrem, então, três postulados: i) caberia apenas ao legislador o direito de elaborar leis, e somente à norma incumbiria a fixação de penas; ii) o responsável pela feitura das leis não seria o mesmo que vigiaria o seu cumprimento; e iii) a imprescindibilidade da utilidade e da necessidade das punições impostas (BECCARIA, 2006, p. 27-30).

Ante essa concepção de que a atuação do Estado não seria irrestrita, surgem, pois, uma série de correntes com o intuito de estabelecer os limites daquele que seria o seu recurso mais extremo e nocivo, o direito penal. E o caminho para tal está na compreensão do delito, vez que, a rigor, a tutela penal visa reprimir e sancionar delitos.

1. 2. 2 Feuerbach: delito = lesão de um direito subjetivo

Paul Johann Anselm Von Feuerbach, seguindo a ideologia liberal-individualista, defende um conceito material de delito, a partir das teorias contratualistas. Para este autor, o delito sempre estaria relacionado a uma violação de um direito subjetivo, isto é, crime seria uma ação contrária ao direito de outro, prevista em uma lei penal. Logo o direito penal funcionaria como garantidor das liberdades individuais.

O delito passa, então, a ser visto não como pecado, mas como um atentado ao grupo social; sendo a pena uma medida retributiva e não mais de expiação.

O mérito dessa teoria foi ter atribuído um conteúdo à noção de crime, de modo a evitar o arbítrio punitivo estatal, pois somente aquelas condutas providas de características específicas poderiam ser criminalizadas. De modo que a simples descrição de uma ação ou omissão, em um tipo penal, já não mais seria o suficiente, para legitimar a criminalização.

Só seriam legítimos a tipificação, e a consequente imposição de penas, de condutas que lesassem o sentido último do Estado, qual seja os direitos subjetivos de liberdade dos indivíduos. Infere-se, assim, que o direito subjetivo de um indivíduo só poderia ser limitado pelo direito subjetivo de outro indivíduo, e a função do Estado seria a compatibilização de liberdades.

Observa-se que essa teoria traz algo muito positivo ao fazer uma relação a um conteúdo material sistêmico funcional do delito. Contudo, há um grau indevido de abstração, o que dificulta a identificação daquilo que de fato buscava-se evitar; além de que essa teoria apresenta um déficit explicativo, não sendo suficiente para responder os anseios contemporâneos.

1. 2. 3 Birnbaum: delito = lesão ou colocação em perigo de um bem

Johann Michael Birnbaum introduz o conceito naturalístico de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo. Segundo ele, o objeto do delito alicerçar-se-ia em ideias concretas, isso porque o fato criminoso não ofenderia o direito subjetivo, mas sim o bem que é atribuído juridicamente ao sujeito.

Esses bens teriam uma natureza pré-jurídica, proveniente da natureza e anseios sociais; representando, assim, os interesses primordiais do indivíduo em sociedade.

Não obstante os benefícios trazidos com a inserção da noção de algo para além de meros direitos subjetivos, a solução encontrada não foi suficiente para conter o arbítrio estatal.

1. 2. 4 Binding: delito = lesão de um direito subjetivo do Estado

Karl Binding cria um conceito de bem jurídico a partir da sua dimensão formal, seguindo uma orientação positivista. Assim, bem equivaleria a proibição.

Destarte o legislador seria o único capaz de definir o que se enquadraria como crime, e a fonte de criação do bem jurídico e de sua norma de tutela estaria limitada tão somente ao aspecto lógico-normativo. “O bem jurídico é tal por sua qualidade para a vida jurídica e se conforma com base naquilo que o Estado entende como valioso para a comunidade” (BINDING³, 1885 apud LUZ, 2013, p. 47).

Entender o bem jurídico, enquanto uma criação legislativa, faz parte da tradição dogmática do conceito, o qual atua como um referencial de interpretação teleológica (GRECO, 2007, p. 252).

Contudo, o problema maior dessa teoria é que ela carece de caráter crítico à atividade do legislador, uma vez que o rol de bens passíveis de tutela penal seria extremamente amplo, podendo contemplar proibições aleatórias e arbitrárias, pois bastaria que o Estado assim o quisesse.

3 BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts*. .v. 1. Leipzig: Duncket & Humbolt, 1885, p. 386.

1. 2. 5 Von Liszt

Para Franz Von Liszt, nome do positivismo naturalista, a norma não criaria o bem jurídico, somente o encontraria e o elevaria a categoria de interesse vital. Diante disso, essa teoria consegue em alguma medida restringir a atividade legiferante.

Ele adere à tese de que “o direito existe por vontade humana e se volta à proteção de situações reais” (BECHARA, 2009, p. 18).

O bem jurídico, que continua a figurar no centro da estrutura do delito, seria um dado social preexistente, independente de um juízo legal (dimensão material). “Isso porque o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração jurídica mas se impõe a ela” (PRADO, 2011, p. 35).

Ao acrescentar, ao conceito de bem jurídico, elementos do mundo material e externos ao sistema jurídico, o autor tece uma distinção entre o bem jurídico tutelado e o objeto lesionado e dá início à fundamentação do direito penal com base no conceito de bem jurídico.

Por fim, o positivismo naturalista de Liszt reside no fato de a ilicitude ser analisada sob um duplo aspecto, o formal e o material. O primeiro tange a violação de uma norma/dever estatal, e o segundo diz respeito a uma lesão a um interesse vital do indivíduo ou da comunidade.

O inconveniente desse posicionamento é o de que, ao adotar um conceito de bem jurídico anterior e independente do direito positivo, confere um limitado valor à dogmática jurídico-penal. “Isso porque um conceito prévio ao direito não se mostra capacitado a abranger o núcleo material de todos os comportamentos puníveis contidos na lei, pertencendo mais ao âmbito da política social” (BECHARA, 2009, p. 18).

1. 2. 6 Welzel

Pai da teoria finalista da ação, para Hans Welzel o direito era fruto da realidade social, sendo incumbido a este o papel de zelar pelos valores elementares da vida em comum. O autor “foi o primeiro [a] chamar atenção para a estreita relação entre a função do Direito Penal e a definição do substrato material do conceito de delito” (LUZ, 2013, p. 58).

Ele analisa o delito sob duas óticas distintas, a do desvalor da ação e a do desvalor do resultado; o primeiro consistiria em um dano à vigência da norma, enquanto o segundo representaria um dano a um bem jurídico. O autor defende que a tarefa do direito penal seria a priori a “proteção dos elementares valores ético-sociais da ação e só por extensão a proteção de bens jurídicos” (TOLEDO, 2007, p. 7). Ressalta, contudo, que tal tutela é fragmentária e limitada.

Nota-se, assim, a tentativa de Welzel em rematerializar o conceito de delito, ao fundamentá-lo em categoriais ontológicas (realidades sociais).

1. 3 Conceito e delimitação

A fórmula “delito = lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico” foi amplamente aceita, contudo há uma grande discussão no que tange ao seu 'conteúdo e significado'.

À vista disso, majoritariamente, também não se questiona que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos seja um dos pilares da teoria do delito, funcionando como critério de legitimação da proposição criminalizadora. Porém, o problema reside na delimitação do significado do termo 'bem jurídico'.

Essa tarefa, apesar de árdua, é de extrema importância, já que definir quais bens jurídicos serão protegidos via direito penal é o mesmo que determinar de que tipo de sociedade está se tratando. Pois, a partir dos objetos que se tutela e da maneira pela qual se atribui responsabilidade penal, se estruturará todo o raciocínio jurídico-penal.

Desde o surgimento da teoria, várias foram as tentativas de conceituar o “bem jurídico”, sendo impossível discutir todas elas. Vejam-se algumas.

1. 3. 1 Tradição neokantiana: matiz espiritualista

A priori, o bem jurídico era concebido enquanto “valor cultural”, derivado das necessidades individuais. Por conseguinte, quando um anseio individual se tornava socialmente dominante, ele se transformava em um valor cultural, surgindo, assim, a necessidade de tutela.

1. 3. 2 Welzel: sentido objetivista

“Bem vital da comunidade ou do indivíduo que por sua significação social é protegido juridicamente” (WELZEL⁴ apud PRADO, 2011, p. 44).

1. 3. 3 Roxin⁵

“Dados imprescindíveis para a livre e pacífica convivência dos seres humanos sob a garantia de todos os direitos assegurados pela Constituição”. Roxin inclui entre os bens jurídicos individuais e tradicionais, como a vida, a integridade física e a propriedade, os bens jurídicos coletivos, sem os quais “não é possível uma livre e pacífica convivência da sociedade moderna (ROXIN, 2010, p. 38).

Percebe-se que na construção do autor o bem jurídico é entendido como um valor, não mais como dever, estando inserido em um sistema global fundado na noção de finalidade e funcionamento do próprio sistema. Ademais, é introduzido o critério constitucional a ser utilizado na delimitação do conceito.

1. 3. 4 Jorge de Figueiredo Dias

“Expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integralidade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 2007, p. 114).

1. 3. 5 Francisco de Assis Toledo

Em definição *latu sensu*, bem é tudo aquilo a que pode se atribuir um valor. Já os “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 lesões efetivas” (TOLEDO, 2007, p. 16).

4 WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, P. G., p.15.

5 Por ser considerado um dos maiores expoente do tema, esta pesquisa dedicará o capítulo seguinte, ao estudo dos ensinamentos deste autor.

Lembra o autor que nem todo bem jurídico é tutelado pelo direito penal. O objeto deste está limitado aos bens jurídicos que exigem proteção especial e a alguns tipos de riscos e lesões. “Protegem-se penalmente, em suma, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão” (TOLEDO, 2007, p. 17).

1. 3. 6 Ana Elisa Bechara

“Bem jurídico é um valor vinculando direta ou indiretamente à pessoa humana. Mas não é só. É preciso que esse valor apresente substancialidade, de modo a fundamentar um procedimento de demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo” (BECHARA, 2007).

1. 3. 7 Construção conceitual

Constata-se que as concepções apresentadas, apesar de suas diferenças, possuem pontos de convergências. E, a partir do exposto, passar-se-á aos critérios a serem utilizados na construção do conceito político-criminal⁶ a ser adotado nesta obra.

Primeiramente, deve-se ficar claro que a formulação no que tange ao bem jurídico penal é 'política', quer dizer, não se analisa o valor de um bem “do ponto de vista econômico, mas sim político” (GRECO, 2012, p. 02).

Por conseguinte, com a evolução da sociedade bens que eram considerados fundamentais vão perdendo sua relevância, passando a não mais merecer o abrigo do direito penal; em contra partida, outros bens, que vão surgindo, passam a ser dignos de assumirem esse status. Observa-se, portanto que os fenômenos da criminalização e descriminalização são concomitantes e vitais.

E, uma vez estabelecido que o fundamento da seleção é político, o próximo passo seria definir a quem caberia tal escolha.

O único detentor do poder normativo, em sede penal, é o legislativo federal (artigo 22, inciso I, da CF/1988). Essa impossibilidade de delegação é um desdobramento do

6 “O conceito político-criminal de bem jurídico confere ao princípio uma dimensão transcendente ao direito positivo, tornando-se este objeto de crítica com base no parâmetro de que, em princípio, apenas são legítimos aqueles tipos que protegem um bem jurídico, algo que nem todo tipo, só por fazer parte do direito legislativo, necessariamente faz” (GRECO, L. 2007, p. 252).

princípio da reserva legal⁷, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5º, inciso XXXIX da CF/1988).

Por sua vez, o poder legislador deriva da legitimação democrática (artigo 1º, parágrafo único, da CF/1988⁸). E, pela separação dos poderes - mesmo essa não sendo plena⁹ - não poderia, por exemplo, o judiciário interferir nessa escolha.

Todavia, em que pese ser o órgão legitimado para tal, a atuação do legislador não é irrestrita, na medida em que os critérios constitucionais “operam como marco de referência geral ou de prevenção específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia” (PRADO, 2011, p. 96).

Ou seja, não se pode afirmar que o método de eleição dos bens fundamentais é completamente isento, haja vista não ser possível a eliminação completa de certa conotação subjetiva, inerente ao caráter humano da figura do legislador. Contudo, seria igualmente equivocado, estabelecer que essa seleção é aleatória ou totalmente discricionária, já que há critérios constitucionais vinculantes, a serem obedecidos.

Frisa-se que a concepção do bem jurídico, em nenhuma hipótese, poderá alicerçar-se na lei penal, na medida em que uma das funções daquela, como se verá, é justamente servir de parâmetro crítico à esta. Logo, deve-se “procurar outro ponto de apoio superior à lei, ou ao menos externo à ela” (GRECO, 2007, p. 253).

Claus Roxin (2002, p.18) é claro ao estabelecer que necessariamente a valoração deve se **fundar na lei**, pois enquanto “provierem do sentimento jurídico ou de orientações isoladas”, permanecerão “turvos, causais e sem poder de convencimento científico”. Vale ressaltar que, quando o doutrinador fala em leis, não está se referindo a qualquer diploma legal, mas antes, a nossa Lei maior, a Constituição.

