

Evandro Pelarin

**OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE
DESCRIMINALIZAR
(uma análise do bem jurídico-penal)**

Evandro Pelarin

**OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE
DESCRIMINALIZAR**
(uma análise do bem jurídico-penal)

Dissertação conclusiva do curso de pós-graduação em
Direito, mestrado, na Universidade Estadual Paulista -
Franca - SP. Orientador: Professor Dr. Maurício Antônio
Ribeiro Lopes.

UNESP

2001

Evandro Pelarin

**OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE
DESCRIMINALIZAR**
(uma análise do bem jurídico-penal)

Comissão Julgadora

Dissertação para obtenção do grau de mestre

Presidente e orientador

1.º Examinador

2.º Examinador

Franca, ... de de 2001.

DADOS CURRICULARES

Evandro Pelarin

Nascimento 17.7.1.972 - Jales/SP.

Filiação Marcelino Pelarin

Ana Maria Gouveia Pelarin

1990/1994 Graduado em Direito

Unesp - Franca - SP

1995/1995 Professor substituto, Direito Comercial

Associação Sulmatogrossense de Ensino

1996/ Curso de Pós-graduação em Direito na UNESP

1996/1997 Integrante da equipe responsável pelos RT-CÓDIGOS

Professor substituto na Universidade São Francisco

São Paulo(USF), Direito Penal e Direito Processual Penal

1997/ Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1998/ Professor do curso *Decisum*, preparatório para as carreiras jurídicas,
em Fernandópolis - SP, Direito Processual Civil e Direito Civil

Ao professor Maurício.

Agradecimentos

Sem a confiança do Professor Maurício, o apoio inicial da FAPESP, os ensinamentos da colega de curso Heloisa, a ajuda dos amigos Alceu e Bruno e o incentivo da minha mulher Fabiana e dos meus pais, Marcelo e Ana, este trabalho não seria concluído.

O homem constrói o direito

Roberto Lyra Filho

SUMÁRIO

Introdução.....	10
-----------------	----

Parte I

Noção de bem jurídico-penal: retrospectiva

1. Considerações preliminares.....	14
2. Iluminismo e direito penal.....	18
2.1. Antecedentes do iluminismo	18
2.2. Noção iluminista do bem jurídico-penal.....	26
3. Tentativas teóricas de estabelecimento do conceito de bem jurídico-penal... 37	
3.1. A base positivista do bem jurídico-penal.....	37
3.2. Primeira abordagem teórica dirigida à formulação do conceito de bem jurídico-penal.....	39
3.3. O positivismo naturalístico frente ao bem jurídico-penal.....	43
3.4. O positivismo legalista.....	49
3.4.1. Nota introdutória.....	49
3.4.2. O bem jurídico legal.....	50
3.5. Sociologismo e legalismo: coincidências teóricas.....	54
3.6. A exacerbação do positivismo jurídico.....	58
3.6.1. Nota inicial.....	58
3.6.2. Conformação do ambiente propiciador do normativismo.....	59
3.6.3. O esvaziamento do conceito de bem jurídico-penal.....	64
4. Síntese conclusiva da primeira parte.....	69

Parte II

Bem jurídico-penal e constituição: panorama descriminalizante

5. Abertura.....	74
6. Tentativas teóricas de estabelecimento do conceito de bem jurídico-penal (continuação).....	78
6.1. A retomada das noções liberais.....	78
6.1.1. Escorço histórico.....	78
6.1.2. Implicações práticas do retorno liberal.....	82
6.2. Elaboração de cunho sociológico.....	88
6.2.1. Nota inicial.....	88
6.2.2. Concepção sociológica do bem jurídico-penal.....	91
7. Teorias constitucionalistas do bem jurídico-penal.....	99
7.1. Considerações iniciais.....	99
7.2. Incidência da Constituição no direito penal.....	101
7.3. Teoria constitucional de caráter geral.....	111
7.4. Teoria constitucional de caráter estrito.....	119
8. Panorama descriminalizante e considerações conclusivas.....	125
8.1. O bem jurídico e o injusto penal.....	125
8.2. Bem jurídico: descriminalização/criminalização.....	128
8.3. A questão da imposição da criminalização.....	141
Bibliografia.....	147
Resumos.....	156

INTRODUÇÃO

A identificação do direito com a lei acarreta na definição do direito penal como *um conjunto de normas que estabelece ligações entre condutas humanas e conseqüências especiais desse ramo do direito, as penas criminais*.¹ A considerar o direito penal apenas sob esse ponto de vista, esta pesquisa perde seu sentido, pois ela pretende investigar os antecedentes normativos, isto é, as referências materiais informativas da criminalização.²

Para essa investida, descortinar os *sentidos e limites* da pena vem como premissa obrigatória.³ Ultrapassada a mera retribuição *(para o mal do*

¹ Nesse sentido, MARQUES, F., *Tratado de direito penal*, p. 5; GARCIA, B., *Instituições de direito penal*, p. 8; e, BRUNO, A., *Direito Penal*, p. 11. Como assinalou TAVARES, J., *Crítérios de seleção de crimes e cominação de penas*, p. 75, embora os juristas geralmente se ocupem do direito penal como o direito legislado, o direito penal “deve ser compreendido no contexto de uma formação social, como matéria de prática social e política ... Hoje, pode-se dizer que norma incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro, como pensava Kelsen, como forma exclusiva de imposição de deveres ..., mas o sucesso da interação dos interesses que se manifestam no processo de sua elaboração. Desconsiderar esse aspecto material da formação da norma será condenar a formulação jurídica a um jogo de mero exercício lógico, sem qualquer validade para as necessidades sociais de seus reais destinatários”. Responder que o crime é aquilo que o legislador considerar como tal atende à perspectiva meramente formalista. Todavia, de modo algum, explica porque tal fato é crime ou se questiona a legitimidade de se criminalizar esta ou aquela conduta. Sob esse último aspecto, parece claro que, diante da conceituação formal, o controle da constitucionalidade das lei penais fica bastante restrito, o que, por via de conseqüência, aumenta a liberdade do legislador em criar tipos penais.

² O conceito material de crime está sempre fora do direito penal legislado. Serve, segundo DIAS, F., *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 55, como um *padrão crítico*, a indicar ao legislador aquilo que ele pode criminalizar e aquilo que ele deve deixar fora do direito penal. Não resta dúvida de que esse conceito, não situado nas estruturas jurídico-formais, implica antes de tudo num debate intenso, talvez infinito, pois invoca, necessariamente, para a discussão, posicionamentos filosóficos e, principalmente, político-criminais.

³ O sistema penal dispõe das sanções mais severas do arcabouço legal. Além da privação da liberdade em forma de pena de prisão, têm-se, como exemplos, o desapossamento patrimonial em forma de penas de multa e de perda de bens, a proibição de dirigir veículo, a inabilitação para cargos públicos, a perda dos direitos políticos, a prisão preventiva, o seqüestro de bens, as intervenções telefônicas e gravações de conversas inseridas no procedimento criminal. De acordo com HASSEMER, W., *Crítica al derecho penal de hoy*, estes instrumentos são tão perigosos que uma sociedade civilizada deve ter, no mínimo, extremo cuidado ao manejá-los.

crime, o mal da pena) e o utilitarismo organicista (*a prevenção geral e especial* como sentidos únicos) da pena, descobriu-se que o bem jurídico representa o melhor critério para se definir materialmente o crime, além de conferir um máximo ético à pena.

Por meio dele, consegue-se articular uma gama de *valores ou interesses* primordiais que, devido à insuficiência protetiva das sanções civis ou administrativas, carecem da tutela penal. Assim, a proteção desses bens fornece a conceituação desejada e marca os limites da legitimação interventora do direito penal.⁴

Ocorre que o ponto mais saliente deste trabalho é justamente o retrato da volatilidade da noção de bem jurídico (ainda que só no posicionamento material), que acompanha a própria idéia do direito (como acredita-se que não poderia ser diferente). Talvez, a estabilidade nem seja o fim perseguido. O que se procura, com maior evidência, é um *instrumento* externo ao direito penal que, legitimamente, permita aproximar a referida noção da realidade social e imponha, vinculativamente, limites ao poder criminalizador.

⁴ Conforme ANDRADE, M. C., *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico*, p. 74; ANDRADE, M. C., *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 29 e ss.; CASTILLO, G. B., PAVAJEAU, C. A. G., *Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para a Colômbia*, p. 9; CUNHA, M. C. F., *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 13; DIAS, J. F., *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 75; FIANDACA, G., *O Bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal*, p. 411; HASSEMER, W., *op., cit.*, p. 20; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., BUSTOS RAMIREZ, J., *Lecciones de derecho penal*, p. 57; LISZT, F. V., *La idea del fin en el derecho penal*, p. 59; LOPES, M. A. R., *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes*, p. 321; MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. IX; MOCCIA, S., *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*, p. 113; PALAZZO, F. C., *Valores constitucionais e direito penal*, p. 84; e, ROXIN, C., *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 28.

No bojo da doutrina dominante, aponta-se a Constituição como a ferramenta procurada, já que ela é aglutinativa dos interesses sociais mais consensuais, das decisões políticas menos conflituosas e a única com legitimação, dentro do Estado Democrático de Direito, para impor limites ao direito penal, nomeadamente pelo aspecto material.

Nesses termos, o discurso penal com fundamento constitucional revela a não legitimidade da legislação em vigor, cuja amplitude criminalizante vai de encontro à dimensão material do bem jurídico e à perspectiva garantidora da Constituição, a impulsionar, dessa maneira, a *obrigação da descriminalização*.⁵

Enfim, o objetivo deste trabalho não é particularizar os casos de inadequação legislativa: se tal ou qual crime está ou não de acordo com a

⁵ Não se tem essa *obrigação* como uma incumbência contratual, isto é, com prescrição de sanção para o inadimplemento. O termo é empregado num sentido da necessidade de adequação material-hierárquica, cuja praticidade não depende apenas da conduta do legislador, sabidamente alimentado pela opção exclusivamente política, mas procede antes da postura dos operadores do direito, vivenciadores privilegiados da não graduação normativa, de efeitos nocivos à liberdade [neste ponto convém dizer que talvez os abolicionistas estejam certos; são tantas as mazelas do sistema penal, a destacar a seletividade, que a supressão da pena criminal poderia concretizar um dos mais importantes princípios humanitários - embora sistematicamente vilipendiado - que é a igualdade (HULSMAN, L. H. C., *Descriminalização*, p. 8)]. Ressalte-se que a responsabilidade pela transformação do direito, que não é um produto, um artigo pronto e acabado, não é exclusiva do legislador. Aliás, da norma, da doutrina, dos julgados, enfim, das várias formas de manifestação os operadores edificam a realidade jurídica. Logo, todos os envolvidos no processo jurídico desenvolvem parcela significativa da criação do direito, com incrível poder reformador (LYRA FILHO, R., *O que é direito*). Por isso, este trabalho não se presta à crítica meramente legislativa. Para a reformulação do direito penal, os construtores do direito, advogados, juizes, promotores, delegados de polícia, servidores públicos, políticos, etc, são igualmente responsáveis. Desse modo, a dissertação vem marcada pelo posicionamento crítico e pela ambientação sócio-política do objeto em debate, a dialogar por várias vezes com os fatos históricos (nos passos de MACHADO, A. A., *Ministério Público, democracia e ensino jurídico*), pois “o direito é, e assim pode ser analisado, algo que ocorre dentro da história e como tal tem sido sua principal testemunha” (CARVALHO JÚNIOR, C., *Escola Positiva Penal*, p. 99). Ademais, “*en la evolución del concepto de bien jurídico no puede perderse de vista el contexto socio-político; de manera paralela com la transformación de los modelos estatales, el derecho penal ha ajustado sus contenidos y sus metodos, de modo que bien puede apreciarse la simultaneidad de los desarrollos doctrinários en uno y otro sentido*” (CASTILLO, G. B., PAVAJEAU, C. A. G., *op., cit.*, p. 61).

Constituição. Pretende-se demonstrar a sinuosidade da noção de bem jurídico, o aporte constitucional do instituto e o programa de adequação da lei penal com a Constituição.⁶

⁶ Além das referências bibliográficas e das citações originais dos textos doutrinários, para as notas remissivas foram deslocados os conceitos mais importantes e os comentários de maior saliência histórica e política, com a intenção de deixar o texto mais próximo possível da especialização técnica, sem perder certa amplitude discursiva.

PARTE I

NOÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL: RETROSPECTIVA

1. Considerações preliminares - 2. Iluminismo e direito penal - 2.1. Antecedentes do iluminismo - 2.2. Noção iluminista do bem jurídico-penal - 3. Tentativas teóricas de estabelecimento do conceito de bem jurídico-penal - 3.1. A base positivista do bem jurídico-penal - 3.2. Primeira abordagem teórica dirigida à formulação do conceito de bem jurídico-penal 3.3. O positivismo naturalístico frente ao bem jurídico-penal - 3.4. O positivismo legalista - 3.4.1. Nota introdutória - 3.4.2. O bem jurídico legal - 3.5. Sociologismo e legalismo: coincidências teóricas - 3.6. A exacerbação do positivismo jurídico - 3.6.1. Nota inicial - 3.6.2. Conformação do ambiente propiciador do normativismo - 3.6.3. O esvaziamento do conceito de bem jurídico-penal - 4. Síntese conclusiva da primeira parte.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Do debate acerca do bem jurídico-penal,⁷ o consenso a respeito do conceito do instituto permanece inacabado.⁸ Se a definição ainda está em operação, certo é que não se estabeleceu com segurança o seu sentido operacional,

⁷ A junção do *jurídico* com o *penal* por meio do *hífen* representa o resumo da expressão *critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes*, segundo a tese de mesmo nome de LOPES, M. A. R.; em linha semelhante, CUNHA, M. C. F., *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*; ou, significa também a necessária correlação entre pena e bem jurídico protegido (e violado), a conceber a inexistência da primeira sem a lesão ao último, como se extrai de PRADO, L. R., *Bem jurídico-penal e constituição*; ou, na óptica de MIR PUIG, S., *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, p. 159, a hifenização reflete que nem todo bem jurídico carece de proteção penal, tão somente os essenciais, muito valiosos.

⁸ “Como se extrai dos próprios termos do debate doutrinário, um acordo geral dos estudiosos sobre o fundamento científico da teoria do bem jurídico não existe até hoje” (FIANDACA, G., *O bem jurídico ...*, p. 411). Nesse sentido, CASTILLO, G. B., PAVAJEAU, C. A. G., *Bien jurídico y derechos fundamentales ...*, p. 11. Desde já, antecipa-se que as divergências podem ser resumidas ou pela busca de um conceito pré-jurídico ou por um conceito deduzido a partir da lei. No entanto,

ou seja, a capacidade do bem jurídico em evidenciar de maneira concreta as fronteiras do *legitimamente criminável*.⁹ Tal indefinição, acredita-se, vem da sua natureza, já que o bem jurídico-penal representa antes um *padrão* crítico capaz de provocar um intenso debate sobre a legitimidade da criminalização.¹⁰

Ademais, da retrospectiva do bem jurídico-penal, observam-se as imprecisões, as controvérsias e a sinuosidade da sua noção ao longo do tempo,¹¹

as variantes decorrentes da primeira acepção - a mais acolhida pela doutrina - são importantes para melhor delimitar a intervenção penal.

⁹ “Do ponto de vista crítico, é forçoso reconhecer que ainda não se conseguiu converter o bem jurídico num princípio operativo suscetível de demarcar com alguma consistência as margens do legitimamente criminável” (ANDRADE, M. C., *A nova lei ...*, p. 75). DIAS, F., *Questões ...*, p. 62, adverte: “A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada - e talvez jamais o venha a ser - com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.” PRADO, L. R., *op., cit.*, p. 17, assinala a ausência de contornos conceituais precisos do bem jurídico, mas ressalta que o maior problema a ser enfrentado “... é o de fixar concretamente os critérios pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais da sociedade ...” (f. 19), cerne do direito penal; ponto debatido e esmiuçado por LOPES, M. A. R., em sua tese de livre docência em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, acima-citada, especificamente, p. 791-824.

¹⁰ DIAS, J. F., *op., cit.*, p. 70, aponta a abertura do conceito e a relatividade da sua função delimitadora da criminalização, mas ressalta que se o conceito fosse fechado, fixo, o bem jurídico veria comprometida a sua função político-criminal, consistente na orientação da evolução do movimento de criminalização/descriminalização, o que o torna um “instrumento por excelência de descoberta dos caminhos da reforma penal”. Daí que o bem jurídico-penal, para o autor, “é ‘apenas’ o *padrão* crítico insubstituível e irrenunciável com o qual se deve aferir a legitimação da função do direito penal no caso concreto”. Por isso assinala que “acusar a noção de bem jurídico de incapacidade para revelar os exatos contornos do conceito material de crime constituiria, por isso, não só uma flagrante injustiça, como, em último termo, uma afirmação destituída de sentido”. Nessa vereda, “... a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica, nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permite a crítica do direito positivo” (PRADO, L. R., *op., cit.*, p. 19). Um pouco atrás (p. 18), “... sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio direito penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”. Afinal, “vale como axioma a afirmação segunda a qual é a tutela de bens jurídicos que simultaneamente define a função do direito penal e marca os limites da legitimidade da sua intervenção” (ANDRADE, M. C., *op., cit.*, p. 74).

¹¹ “A impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenómenos de revolução no sentido etimológico (*revolutio*), de retorno ao que se julgava já irrepetivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir aos conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinómicos” (ANDRADE, M. C., *op., cit.*, p. 76).

sendo que o objetivo dogmático, atualmente determinado, consiste na busca do caráter material e da determinação constitucional do bem jurídico-penal.¹²

Adiante a tentativa é a de evidenciar o movimento iluminista, contornar suas linhas mais importantes sob o ponto de vista do garantismo penal, discorrer sobre o positivismo, social e legal, bem como citar, secundariamente, passagens históricas com a intenção de sublinhar o relacionamento direto, estreito, existente entre o poder e a construção do direito.¹³

¹² Tem-se o atual aporte constitucional como promotor de “uma autêntica *formatação* do Direito Penal em padrões os mais estritamente delimitados pela Constituição e sua força normativa” (LOPES, M. A. R., *op. cit.*, p. 28).

¹³ Segundo TAVARES, J., *op. cit.*, p. 75, numa análise científica promovida por um professor alemão e um francês sobre o processo de elaboração de normas, constatou-se que elas geralmente não exprimem o interesse geral, mas significam “muitas vezes simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação”. Aliás, ao contrário do postulado *quanto maior é o saber maior é o poder* (para ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *Manual de direito penal brasileiro*, p. 62, uma hipótese positivista), vislumbra-se o contrário nas estruturas do poder; este sim, condicionador do conhecimento. Para se ter uma dimensão, no Brasil, de graves problemas sociais, a *elite* (detentores - nacionais e estrangeiros - do aparato tecnológico), com o apoio incondicional da classe média, repercute o estigma do *criminoso*, aquele que atenta à segurança da vida regrada no consumismo, como grande mal que assola o país. Daí, a bateria ideológica absorve, incrementa e difunde o uso ampliativo do sistema penal, a empurrar ao plano meramente acadêmico o debate em torno do direito penal mínimo, a taxá-lo, não poucas vezes, de *perigoso*. Ilustrativo da situação: BATISTA, N., *Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. O poder é capaz de interferir no direito penal (mais apropriadamente, no sistema penal, entendido, em sentido estrito, como o “... controle punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação”, ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 70) com amplitude maior do que se imagina. “Enfim, tudo em Direito Penal, da eleição do bem a ser tutelado à redução dada ao tipo legal que o faz, do balizamento abstrato aos mecanismos de execução da pena, da própria escolha da sanção à atuação do Poder Judiciário, das garantias conferidas pela Constituição às normas processuais, tudo isso encontra não uma resposta, mas uma orientação no sistema da ideologia dominante. Parece que, criticamente, a neutralidade normativa pressuposta por uma ciência pura do direito não resiste mais à sua ideologização” (LOPES, M. A. R., *Princípios políticos do direito penal*, p. 192). Logo, o pensamento dominante *decide* o direito penal, a revestir a punição, materialmente injusta e até visivelmente inconstitucional, com o manto da legalidade. “Na legislação brasileira, (...), o furto (subtração sem violência à pessoa) de um rádio portátil, através de uma janela que foi quebrada, é tão severamente punido quanto uma agressão dolosa a alguém e que resulte à vítima a perda, por exemplo, do sentido da visão, ou seja, pena de reclusão de 2 a 8 anos. Outros exemplos são facilmente localizáveis, até mesmo pelo pesquisador mais desatento, no texto do Código Penal e das leis especiais” (*ibid.*, p. 194). A legalidade não induz, obrigatoriamente, à legitimidade dessa lei punitiva, pois a legitimação