O brasileiro Régis Prado e Ana Elisa Bechara também acompanham essa corrente constitucionalista, e o primeiro estatui que “a Constituição, sobretudo em uma sociedade

7 No que tange à reserva legal, insta notar que este princípio aparece como um limite à atuação arbitrária judicial; contudo não tem o condão de obstar a criação de “tipos penais iníquos” ou a cominação de “sanções cruéis e degradantes” (BITENCOURT, 2010, p. 43).

8 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: [...]

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

9 “A especialização inerente à “separação” é, dessa forma, meramente relativa. Consiste numa predominância no desempenho desta ou daquela função. Cada *poder* em caráter secundário colabora no desempenho de outras funções, pratica atos teoricamente fora de sua esfera” (FERREIRA FILHO, 2009, p.137).

democrática, há de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal” (PRADO, 2011, p. 106). Assim, infere-se que os bens jurídicos transformam-se em “bens jurídicos dignos de tutela penal, ou jurídico-penais”, por meio da “concretização dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais” (BECHARA, 2009, p. 20).

Nota-se, então, o papel dúplice exercido pela Constituição, que, ao mesmo tempo, serve de guia ao legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade; e, dentro de uma lógica garantista, evita que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, viole direitos fundamentais, igualmente consagrados pela Carta Magna¹⁰.

Ressalta-se, ainda, que todo o exposto coaduna com as implicações de um Estado democrático de direito. Mais precisamente com o Estado constitucional de direito, caracterizado pela “afirmação do princípio da legalidade”, e mais recentemente, pela “afirmação da supremacia da Constituição sobre a lei” (RANIERI, 2013, p. 317).

1. 3. 7. 1 Estado democrático de direito

A configuração atual do Estado de direito acarreta algumas consequências:

“[...] para a teoria de validade das leis, a diferenciação entre forma e substância; para o princípio da separação de Poderes, a mudança do papel do Judiciário, que passa a ser encarregado de verificar a adequação da lei aos princípios e regras constitucionais; para a teoria do Direito a alteração do seu paradigma epistemológico, o que lhe confere um papel ao mesmo tempo científico e crítico, voltado às necessárias correções de um sistema normativo complexo, como é o do Estado Democrático de Direito” (RANIERI, 2013, p. 317-318) (negritos nossos).

Perceba-se, que a norma passa a ser analisada sob dois aspectos, o material e o formal, assim, ela pode ser formalmente válida, ou seja, a sua criação seguiu os parâmetros legais para tal; porém, ao mesmo tempo, ser considerada substancialmente inválida, uma vez em que fere princípios constitucionais.

Face a riqueza da matéria e do fato de esta não ser o foco principal do estudo, mas ao mesmo tempo ser importante na compreensão do todo, dedicarei alguns parágrafos à exposição de como se entende o 'Estado democrático de direito'.

10 Essa temática voltará a ser discutida e melhor detalhada no capítulo 03, quando será analisada sob a ótica da subsidiariedade penal.

A concepção de Estado de direito está intimamente ligada à ideia de direito enquanto “expressão dos valores jurídico-políticos vigente em uma época” (PRADO, 2011, p. 79), muito mais que ao critério da legalidade. Isto é, atrela-se o poder estatal aos limites dos princípios e direitos fundamentais.

No Brasil, vive-se o modelo do Estado democrático e social de direito, o qual é formado pelos elementos listados a seguir.

a) soberania popular, da qual emanam os poderes do Estado; b) legitimidade dos governantes por meio de eleições periódicas pós-sufrágio universal, com pluralismo de opções; c) submissão dos governantes à lei, hierarquia das normas, controle judicial de suas decisões; d) preservação da Constituição pelo Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal); e) separação de poderes (funções); f) reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, com a incorporação dos novos direitos econômicos, sociais e culturais; g) função promocional dos poderes públicos para propiciar as condições e remover os obstáculos para a igualdade entre os cidadãos; h) intervenção dos poderes públicos na organização econômica; i) potencialização das organizações sociais e culturais, favorecendo a participação e controlando os serviços que afetem a qualidade de vida. (PECES-BARBA, 1986 apud PRADO, 2011, p. 87)¹¹

Fica claro, pois, que o Estado democrático de direito vai além do mero Estado de legalidade. Aquele “deve corporificar em si a proteção da liberdade e do desenvolvimento pessoal e político dos cidadãos e a moderação e juricidade de todo o exercício do poder público” (BECHARA, 2007).

Os direitos fundamentais (direitos humanos constitucionalizados) passam, então, a definir o objeto e os limites do direito penal. Portanto, só é possível justificar uma criminalização, diante da defesa de “uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade e da dignidade humana” (BECHARA, 2007).

Nesse passo, não tem o Estado direito de coagir os indivíduos a eleger determinados modelos de comportamento, quando isto não for relevante para a manutenção da vida social. A tolerância, o reconhecimento do pluralismo e a proteção da personalidade como elemento material essencial do Estado Democrático de Direito proibem, portanto, ao poder estatal o reconhecimento de determinados ideais morais para exigí-los como bens jurídicos (BECHARA, 2009, p. 27).

1. 3. 8 Conclusão parcial

Após todo o exposto, os contornos do bem jurídico começam a se mostrar claros, evidenciando-se que o bem surge da situação fática, das angústias sociais, podendo ser definido como um dado social e relacionado historicamente à experiência humana.

11 PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madri: Tecnos, 1986, p. 62-63.

Neste diapasão, tem-se que o conceito de bem jurídico não é meramente formal, apresentando uma forte carga de materialidade, derivada da “realidade ou expressão social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário” (PRADO, 2011, p. 104).

Face às suas características os bens jurídicos são variáveis, na medida em que seu conteúdo modifica-se no tempo e no espaço. “Isso porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis imanentes à própria existência humana” (PRADO, 2011, p. 104-105).

Destarte, tem-se que a mutabilidade é inerente ao conceito de bem jurídico, não podendo este ser fechado, de modo a permitir que “a partir dele se conclua automaticamente o que deve ou não ser criminalizado” (BECHARA, 2009, p. 21). Conclui Ana Elisa Bechara (2009, p. 21) que qualquer entendimento em sentido contrário negligencia a sua “função político-criminal nos movimentos de criminalização e descriminalização, no âmbito das reformas penais”; o que, em última instância, comprometeria enormemente, todo o sistema penal.

1. 4 Funções do bem jurídico

Se ainda existisse alguma dúvida a respeito da crucialidade do tema, esta se esvai quando se examina as diversas funções atribuídas ao bem jurídico. Diante dessa análise, fica evidente que não se trata de mero preciosismo doutrinário, uma vez que a teoria está no cerne da ciência jurídica penal crítica.

O bem jurídico possui uma função político-criminal, sendo a base empírica da ciência penal como um todo, já que serve de ponte entre esta e a realidade, e constitui “um dos critérios principais de individualização e de delimitação da matéria destinada a ser objeto da tutela penal” (PRADO, 2011, p. 21).

Ademais, o princípio da exclusiva proteção de bem jurídico é utilizado, desde a criação da lei à fixação da pena. Veja-se, a seguir, algumas dessas aplicabilidades.

1. 4. 1 Função garantista ou de limitação ao “*ius puniendi*” estatal

Não há crime sem ofensa a bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*), essa máxima do direito penal resume bem o compromisso do legislador em criminalizar exclusivamente condutas que lesionem ou coloquem em perigo bens jurídicos genuínos. Isso porque, ao se entender que a finalidade do direito penal reside na defesa de bens jurídicos, não pode o legislador sancionar condutas que não contenham algum potencial lesivo.

Aqui, observa-se que o instituto é dotado de um caráter limitador da atividade legislativa de criação de dispositivos penais; e esse, ainda, serve como um referencial ao princípio da lesividade ou da ofensividade.

No entanto, a noção de bem jurídico apenas desempenha uma função verdadeiramente restritiva, quando a ilicitude material efetivamente deriva do texto magno. Logo, para responder a pergunta se uma dada conduta pode/dever ser incriminada, é preciso recorrer à Constituição.

Outrossim, não se pode negar que a chamada sociedade de risco em alguma medida impactou nessa função de delimitação da noção de bem jurídico. Especialmente no que tange à tutela aos bens jurídicos supra-individuais, em virtude da qual aumentou-se, na legislação, o número dos crimes de “perigo abstrato”, “mormente sob a forma de crimes de cumulação¹² e de mera desobediência” (BECHARA, 2007).

Mais ao mesmo tempo, também não se acredita que as únicas conclusões possíveis diante do surgimento desses novos tipos penais sejam as três obtidas por Luís Greco, diante da análise do artigo 32 da Lei 9.605 de 1988: “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”.

Segundo o estudioso, seriam possíveis apenas três posturas: simplesmente “declarar que de fato os interesses envolvidos no tipo de maus tratos animais não são bens jurídicos e por isso não podem ser objeto de tutela penal”; “expandir o conceito de bem jurídico para compreender também o bem-estar animal”; ou “reconhecer exceções à ideia de bem jurídico como condição necessária para a incriminação” (GRECO, 2004, p. 109-110).

12 “Delitos de cumulação: tratam-se de modalidades de comportamento que em si consideradas, de fato, não são capazes de conduzir à lesão ou ao menos à lesão em quantidade relevante de nenhum interesse jurídico protegido, mas que em conjunto com outras modalidades de comportamento dirigidas no mesmo sentido podem sim, conduzir a uma lesão” (WOHLERS, 2011, p. 103).

Essa questão é bastante complexa e o seu raciocínio será melhor desenvolvido no capítulo 03, no momento, limitar-se-á a afirmar que, em que pese se reconheça esse impacto, entende-se que este não é suficiente para tornar obsoleta a teoria. Isso porque, muito embora os alguns problemas do século XXI não possam ser solucionados exclusivamente a partir dos antigos instrumentos dos séculos XVIII e XIX, disso não decorre que os princípios e garantias nos quais essas categorias buscam o seu fundamento estejam obsoletos. Significa, apenas, que é necessário desenvolver novas categorias e instrumentos sem, entretanto, deixar de lado as garantias que conferem legitimidade ao direito penal (SOUSA, 2010, p. 245).

Ou seja, a premência em se proteger bens jurídicos supra-individuais, de fato, promove uma alteração na maneira pela qual o bem jurídico é concebido, haja vista este ganhar contornos mais públicos. Entretanto, tal mudança não implica na perda do papel de referencial crítico irrenunciável da teoria do bem jurídico, através do qual se aufere “a observância à função e, conseqüentemente, a legitimação do direito penal em cada caso concreto” (BECHARA, 2009, p. 27).

E, como defende Susana Aires de Souza (2010, p. 245), de crucial importância em tal contexto, será o papel desempenhado pela doutrina e a dogmática penal, que continuarão em sua eterna busca por soluções mais justas e legítimas para os novos problemas que se apresentam continuamente.

1. 4. 2 Função de validade e eficácia da norma

O bem jurídico é um instrumento legitimador da norma penal, haja vista só poder ser considerada legítima, do ponto de vista substancial, a criminalização de condutas que lesem ou exponham a perigo um bem jurídico-penal relevante.

1. 4. 3 Função teleológica ou interpretativa

O bem jurídico serve, ainda, como instrumento de interpretação, uma vez que este é o conceito central dos tipos penais, ao redor do qual orbitam os seus elementos objetivos e subjetivos. Assim como a finalidade da norma está atrelada à proteção de determinados bens jurídicos, a leitura desses tipos está condicionada ao sentido e alcance desses bens.

1. 4. 4 Função individualizadora

No momento de fixar a pena, o juiz deverá considerar, no caso concreto, a gravidade e extensão da ofensa ao bem jurídico, bem como a proporcionalidade da pena cominada.

“A relação entre o bem jurídico e pena opera uma simbiose entre o valor de bem jurídico e a função da pena” (PRADO, 2011, p.23), senão, veja-se.

Como visto, para que haja a tipificação de uma conduta, pelo ordenamento jurídico-penal, é indispensável a ocorrência de uma ofensa a um bem jurídico significativo para a sociedade. Assim, é preciso, primeiramente, examinar a importância social deste, para, em seguida, optar-se pela tutela penal, cominando, desta forma, uma sanção coerente à lesão sofrida por tal bem. Consequentemente, quanto mais valioso for o bem jurídico-penal maior será a punição aplicada àquele que o agredir.

Ante ao apresentado, é racional pressupor que “o valor social do bem merecedor de garantia penal deve estar em consonância com a gravidade das consequências próprias do Direito Penal” (PRADO, 2011, p. 111).

Além dessa necessária proporcionalidade entre bem jurídico-penal e sanção, salienta-se que a pena estabelecida pelo legislador deve, ainda, ser adequada e eficaz, não podendo ser excessiva e nem insuficiente na proteção do bem jurídico.