Assim, ao lado da fundamentação constitucional do bem jurídico-penal,¹⁴ expressiva de um certo *estágio final* na matéria,¹⁵ a ser tratada na segunda parte, pretende-se não perder de vista a realidade social (penal),¹⁶ sob o procedimento dialético, que é essencialmente dinâmico e renovador.¹⁷

2. ILUMINISMO E DIREITO PENAL

2. 1. Antecedentes do iluminismo

exprime uma noção mais ampla, agregada a fatores extrínsecos ao ordenamento jurídico. No plano constitucional, portanto de maior relevância que a lei penal, CANOTILHO, J. J. G., *Direito constitucional*, p. 111, aponta: “A constituição não se legitima através da legalidade, pois não é pelo simples facto de se considerar a lei constitucional como produto vontade de um ‘legislador constituinte’ legalmente instituído que deixa de colocar-se com acuidade a ‘justificação’ moral desse produto.” Assim, mesmo procedente o argumento do equívoco de uma verdade que desautorize a ideologia dominante, pois aquela ultrapassa o marco das possibilidades humanas (conforme LOPES, M. A. R., *op. cit.*, p. 194), o simples fato de reconhecer a ideologia em curso e se opor a ela com um discurso constitucionalmente fundamentado e inseparável da observação histórica e do procedimento dialético permite o posicionamento mais lúcido e concatenado com a necessidade de construção do direito penal (e sistema penal também) não seletivo, não violento, não desproporcional e, portanto, mais democrático e realista. Segundo ZAFFARONI, E. R., *Em busca das penas perdidas*, p. 14, “... o discurso jurídico-penal falso não é nem um produto de má-fé nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas”.

¹⁴ “A referência à Constituição, apontada como nova chave de leitura das normas penais, serve, em verdade, não só como orientação teórica, mas como orientação explicitamente posta a serviço de um empenho de revisão da legislação penal” (FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 410).

¹⁵ Sobre a evolução histórica e as concepções constitucionais do bem jurídico, a excelente monografia de SALOMÃO, H. E., *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*.

¹⁶ Como ressaltou MOCCIA, S., *op. cit.*, p. 114.

¹⁷ “A dialética é um estilo de pensamento que se insurge contra as visões abstratistas do conhecimento humano e busca entender as suas conclusões científicas a partir do atrito que necessariamente apresentam em relação à realidade concreta, buscando refletir o real sem suprimir as suas contradições, mas antes absorvendo-as e reorganizando-as, num processo sempre provisório de síntese e aproximação da realidade material” (MACHADO, A. A., *Ministério público, democracia e ensino jurídico*, p. 23).

Propugnado que o iluminismo¹⁸ provocou o “*nacimiento del derecho penal moderno*”,¹⁹ a compreensão das anteriores justificativas da punição engrandece ainda mais a importância do movimento da ilustração para o direito penal,²⁰ nomeadamente pela instauração da noção de bem jurídico-penal,²¹ eficiente instrumental dogmático de contenção da punição.

Nas comunidades mais antigas, aplicava-se a pena como imposição natural,²² decorrente de normas pressupostas, sem qualquer perquirição

¹⁸ Como ensina LOPES, M. A. R., *Princípios ...*, p. 43, iluminismo: tradução da palavra alemã *Aufklärung*, que significa *aclaração, esclarecimento, iluminação*. Segundo BOBBIO, N., e Outros (*Dicionário de política*, p. 605), o alicerce do iluminismo pode ser identificado na Itália do século XV, onde surgiu um movimento artístico, literário e político que ficaria conhecido como renascimento. Artistas, cientistas e filósofos desenvolveram novas idéias a partir do resgate da cultura grega e romana. Além de promover o florescimento da pintura, da música, da arquitetura, da escultura e da literatura, o renascimento exerceu enorme influência na maneira de se viver e conceber o mundo. Pensadores humanistas, como Erasmo, por exemplo, passaram a questionar a autoridade da Igreja, atribuindo importância maior ao ser humano. Mas, o movimento se desenvolveu especialmente no século XVIII, denominado por isso de *século das luzes*, a estimular a luta da razão contra a autoridade, a luta da *luz* contra as *trevas*. E para destacar, “o iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos” (*loc. cit.*).

¹⁹ MOCCIA, S., *op. cit.*, p. 113. Ainda, “concretamente se pode dizer que o Direito Penal moderno está edificado sobre a herança do iluminismo...” (LOPES, M. A. R., *op. cit.*, p. 42).

²⁰ Que não deixa de apresentar equívocos comprometedores da liberdade, muito bem evidenciados por CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 32-40. Embora a essência do iluminismo - aqui sinteticamente considerada como a imposição de limites à atividade repressiva - deva hoje ser resgatada diante do retorno às *espiritualizações* conceituais que envolvem o direito penal, mormente no tocante ao bem jurídico-penal.

²¹ Como assinalou LOPES, M. A. R., *Critérios ...* p. 325: “O grande salto qualitativo em torno da teoria do bem jurídico-penal vem com o movimento iluminista”. No mesmo sentido, PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 26; CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 29; e, CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op. cit.*, p. 9, ao apontarem que a expressão bem jurídico tem sido utilizada pelo direito penal moderno por mais de um século, sendo que suas raízes podem ser encontradas na obra ápice que dá início à época de sua humanização, e se referem à obra “*De los delitos y de las penas, escrita en el año de 1764 por Cesare Beccaria*”.

²² Aponta-se o direito natural como precursor do pensamento jurídico porque encontra sustentação no plano ideal, imaginário, próprio dos ajuntamentos e comunidades mais antigas que não dispunham, primeiramente, do conhecimento científico acerca dos objetos e construções, de modo que a explicação do real tinha sentido em algo abstrato, invisível e, principalmente, superior, acima das forças humanas (Nesse sentido, GONZAGA, J. B., *Considerações sobre o pensamento da escola positiva*, p. 370). Essa observação pode autorizar a conclusão da prevalência por vários séculos do direito natural. Se até nas ciências causais, passíveis da demonstração real, atribuía-se,

sobre a racionalidade, a proporcionalidade e, com maior percepção, sobre a necessidade de impedir a utilização desmedida da aflição.²³

Adotada a divisão didática de LYRA FILHO, as justificativas do direito natural podem ser resumidas no direito natural *cosmológico*, no direito natural *teológico* e no direito natural *antropológico* (os dois primeiros situados antes do iluminismo e, o último, vertente ideológica do movimento).²⁴ Todas essas formas de apresentação procuram estabelecer um modelo jurídico destinado

nos tempos remotos, o resultado percebido pelo homem, como tempestades e doenças, aos fatores místicos, a aplicação da pena, com maior preponderância, sem qualquer referencial de causalidade, mas ao mesmo tempo incisiva e alteradora concreta da condição humana, tinha que ter sustentação no elemento mágico, externo da manipulação do homem. Posteriormente, o positivismo tenta justificar a pena em explicações empíricas. Vale assinalar, contudo, que, no atual estágio da civilização, o direito, encarado como fenômeno social, histórico e concreto, de caráter imputativo, não possibilita a compreensão meramente causal, pois a manipulação ideológica na construção do direito provoca sempre mais de um resultado ou produto, a modificar a condição das pessoas em várias escalas, o que o torna irreduzível à formulação causalística.

²³ Esse recuo no estudo, com foco nos sentidos da pena, atende à constatação de que a punição, que caminhou junto com o homem mesmo antes do surgimento do direito penal - a considerar a sua origem no iluminismo -, revela a sua longevidade enquanto manifestação do poder de quem a impõe, ou melhor, enquanto reflexo desse poder (BRUNO, A., *op. cit.*, p. 58). Segundo LOPES, M. A. R., *Princípios ...* p. 151, a função punitiva pode ser encontrada nos mais remotos momentos da vida associativa. Na sociedade humana onde há um ordenamento jurídico, e sempre o há, ainda que de forma embrionária (*ubi societas, ubi jus*), suas primeiras manifestações ocorrem no campo do Direito Penal pela função punitiva e face à necessidade de assegurar a unidade, a coesão e a organização do grupo. O direito existiu primeiro enquanto sanção, para depois, em constantes e inacabadas evoluções servir como sistema de disciplina das complexas relações que se estabelecem entre os homens, entre os homens e as coisas, entre os homens e o Estado e entre Estados.

²⁴ *O que é direito*, p. 52. Tangencia-se a discussão sobre direito natural e o direito positivo, com alguns desdobramentos, diante da proposta de se afastar do trabalho o tom *puramente dogmático* e a postura da *neutralidade* que cercam grande parte das discussões doutrinárias, principalmente no direito penal, em que essa atitude deveria ser evitada. No entanto, deve-se ressaltar a postura de CUNHA, M. C. F., que logo no início da sua obra (*cit.*, p. 17 e 18), de indiscutível valor e de enorme aproveitamento para o estudo, deixa claro que não vai se aprofundar na polêmica entre juspositivistas e jusnaturalistas, bem como entrar no aspecto sociológico, embora os reconheça importantes, cingindo o questionamento ao que deve ser definido como crime à luz da Constituição. Pode-se dizer, então, que a autora realiza um *corte* no direito penal, se este for entendido como a composição de diversos fatores (inclusive a norma), a destacar a faceta normativa; sem escapar da análise, diga-se, o aspecto material. Essa seção reflete a influência de KANT, para quem “todo conhecimento é puro quando não se acha misturado a algo estranho”, conforme acentuou DINIZ, M. H., *A ciência jurídica*, p 30.

a validar as normas eventualmente produzidas, ou a explicar por que elas são válidas.

Decorrente do cosmos, ou do universo, para os gregos a norma devia-se adequar à *natureza das coisas*. Saliência desse pensamento, a resposta helênica dada à indagação sobre a escravatura, dizendo que ela era natural, pois desde o momento em que nascem, os homens estariam determinados, uns para a sujeição, outros para o comando. Alguns livres por natureza, enquanto outros, pelo mesmo motivo, escravos.²⁵

Sob essa perspectiva, o direito é imutável, já que a natureza também é inalterável. Nesse ambiente, percebe-se a perenidade das penas cruéis e a falta de discussão ou de avaliação do seu sentido, pois o homem não é considerado em sua individualidade, mas sim como componente de um todo, isto é, da natureza das coisas.²⁶

²⁵ ARISTÓTELES, *Os pensadores: política*, p. 150. Com a maestria que lhe é peculiar, LYRA FILHO focalizou essa passagem a ditar o seguinte: “Dizem que o direito natural tem origem na própria ‘natureza das coisas’, na ordem cósmica do universo; e daí vem a expressão direito natural, isto é, buscado na natureza. Entretanto, se nos aproximarmos das concepções do que é tomado como ‘natureza das coisas’, verificamos que esta é apenas invocada para justificar uma determinada ordem social estabelecida, ou revelar o choque de duas ordens também sociais. Notemos, por exemplo, no primeiro caso, a atribuição ao direito natural, isto é, à ‘natureza das coisas’, da escravidão, naquelas sociedades em que o escravagismo é o modo de produção econômica e, portanto, a base da estrutura assente” (*op. cit.*, p. 54).

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, T. S, explicou o sentido da imutabilidade da dimensão cósmica do jusnaturalismo ao assinalar: “O homem se coloca diante do cosmos enquanto totalidade perfeita e acabada, ... [Daí que] idéias como a de mudança irreversível, desenvolvimento, evolução, inovação não cabem dentro da substância que fundamenta o direito ... [Por isso, para aquele momento do jusnaturalismo] o importante é a fixação de invariantes, fixação que exclui outras possibilidades e despreza eventuais variáveis. [Traço marcante deste momento, das lições do autor, é a tentativa de] integrar ou conceber o homem como parte de uma totalidade hierárquica que o envolve. [Dentro desse ambiente] não há lugar para os ‘direitos do homem’ como problema, porque em termos de correlação entre a parte e o todo, num universo hierarquizado e estático, a sociedade é resultado da integração de partes complementares ou concorrentes” (*Perversão ideológica dos direitos humanos*, p. 401).

Já o direito natural *teológico* buscava fundamentação na vontade divina. A punição, em *ultima ratio*, seria desejo transcendental, não obra humana. Assim, dela estaria afastada a imperfeição e, em contrapartida, sublinhado o esmero divino no castigo, a fazer com que o temor decorrente da fé impedisse contestações e rebeliões aos abusos praticados.²⁷

²⁷ Sob o alicerce teológico, dentre as principais referências históricas, o código de *Manu*, texto penal elaborado na Índia (séc. XIII, a.C.), refletia a concepção idealista do direito. No sentido de que a sustentação da realidade se dá pelas formas ou idéias de determinado objeto. O facultade de punir, divina, era exercida pela autoridade terrena por delegação do *Brahma*. O nascimento marcava a posição do homem até a sua morte. O “hinduísmo foi tomado como justificação da estrutura de poder de uma sociedade fortemente estratificada ... um modelo quase perfeito. O idealismo leva a que os que ‘sabem’ (os que têm acesso às ‘idéias’) sejam os únicos donos da ‘verdade’, e, portanto, sejam os únicos com direito a mandar nos pobres ‘cegos’, que estão nas trevas por não ter acesso às idéias. O resultado natural de uma sociedade hierarquizada justificada mediante uma ideologia semelhante é que os que ‘sabem’ são os que devem compor a casta (estrato social intransponível) dirigente. A lei penal dessa estrutura social indicará um controle social sobre a base da supremacia da casta dirigente. Como consequência, o que é delito para os que não ‘sabem’ não pode sê-lo para os que ‘sabem’, precisamente porque o seu ‘saber’ não lhes permitirá atuar mal (intelectualismo: o que conhece o bem não pode querer o mal). É a máxima realização do ideal de qualquer classe hegemônica: impor um controle social ao que ela mesma se subtrai” (ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *op., cit.*, p. 244 e 245). Merece projeção também o direito egípcio, de organização teocrática. Da figura do Faraó, aquele tocado pelos deuses, justificava-se a tortura contra acusados e testemunhas, a pena de morte para o homicídio, a escravidão para o furto e as mutilações para a mulher adúltera. Também, com sustentação na religiosidade, o código de *Hamurabi*. Acreditavam os Babilônicos que *Hamurabi* o teria recebido do deus Sol, que teria conferido ao receptor poder de decidir por equidade, disciplinar os mal-intencionados e impedir que o forte oprimisse o fraco. Ainda sob a base teológica, a Lei Hebraica, ou Lei de Israel, fonte primária do direito canônico, considerada expressão da vontade de Deus transmitida ao povo hebreu, condensada na *Bíblia*, particularmente no livro do *Deuteronomio*, prescreve, em destaque, a proteção aos humildes, a vedação à justiça privada e a organização da família patriarcal. Não obstante, adota-se o fundamento do *talião*, ou da vingança, sendo que a pena de morte foi aplicada sob diversas formas, como a forca, a cruz, o fogo, o martírio com espinhos para o homicídio, para o adultério da mulher (*Levítico*) e para a desonra aos pais, disposições revistas e suprimidas no novo testamento. Ao tempo da idade média, assume posição especial a Igreja, como detentora do poder de interpretar a vontade divina; condição não muito diferente do hinduísmo, como antes apresentada. Essa atribuição tem origem no trabalho dos antigos judeus. Eles consideravam que Moisés também havia recebido de Deus leis orais que se perderam, a exigir dos juristas da época (Rabbi) a dedução daquilo que foi perdido pela interpretação da lei escrita, de onde saiu o *Talmud*, condensação de leis e comentários. A tomar essa última referência histórica, como entidade especial de interpretação, a Igreja, legitimada a deduzir a vontade de Deus, o que traduz a vertente teológica do direito natural, a partir de Santo Agostinho, que sustentava a idéia permanente do bem, a ponto de rechaçar a existência do mal enquanto manifestação consciente do homem, que seria, portanto, o mal, um intruso na vida da pessoa, o direito canônico via no delito o pecado; na pena, a libertação. O pecador, portanto, deveria se penitenciar (origem de *penitenciária*), ou seja, encarcerar-se em celas para livrar-se do mal (retrospecto realizado a partir de BRUNO, A., *op., cit.*, p. 60-65 e 71-76; ZAFFARONI, E. R.,

Com outro olhar, pode-se dizer que o direito teológico fugiu da metafísica *cosmológica* para aceitar aquela que é proposta pelos *intérpretes das leis de divinas*, a definir o direito como o conjunto de normas eternas, universais e imutáveis (em todo tempo e lugar). Portanto, as normas positivadas tinham como pressupostos as normas de Deus, o que reflete o mesmo método dedutivo da construção do direito: das normas superiores, deduz-se as inferiores.²⁸

Assim, num paralelo entre a visão natural *cosmológica* e a *teológica*, ressalvados os aspectos obviamente peculiares,²⁹ nas duas projeções é nítida a concepção do castigo absoluto, bem como, da inexistência de um debate sobre a justiça da pena, aplicada em sua derradeira fase como intervenção divina indireta, essencialmente retributiva.³⁰

PIERANGELI, J. H., *op., cit.*, p. 185 a 192; e, GUSMÃO, P. D., *Introdução ao estudo do direito*, p. 278-283).

²⁸ Há confusão entre Estado e Igreja, já que os clérigos seriam aqueles que interpretavam a vontade divina, a transformá-la em leis positivadas. Interessante a observação de CASTILLO, G., B., PAVAJEAU, C. A. G., da íntima relação que na idade média tiveram os conceitos de pecado e delito e a clara vinculação entre Igreja e Estado - ambos se serviam em benefício mútuo; a primeira legitimando o segundo e este tomando de suas doutrinas o fundamento do poder, e por sua vez, através das normas, reforçando os deveres de consciência religiosa com a formulação do decálogo como imposição de deveres: “*no matar, no robar, no desear la mujer del prójimo, etc...*” (*op., cit.*, p. 16).

²⁹ Vale dizer que o Direito na Grécia Antiga se distanciava do Direito cravado no fundamentalismo religioso basicamente porque não resumia expressão da vontade divina. As leis gregas, democraticamente estabelecidas, resultavam da vontade do povo (excluídos os escravos e os estrangeiros, que fundamentavam a noção estática do modelo cosmológico).

³⁰ “Arrancado do antiquíssimo *princípio do talião* - olho por olho, dente por dente - tendo-se deixado penetrar durante a Idade Antiga de representações mitológicas e durante a Idade Média, fundamentalmente, de racionalizações religiosas, as teorias absolutas da retribuição louvam-se basicamente da idéia de que a realização da justiça no mundo, como mandamento de Deus, conduz à legitimação da aplicação da pena retributiva pelo juiz como representante terreno da justiça divina” (DIAS, J. F., *Questões ...*, p. 92). “Em priscas eras o Direito Penal era objeto de relações de caráter totêmico ou teológico. Nesse esquema, o crime é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou a expulsão dos agressores. Não há distinção entre as ofensas a uma ordem racional, humana, orgânica e a desobediência a hipotéticas ou supostas divindades.” (LOPES, M. A. R., *Critérios ...*, p. 66 e 324-325).

Assim, o fundamento, a justificação, para a imposição da pena, principalmente sob o argumento teológico, residia na chamada *teoria da retribuição*. O sentido da pena era a compensação, ou seja, para o mal do crime, o mal da pena. Não se indagava o limite da sua aplicação, que servia à expiação.

Sob a expectativa da contenção da punição, a teoria retributiva é extremamente inoperante. Não impõe limite algum ao poder punitivo. Nem se questiona a existência de impedimento substancial. Aliás, por evidenciar o castigo, ela se deixa dominar pelas concepções morais e religiosas, a criminalizar condutas materialmente inofensivas, a conceder “um cheque em branco ao legislador”.³¹

Dada a radical inoperância limitadora da punição e a patente sobreposição de sentimentalismos sobre a pena, pode-se afirmar que a retribuição exala a irracionalidade marcante do momento anterior ao nascimento do direito penal. O procedimento retributivo é revelador da vingança humana, que não atende à sensatez ou ao equilíbrio, mas estabelece uma relação de desregramento total da aflição a permitir que o manipulador do direito imponha um ato de vontade motivado por concepções morais ou religiosas.