Por fim não se desconhece a existência de algumas incongruências normativas existentes no ordenamento pátrio, como a que segue.

O artigo 303 Código de Trânsito brasileiro estabelece uma pena de detenção de seis meses a dois anos, para aqueles que praticam “**lesão corporal culposa** na direção de veículo automotor” (negrito nosso), enquanto a **lesão corporal dolosa** de natureza leve, também na direção de veículo, segue a regra geral do artigo 129, *caput*, do Código Penal, que estipula uma sanção de três meses a um ano de detenção.

Todavia é importante salientar que tal exemplo não é uma questão de problema da teoria, na medida em que não é uma consequência ou desdobramento natural desta, pelo contrário, representa verdadeira distorção.

Acontece que a ciência penal busca avançar em seus estudos, visando a construção de um direito penal compatível com o Estado democrático de direito, no entanto, por vezes, isso é desprezado pelo legislador.

1. 4. 5 Função sistemática

Em uma rápida análise a parte especial do Código Penal, é fácil perceber que os crimes estão organizados em função dos bens jurídicos tutelados em cada situação.

Parte Especial

Título I - Dos Crimes Contra a Pessoa (121 a 154)

Capítulo I - Dos Crimes Contra a Vida (121 a 128)

Capítulo II - Das Lesões Corporais (129)

Capítulo III - Da Periclitção da Vida e da Saúde (130 a 136)

Capítulo IV - Da Rixa (137)

Capítulo V - Dos Crimes Contra a Honra (138 a 145)

Capítulo VI - Dos Crimes Contra a Liberdade Individual (146 a 154)

Seção I - Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal (146 a 149)

Seção II - Dos Crimes Contra a Inviolabilidade do Domicílio (150)

Seção III - Dos Crimes Contra a Inviolabilidade de Correspondência (151 a 152)

Seção IV - Dos Crimes Contra a Inviolabilidade dos Segredos (153 a 154)

Título II - Dos Crimes Contra o Patrimônio (155 a 183)

Capítulo I - Do Furto (155 a 156)

Capítulo II - Do Roubo e da Extorsão (157 a 160)

Capítulo III - Da Usurpação (161 a 162)

Capítulo IV - Do Dano (163 a 167)

Capítulo V - Da Apropriação Indébita (168 a 170)

Capítulo VI - Do Estelionato e Outras Fraudes (171 a 179)

Capítulo VII - Da Receptação (180)

Capítulo VIII - Disposições Gerais - Art. 181, Art. 182, Art. 183

Título III - Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial (184 a 196)

Capítulo I - Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual (184 a 186)

Capítulo II - Dos Crimes Contra o Privilégio de Invenção (187 a 191)

Capítulo III - Dos Crimes Contra as Marcas de Indústria e Comércio (192 a 195)

Capítulo IV - Dos Crimes de Concorrência Desleal (196)

Título IV - Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho (197 a 207)

Título V - Dos Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito aos Mortos (208 a 212)

Capítulo I - Dos Crimes Contra o Sentimento Religioso (208)

Capítulo II - Dos Crimes Contra o Respeito aos Mortos (209 a 212)

Título VI - Dos Crimes Contra os Costumes (213 a 234)

Capítulo I - Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual (213 a 216)

Capítulo II - Da Sedução e da Corrupção de Menores (217 a 218)

Capítulo III - Do Rapto (219 a 222)

Capítulo IV - Disposições Gerais (223a226)

Capítulo V - Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas (227 a 232)

Capítulo VI - Do Ultraje Público ao Pudor (233 a 234)

Capítulo VII - Disposições Gerais

Título VII - Dos Crimes Contra a Família (235 a 249)

Capítulo I - Dos Crimes Contra o Casamento (235 a 240)
Capítulo II - Dos Crimes Contra o Estado de Filiação (241 a 243)
Capítulo III - Dos Crimes Contra a Assistência Familiar (244 a 247)
Capítulo IV - Dos Crimes Contra o Pátrio Poder, Tutela e Curatela (248 a 249)
Título VIII - Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública (250 a 285)
Capítulo I - Dos Crimes de Perigo Comum (250 a 259)
Capítulo II - Dos Crimes Contra a Segurança dos Meios de Comunicação e Transporte e Outros Serviços Públicos (260 a 266)
Capítulo III - Dos Crimes Contra a Saúde Pública (267 a 285)
Título IX - Dos Crimes Contra a Paz Pública (286 a 288)
Título X - Dos Crimes Contra a Fé Pública (289 a 311)
Capítulo I - Da Moeda Falsa (289 a 292)
Capítulo II - Da Falsidade de Títulos e Outros Papéis Públicos (293 a 295)
Capítulo III - Da Falsidade Documental (296 a 305)
Capítulo IV - De Outras Falsidades (306 a 311)
Capítulo V - Das Fraudes em Certames de Interesse Público - Art. 311-A
Título XI - Dos Crimes Contra a Administração Pública (312 a 359-A)
Capítulo I - Dos Crimes Praticados por Funcionário Público Contra a Administração em Geral (312 a 327)
Capítulo II - Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral (328 a 337-A)
Capítulo II-A - Dos Crimes Praticados por Particulares Contra a Administração Pública Estrangeira (337-B a 337-D)
Capítulo III - Dos Crimes Contra a Administração da Justiça (338 a 359)
Capítulo IV - Crimes Contra as Finanças Públicas (359-A a 359-H)

Essa função classificatória deriva do fato de o bem jurídico compor o núcleo material comum a todo comportamento ilícito.

1. 4. 6 Conclusão parcial

Régis Prado sintetiza em algumas linhas as diversas finalidades do instrumento: “a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a teleológico-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a individualizadora diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico” (PRADO, 2011, p. 61).

Em virtude dessas importantes funções que assume, “a experiência histórica nos mostra que a negação do conceito do bem jurídico, ou sua formalização desprovida de conteúdo valorativo, permitem o exercício abusivo e autoritário do *ius puniendi* pelo Estado” (BECHARA, 2007).

Por essa razão, intercede-se pela sua subsistência da teoria, a qual, ainda, se apresenta como imprescindível a limitação do poder estatal de punir criminalmente.

CAPÍTULO 02 – BENS JURÍDICOS OU DEVERES NORMATIVOS?

No tema, introduzido pelo capítulo 01, destacam-se vários autores. E, para melhor ilustrar os pontos que balizam a discussão, elege-se dois, quais sejam, Claus Roxin e Günther Jakobs, pela relevância e impacto de seus escritos. Com o intuito de analisar a questão de uma maneira mais detalhada, a partir das contribuições e ensinamentos desses dois nomes.

2. 1 Claus Roxin

Claus Roxin é um dos principais defensores da tese do conceito de bem jurídico, enquanto limitador do poder punitivo estatal, na medida em que, de acordo com o autor, a discricionariedade legislativa não é o suficiente para legitimar a criminalização de condutas. Assim, o conceito de bem jurídico estaria atrelado à finalidade do próprio direito penal.

Sobre o tema, dois são os pressupostos por ele adotados: a necessidade de limitação do poder punitivo estatal; e a efetivação do princípio da subsidiariedade por meio do conteúdo do bem jurídico penal.

O autor conclui afirmando que “os planos legislativo e dogmático traçam” “um processo de ponderação em dois níveis”. De modo que

O legislador só deve proteger bens jurídicos e, em consequência, deixar intacta a liberdade de atuação do cidadão. Por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger os bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos (2009, p. 41).

2. 1. 1 Problemática

Face ao exposto, para o Roxin (2009, p. 11), a questão central do direito penal é saber como o legislador definirá que qualidades deverá ter determinado comportamento, para que possa se tornar objeto da punição do Estado.

Como já exposto, uma coisa é certa, uma penalização não se legitima pela simples discricionariedade do legislador.

A ciência do direito penal na Alemanha do pós-guerra caminhou no sentido de limitar a intervenção jurídico-penal a partir da teoria do bem jurídico, seguindo a ideia de que

este ramo do direito só poderia proteger bens jurídicos concretos, e não concepções de ideologia, moral, política ou religião ou, ainda, simples sentimentos (ROXIN, 2009, p. 12).

2. 1. 2 Conceito de bem jurídico

A doutrina roxiniana assume um caráter crítico do bem jurídico, perante a legislação. Outrossim, reconhece as limitações do conceito de bem jurídico, o qual não resulta em conclusões acabadas, afirmando que tal definição além de falha não seria possível; “o conceito de bem jurídico somente proporciona um critério de julgamento a ser desenvolvido no campo jurídico e que o legislador e o operador do Direito precisam consultar na criação e interpretação de cada preceito concreto” (ROXIN, 1997, p. 58) (tradução livre)¹³.

Conforme Roxin, quando se trata de estabelecer os contornos da noção de bem jurídico, deve-se partir dos princípios constitucionais, os quais representariam a única restrição previamente imposta ao legislador. Dessa forma, um conceito vinculante do ponto de vista político-criminal, em um Estado de direito fundado na liberdade dos sujeitos, apenas poderia derivar da Lei fundamental, a qual lhe conferiria os limites do punir (ROXIN, 1997, p. 55-56).

Ademais, essa corrente parte do pressuposto de que a intervenção penal deve fundamentar-se na função social do direito penal de garantir aos seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre como *ultima ratio*, isto é, na hipótese de aquela não poder ser alcançada por outras medidas menos prejudiciais à liberdade dos indivíduos (ROXIN, 2009, p. 16).

Destarte, pelo princípio da subsidiariedade, só se deve ameaçar, com uma pena, aquelas condutas às quais não bastam as regulações civis ou jurídico-administrativas ou ainda quaisquer outras medidas político-sociais menos gravosas.

É necessário, portanto, um “equilíbrio entre poder de intervenção estatal e liberdade civil”, de modo a se assegurar “a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível” (ROXIN, 2009, p. 17). O Estado democrático de direito deve,

13 “Un concepto de bien jurídico como el anteriormente descrito no proporciona una definición de la que se pudieran derivar conclusiones ya acabadas. Un concepto así no es posible y tendría que ser necesariamente erróneo, ya que reduciría la difícil búsqueda de la evolución ulterior correcta a una ciega deducción conceptual. Por el contrario, el concepto de bien jurídico sólo proporciona un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica y que el legislador y el aplicador del Derecho tienen que consultar en la creación e interpretación de cada precepto concreto” (ROXIN, 1997, p. 58).

por meio das normas penais, buscar a coexistência pacífica e livre de seus cidadãos, garantindo-lhes seus direitos fundamentais (ROXIN, 2009, p. 17).

E “todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições” são o que Roxin (2009, p. 18) denomina bens jurídicos, os quais não são elementos portadores de um sentido, ao contrário do que normalmente se pensa. Ao contrário, são circunstâncias concretas, parte integrante da realidade empírica¹⁴, realidades vitais que, afetadas, podem diminuir o desenvolvimento da sociedade e da vida dos sujeitos.

Portanto, os bens jurídicos são conceituados, por Roxin (2009, p. 18-19), “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

Note-se que diferenciação, feita por Roxin, entre realidades e finalidades, ao tecer a sua definição de bem jurídico, indica que esses bens podem tanto ser anteriores às legislações, como por estas criados.

Insta destacar, ainda, que o autor defende um conceito “pessoal” de bem jurídico, porém tal formulação não se restringe aos bens jurídicos individuais; abarcando, também, aqueles da generalidade (bens jurídicos universais), quando estes servirem definitivamente ao cidadão do Estado em particular e ao seu desenvolvimento.

Deste modo, caso outros instrumentos de controle social não se mostrem aptos a garantir a coexistência livre e pacífica, o Estado deve utiliza-se da via penal para assegurar além das condições individuais, as instituições estatais indispensáveis para tal finalidade.

Por fim, um grande mérito desse posicionamento é a sua capacidade crítica, na medida em que deixa claro, ao legislador, que existem limites, para que uma punição possa ser considerada legítima.

2. 1. 3 A subsidiariedade da proteção de bens jurídicos

Roxin evidencia o fato de que a defesa de bens jurídicos se realiza por meio do auxílio de instrumentos de todo o ordenamento jurídico, não apenas do direito penal. Sendo

14 Não necessariamente são dotados de uma realidade material.

que, entre as medidas protetivas, a sanção penal é a última a qual se deve recorrer (ROXIN, 1997, p. 65).

Assim, em sua obra, explicita a imprescindível relação entre a proteção de bens jurídicos e a subsidiariedade da tutela penal, haja vista defender que a “tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos apenas quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sócio-políticas menos gravosas” (ROXIN, 2010, p. 38).

E, em seguida, complementa afirmando que essa barreira ao direito penal, decorre de um princípio derivado do próprio Estado de direito, o da proporcionalidade (ROXIN, 1997, p. 65), o qual “exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível” (ROXIN, 2010, p. 38).