Segundo ROXIN, a compensação retributiva, “por invocar a justiça superior, de Deus, inegavelmente possui uma força triunfalmente sublime, à qual é muito difícil subtrairmo-nos”. No entanto, ela contraria a própria Bíblia. Quando se sentencia em nome de Deus, arroga-se a capacidade de exprimir não um esforço da “nossa defeituosa justiça terrena”, mas a vontade de Deus, “o que

³¹ ROXIN, C., *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 18.

fere a máxima *não julgueis, para não serem julgados*”, que é “precisamente o veto contra a híbrida crença de conhecer o juízo divino sobre a culpa humana e poder executá-lo.”³²

A sustentação teológica, que prevaleceu na idade média, encontraria inversão com o iluminismo. Surge o direito como o conjunto de normas inscritas na natureza humana, cuja origem deixa de ser teológica e passa a ser antropológica, em torno do homem.³³ A contrariedade às visões anteriores do direito natural reside na desvalorização do mundo, da nação, da cidade, como lugar natural, passando a ser ambiente hostil, capaz de gerar problemas ao homem. Nesse contexto, surge a necessidade do estabelecimento de normas, fundadas no próprio homem, enquanto razão ordenadora, dotado de inteligência, desvinculado da posição passiva, capazes de garantir a ele uma espécie de *adaptação* ou *evolução* social. Assim, o conjunto das normas está inscrito na razão humana,³⁴ não na natureza ou na transcendência, pois o homem é capaz de estabelecer sistemas éticos, ao se colocar, por exemplo, no lugar do seu semelhante e entender suas carências e aflições.³⁵

³² *Ibid.*, p. 19.

³³ Ocorre “*la sustitución de la autoridad divina por la razón humana*” (MOCCIA, S., *op., cit.*, p. 113).

³⁴ É bem verdade que os *princípios decorrentes da razão humana*, tão divulgados e difundidos, exprimiam a nítida ideologia da classe em ascensão, ou da classe *problema* dentro do sistema atravancado da nobreza. A burguesia, geradora de riqueza e detentora dos meios de produção, tinha a clara pretensão de domínio do Estado, enquanto organismo formal que passará a editar normas sistematicamente, de modo que, obviamente, os preceitos libertários, oriundos do homem, da razão humana, serviriam, imediatamente à tomada do poder, como sustentadores da nova ordem. Em última análise, o fundamento metafísico explicando o direito positivo, de acordo com LYRA FILHO, R., *op., cit.*, p. 58.

³⁵ Daí que as normas não são fundadas em Deus, mas sim produto da organização racional, conforme FERRAZ JÚNIOR, T. S., *A ciência do direito*, p. 25. Os direitos do homem, vistos

Alterado o elemento sustentador do direito natural (teológico para antropológico), a essência da pena deixa de ser retributiva, como *pagamento pelo pecado*.³⁶ Em outras palavras, como o ser humano foi evidenciado com o iluminismo, a pena como expiação revela-se desconfortável no ambiente.³⁷

Em resumo, a alternância do pressuposto sustentador do direito natural (cosmológico para teológico e, deste último, para antropológico - obviamente não obedecendo a um rigor sistemático como nessa proposição) em sua derradeira acepção, além de contribuir decisivamente à derrubada do *Ancien Régime*³⁸, diante do vetor antropológico, detona o surgimento do direito penal como a filosofia, o conjunto de princípios e normas humanitários no sentido da contenção do poder punitivo institucionalizado.³⁹

como problema, dentro da chamada concepção moderna dos direitos humanos, lançaram as bases para a revolução burguesa porque pregavam a disponibilização de meios para que o homem avançasse na escala social, pois ele não fazia parte dum organismo estático e irredutível, mas sim era ele quem criava o espaço e a ordem das coisas (*id.*, *Perversão ideológica dos direitos humanos*, p. 403).

³⁶ Daí que a prevenção geral, ou categoria psicológica da pena, apresenta-se como alternativa à retribuição (DIAS, J. F., *op. cit.*, p. 97).

³⁷ Pode-se afirmar, então, a inexistência da noção bem jurídico antes do iluminismo. Nesse sentido, PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 25: “A idéia de objeto jurídico do delito nasce com o movimento da ilustração e com o surgimento do Direito Penal moderno.” Aliás, pelo aspecto técnico nem se tinha a sistematização, tanto que a legislação penal contemporânea corresponde à idéia legislativa que inspirou a codificação do direito penal logo após o movimento das luzes. Ademais, a motivação iluminista residia na contraposição ao antigo regime, caracterizado, no âmbito punitivo - aqui em uma palavra - pela irracionalidade. O castigo, a vingança, a penitência, expressões daquele momento histórico, acabaram por impulsionar um novo pensamento em relação à punição, até como reação às atrocidades cometidas. Daí a incompatibilidade entre o sistema irracional, fundado na explicação cosmológica e teológica, e o modelo racional e organizado de punição.

³⁸ Nesse sentido, CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op. cit.*, p. 19.

³⁹ Desse ponto não seria exagero qualificar o pensamento iluminista, relativo à punição, como *direito penal liberal*, que segundo ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 332, em sentido técnico, tem como características o respeito à autonomia ética, a delimitação precisa do poder público, a seleção racional dos bem jurídicos penalmente tuteláveis, a previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidade das penas.

2.2. Noção iluminista do bem jurídico-penal

O iluminismo detonou o processo de construção da noção do bem jurídico-penal, com (talvez os mais) importantes limites formais e até mesmo materiais ao *ius puniendi*, como a potencialização do clássico princípio da legalidade e seus corolários⁴⁰ e a necessidade, para a existência do crime, da lesão a um direito subjetivo e a danosidade social,⁴¹ a tentar afastar a punição das “condutas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem um dano diretamente a uma pessoa em concreto ou à própria república”.⁴²

Como apresentado por ANDRADE, a primeira tentativa conseqüente de um conceito material de crime, transcendente e crítico face ao

⁴⁰ Como bem relacionou HASSEMER, W., *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 21 e 22, a obrigação do legislador em formular as normas penais com a maior precisão possível (o denominado *mandato de certeza*), a obrigação do legislador e do juiz em não dimensionarem as leis penais para o passado em prejuízo do afetado (a *proibição de retroatividade*), o dever do juiz em se apoiar em uma lei escrita para condenar ou agravar penas (a *proibição do direito consuetudinário*) e em não poder aplicar o direito penal de forma analógica em prejuízo do réu (a *proibição da analogia*) são variantes explicativas que integram o princípio da legalidade, que, como frisou HASSEMER, não é uma característica do sistema de justiça penal, mas sua missão e objetivo. Mais adiante (n. 7.2., *incidência da Constituição no direito penal*), breve dissertação sobre os princípios básicos do direito penal.

⁴¹ “Direito subjetivo, danosidade social e necessidade de pena são, assim, pressupostos do conceito iluminista de crime” (CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 32). Inexistente direito subjetivo lesado, não se poderia falar em crime (SALOMÃO, H. E., *A tutela penal e as obrigações ...*, p. 100).

⁴² CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 29. Nas palavras de BECCARIA: “As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos” (*Dos delitos e das penas*, p. 15).

direito penal escrito, deve ser atribuída a FEUERBACH, para quem o crime era a “violação de um direito subjectivo do cidadão ou do próprio Estado”.⁴³

Num resumo do seu pensamento, FEUERBACH adere às idéias iluministas a contribuir para “a instauração de um novo direito penal, assente na representação precisa da danosidade social a reprimir e prevenir.” Essa postura significa uma “ruptura” face ao “despotismo mais ou menos esclarecido” do antigo regime. Ele separa o direito da moral, na medida em que o primeiro “surge como força coativa (ao serviço da segurança pública)” e aparece como “capacidade jurídica subjectiva”, a dispensá-lo “de ter de fazer a prova da dignidade moral da pessoa juridicamente capaz”. A moral, por sua vez, “só pode decidir o que é justo, não o que é direito”. Quanto à pena, ele a encara “como expressão de um direito de coacção do Estado, que apenas existe na medida necessária para assegurar o exercício dos direitos”.⁴⁴

Nesse contexto, segundo ANDRADE, deve-se “compreender a definição de crime como violação de um direito subjectivo do Estado ou do cidadão”, pois essa definição imprime “um sentido ao objecto de tutela e da infração”. Aliás, “definir o direito subjectivo como objeto essencial do crime era já uma expressão do pensamento liberal. O conceito de direito subjectivo tinha, também, de forma imanente-objectiva, um conteúdo liberal”.⁴⁵

⁴³ *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 43. Ressalta LOPES, M. A. R., *Critérios ...*, p. 327, que “o Direito Penal desse período se expressou na doutrina jurídica privatística de Feuerbach que, inspirando-se em Kant, patrocina tal concepção individualista do Direito Penal, traduzível pela expressão: lesão de um direito subjectivo”.

⁴⁴ ANDRADE, M. C., *op. cit.*, p. 44-47.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 49. Como também apresentou PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 27 e 28, “o objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas do direito subjectivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar

Essa edificação vinha das bases ideológicas do movimento da ilustração, nomeadamente⁴⁶ o contratualismo,⁴⁷ o individualismo, o racionalismo, o legalismo-garantismo, a codificação, a secularização e o utilitarismo.

Do contrato social,⁴⁸ a concepção de BECCARIA, para quem “cansados de uma liberdade cuja incerteza de a manter tornava inútil”, os homens

o conceito jurídico de delito”. Feuerbach, autor do código penal da Baviera de 1.813, teria composto em latim o princípio da legalidade penal (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*), segundo BATISTA, N., *Introdução crítica ...*, p. 66. A crítica contra ele dirigida, nesse ponto, é a do insatisfatório “... registro formalista otorgado al problema por Alselm Feuerbach, com el recurso a la figura del derecho subjetivo como objeto de agresión” (MOCCIA, S., *op. cit.*, p. 114). Segundo LOPES, M. A. R., *op. cit.*, p. 328, a crítica contra Feurbach vem da afirmação de autores de que existem numerosos delitos nos quais não é possível demonstrar a lesão de um direito subjetivo, mesmo assim ocorrer lesões e ameaças aos bens jurídicos.

⁴⁶ Conforme o elenco apresentado por CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 32.