Posteriormente, ele estabelece que o princípio deve ser observado, em dois momentos, tanto na política legislativa, quando na dogmática jurídico-penal. Na primeira fase, é utilizado na busca pelo equilíbrio entre “direitos estatais de ingerência” e “direitos civis da liberdade”; já na segunda, é indispensável à identificação do “risco não permitido” (ROXIN, 2009, p. 40).

1. 4 Limites impostos ao legislador

Roxin (2009, p. 20-25) apresenta, ainda, os casos não abarcados pelo seu “conceito de bem jurídico liberal, pessoal e crítico”, ou seja, as hipóteses que não bastaria para fundamentar a criminalização de uma conduta:

- i)** normas penais de motivação exclusivamente ideológica ou que firam direitos humanos;
- ii)** a mera tipificação legal (vontade do legislador) ;
- iii)** a simples violação da moral, para que ocorra a tipificação. É imprescindível que um indivíduo tenha a sua liberdade ou segurança diminuída, já que tais cominações penais se mostram supérfluas além de nocivas, pois criam conflitos sociais desnecessários, ao estigmatizar indivíduos socialmente integrados (ROXIN, 1997, p. 56-57);
- iv)** atentar contra a própria dignidade;
- v)** a tutela de sentimentos, excepcionando-se o de ameaça;

- vi)** a autolesão consciente, já que a defesa dos bens jurídicos se dá em relação ao outro, e não perante à própria pessoa. Ressalva-se que o paternalismo estatal só se justificaria nas hipóteses envolvendo incapazes, em decorrência da ausência de autonomia;
- vii)** os tipos penais simbólicos (leis que objetivam fins alheios ao direito penal);
- viii)** as regulações de tabus, a exemplo só incesto; e
- ix)** objetos que protejam abstrações incompreensíveis (aquelas que pressuponham “um juízo de valor não fundado empiricamente”).

2. 1. 5 Restrição da punibilidade

Ante o contexto apresentado, o princípio da proteção dos bens jurídicos influencia explícita ou implicitamente na restrição da punibilidade, servindo de “linha diretriz político-criminal para o legislador” e de “arsenal de indicações para a configuração de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito” (ROXIN, 2009, p.26).

2. 1. 6 Outras observações

No que tange a legitimação dos tipos penais, o autor precavi que a proteção de bens jurídicos não deve ser vista, “sem embargo, como o único critério” existente (ROXIN, 2009, p. 27-28).

Por fim, destaca alguns outros pontos:

i) “os bens jurídicos não têm uma validade natural infinita”, uma vez que se submetem “às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais” (ROXIN, 2009, p. 36). E, quando se fala do princípio da proteção de bem jurídico, refere-se àqueles atuais, em um Estado democrático de direito.

A descrição dos bens jurídicos é normativa, mas não estática, de modo que, em congruência com o âmbito das finalidades constitucionais, está sujeita às mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico (ROXIN, 1997, p. 57-58);

ii) a descriminalização pode ocorrer de duas formas.

a) com uma exclusão definitiva de tipos penais não mais relevantes à preservação da coexistência social, como por exemplo, ações que violem apenas a moral, a religião ou o politicamente correto, já que ao direito penal incumbe apenas impedir a ocorrência de danos a terceiros e garantir a paz social (ROXIN, 2001, p. 465),

b) pelo princípio da subsidiariedade, consoante o qual o direito penal deve ser a *ultima ratio* da política social, de forma que as penas só sejam imputadas a comportamentos socialmente lesivos, caso outras medidas extrapenais menos gravosas não sejam suficientes (ROXIN, 2001, p. 466);

iii) a teoria do bem jurídico possui suporte constitucional na figura do “princípio da proporcionalidade”, haja vista este proibir os “excessos como uma de suas manifestações”. Isso porque, caso a norma penal não proteja um bem jurídico, ela é ineficaz e desproporcional, configurando, portanto, uma “intervenção excessiva na liberdade do cidadão” (ROXIN, 2009, p. 27);

iv) o conceito de bem jurídico não perde seu significado, pelo simples motivo de está associado ao princípio da subsidiariedade. (ROXIN, 2009, p. 30);

v) em que pese os obstáculos de delimitação em cada caso, não se questiona a capacidade de rendimento do conceito de bem jurídico, enquanto limitador do direito de punir estatal e condutor de soluções racionais (ROXIN, 1997, p. 58);

vi) a existência de crimes de perigo e a punição de atos preparatórios encontram justificação no princípio em uma “forma modificada”, na medida em que a antecipação da punibilidade será possível, quando embasada na “proteção efetiva do bem jurídico” (ROXIN, 2009, p. 28-29);

vii) o conceito de bem jurídico pode ser ampliado, para que este abranja as outras criaturas, bem como as futuras gerações (ROXIN, 2009, p. 33).

Com relação ao último item, vale destacar, que tal ampliação seria perfeitamente possível, dentro da lógica constitucional brasileira, pois, como se pode perceber da leitura do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que compõe o Capítulo VI - “Do meio ambiente”, por sua vez inserido no Título VIII - “Da ordem social”, que “tem como base o primado do trabalho, e **como objetivo o bem-estar e a justiça sociais**” (artigo 193 da CF/1988):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade **o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.**

§ 1º - **Para assegurar a efetividade desse direito**, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...]

VII - **proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.** [...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a **sanções penais** e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. [...] (negritos nossos)

A proteção da fauna e a preservação do meio ambiente para as futuras gerações são valores constitucionalmente tutelados, de modo que as condutas consideradas lesivas podem estar sujeitas às sanções penais; e

vii) Urge ressaltar que, nas últimas edições do seu tratado, Claus Roxin¹⁵ chega a defender a existência de “normas incriminadoras de conduta sem o referencial do bem jurídico”, que apesar disso merecem abrigo no direito penal contemporâneo. Seriam as hipóteses de “proteção de embriões humanos, do meio ambiente, de animais, e mesmo das gerações futuras” (apud BECHARA, 2009, p. 25).

2. 1. 7 Injusto penal e risco não permitido

Conforme Roxin, “a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político criminal do Direito penal, mas também a sistemática da teoria do injusto” (2009, p. 61). De

15 ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2006, parágrafo 2º, n. 51 e seguintes.

acordo com ele, “injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos” (ROXIN, 2010, p. 38).

Isso porque, uma vez que o direito penal apresenta como missão a salvaguarda de bens jurídicos, tem-se como consequência lógica que o “injusto penal” deve ser contemplado pelo desvalor do resultado, “lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico” (ROXIN, 2009, p. 39-40).

Segundo o autor, a teoria da imputação objetivo teria se desenvolvido em congruência com o exposto, na medida em que “ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelo homem” (ROXIN, 2009, p. 40), isto é, a categoria central do injusto nada mais é senão “a realização de um risco não permitido” (ROXIN, 2009, p. 41).

Ademais, com a união dessas duas teorias, a imputação objetiva passa a fixar “a medida de proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social e politicamente necessárias” (ROXIN, 2009, p. 43), logo é ela quem delimita o âmbito jurídico-penal daquilo que pode ser considerado proibido.

A grande virtude dessa concepção do injusto é que esta é capaz de englobar tanto o aspecto ontológico quanto o normativo, pois cada tipo penal pressupõe necessariamente um “substrato empírico”, mas a resposta é normativa, diante da observância ou da superação do risco permitido. Ideia que está refletida do próprio termo “bem” “jurídico”.

2.2 Günther Jakobs¹⁶

O ponto de partida da teoria defendida por Jakobs é o de que direito penal não pode ser percebido com um “complexo de bens”, haja vista, na realidade, se tratar de “um mundo de titulares de direitos que, de modo recíproco, têm o dever de respeitar os direitos alheios”. Nesse contexto, o delito representaria uma violação a uma “*relação jurídica* entre pessoas [relação entre titulares de direitos e deveres], estruturada normativamente” (LUZ, 2013, p. 141).

¹⁶ Reconhece-se a riqueza do pensamento desenvolvido por este autor, contudo em virtude das limitações inerentes à presente pesquisa e ao escopo primeiro desta, restringir-se-á apresentação dos contornos básicos das suas contribuições.

Nas palavras de Jakobs, o direito não seria um “muro protetor colocado ao redor de bens”, mas “uma relação entre pessoas” (JAKOBS¹⁷ apud LUZ, 2013, p. 141). Observa-se, assim, um afastamento da ideia de bem e a valorização das relações jurídicas entre os indivíduos de uma sociedade, sendo que a função do direito penal giraria em torno da defesa de “instituições” (entendidas em sentido amplo).

Por conseguinte, as normas existiriam para garantir “a identidade das relações intersubjetivas” (LUZ, 2013, p. 170). E os comportamentos lesivos, dignos de punição, restringir-se-iam àqueles capazes de “atingir os papéis e os deveres normativamente estabelecidos” (LUZ, 2013, p. 170).

O autor estatui, ainda, que o direito penal, enquanto ciência prática, relaciona-se intimamente a outros dois sistemas sociais, quais sejam, a política e o sistema jurídico propriamente dito (JAKOBS¹⁸ apud LUZ, 2013, p. 137)

2. 2. 1 Missão do direito penal

Face ao apresentado, de acordo com Jakobs o múnus do direito penal estaria em assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas indispensáveis ao funcionamento do sistema social.

Dentro dessa lógica, ao Estado, competiria estabilizar a ordem da sociedade por meio da imputação de condutas. E caberia, ao direito, a salvaguarda de expectativas normativas, isto é, o direito penal estaria responsável por assegurar o respeito às regras sociais, incumbência tal indispensável à manutenção da vida em comunidade.

Assim, fica claro que, para o autor, a função do direito penal seria impedir uma diminuição da vigência da norma, não a proteção de bem jurídico. Observa-se que esta é uma construção teórico-social que se assemelha em grande medida à teoria da pena de Hegel (ROXIN, 2009, p. 33).

A crítica feita por Roxin¹⁹ a este posicionamento é no sentido de que um sistema social “não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo” (ROXIN, 2009, p. 33).

17 JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

18 JAKOBS, Günther. *La autorcomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. In: HASSEMER, Winfried (Org.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 35.

2. 2. 2 Conceito de delito

O delito passa, então, a ser visto como uma transgressão da norma penal, ou seja, mera oposição à prescrição normativa que se vê contrariada pela sanção, a qual impõe ou restabelece a obediência ao direito.

Em resumo, o delito é compreendido como uma **violação de deveres normativos**, como “ato portador de *significado lesivo*” (LUZ, 2013, p. 162) à estrutura comunicativa da sociedade.

2. 2. 3 Função da pena

Jakobs defende uma concepção sistêmica e hegeliana, partindo de pressupostos normativos, quais sejam “os fins da pena”. Segundo sua posição, o fato fere a validade da norma e a pena objetiva a manutenção e confirmação dessa validade, possuindo, assim, uma função simbólica de “negação da negação do Direito” (ROXIN, 2010, p.33).

Note-se que o autor reconhece à pena, um caráter de “prevenção geral positiva”, cuja função seria a reafirmação de valores, no caso, a conservação da validade da estrutura normativa; estando destinada à coletividade em geral.

A aplicação dessa pena funcionaria, portanto, “como uma forma de confirmação simbólica da identidade social” (LUZ, 2013, p. 160).

2. 2. 4 Críticas ao funcionalismo sistêmico de Jakobs

Mesmo reconhecendo as virtudes e a relevância de teoria proposta por Jakobs, não se pode olvidar que enxergar o direito penal com um mero instrumento de proteção da vigência da norma é algo muito pouco, diante da sua grandeza.

O sistema penal possui e deve possuir um forte caráter normativo que é a ele intrínseco, contudo este está inserido em um contexto social, de maneira que “o sistema

19 Muito são os autores que compartilham dessa visão crítica de Roxin, em relação ao posicionamento adotado por Jakobs. Mais a frente, aquela será analisada de maneira mais detalhada.

normativo haverá de estar a serviço de algo distinto de si mesmo: haverá de se relacionar ao mundo fático” (BECHARA, 2007).

Por essa razão, Roxin pontua acertadamente que “o desvalor de um comportamento delitivo não está na produção de uma lesão abstrata da norma, mas na lesão real a bens” (2010, p.36). Até porque “o que permite ao cidadão participar das relações sociais e desenvolver livremente os seus fins pessoais é a efetiva existência desses bens e não a mera confiança na continuidade dessa existência. É o fato de estar vivo e não a confiança em que continuará vivo” (GUIRAO, 2005²⁰ apud BECHARA, 2007).

Percebe-se que o maior problema dessa teoria residiria na dificuldade de controle do arbítrio estatal. Na medida em que, em última instância, quando se defende que o crime é uma violação de deveres normativos, admite-se que a mera “descrição de uma ação em um tipo penal” já seria suficiente para criminalizar determinada conduta.

Isso porque, a rigor, uma norma criada, pelos parâmetros de legitimidade estabelecidos, é formalmente válida e cria em si um dever, e até que tenha a sua legitimidade ou constitucionalidade questionadas, deve ser cumprida.

Além disso, considerar que a finalidade do direito penal concretiza-se na defesa da vigência do ordenamento jurídico impede que se apreciem os efeitos concretos almejados.

Pelo exposto, entende-se que uma construção formalista e vazia de conteúdo é incompatível com os postulados do Estado democrático de direito.

2.3 Conclusão parcial

Ao se contrapor as duas teorias, torna-se patente que a discussão aqui travada não pode ser considerada mera digressão doutrinária ou preciosismo conceitual, vez que determinar o objeto da tutela penal impacta na construção do sistema punitivo estatal como um todo.

A escolha entre a proteção de “bens jurídicos” ou de “deveres normativos” tem consequências práticas, por exemplo, na análise a respeito da legitimidade ou não de uma dada incriminação. Esta, a seu turno, traça os limites da atuação estatal tanto no que tange às atividades legislativas quanto às judiciárias.

20 GUIRAO, Rafael Alcácer. **Proteção de bens jurídicos ou proteção da vigência do ordenamento jurídico?**, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 15, n. 4, out/2005, p. 554.

CAPÍTULO 03 – SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

Este capítulo será dedicado a demonstrar por que a teoria do bem jurídico ainda é capaz de explicar e legitimar as normas penais, sem perder as suas bases de sustentação, mesmo diante do surgimento dos novos tipos²¹ ao longo das últimas décadas; não merecendo acolhidas as críticas feitas no sentido de que a noção de bem jurídico não mais responde adequada e satisfatoriamente os anseios do direito penal moderno.

Antes, cumpre deixar claro que o marco teórico do qual se parte é o de que a proteção de bens jurídicos é sim o escopo imediato e primordial do direito penal. Todavia, essa tese não pode ser aplicada isoladamente, na medida em que não é possível ignorar que ela está norteada por princípios fundamentais, muitos dos quais extraídos da própria ordem constitucional. Haja vista não ser factível pensar que uma única teoria estaria apta a resolver todas as questões, principalmente diante de uma sociedade cada vez mais complexa.

O direito penal tem sim por função a proteção de bens jurídicos relevantes, de modo que a proteção de ideologias não justifica a sua atuação. Porém, este não é o único fator a ser analisado, não se pode olvidar que, devido ao seu caráter de subsidiariedade, o direito penal só poderá atuar na hipótese de nenhuma outra via ser apta a proteger o bem em questão.

A constatação de um interesse digno de proteção e o posterior reconhecimento da existência de ataques relacionados a ele constituem condições necessárias, porém não suficientes, à intervenção penal, devendo-se acrescentar no exame crítico da legitimidade da incriminação a idoneidade dos instrumentos penais para os fins protetivos almejados (BECHARA, 2011, p. 46).

Isso significa que os instrumentos penais só devem ser acionados como último recurso; isto é, caso o bem não seja tão importante ou a lesão ou perigo de lesão tão graves, o conflito pode (relação de poder-dever) ser solucionado através de medidas menos radicais que as sanções penais propriamente ditas.

21 Cumpre destacar que a existência de novos riscos sociais e as incriminações deles advindas nem sempre poderá ser valorada de maneira negativa, uma vez que versam sobre interesses legítimos advindos do próprio desenvolvimento. Ademais, para que a humanidade progrida é necessária a aceitação desses riscos e seus desafios, não se podendo negar o papel do direito penal nesse novo cenário.

3. 1 Tarefa Legislativa

O Estado e a norma existem para o cidadão, a sociedade é anterior àquele, com isso os dispositivos legais precisam refletir a realidade e seus valores. Já dizia o brocardo latino: *omne ius hominum causa introductum est*²².

Toda sociedade é um sistema concreto de relações entre pessoas, e não como pretende o funcionalismo sistêmico, simplesmente um sistema de regras de comportamento alçadas a um nível superior. **As normas de conduta são, antes de tudo, produto das relações interpessoais humanas.** E reside justamente aí a origem dos bens jurídicos. Assim, a tarefa de determinação de merecimento de proteção penal haverá de se desenvolver a partir da superação de discursos ideológicos, analisando-se a realidade do objeto a ser protegido e sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, e, portanto, com a **satisfação direta ou indireta de uma necessidade humana** (BECHARA, 2007) (negritos nossos).

Das palavras da Ana Elisa Bechara é possível se extrair que nem todo direito positivo é direito. Isso porque, às vezes, mesmo que um preceito provenha de autoridade competente, que, em tese, tem o poder coator de se fazer obedecer, esse não pode ser considerado direito, haja vista violar a dignidade da pessoa humana.

Cabe ressaltar que o direito penal, assim como todos os outros ramos do direito, fundamenta-se no conceito de pessoa, já que é o ser humano o protagonista do história. Outrossim, em 1785, Kant afirma, em sua obra Fundamentação da Metafísica dos Costumes, que o ser humano sempre deve ser considerado enquanto um fim em si mesmo, não podendo ser rebaixado a categoria de meio. Diante de tais assertivas, fica claro que para que o direito possa ser visto como algo para além do terror e da força, é necessário que este respeite o homem enquanto pessoa, enquanto ser racional dotado de dignidade.

Assim, há uma enorme virtude na concepção do bem jurídico enquanto “realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano” (PRADO, 2011, p. 87). Isso porque as teorias valorativas, apensar das críticas, trazem algo de grande relevância: a possibilidade de interpretação sistemática do ordenamento, regida pelos direitos fundamentais, deste modo minimizando os riscos práticos e inconsistências teóricas de uma análise estritamente legalista e positivista.

22 “O Estado existe para o indivíduo e não o contrário” (tradução livre).

O humano enquanto ser racional, no Estado de direito material, passa a ocupar uma posição central, estando o poder público incumbido de não só o proteger, como garantir a sua personalidade, dignidade e liberdade.

À vista do exposto, tem-se o primeiro corolário da delineação do conceito de bem jurídico a ser adotado: as soluções somente podem ser alcançadas a partir de valores e nunca de simples ser (ontologismo).

3. 2 Seleção dos valores constitucionalmente garantidos

“Um bem jurídico vinculante” antecede ao ordenamento jurídico-penal, e só existe enquanto reflexo de um “valor constitucionalmente reconhecido” (BECHARA, 2009, p. 20).

Uma vez definido que o conceito de bem jurídico bebe da fonte da constituição, permanece o questionamento a respeito de como entre os diversos valores estimados por cada uma dos cidadãos do país, é feita a seleção daqueles que são merecedores do status constitucional, e como, dentre os próprios valores constitucionais, são elegidos aqueles que serão dignos da tutela penal.

A resposta está na busca de um “consenso ético sobre os valores fundamentais” (PRADO, 2011, p. 97). Pois, quanto maior o consenso social a respeito das normas que o regem, em especial as lei penais, maior será a credibilidade de tal ordenamento jurídico (PRADO, 2011, p. 97-98).

Disso se infere que a constituinte não tem o condão de criar bens jurídicos, ela apenas eleva a essa categoria, os valores fundamentais de uma época. O legislador ordinário, por sua vez, deve pautar a sua produção nas diretrizes e valores contidos na Lei Maior, refletindo sua relevância social.

Não se desconhece que esse consenso dificilmente será absoluto e que sempre haverá aqueles que não se sentirão representados ou contemplados pelas escolhas feitas. Pois, se cada um dos cidadãos brasileiros fossem inquiridos, cada um deles provavelmente teria uma ideia distinta de quais bens são mais valiosos, para si, enquanto indivíduo, e para a sociedade como um todo. Ainda diante de uma análise particular, percebe-se que as respostas dos sujeitos variariam também a depender do estado de espírito, do momento da vida em que se encontram (se se trata de uma criança, jovem, adulto ou idoso), da história de cada um, entre outros fatores.

A humanidade bem como a sociedade é uma contínua transformação. Há uma passagem muito conhecida que ilustra bem essa volatilidade dos humanos e, por conseguinte da comunidade em que vivem. Ela ocorre no livro de Lewis Carroll, “Alice no País das Maravilhas”, na qual uma lagarta pergunta à jovem protagonista quem seria ela, e esta a responde afirmando que sabia quem ERA quando se levantou pela manhã, mas que, desde então, provavelmente já havia mudado várias vezes²³.

E, por óbvio, as dificuldades aumentam na medida em que a sociedade se torna mais complexa e heterogênea, haja vista ser inerente ao aumento da complexidade das tramas sociais, a dificuldade de se achar denominadores comuns, duas pessoas atingem um consenso de forma muito mais rápida do que cinquenta. Do mesmo modo, a chance de cinquenta pessoas que possuem a mesma história, educação e forma de raciocínio chegarem a um ponto comum é mais fácil do que cinco pessoas que diferem em cada um desses mesmo aspectos.

Aceitar essa realidade é importante, por duas razões.

A primeira delas é entender a complexidade envolvida na escolha desses valores. Quanto mais homogêneas a sociedade menos custosa seria a tarefa de se chegar a uma consciência comum. Contudo, esse não é o caso brasileiro, já que, dentro do território brasileiro, há reconhecidamente uma miscelânea de origens e culturas.

E a segunda é compreender que a abertura da noção de “bem jurídico” é na realidade uma virtude e não um defeito da teoria, pois uma teoria enrijecida se torna datada e fadada a obsolescência, diante da permanente evolução da sociedade e do direito. Assim, o fator maleabilidade da teoria não só é desejado como indispensável.

Torna-se, então, importante destacar a imprescindibilidade de um consenso mínimo a respeito de quais valores serão elevados à condição de bem jurídico, entretanto acreditar que se chegará a padrões unânimes e homogêneos é fantasioso.

Por fim, não se discute a dificuldade de se atingir esse consenso, porém este óbice não é intransponível, tão pouco se mostra justificativa boa o bastante, para transformar a teoria em algum ruim ou insuficiente.

Chega-se, portanto, ao segundo corolário: o constituinte não cria bens jurídicos e, por sua vez, o legislador ordinário não pode elevar um valor qualquer à categoria de bem jurídico-penal, a sua decisão não é livre, carece de estar pautada na Constituição.

23 “I hardly know Sir, just at present – at least I know who I was when I got up this morning, but I think I must have been changed several times since then.” (CARROLL, 2005, p. 41)

Régis Prado fala em “limitação nomológica”, haja vista existir um diploma hierarquicamente superior que institui “contornos inequívocos ao direito de punir” (2011, p. 97).

3. 2. 1 Mutabilidade e mortalidade do bem jurídico

Retomando. Foi visto que a garantia de dignidade e de livre desenvolvimento do indivíduo, só é proporcionada perante um direito penal que zeles pelos bens jurídicos constitutivos da sociedade. E que o conceito de bem jurídico é obtido a partir de uma “espécie de normatização de diretivas político-criminais”, que utiliza a Constituição como referencial (PRADO, 2011, p. 62).

Ademais, o poder público como um todo deve sempre pautar a sua atuação nos critérios positivados na Lei Maior. Vale acentuar que esses critérios referem-se tanto aos bens quanto aos princípios que servem como reitores no processo de criação dos tipos penais. De tal modo que, para que haja uma criminalização, é necessário que todas as barreiras sejam transpostas²⁴.

Dessa maneira, como os bens jurídicos estão intrinsecamente relacionados aos valores constitucionais, a sua definição segue a mesma lógica, existiria um núcleo duro, mas há, ainda, um pensamento de possibilidades, um espaço aberto a mudanças, que se adapta às necessidades sociais de cada época.

Escreve Walber de Moura Agra (2008, p. 21): “a norma jurídica tem de se adequar às exigências da comunidade e, para cumprir essa finalidade, deve estar em simetria com o progresso social. Assim, as constituições, em seu texto prevêm o procedimento de emenda ou revisão”.

Além disso, talvez chegue um momento que se entenda que uma nova constituinte faz-se necessária, e outra Constituição seja promulgada substituindo a 1988.

O que se pretendeu demonstrar é que se até a nossa Lei maior está suscetível a alterações e até mesmo a deixar de existir, por que os bens jurídicos tutelados não estariam? O surgimento destes é algo natural, assim como o seu desaparecimento.

24 Essa temática será mais bem desenvolvida no tópico a seguir, por enquanto limitar-se-á a noção de que, para que uma determinada conduta possa ser proibida sob pena sanção, uma série de impedimentos, que vão além da mera proteção a bens jurídicos, devem ser vencidos.

Difícilmente, um dia, a 'vida' será entendida como algo menor cuja proteção possa ser realizada perante outros ramos do direito que não o penal, como, por exemplo, o civil (algo como o que ocorria no tempo da escravidão romana²⁵). Mas quem sabe, no futuro, a sociedade transcenda a um ponto em que o 'patrimônio' diminua sua importância, de modo que um furto esteja sujeito apenas a sanções civis ou administrativas.

3. 2. Valores constitucionalmente garantidos: uma palavra sobre os bens jurídicos coletivos

É certo que a Constituição brasileira de 1988²⁶ tenta conciliar os valores e princípios de um Estado liberal e social de direito, de modo que de uma lado há uma renovação das garantias individuais; e de outro a inserção de valores de interesse coletivo (LUIZI, 1991, p. 9).