⁴⁷ Como paradigma do direito penal do iluminismo, o contratualismo - “movimento que distingue o *estado natural*, originário, em que teriam vivido os homens sem qualquer vínculo de subordinação a autoridade política alguma, do *estado social*, criado contratualmente” (GUSMÃO, P. D., *op. cit.*, p. 362), ou a “... ficção que se opôs ao poder da nobreza em nome dos setores do capitalismo incipiente (argumentos liberais do tipo Feuerbach), ou em nome da necessidade de uma revolução igualitária (argumentos socialistas do tipo Marat), e que foi aceito pela maior parte da nobreza na busca de um acordo com o capital incipiente (argumentos de despotismo ilustrado do tipo Kant)” (ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 282) - fruto do jusracionalismo dos séculos XVII e XVIII, atrelado, a grosso modo, ao processo da transposição do pressuposto do direito natural (teológico para antropológico), ganha projeção ao fundamentar, como teoria jurídica, a revolução burguesa, ou, no mínimo, legitimar politicamente a oposição ao *Ancien Régime*, conforme GUSMÃO, P. D., *op. cit.*, 362 [Por *Ancien Régime* se entende um certo modo de ser que caracterizou o Estado e a sociedade francesa num período de tempo, bastante definido em seu termo final (1789-1791), e menos definido em seu termo inicial (BOBBIO, N., e Outros, *op. cit.*, *ibid.*, p. 29)]. Se tal teorização teve força para incrementar a revolução, a tomada do poder, parece bastante razoável que ela pudesse, como de fato pôde, penetrar na mente dos construtores da argumentação jusfilosófica daquele momento histórico, a incluir o então incipiente direito penal *moderno*. Aliás, de tão robustos e sedimentados na cultura, notam-se até hoje institutos naquela época desenvolvidos, como o vínculo jurídico interindividual e a intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*). Deve-se a Friedrich Karl Savigny (1.779-1.861) a teoria da relação jurídica (GOROSTIAGA, N., *Tres vidas ilustres: Hugo, Savigny, Jhering*, Resurgimiento del Derecho Aleman, p. 83), ainda a base do atual pensamento jurídico, mormente o privado. Da sua enorme influência, a maioria dos *manuals* de direito civil no Brasil ainda reproduz formulações pouco modificadas do iluminismo; com maior evidência, o sistema e os efeitos do contrato no âmbito interindividual (*vide*, por exemplo, FRANÇA, R. L., *Instituições de direito civil*, p. 5 e 539). Mas, a legislação assim não se comporta. Haja vista a Constituição Federal de 1.988 (p. ex., arts. 5.º, XXII, XXIII, XXVI, XXIX, XXXII, e 170 a 181), leis (p. ex., Código de Defesa do Consumidor) e decretos afins que exprimem a preponderância do interesse geral, ao encontro de um programa nitidamente de inclusão social, pouco conciliável com o regime privatístico.

“sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança”, a revelar que o sacrifício tem por fim promover a defesa da sociedade “contra as usurpações de cada particular,” pois o homem tende ao despotismo, a “procurar, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros”, de modo que o criminoso é aquele que viola a liberdade garantida no contrato geral, o fundamento e os limites do poder criminalizador.⁴⁹

Como acentuaram CASTILLO e PAVAJEAU,

*Beccaria afirmaría que la razón del Estado es la protección de las libertades que se tienen en el estado de naturaleza, que en aras de la seguridad fueron parcialmente sacrificadas y entregadas al soberano para que fuera su administrador y legítimo depositario. Es allí donde aparece la razón de ser del derecho penal.*⁵⁰

Quanto ao individualismo e racionalismo, o iluminismo elevou a posição do homem, como sujeito de direitos, autonomamente considerado em relação ao Estado criado no contrato social, pois o “homem é a medida de todas as coisas”, portador de “direitos inatos, invioláveis, pré-jurídicos”; direitos estes que

⁴⁸ Dentro da ficção contratual, pelo pacto da *associação*, vários indivíduos, que decidiram viver juntos, passam do estado de natureza ao estado social. Já no pacto da *submissão*, esses indivíduos prometem obedecer ao estado social. O primeiro cria o direito, nomeadamente o privado. O segundo, o monopólio da força, o direito público. O conteúdo do pacto associativo reside na manifestação de um genérico desejo de viver em sociedade. Como relação obrigatória, quem infringe o pacto da submissão receberá a sanção correspondente (resumido de BOBBIO, N., e Outros, *op., cit.*, p. 272 e 279). Num momento inicial, dada a idéia iluminista da contenção do poder punitivo, pode-se dizer que a sanção - em uma das suas variantes - decorria da lesão a um bem catalogado do contrato social. Bem verdade que mais adiante, com a exacerbação da ficção contratualista no Estado organicista, a idéia inicial perde o seu sentido.

⁴⁹ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 14 e 15.

⁵⁰ *Op., cit.*, p. 18 e 19

fundamentam “o poder punitivo”, já que o “Estado está legitimado a intervir precisamente quando os direitos subjetivos são lesados”.⁵¹

Da base legalista-garantista, o movimento das luzes cunhou os hoje conhecidos *princípios de direito penal constitucional*,⁵² qualificados como “reitores limitativos da intervenção estatal na campo da liberdade e da integridade física individual”, sendo o princípio da legalidade o maior expoente. “Mais tarde são abarcados os princípios da irretroatividade das leis e da retroatividade benéfica, depois o da culpabilidade, das limitações das penas e outros”.⁵³

Em decorrência do reconhecimento dos direitos naturais, pré-jurídicos, e da arquitetura dos *princípios reitores*, limitativos da punição, procurava-se registrar na lei esses direitos e essas garantias (período de codificação), por influência também do contratualismo.⁵⁴

A secularização vinha como decorrência lógica da valorização do homem, até porque as atrocidades anteriores ao iluminismo eram cometidas em nome da lei divina. Aliás, o direito natural teológico, como visto, era a antítese do direito natural antropológico, de modo que eles não poderiam conviver num

⁵¹ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 33.

⁵² Segundo nomenclatura de PALAZZO, F. C., *Valores constitucionais e direito penal*, p. 22.

⁵³ LOPES, M. A. R., *Princípios ...* p. 43.

⁵⁴ “A Revolução Francesa, acabando com o Antigo Regime, necessitou de leis rígidas e intocáveis, estatuídas para o futuro, que mantivessem e impusessem os princípios revolucionários de ‘igualdade’ e de ‘fraternidade’ ... Para alcançar esses objetivos ... o *Code Civil des Français* (1.804), ... ainda hoje em vigor, que iniciou o movimento codificador europeu ...” (GUSMÃO, P. D., *op., cit.*, p. 293). Ou, “praticamente toda a Europa e América adotaram códigos penais no século XIX” (ZAFFARONI, E. R., e PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 212).

mesmo ordenamento,⁵⁵ a gerar a separação entre o poder político e o poder religioso, com a distinção entre pecado e crime.⁵⁶ Ademais, o contratualismo estava “voltado expressamente a recusar a legitimidade da criminalização das ofensas à religião e certas manifestações de imoralidade”.⁵⁷

Expressiva dessas estruturas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis, constituindo estes na liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão” (contratualismo). “O esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos” (individualismo-racionalismo). “A lei só pode proibir as ações prejudiciais à sociedade” (legalismo-garantismo). “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica o outro”, sendo que os seus limites “só podem estar determinados na lei” (codificação).⁵⁸

Como justificativa da punição, a concepção iluminista abarcou ainda o utilitarismo,⁵⁹ sob o prisma de que o direito penal tem por finalidade a

⁵⁵ “Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva” (PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 27). “*Como reacción frente al Derecho penal del Antiguo Régimen, el movimiento iluminista trata de transformar la visión del delito, solapada en aquel momento histórico con la perspectiva teológica, la idea de pecado y desobediencia a la voluntad divina, así como excluir del mismo las conductas meramente inmorales*” (MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 2).

⁵⁶ Se bem que esta distinção vem do direito romano. “Roma teve a vocação jurídica. Distinguiu o Direito da moral e da Religião” (GUSMÃO, P. D. G., *op. cit.*, p. 285).

⁵⁷ ANDRADE, M. C., *A nova lei ...*, p. 77.

⁵⁸ Conforme o esquema proposto por CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹ Segundo BOBBIO, N., e Outros, *Dicionário ...*, p. 1.274, utilitarismo não é um termo de significado unívoco e preciso. Usado inicialmente por BENTHAM e MILL, passou a ser

proteção da sociedade, o que faz da categoria psicológica da pena, *prevenção geral*, o instrumental adequado. Neste ponto são disparadas as críticas mais contundentes ao iluminismo penal, pois o utilitarismo arrefece o tom inibidor do poder punitivo vindo das outras bases ideológicas (contratualismo, individualismo, racionalismo, legalismo-garantismo, codificação e secularização).

Seguindo os passos de ROXIN, vemos que pela *prevenção geral*, acolhida como justificativa da criminalização, quem “pretender intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível”. Exemplo dessa exacerbação, “se durante a guerra se decretaram as penas mais graves, incluindo sentenças de morte para crimes insignificantes, tal se deveu indubitavelmente a motivos de prevenção geral ... [que] necessita, assim, de uma delimitação que não se depreende do seu ponto de partida teórico”. Não só a ausência de obstáculos à pena, ou a nítida tendência criminalizante, que desautoriza a construção da categoria psicológica, pois “em muitos grupos de crimes e de delinquentes não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena”, tanto que “em crimes contra a vida e a moral, a força intimidatória das cominações penais, incluindo a pena de morte, é particularmente escassa.”

empregado como teoria metaética, teoria psicossocial, teoria analítico-explicativa, método deliberativo, sistema ético, dentre tantos outros significados e empregos. No campo penal, o utilitarismo, como contraponto à teoria da retribuição, engendrou a *justiça retributiva*, a justificar a utilidade da pena. Como uma das primeiras referências no código da Baviera, não só como forma de prevenção do crime, mas também como justificativa da pena, FEUERBACH aplicou as idéias de BENTHAM ao Direito Penal, a ressaltar o papel intimidador como fator principal da ameaça psicológica contida na pena, a considerar a hipótese de execução como fator que dá aspecto de seriedade à pena, e não apenas a cominação (que é abstrata). Daí que para convencer (psicologicamente) a coletividade do sentido intimidatório da pena, a lei, o *laço* do contato social, dado o seu caráter genérico e impositivo, deveria exprimir a correspondência entre o crime e a pena certa, já que a ameaça (abstrata) repercutiria diante da expectativa da aflição certa, não da indefinida.