No que tange a matéria penal, essa realidade não é tão diferente, assim, busca-se um equilíbrio entre a fixação dos “limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais”, e a inserção de “normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado” (LUIZI, 1991, p. 10).

Muito tem se debatido a respeito da validade das normas que penais que tutelam bem jurídicos coletivos ou supra-individuais, temática que por si só daria ensejo a uma monografia em apartado.

Não sendo possível, portanto, esgotar o tema neste pequeno tópico, contentar-se-á em estabelecer, que, diante tudo que já se expôs, restringir a salvaguarda jurídico-penal aos bens “individuais e unilaterais, como a propriedade e o patrimônio, não faz justiça à sociedade” (HEFENDEHL, 2010, p. 116).

Além disso, seguindo o raciocínio de que a eleição de bens jurídicos é feita a partir da Constituição, não resta dúvidas da possibilidade de se tutelar valores coletivos, desde que isso não possa ser praticado de forma efetiva por outros ramos do direito.

25 No Direito Romano, a Lex Aquilia, possivelmente do século III a.C., estabelecia que aquele que matasse um escravo, teria que restituir ao seu dono o seu valor, que era medido pelo maior preço que este obteria com a sua venda no ano anterior ao da morte (ALVES, 2007, p.589).

26 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Título I - Dos Princípios Fundamentais** (arts. 1º a 4º); **Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais**, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), Capítulo II - Dos Direitos Sociais (arts. 6º a 11); **Título VIII - Da Ordem Social** (arts. 193 a 232).

3. 3 Princípio da subsidiariedade²⁷

A lei não deve discernir senão penas estritamente e evidentemente necessárias: as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade (FRANÇA, 1789).

Submeter alguém as auguras do direito penal, compreende uma ofensa direta à sua liberdade e à sua dignidade, de tal forma que apenas se justifica, quanto a conduta afronte um bem de igual ou maior relevância. Disso se depreende que só é possível se restringir um bem, para simultaneamente garantir outro, também de cunho constitucional (PRADO, 2011, p. 99-100).

Além disso, em sua obra, Regis Prado faz uma restrição importante, ao afirmar que “os bens dignos ou merecedores de tutela penal, são em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático, **ressalvada a liberdade seletiva do legislador quantox [sic] à necessidade.**” (PRADO, 2011, p. 101) (negrito nosso)

Face a isso, conclui-se que não basta uma previsão constitucional para que um bem seja automaticamente elevado a categoria de bem jurídico digno da tutela penal. O conceito de bem jurídico define aquilo que a priori seria lícito tutelar penalmente, havendo, ainda, uma espécie de segundo filtro ligado à necessidade, que, por sua vez, relaciona-se intimamente à subsidiariedade do direito penal.

Destaca-se que os bens jurídicos penais não coincidem com a totalidade dos bem jurídicos constitucionais existentes, sendo aqueles subgrupo destes. Os meios de tutela extrapenal são a regra, pois o uso da via penal gera grande dano social, na medida em que coloca em risco o sancionado, enquanto ser social, ao marginalizá-lo.

Nesse ponto, cai por terra a crítica segundo a qual, pelo fato de a Constituição brasileira de 1988 possuir um caráter programático e aberto, contendo uma série de valores conflitantes e polissêmicos; o conceito constitucional de bem jurídico perderia o seu potencial

²⁷ Este princípio pode aparecer sobre diferentes nomenclaturas, como por exemplo, *ultima ratio*, acessoriedade, ou intervenção mínima.

crítico, uma vez que tal critério permitiria a justificação de uma expansão do direito penal, com a criação de crimes nitidamente abusivos²⁸.

O exemplo, que frequentemente aparece, de que, em tese, poder-se-ia incriminar a 'tentativa de retirar o Colégio Pedro II da esfera federal' ²⁹ é apontado sempre quando se fala a respeito dos extremos a que se poderia chegar com a teoria do bem jurídico relacionada a valores constitucionais. Todavia, ele não é bom, pois, na medida em que existe um consenso de que o direito penal não deve tutelar o bem “Colégio Pedro II”, e que tal incriminação seria absurda, isso não poderá ser feito.

Pois o princípio da exclusiva proteção de bem jurídico não deve ser visto, como parâmetro único para a legitimação de tipos penais. Essa é uma análise que deve ser executada dentro de um contexto maior, sendo que a teoria é assistida por outros princípios e até mesmo outras ciências ligadas ou não ao direito penal.

No que tange aos princípios do direito penal, estes “se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, e formam por assim dizer o *núcleo* gravitacional, o *ser* constitutivo do Direito Penal” (PRADO, 2011, p. 66).

No trabalho em questão, dá-se ênfase à subsidiariedade, segundo a qual a privação da liberdade de um indivíduo só pode ocorrer nos casos em que é absolutamente necessária, ou seja, o recurso ao direito penal é a *ultima ratio*.

Destarte, para que um bem possa ser protegido pelo direito penal, não é suficiente um caráter de relevância social, é indispensável que outros meios de proteção menos lesivos não sejam o bastante (isto inclui outros ramos do direito ou, ainda, meios extrajurídicos). A pena só é legítima, quando se mostra instrumento absolutamente indispensável à proteção jurídica.

Entende-se, assim, que o conceito de bem jurídico é mais restrito que o conjunto dos valores constitucionais, sendo que o princípio da subsidiariedade é que fundamenta a exclusão de alguns desses valores.

28 Crítica observada em LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 114-119.

29 Art. 242 da Constituição Federal. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

Salienta-se que não existe um “dever constitucional de tutela penal”, isto é, o Estado não está obrigado a intervir, muito menos a intervir por meio do direito penal. Visto que tal noção não seria compatível com a de direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário.

Desde que efetiva, nada impede que o amparo de bens jurídicos constitucionais possa ser realizado por meios menos agressivos.

É competência do legislador ponderar entre bem comum e liberdade individual, assim como delimitar liberdades individuais colidentes. Ademais, em grande medida, a decisão sobre como se dará a tutela jurídica do bem, se mediante o direito penal, o civil, ou o administrativo, também cabe ao alvedrio legislativo (ROXIN, 1997, p. 64).

Assim, resume-se aquele que seria o terceiro corolário: a Constituição é o ponto de partida - os mandamentos constitucionais são, deste modo, a síntese a priori da possibilidade de criminalização de condutas, um vínculo limitador do poder de punir - no entanto, a escolha dos bens dignos de tutela penal, passa por outros filtros, entre eles, destaca-se o princípio da subsidiariedade.

Atente-se que esta subsidiariedade aparece como um segundo critério de legitimação, representando uma barreira ao poder legislativo incriminador do Estado. Sendo que a “sua importância básica é de ordem político-criminal, vez que ele serve de orientação ao legislador, indicando-lhe quando deve recorrer à pena para coibir a prática de determinado comportamento e quando deve dispensá-la” (GRECO, 2007, p. 266).

3. 4 Outros mecanismos de controle da discricionariedade legislativa

Verifica-se que um dos pontos mais levantados pelos opositores da teoria do bem jurídico, diz respeito à perda do seu potencial crítico, com o surgimento dos novos tipos delitivos, como, por exemplo, o aumento do número de crimes de perigo abstrato e a proteção de bens jurídicos supra-individuais.

Yuri Corrêa da Luz, um dos estudiosos brasileiros da nova geração, defende que a tutela de bens jurídicos cada vez mais se apresenta como um critério positivo, ao invés de negativo, de política criminal, isto porque de acordo com ele, “em vez de servir de críticas a novas incriminações, a proteção de bens tem servido como fundamento legitimador da expansão do Direito Penal” (LUZ, 2013, p. 151).

Por sua vez, Wolfgang Wohlers (2011, p. 101), apesar de crítico da teoria do bem jurídico, não compartilha do posicionamento apresentado. Em seus escritos, evidencia a existência da função negativa da teoria, uma vez que ela deslegitimaria tipos penais que, segundo os “padrões de racionalidade da respectiva sociedade”, exigem algo faticamente impossível; ou salvaguardam interesses que, segundo a “estrutura normativa fundamental” desta, não são dignos de tutela jurídica.

Curiosamente, para este autor, na realidade, o grande problema da teoria do bem jurídico seria justamente o de que, ainda que seja “enriquecida por conhecimentos teórico-sociais”, esta apresentaria uma “função exclusivamente negativa” (WOHLERS, 2011, p. 101). Assim, sua utilidade restringir-se-ia a promover um filtro daqueles bens que seriam dignos de proteção.

Até esse momento, o raciocínio desenvolvido por Wohler em alguma medida converge com a proposta apresentado neste trabalho. Todavia, as divergências começam a surgir no instante em que o autor confere à “estrutura do delito”³⁰ o condão de legitimar decisivamente a norma. Pois, como defendido, acredita-se que essa espécie de segundo filtro seria realizado pelo princípio da subsidiariedade, entre outros princípios do direito penal.

Este tópico será, então, dedicado a apontar outros limites que o legislador deverá obedecer, durante a confecção de normas incriminadoras. De maneira a comprovar que a atividade legislativa não é totalmente discricionária, haja vista existirem sim parâmetros e padrões a respeito de um contorno conceitual dos bens jurídico-penais.

3. 4. 1 Outros princípios penais

Os princípios reguladores do controle penal estruturam o seu raciocínio jurídico e exercem o papel de guia ao legislador na criação de um sistema de controle penal direcionado à proteção dos direitos humanos e fundamentado em um direito penal mínimo e garantista (BITENCOURT, 2010, p. 40).

Complementarmente aos princípios já tratados, tem-se o postulado da fragmentariedade, o qual estatui que mesmo o princípio de proteção de bens jurídicos não é

30 Para o autor “deve-se medir a legitimidade das normas concretas individualmente consideradas de acordo com os critérios específicos formulados para o respectivo tipo de delito” (p. 105). Para mais informações a respeito do tema consultar WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Tradução Beatriz Corrêa Camargo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 90, p. 97-106, 2011.

absoluto, haja vista o próprio direito penal fazer uma “tutela seletiva” desses bens, só se defendendo penalmente o bem jurídico “perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas [sic] socialmente intoleráveis” (PRADO, 2011, p. 71). O Estado só poderá intervir penalmente, nas situações de ofensa cuja intensidade e gravidade sejam indiscutivelmente relevantes.

“O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes” (BITENCOURT, 2010, p. 45), evitando-se, assim, um totalitarismo, prejudicial à liberdade.

Importante salientar que tal construção não implica na negação da autonomia do direito penal, “reduzindo-o à condição de mero sancionador de ilícitos construídos em outras áreas do direito” (TOLEDO, 2007, p. 14).

Como bem explica Francisco de Assis Toledo (2007, p. 14):

Ao confiná-lo dentro de certos limites, situando-o harmoniosamente no ordenamento jurídico total, não pretendemos outra coisa senão extrair as consequências lógicas da definição de um dos elementos estruturais do conceito de crime – a ilicitude ou antijuridicidade – ou seja, ver no crime a relação de contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico no seu todo.

Com isso, em virtude do seu caráter fragmentário, nem todo fato ilícito constituiria um fato típico penal, porém todo fato típico penal é necessariamente um fato ilícito para o direito como um todo (TOLEDO, 2007, p. 14).

Esse caráter fragmentário, bem como a subsidiariedade conectam-se diretamente ao princípio da proporcionalidade, também denominado princípio da proibição do excesso, uma vez que, diante da reconhecida gravidade e drasticidade da intervenção penal, a conduta a ser punida deve ser igualmente grave, justificando, portanto, tal atuação.

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determinam que todo o Estado – em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça – resulta *vinculado* em relação aos fins eleitos para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomáticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa *constituição dirigente* são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do *princípio da proporcionalidade*, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparemos-nos com **um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada** (BITENCOURT, 2010, p. 55) (negritos nossos).

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, os objetivos políticos, que regem os atos estatais, passam a ser deduzidos de valores éticos eleitos democraticamente e previsto na Constituição Federal.

Há, então, a união de três elementos: a adequação social, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 58) os trata como requisitos intrínsecos, e soma, a esses, dois requisitos extrínsecos: a judicialidade e a motivação, consoante os quais as medidas restritivas devem ser impostas por decisão judicial motivada.

A adequação ou idoneidade podem ser facilmente traduzidas como a conformação do meio ao fim pretendido. Scarance (2007, p. 58) subdivide essa adequação em três tipos: qualitativa, quantitativa e subjetiva; no primeiro, a sanção carece “ostentar qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido”; no segundo, “a sua duração ou intensidade deve ser condizente com a sua finalidade”; e o terceiro tipo relaciona-se à “idoneidade face ao sujeito passivo”.

Já a necessidade é faceta da intervenção mínima, dado que se deve optar sempre pela via menos gravosa e mais adequada, nunca se excedendo a barreira do imprescindível, para a concretização do fim a que se pretende com a aplicação desta sanção eleita, no caso, a proteção de bens jurídico-penais.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito estatui a predominância do valor mais relevante, isto é, a punição só se justifica, caso o valor por ela resguardado prepondere “sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido”³¹ (FERNANDES, 2007, p. 59).

Em resumo, “o exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação de “custo-benefício” para o cidadão e para a própria ordem jurídica” (BITENCOURT, 2010, p. 56).

Constate-se que o princípio da proporcionalidade traz uma ideia de extrema relevância, haja vista proporcionar uma análise não só do dano causado pelo delinquente, mas também do dano que é causado a este pela pena. E por esta razão se faz tão premente a

31 Note-se que, a rigor, quando se fala em proporcionalidade, faz-se necessário um referencial, uma vez que a algo só pode ser adequado, necessário e proporcional em relação à algo. Logo, este raciocínio implica necessariamente em uma valoração, pressuposto da teoria do bem jurídico (GRECO, L., 2010, p. 181).

existência de um equilíbrio entre o significado da intervenção penal para o atingido e os fins almejados pelo legislador.

Chega-se, pois, ao quarto corolário: como no Estado democrático de direito o indivíduo deve ser visto como sujeito de direitos fundamentais, os quais devem ser garantidos e respeitados, seguindo-se os limites consagrados pelo dado princípio, o direito penal somente se legitima na hipótese de as agressões por ele prevenidas serem superiores às violências das sanções aplicadas.

3. 5 Sistema penal integral

A delimitação dos bens jurídico-penais deve estar contida em um espaço necessariamente aberto, que permita e estimule o debate, evitando, portanto, a nociva petrificação.

Porém, nesse ponto, surge a indagação de como seria possível para o juiz ou o legislador, através da dogmática penal, conseguir identificar a concepção ético-política dominante, em cada época, mantendo, assim, a legislação sempre atual, em consonância com os anseios sociais, mesmo diante das constantes mudanças.

A resposta pode ser bastante simples, “não seria”. De fato, a dogmática penal não é capaz de sozinha acompanhar todos os interesses sociais mutáveis. Por essa razão, é importante que a questão seja sempre analisada dentro do contexto de um direito normativo e aberto, que busca respostas não só na norma (seja ela penal ou não), como também em outras ciências (critérios extrajurídicos).

Assim, tem-se que o primeiro parâmetro existente será o direito positivado. Caso não exista norma adequada para uma dada situação, buscam-se respostas em outros ramos do direito ou mesmo fora dele. Vale sempre lembrar que, antes de criminalizar um dado fenômeno, é importante compreendê-lo em sua totalidade, sendo imprescindível que a discussão não se restrinja ao âmbito jurídico, se estendendo a diversas áreas.

“Para a compreensão científica da tarefa de *aplicação* do direito penal não basta o conhecimento das normas jurídico-penais, antes se torna indispensável o domínio das contribuições que a gama das ciências criminais podem validamente fornecer” (DIAS, 2007, p. 19).

Dá-se como exemplo, a Criminologia³², ciência empírica e interdisciplinar, que é responsável por colher dados (como por exemplo, os níveis da criminalidade e suas causas). Estes servirão como uma fonte de informações relevantíssima a ser levada em consideração no momento das reformas legislativas e na própria aplicação do direito penal.

Outro exemplo é Política Criminal, estudo que não possui método próprio, mas é responsável por fornecer “aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos” (SHECAIRA, 2008, p. 46).

Ainda sobre a Política Criminal é importante destacar que ela será utilizada não só para promover o recrudescimento da lei (para estimular a repressão), como também para cuscitar a prevenção, ao fornecer meios para que todos possam se desenvolver.

Além do mais, como se pode depreender da leitura de Ana Elisa Bechara em relação à obra de Bernd Müssig (2009, p. 23)³³ “a tarefa central da política criminal atual consiste [também] na caracterização normativa das esferas do sujeito em um mundo complexo, inclusive em contraposição com o poder público”. Esta ciência busca, em última instância, definir “*estratégias de controle social* do fenómeno [sic] da criminalidade” (DIAS, 2007, p. 19).

As duas disciplinas supracitadas compõe, juntamente com a dogmática jurídica penal, os pilares do sistema integrado das ciências criminais. Devendo os seus conhecimentos caminhar conjuntamente.

Como prescreveu Roxin, para “a obtenção do socialmente correto” é imperioso “transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex data* ou *ferenda*” (2000, p.82).

As etapas desse processo podem ser descritas da seguinte maneira:

[...] a criminologia fornece o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A política criminal, por seu turno, incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos. O direito penal deve se encarregar de converter

32 A Criminologia é uma ciência que vai além do estudo do crime em si, buscando responder questões como “se aquilo que é considerado crime, assim o deveria ser”. Para maiores informações, consultar SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

33 MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal**. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Tradução Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 68.

em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias o saber criminológico esgrimado pela política criminal (SHECAIRA, 2008, p. 41).

Por essa razão, a cisão entre dogmática, criminologia e política criminal se torna impossível.

“O direito penal constitui apenas *um dos* componentes do sistema global de controle social e se encontra por isso numa rede de múltiplas relações e interdependências com outras formas de resolução de conflitos sociais”. “O jurídico e a sua dogmática não são algo de diferente e de separado do sistema social, mas, pelo contrário, se apresentam como verdadeiros *subsistemas* do sistema social” (DIAS, 2007, p. 25).

O quinto corolário é, portanto, o seguinte: em que pese o presente trabalho focar-se em uma das questões nefrágicas da dogmática jurídica, durante a sua leitura, não se pode esquecer que as ideias expostas estão inseridas na lógica de um Estado Democrático de Direito, e suas inferências subsumidas à noção de um “sistema integrado” das ciências criminais.

3. 6 Questões Práticas

Estudar a proteção subsidiária de bens jurídicos é importante, visto que rechaça tanto o 'moralismo' quanto a 'retribuição'.

A teoria revelou a sua magnitude na discussão do fim do crime de adultério³⁴ (artigo 240 do Código Penal³⁵), o qual foi revogado pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, haja vista ficar demonstrado que se tratava meramente de uma proibição moral, podendo o Estado interferir apenas na ordem externa. Mas tarde, a Lei nº 12.015 de 2009 altera a redação do Código Penal e o seu “Título VI”, passa a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual”, e não mais “Dos crimes contra os costumes”.

Outra relevante defluência do princípio da proteção de bens jurídicos é a exclusão de tipos penais voltados “para o autor, e não para o fato” (GRECO, 2007, p. 261). Infelizmente, muitas vezes tal corolário é ignorado, existindo no ordenamento penal pátrio casos explícitos

34 Interessante notar que a conduta foi descriminalizada, no entanto o adultério, diante do Código Civil, pode ser caracterizado como ilícito civil por parte do traidor, dando ensejo à responsabilidade civil subjetiva do causador do dano de indenizar o cônjuge inocente por dano moral.

35 Art. 240 do Código Penal - Cometer adultério. Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

de “direito penal do autor”, a exemplo do regime disciplinar diferenciado (RDD)³⁶, introduzido na Lei de Execuções Penais, pela Lei nº 10.792 de 2003.

Ademais, é cediço que o direito penal repressivo e a pena privativa de liberdade não são capazes de solucionar as causas originárias dos distúrbios sociais. Mesmo sem adentrar nas minúcias no que tange às funções da pena, sabe-se que seu caráter reformador é praticamente inexistente, pois “não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei através da supressão da liberdade³⁷” (ROXIN, 2001, p. 469). Fato que pode ser comprovado pelo aumento crescente da população carcerária brasileira.

Tabela 1 - Evolução numérica de presos e da relação destes com o número de habitantes

País	BRASIL		
Total da população carcerária (incluindo os detidos que aguardam julgamento / presos prisão preventiva)	548.003 em dezembro de 2012 (administração penitenciária nacional - 513.713 no sistema penitenciário, 34.290 em instalações da polícia)		
População prisional por 100.000 habitantes	274 presos / 100.000 habitantes com base em uma população nacional estimada de 199,8 milhões em dezembro de 2012 (a partir de dado do CELADE – Centro Latino Americano e Caribenho de Demografia)		
Tendência da população carcerária	Ano	Total da população carcerária	Índice da população carcerária (por 100.000 habitantes)
	1992	114.377	74
	1995	148.760	92
	1997	170.602	102
	2001	233.859	133
	2004	336.358	183
	2007	422.590	220
	2010	496.251	253

36 Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao **regime disciplinar diferenciado**, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

37 A pena privativa de liberdade possui efeitos dessocializadores nefastos, como a perda do posto de trabalho e a separação do delinquente de sua família (ROXIN, 2001, p. 469).

* Dados retirados do <site http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=214>.

Alvino Augusto de Sá escreveu:

A pena privativa de liberdade, não só em nada contribui para a resolução do conflito, como pelo contrário, dado o seu caráter repressivo, de exercício legitimado do domínio e do poder, dado seu caráter de degradação, deterioração e de despersonalização do condenado, fatalmente contribui para a atualização do conflito fundamental e agravamento dos conflitos atuais (SÁ, 2007, p. 60).

Posto isso, diante da incapacidade da utilização de medidas punitivistas de caráter penal, para a promoção de uma reforma social e da reintegração do ofendido na sociedade, deve-se dar preferência sempre a outras medidas mais efetivas nesse sentido, recorrendo-se apenas em última instância ao estigma da persecução penal.

A intervenção penal mínima existe também por uma questão prática. Os recursos estatais são finitos, assim como a sua capacidade de investigação, persecução e punição. E, atualmente, verifica-se que não só as instituições carcerárias, como os recursos financeiros para uma execução penal mais humana, estão aquém do necessário, de modo que essa seleção se torna indispensável, restringindo-se a atuação do Estado àqueles atos que ferem bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma.

Por essa razão se torna tão importante evitar o fenômeno da “inflação penal”, já que a relação entre quantidade e eficácia legislativa não é linear ou diretamente proporcional.

Ao criar uma lei, o legislador deve em alguma medida analisar a sua viabilidade, sendo que esta engloba a aptidão estatal em “fazer cumprir”, “vigiar o cumprimento”, e, por fim, “punir o descumprimento”.

3. 6. 1 Jurisdição Estatal

Para melhor compreender a questão trazida anteriormente, faz-se a seguir alguns comentários a respeito da jurisdição estatal.

Segundo nos ensina o Direito Internacional Público, jurisdição seria “o poder que tem o Estado de exercer a sua influência sobre as pessoas, os bens e as circunstâncias que lhe são sujeitas” (SHAW, 2009, p. 471).

Esse exercício da autoridade estatal pode ser observado em três momentos: nas ações legislativas, executivas ou judiciárias. A jurisdição legislativa é uma jurisdição prescritiva, que compreende toda atividade legislatória do Estado, excluindo-se as leis de efeito concreto. A jurisdição adjudicatória é a atividade por meio da qual se verifica se uma relação social concreta está ou não de acordo com aquilo que se prescreveu em lei, julgando, assim, a compatibilidade do comportamento com as prescrições. E, por fim, a jurisdição executória/impositiva – conhecida internacionalmente como *enforcement* – é a garantia, pelo judiciário, da obediência das regras editadas.

Diante do exposto, clarifica-se a mensagem que se tentou transmitir, no tópico anterior, no que tange à inflação legislativa, cujos problemas vão ser explicitados em sequência.

Por enquanto, deve-se ficar com a noção de que a expansão do direito penal faz com que ele perca seu caráter de *ultima ratio*, o que não significa necessariamente um crescimento da eficiência da tutela penal, podendo muitas vezes provocar o efeito inverso, na medida em que as ações adjudicatórias e executórias, não conseguem acompanhar a atividade prescritiva.

3. 6. 2 Problema Legislativo

Conclui-se, então, que a conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva, a esta categoria, aquilo que já se mostra como um valor na realidade social (PRADO, 2011, p. 99).

Uma das críticas a essa declaração seria a de que o legislativo, por vezes, não segue essa regra, durante a sua atuação, e a teoria, por sua vez, não consegue impedir esse tipo de ato discricionário.

Acontece, entretanto, que se está diante de uma hipótese de má aplicação ou completa ignorância das tendências dogmáticas apresentadas; e um juízo de avaliação não pode se embasar em um desvio, haja vista este não ser uma decorrência da teoria. O fato de existirem pessoas que corrompem o sistema não o torna necessariamente ruim ou obsoleto. A teoria é boa, mas mal aplicada.

Reconhece-se que uma das maiores dificuldades da atualidade é que, muitas vezes, a produção legislativa caminha na contramão da doutrina, orientando-se pelo temor e

consequente clamor popular por segurança, que é potencializado pela atuação da mídia sensacionalista.

Como aponta Miguel Reale Júnior (2010, p. 70), a produção legislativo-penal, como uma resposta emocional e casuística a acontecimentos, tem se tornado cada vez mais comum. Constatase que, principalmente em anos eleitorais, é recorrente o endurecimento das sanções penais.