Bem a verdade que “as cruéis penas corporais e de morte dos séculos passados, como o suplício da roda ou esquartejar e cortar em pedaços membros do corpo, não conseguiram fazer diminuir a criminalidade”. Outra crítica contundente vem do fato de que “cada crime constitui, aliás, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”. Resta ainda mencionar que, mesmo quando seja eficaz a intimidação, não parece justo impor um mal a alguém para que os outros sintam temor, a fazer da pessoa e da sua situação exemplos para as demais, pois num ordenamento jurídico que não considere o indivíduo como objeto à mercê do poder do Estado nem como material humano que possa ser utilizado “tem que ser inadmissível tal instrumentalização do homem”.⁶⁰

⁶⁰ ROXIN, C., *Problemas ...* p. 24 e 25. Num tom mais político, pesa outra acusação grave ao iluminismo-utilitarista. A busca da noção do bem jurídico-penal, dinamitada pelo movimento da ilustração, detonou a tentativa permanente, as vezes atenuada ou até mesmo alijada, mas não abandonada, de limitar o poder punitivo do Estado, pois essas variantes estão umbilicalmente ligadas, o que, por si só, já premiaria o acontecimento histórico. Entretanto, o prêmio não impede a (re) discussão incessante do movimento dentro das reservas a ele cabíveis, nomeadamente a exclusão social, com participação do direito penal. O sistema de captação de riqueza (capitalismo) implantado com as idéias iluministas começa a produzir um contingente imenso de pobres, pessoas vindas do campo, sem capacitação laboral para as fábricas. Para diminuir e controlar essa massa, que poderia também subverter o novo sistema (de subversão os burgueses conheciam bem) e ao mesmo tempo discipliná-la para o processo de produção industrial em curso, iniciou-se a emigração para a América, reduzindo a marginalidade excedente, e, na que sobrou e que comportaria absorção, promoveu-se o recrutamento também por meio da prisão, permitindo ao sistema a assimilação dos novos ditames liberais, basicamente coordenados pelo critério econômico. Para o controle institucionalizado da massa miserável, a disciplina, a afirmação e a propaganda da pena privativa de liberdade (prevenção geral) - aliás, finalidade da pena e bem jurídico são temas indissociáveis, conforme o planejamento de FIANDACA, G., *O bem jurídico como problema ...*, p. 411. Assim, o inglês BENTHAM, rechaçando a concepção da existência dum direito natural do homem, pois essa idéia servira como combustível à reação às atrocidades que viriam a ser cometidas (e até hoje se cometem nas nossas prisões, delegacias e programas políticos neoliberais), derrubando o sistema, robusteceu a *ideologia panóptica da reclusão*: a construção do estabelecimento prisional radial, com pavilhões a partir do centro comum, a possibilitar o máximo controle da atividade diária do recluso, retirando-lhe a privacidade, a escalonar o *mérito* do apenado, basicamente, pelo seu comportamento, assimilador de que na prisão e na sociedade existe um *progresso*, ou seja, uma *divisão*, da execução da pena, e das classes sociais. Vigilância, arrependimento, aprendizagem, moralização (trabalhar para a felicidade), as noções do mundo industrial na prisão, mecanismo institucionalizado de disciplina (re-educação). Esse panorama, para além de fincar as bases do conteúdo material da noção do bem jurídico, pois reclama o debate externo do fenômeno criminal (ou seja, encontrar o direito preexistente, fora das prescrições legais), como se vê, engendrou mecanismos de dominação, por

Mas, em que pesem as objeções dirigidas ao iluminismo-utilitarista, de acordo CUNHA,⁶¹ com “o pensamento iluminista contribuiu ... para se encontrar um conceito material de delito ... com conteúdo crítico, transistemático”, capaz de delimitar o *ius puniendi* às agressões dirigidas aos bens fundamentais, inscritos numa carta de direitos, expurgando-se os atentados contra a religião e a moral, a conceber, por fim, o crime como a “lesão de um direito individual ou da comunidade” com conseqüências de “danosidade social”.⁶²

meio do direito penal, capazes de confirmar o poder dominante oriundo da revolução. À funcionalidade do sistema interessava o fortalecimento dos instrumentos de controle social, de modo que a cristalização e a concessão apenas no papel dos direitos e garantias não prejudicava o modelo econômico industrial (em resumo da crítica de ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 278-280).

⁶¹ *Op., cit.*, p. 40.

⁶² Num retrospecto brasileiro do período, até 1.831, vigência do código criminal do império, portanto mesmo depois da independência, vigorava no Brasil as ordenações filipinas de 1.603. Dentre as irracionalidades daquelas ordenações, estavam os crimes teocráticos, as descrições minuciosas dos crimes sexuais, de sadomia a outras perversões e as repressões violentas aos infiéis e ateus, sem falar da ausência da impessoalidade das penas. Caso emblemático o de Tiradentes, enforcado e esquartejado, com as partes do corpo colocadas à beira das estradas junto a advertências escritas de que não seriam admitidos atos de traição. Quanto às características das Ordenações, Figueiredo DIAS, *op., cit.*, p. 114, destaca que “a legislação penal das Ordenações era caracterizada pela ausência duma parte geral, por uma parte especial de natureza eminentemente casuística e por penalidades em regra não previamente fixadas, desproporcionadas, desiguais e cruéis”. Do resumo de ZAFFARONI, E. R., e PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 207 e 208, tem-se que “a pena de morte era cominada para a maior parte dos delitos. Ocorre, porém, que ela poderia ser executada mediante quatro formas, numa variação entre a mais grave e a menos grave: *morte cruel*: a vida era tirada lentamente, entremeadas de suplícios. Muitas vezes, a escolha do meio de tornar mais sofrido o passamento do réu escapava ao controle do juiz ou do executor. *Morte atroz*: nessa, acrescentavam-se algumas circunstâncias agravantes à pena capital, como o confisco de bens, a queima do cadáver, o seu esquartejamento e até a proscricção de sua memória. *Morte simples*: esta representava apenas a perda da vida e era executada mediante degolação, enforcamento, este reservado para as classes mais humildes, porque era tido como infamante. *Morte civil*: com esta pena, eliminavam-se a vida civil e os direitos de cidadania. Nas ordenações não vigia o que hoje denominamos de princípio da legalidade: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Se na Europa pré-iluminista, o centro do poder, as atrocidades eram cometidas em nome da fé cristã, com maior preponderância essa era ideologia difundida na marginalidade do mundo. Tãmanha era a irracionalidade no Brasil que até os europeus do antigo regime se espantavam. Luís XIV, rei da França, perguntou ironicamente ao embaixador português em Paris se “após o advento das ordenações filipinas alguém escaparia com vida” (*ibid.*, p. 209). Está claro que não se poderia falar em qualquer direito penal, hoje entendido como conjunto de normas, fatores sociais, históricos, marcado pela dialética e dinâmico, com tendência sempre superadora da pena privativa de liberdade (numa visão crítico-dialética). Havia sim o forte controle imposto pelo centro do poder, cuja violência, por meio das aflições cruéis, em primeiro plano, servia à manutenção da

condição colonial do Brasil e, em outra instância, como forma de surrupiar o ouro da terra e estabelecer o tráfico negreiro como atividade profissional portuguesa, altamente lucrativa, e também da burguesia dos colonizados, tendo em vista a tecnologia da navegação vinda de Portugal. Num apontamento particular sobre a irracionalidade daquele momento, o escravo, ao chegar à fazenda, depois da sangrenta captura na selva africana, da longa e tenebrosa travessia marítima nos navios negreiros, era submetido a uma *surra*, sem outra razão senão a de cumprir um ritual: aprender que ali não valia nada, e que o senhor, em contrapartida, valia (e podia) tudo. Essa ritualística, se não justifica o lado violento do brasileiro, em contraponto à noção arraigada de que o brasileiro é pacífico por natureza (Gilberto Freyre e Darcy Ribeiro), e a violência atual, ao menos explica em boa parte os procedimentos ainda adotados pelas polícias, na famosa *geral* dada no *delinqüente* (só no pobre e negro), bem como o rito dos torturadores do DOI-Codi e da Operação Bandeirantes na ditadura, que usavam a *surra*, logo na entrada, para desumanizar e aterrorizar os suspeitos de *subversão* (conforme ALENCASTRO, L. F., *O tratado dos viventes*, p. 146). Mas, na esteira do movimento das luzes, para a periferia do mundo, exportam-se as novas idéias. Conforme CARVALHO JÚNIOR, C., Escola Positiva Penal, p. 101, “sabemos que nos países que foram colonizados prevalece uma dualidade de culturas: a original do país, geralmente desenvolvida nas classes mais baixas da população, e outra importada, que se instala entre as classes superiores”. No Brasil, a segunda vertente sempre foi dominante, a começar no campo do Direito. Com a independência, o imperador D. Pedro I, após abrir e dissolver a Assembléia Constituinte, por carta de lei (25.3.1824) outorgou a única Constituição do período imperial, a absorver, como não poderia deixar de ser, ante a maçante propaganda individualista coordenada pela França e pelos EUA, as idéias liberais. “No seu art. 179, a Constituição de 1.824 estabeleceu os princípios e as regras que reafirmavam a sua concepção liberal que, efetivamente, norteava a figura ímpar e, muitas vezes, contraditória do Imperador. Assim, é de destacar: inc. 2.º - ‘Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública’, dispositivo que retrata claramente as idéias de Jeremias Bentham, para quem os sistemas legislativos deveriam se orientar pela utilidade, enquanto o inc. 3.º fixava o princípio da irretroatividade da lei, que constitui uma das garantias do direito humano de liberdade” (ZAFFARONI, E. R., e PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 217). Mais à frente, Clemente Pereira e Pereira de Vasconcelos, este formado pela Universidade de Coimbra e aluno de Mello Freire, expoente português do iluminismo - aos 19 anos, doutor em Coimbra. Juiz da Corte, Conselheiro Real, membro da Academia de Ciências de Lisboa. Marcantemente iluminista, na introdução do seu projeto do código de direito criminal, cita Beccaria, Montesquieu, Servan, Locke, Rousseau, Voltaire, entre outros. Da sua doutrina, influenciadora da legislação brasileira, só haveria crime se presente o dano correspondente. Adotando o talião, expressa que a pena deve ser proporcional ao delito, segundo a natureza do fato. Aqueles que violam a religião, o castigo com coisas que nasçam do mesmo culto. Os que depreciam os bons costumes, devem ser reprimidos e sinalizados pela infâmia. Os perturbadores da ordem pública, desterrados da cidade ou lhes suprimida a liberdade. Nitidamente, a preocupação formal, com alguns elementos a servirem à construção material do crime, apresentaram o projeto do código criminal do império, agarrado aos anseios liberais, que, após intensa discussão, cuja redação final foi dada pela câmara dos deputados em novembro de 1.830, foi aprovado, contendo, em suma, o rol dos direitos e garantias individuais, princípios como o da irretroatividade da lei penal, abolição das penas de tortura, marca de ferro quente, açoites, proibição da pena por motivos religiosos, etc. Em suma, sem criminalização de condutas imorais. Do modelo contratual, não se pode dizer que o código criminal do império abarcou por completo a dimensão da restrição do poder punitivo com o conceito material do crime, haja vista a pena de morte não havia sido suprimida. Só em 1.870, o Imperador, diante do erro no enforcamento de Motta Coqueiro, inocente, condenado por homicídio, passou a converter a pena de morte em galés perpétuas. Aliás, o código do império não fazia qualquer referência ao homicídio culposo, figura criada em 1.871, e somente em 1.886 foi revogado o júri específico para os escravos (extraído de GARCIA, B., *op. cit.*, p. 115-122; BRUNO, A., *op. cit.*, p. 155-163; e ZAFFARONI, E. R., e PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 273 e 274). Em feliz retratação histórica do código criminal do império, apontando a miscelânea do apanhado legislativo que se esforçou enormemente para acompanhar o iluminismo, CARVALHO JÚNIOR, C., acentuou: “Em suma, o legislador Brasileiro, em regra, pensava como um cavaleiro