O autor cita alguns exemplos, como o sequestro do empresário Roberto Medina³⁸, em 1990, no Rio de Janeiro, o qual ensejou a edição da denominada “Lei dos Crimes Hediondos” (Lei nº 8.072/1990) (2010, p. 70); ou a “Lei dos Remédios e Cosméticos” (Lei nº 9.677/1998), promulgada diante da repercussão causada pela venda das “pílulas de farinha”³⁹ (REALE JÚNIOR, 2010, p. 72).

Ao final, conclui que, muitas vezes, o legislador tenta sem sucesso mudar a realidade, por intermédio de uma alteração da lei. No entanto, essas medidas não passam de mera ilusão penal, haja vista serem ineficazes, com efeitos meramente simbólicos, servindo apenas como tranquilizadoras da população. Criam, assim, um sentimento de falsa segurança, em uma tentativa de mascarar as deficiências nas políticas públicas do Estado.

Lê-se: “o resultado da intimidação por via da abstrata ameaça constante da lei foi nulo, pois a as extorsões mediante sequestro, os homicídios e latrocínios apenas aumentaram após a vigência do maior rigor penal” (REALE JÚNIOR, 2010, p. 75).

“Essa tendência, hoje mundialmente observável, é descrita por meio do correto *slogan* “Governing through Crime”⁴⁰ - (“governando por meio do crime”). No sentido de que “a política se utiliza do crime e das reações a este para marcar pontos com a população e assim ganhar eleições” (HEFENDEHL, 2010, p. 104).

O empecilho é que, ao se recorrer ao recrudescimento do direito penal como uma alternativa às mudanças necessárias na política social brasileira, está-se partindo de uma

38 O empresário Roberto Medina foi sequestrado em junho de 1990. Passou 17 dias em cativeiro e foi libertado após a família pagar um resgate equivalente a R\$ 2,5 milhões. Pouco tempo depois do desfecho do caso, a extorsão mediante sequestro passou a figurar no rol dos crimes hediondos (Art. 1º, inciso IV da Lei, inserido pela Lei nº 8.930 de setembro de 1994).

39 Em 1998, foram vendidas, no mercado, pílulas anticoncepcionais adulteradas, cuja composição era apenas farinha. Foi descoberto que alguns exemplares do placebo utilizado para teste da droga *Microvlar*, fabricada pela *Schering* do Brasil, chegaram ao mercado consumidor, o produto não continha hormônios, somente a massa neutra que dava forma à droga.

40 SIMON, *Governing through Crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. Oxford University, 2007.

premissa equivocada, tendo em vista que, como observado na prática, soluções simplistas como essa não atenuam o problema, podendo inclusive agravá-lo.

Outro fator que contribui para a inflação legislativa são os discursos midiáticos dos meios de comunicação de massa que propagam ilusões, encobrindo realidades e servindo, por fim, como um “mecanismo de legitimação dos discursos jurídicos justificadores” (BOLDT, 2012). O medo instaurado acaba, então, tornando-se um instrumento de mobilização, pressão e ao mesmo tempo exclusão social.

A Nova Lei Seca (Lei 12.760/2012) é um bom exemplo recente. Essa lei promoveu alterações significativas no Código de Trânsito brasileiro (Lei nº 9.503/1997), recrudescendo a repressão estatal em relação à conduta de dirigir veículo automotor após o consumo de álcool.

Em resumo, os meios de comunicação em massa difundem o mito “do punir mais é melhor”, a sociedade, então, passa a pressionar pelo “aumento da segurança”, fomentando penas mais severas e a criminalização de novas condutas⁴¹.

Outro problema desse excesso legislativo é que se negligencia uma questão muito importante, a de que “o direito penal apresenta-se, antes de tudo, como um instrumento de garantia individual em face do poder punitivo do Estado” (BECHARA, 2012), e não como mero mecanismo de controle da criminalidade crescente.

A expansão desmedida do ordenamento jurídico-penal em nada contribui para a tutela de bens jurídicos, mas favorece ao processo de reversibilidade do direito e estimula a corrosão da credibilidade do direito penal como mecanismo de administração de conflitos. Na prática, ao invés de proteger os bens mais caros à sociedade, o direito penal acaba violando os direitos de determinados grupos, selecionados de acordo com os estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa (BOLDT, 2012).

Em apertada síntese, o abuso da criminalização de condutas, contribui ao descrédito do direito penal e à banalização da sanção criminal, bem como para a perda do caráter intimidativo desta.

O ponto aqui é perceber que, em última instância, trata-se de um problema legislativo, não doutrinário. De maneira tal que os aludidos tipos penais não podem ser encarados como consequências de um demérito ou insuficiência teóricos.

41 Faz-se necessário, entretanto, diferenciar o aumento da criminalização, em decorrência dos motivos acima explicitados, e aquele aumento natural, que deriva da complexificação social e consequente surgimento de novos bens jurídicos fundamentais.

CONCLUSÃO

Através da pesquisa, chegou-se aos resultados que seguem.

1. O direito penal na sua essência se propõe a garantir os valores mais estimados pelos indivíduos e imprescindíveis a uma pacífica coexistência humana, de modo a concretizar os fundamentos da justiça, os quais são intitulados bens jurídico;

2. As diversas funções exercidas pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos evidenciam a sua relevância, a qual o torna de observância obrigatória. Dentre essas incumbências, destaca-se a limitações conferidas à atividade legiferante, haja vista ser o bem jurídico critério legitimador da norma penal;

3. A correta ideia de bem jurídico só pode ser alcançada a partir de valores e nunca de meros ontologismos;

4. O conceito de bem jurídico não é estritamente formal, vez que o seu conteúdo está atrelado às realidades sociais. Em vista disso, os bens eleitos modificam-se no tempo e no espaço, e essa maleabilidade e abertura da teoria é uma qualidade, não um defeito, pois, caso esta fosse endurecida, seria datada e fadada a obsolescência;

5. O constituinte não fabrica bens jurídicos e o poder legiferante ordinário, por sua vez, não pode elevar um valor qualquer à categoria de bem jurídico-penal, pois a sua decisão não é livre, carece de estar pautada na Constituição;

6. No que diz respeito à possibilidade de incriminação de condutas, a Constituição é o ponto de partida. Contudo, para se selecionar os bens dignos de tutela penal, é necessário que outras barreiras sejam transpostas, das quais se destaca o caráter da *ultima ratio* penal;

7. Seguindo a lógica da subsidiariedade penal, em um Estado democrático de direito, o indivíduo, enquanto sujeito de direitos fundamentais, deve os ter garantidos e respeitados, de modo que o direito penal só se legitima, no caso de as agressões, por ele prevenidas, serem superiores à violência das sanções aplicadas;

8. Os novos riscos decorrentes da evolução natural da sociedade levantaram questionamentos a respeito dos potenciais críticos e descritivos do paradigma da proteção

subsidiária de bens jurídicos. Face ao exposto, não se refuta as dificuldades encontradas, porém, a solução não está no abandono da teoria, mas na sua conformação às novas exigências sociais;

9. Claus Roxin estava certo, quando, já em 1999, fez uma série de previsões a respeito do futuro do direito penal, chegando ao seguinte resultado: “o direito penal tem um futuro” (ROXIN, 2001, p. 474). No entanto, a sua permanência relaciona-se a várias mudanças⁴² - entre elas, o aumento do número de dispositivos penais, bem como do número de comportamentos puníveis. A razão disso é simples, com a complexificação social amplia-se a quantidade de bens jurídicos dignos da tutela penal, uma vez que o direito relaciona-se diretamente à complexidade da sociedade, haja vista aquele existir com o intuito de ordenar esta. E cabe à dogmática jurídico-penal acompanhar tais evoluções;

10. A aplicação conjunta de instrumentos jurídicos e da teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos é *conditio sine qua non* à subsistência desta;

11. A dogmática jurídica penal deve ser compreendida dentro do contexto do “sistema integrado” das ciências criminais, haja vista essa ser auxiliada pela criminologia e pela política criminal;

12. As críticas à teoria, no que pertine à discricionariedade do legislador ou do juiz, não procedem. Na medida em que as “contra-teorias” apresentadas também não conseguem eliminar esse fator. Isso porque dentro das ciências humanas e sociais, como o direito penal, sempre existirá alguma discricionariedade e um fator de imprecisão ligado à humanidade dos envolvidos. Sendo ilusória a crença de que um dia se chegará a uma teoria infalível e perfeita, à prova de humanos;

13. A criação um rol taxativo e perpétuo dos bens jurídicos dignos da tutela penal não parece factível, uma vez que um grau de abertura é indispensável, pois como valor social o bem jurídico está sujeito a constantes mudanças;

14. A repressão penal por si só é insuficiente, devendo este ramo do direito ser o último instrumento estatal a ser utilizado. Mas, um dos problemas enfrentados no contexto atual é o da técnica legislativa casuística, em virtude da qual a norma perde seu caráter de

⁴² Essas mudanças estão descritas e detalhadas em nove conclusões intermediárias, ao longo da obra ROXIN, Claus. Tem Futuro o Direito Penal? Tradução Luís Greco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 459-474, ago. 2001.

generalidade e abstração. No entanto, frisa-se que está é uma questão de controle legislativo, que foge a competência do princípio estudado;

15. Não é possível se eliminar por completo a possibilidade do desvio e do absurdo, na medida em que essa incerteza é inerente ao próprio direito e seu funcionamento.

16. A partir do momento que se trata de regular situações e relações complexas não se tem como buscar soluções simplificadas.

Em conclusão, tem-se que o problema a respeito da legitimidade da tutela penal é bastante complexo, vez que envolve uma série de questões, que muitas vezes não podem ser respondidas com “sim” e “não”, e por meio da atuação isolada da dogmática jurídica penal.

Diante do quadro apresentado, não se acredita em fórmulas mágicas que eliminariam todas as vicissitudes relativas à criminalização de condutas.

Não obstante, em face de todo o exposto, crê-se que a teoria do bem jurídico se apresenta como um bom caminho a ser trilhado. Sempre se ressalvando que esta é somente uma ferramenta, dentro de um conjunto de outras, de modo que a lesão ao bem jurídico é condição necessária, mas nem sempre suficiente para a aplicação da pena.

Insta ressaltar que as dificuldades enfrentadas pela teoria não são desconhecidas, nem se nega que em alguns aspectos as soluções dadas são em alguma medida insuficientes, contudo parafraseando uma famosa frase de Winston Churchill: “atribuir, como função precípua do direito penal, a proteção subsidiária de bens jurídicos é a pior teoria imaginável, à exceção de todas as outras que têm sido experimentadas de tempos em tempos”⁴³. Isso porque, assim como a tese defendida, a democracia é falha e imperfeita – em especial a democracia representativa adotada no Brasil, a qual não passa de uma verdadeira ficção – mas, ainda, é o sistema “menos ruim” que existe.

43 “No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of government except all those other forms that have been tried from time to time” (Winston S. Churchill, em discurso na Casa dos Comuns, em 11 de Novembro de 1947) (WIKIQUOTE, 2013).

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Delitos sem bens jurídicos? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 181, p. 04-05, 2007.

_____. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal contemporâneo. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 1, p. 2, 2009.

_____. Quem deve responder pelo crime? **Jornal Valor Econômico**, p. 1, 20 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/mensalao/2796566/quem-deve-responder-pelo-crime>>. Acesso em: 14 set. 2012.

_____. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LYRA, Rafael. (Org.). **Direito penal econômico: questões atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41-69.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOLDT, Raphael. **O direito penal e a “fábrica de ilusões”**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://libertatis-cci.blogspot.com.br/2012/07/abaixo-compartilhamos-artigo-publicado.html>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

BRASIL. Código de Trânsito brasileiro (1997). **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em: 07 jul. 2013.

_____. Código Penal (1940). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 07 jul. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

_____. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

_____. **Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998**. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9677.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

_____. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

_____. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

_____. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

_____. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

CARROLL, Lewis. **Alice's adventures in wonderland**. New York: Sterling, c2005.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**, 1864. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

_____. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, n.3, p. 249-276, jul./set. 2007.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Tradução Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 87, p.103-120, 2010.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.

LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado**: do Estado de direito ao Estado democrático de direito. Barueri: Manole, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 85, p. 41-76, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Tradução Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Tem Futuro o Direito Penal? Tradução Luís Greco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 459-474, ago. 2001.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. 2. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

_____. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p. 24-47, 2010.

SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla; Lenita Ananias do Nascimento; Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 86, p. 231-246, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WIKIQUOTE (Winston Churchill). Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Data da última atualização: 30 jun. 2013. Disponível em: <http://en.wikiquote.org/w/index.php?title=Winston_Churchill&oldid=1641181>. Acesso em: 7 Nov. 2013

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Tradução Beatriz Corrêa Camargo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 90, p. 97-106, 2011.