3. TENTATIVAS TEÓRICAS DE ESTABELECIMENTO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

3.1. A base positivista do bem jurídico-penal

O positivismo,⁶³ “... a corrente do pensamento que pretende interpretar o mundo unicamente com base na experiência ...”,⁶⁴ passou a ser a base ideológica da construção da noção de bem jurídico-penal, no bojo do cientificismo do século XIX, pois se buscava a explicação dos fatos numa relação de causa e efeito, inclusive no campo do direito, onde hoje sabemos que tal elucidação não satisfaz.⁶⁵

britânico, tinha a sensibilidade de um refinado parisiense, exprimia-se com a precisão de um erudito alemão, mas legislava de acordo com a sociedade primitiva e escravocrata em que vivia e da qual dependia. Ao Código Criminal do Império, anematizado como liberal demais e responsabilizado pelo aumento da criminalidade, acrescentaram-se leis como as de 10 de junho de 1.835 que estabelecia a pena de morte, com imediata execução, sem recurso ou graça, para os escravos que houvessem praticado atentados contra a pessoa de seus senhores, familiares ou feitores. Tal iniquidade vigorou durante cinquenta e um anos, somente sendo revogada em 1.886, quando a escravidão e o império agonizavam” (*op., cit.*, p. 104).

⁶³ Como explicou MUÑOZ CONDE, F., o positivismo científico baseava-se na experiência e nos fatos incontestáveis que podiam ser apreendidos com um método puramente causal e explicativo. À atividade jurídica negava-se o caráter de ciência, justamente pela falta destas qualidades. Portanto, a consideração jurídica do delito devia ser substituída por uma sociológica ou antropológica, as únicas a garantir resultados seguros e autenticamente científicos. Surgiu assim uma nova ciência, a criminologia para o estudo científico do delito, como fenômeno social ou antropológico, com exclusão total dos seus aspectos jurídicos. Diante desse positivismo científico, surgiu concomitantemente um positivismo jurídico que, como reação, prescindiu das dimensões sociais e políticas do delito, alijando-as do seu âmbito e estruturando o delito de um ponto de vista exclusivamente jurídico, com a ajuda de um método também puramente jurídico (*Para uma ciência crítica do direito penal*, p. 7).

⁶⁴ ZAFFARONI, E. R., e PIERANGELI, J. H., *op., cit.*, p. 295.

⁶⁵ Ressonância importante do positivismo a ser destacada é a transformação do contratualismo, sedimentado no iluminismo, no organicismo, que desconsidera a individualidade e apresenta a idéia da sociedade como um organismo artificial criado pelo direito, de modo que produção normativa deverá atender às expectativas do organismo, não do indivíduo; devido ao seu caráter científico, exala uma aparente neutralidade, de modo que contribui para a sustentação do poder

Nesse ambiente, FERRI, propagador da existência das escolas penais, insistiu no enfoque sociológico do direito até fazer quase desaparecer o

burguês e *cimenta* o piso para as *espiritualizações* do direito, nomeadamente o normativismo. Essa mudança ocorreu porque o contratualismo, eficaz nas transações com a nobreza derrotada ao pregar que a sociedade é um produto artificial, criação do próprio homem, de modo que todos têm de se ajustar ao modelo, não seria igualmente eficiente com as classes oprimidas, haja vista o potencial subversivo do direito natural antropológico (conhecido da burguesia, que dele se utilizou para a revolução), que estatui a igualdade compilada na razão humana. Assim, a visão da sociedade como um organismo fixo, imutável em seu interior (classes), substitui paulatinamente a concepção contratualista da sociedade. Para tanto, o organicismo social de HEGEL, para quem a sociedade é um todo orgânico, sendo as células cerebrais (classe dominante) menos numerosas, mas são as que mandam porque são as melhores, as mais diferenciadas, as mais lúcidas. Embora robusta, essa planificação não foi tranqüila. Para o materialismo histórico a revolução do proletariado faria desaparecer o Estado e o direito; este último, uma superestrutura ideológica de domínio da classe opressora, sendo o delito o resultado das tensões sociais. Por isso, a afirmação de MARX de que não se deveria castigar o crime no indivíduo, mas destruir as razões anti-sociais do crime e dar a cada qual a margem social necessária para exteriorizar a sua vida de um modo social. O equívoco dessa objeção residiria na utopia de se acreditar numa sociedade sem classes e sem tensões sociais; portanto, sem Estado e sem direito (bem a verdade que a utopia não é em si o comprometimento do direito. Ao contrário, representa o alvo, o ponto a ser alcançado. Assim, a Constituição programática, não no sentido de espera legislativa de leis, impõe a postura geral de efetivação dos direitos fundamentais, porque tem certa utopia na sua essência). Mesmo assim, prevaleceu a base organicista, que para consolidar o poder da classe dominante, apropriou-se, arbitrariamente, mais adiante, por exemplo, da teoria *darwinista*, dando cientificidade ao plano social estratificado (evolucionismo sociológico). Daí foi um passo para os irracionalismos de Cesare LOMBROSO (1.835-1.909), médico psiquiatra italiano, judeu, com o seu *delinquente nato* (em geral, homens pobres e estrangeiros), e de Friedrich NIETZSCHE (1.844-1.900), na doentia extremação da seleção natural do evolucionismo (só os fortes sobrevivem), em que o único valor objetivo é a força (isso acontece com os animais; por analogia, com os homens); a moral e a justiça, então, são a vontade do mais forte (bases do nazismo); a força, o único valor objetivo. Sobre a escola positiva, BRUNO, A., *op., cit.*, p. 97-108. Sobre o giro para o organicismo, vide ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *op., cit.*, p. 282-302. Ao retratar a chegada do positivismo no Brasil, CARVALHO JÚNIOR, C., *Escola positiva Penal*, p. 106, esclareceu a carga ideológica do movimento: “Em resumo, predominava um subconsciente positivista na mentalidade brasileira que se expressou de forma variada e em diversos campos de atividades. Não havia, entretanto, uma consciência do positivismo como fenômeno cultural que nascera de uma construção tão idealizada e apriorística quanto o sistema que pretendia combater, tão sujeito a dogmas, preceitos, excomunhões quanto a ideologia que procurará contestar. A intelectualidade brasileira do fim do século conhecia o positivismo, sabia-o bem, mas não o entendia por completo. Via-o como uma força revolucionária, quando na verdade era essencialmente conservador. Porém, para aquele Brasil despossuído, pré-científico, escravagista, que quase sucumbia ao desafio militar de uma pequena nação meio indígena, o conhecimento da ciência, o manuseio de uma linguagem técnica mais precisa, muito mais que o comportamento sistema de Comte, revestia-se da sedução e da temeridade de um programa revolucionário completo, o que eclipsava os notórios aspectos conservadores e mecanicistas da doutrina positivista.”

direito penal, absorvido pela sociologia, a asseverar que a responsabilidade penal deriva do fato se viver em sociedade e o fim do direito penal era a defesa social.⁶⁶

No primeiro momento do positivismo, busca-se o estudo científico do delito como fenômeno social, a excluir a faceta jurídica. Mais adiante, também por influência positivista, afastam-se as dimensões sociais e políticas do crime na busca de uma certa *pureza*, com o intuito de robustecer a idéia da *ciência criminal*. Essas preocupações, que passam a ser conflituosas, contribuem ao esvaziamento do direito penal, na medida que promovem o debate cientificista da própria dualidade, esquecendo-se a característica instrumental do direito penal, ou seja, a possibilidade dele se tornar mecanismo sistemático e institucional de controle social.⁶⁷

3.2. Primeira abordagem teórica dirigida à formulação do conceito de bem jurídico-penal

Embora os limites ao poder punitivo tenham sido traçados no iluminismo jusnaturalista, o conceito de bem jurídico-penal ganhou contornos

⁶⁶ “E porque a sociedade humana (nação) pode ser ameaçada e prejudicada no exterior e internamente, o Estado tem duas funções supremas de defesa social, que são: a defesa militar (contra agressões externas) e a justiça penal (contra as agressões internas, quando estas já se verificaram, e a polícia de segurança, antes que se venham a cometer)” (FERRI, E., *Princípios de direito criminal*, p. 121).

⁶⁷ Como bem assinalou MUÑOZ CONDE: “A conseqüência desta visão esquizóide da realidade é a manifestação do penalista, fazendo dele um simples tecnocrata do Direito, quando não, um instrumento ou um cúmplice da classe dominante. [Daí que], para escapar desta armadilha, é preciso apresentar os problemas jurídicos de um modo totalizador e conseqüente. As categorias jurídicas são também categorias políticas e não meros silogismos para distrair a mente dos problemas reais. A crítica, já se afirmou, é a porta pela qual pode entrar essa visão totalizadora da realidade jurídica” (*op., cit.*, p. 11).

mais precisos quando o ambiente positivista já ganhava terreno nas construções doutrinárias.

BIRNBAUM, que teria iniciado de maneira sistemática a teoria do bem jurídico,⁶⁸ para alguns autores, enquadrava-se no direito natural antropológico do iluminismo;⁶⁹ para outros, já estava no positivismo incipiente, ou, ainda, transitava entre os dois pensamentos.⁷⁰

Da sua definição de bem jurídico como sendo “bem material, pertencente a um particular ou à coletividade, pela sua natureza susceptível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela”,⁷¹ DIAS o coloca entre os jusnaturalistas, a afirmar que “razoavelmente seguro parece ser que” Birnbaum visava com o conceito “abranger um conjunto de substratos, de conteúdo eminentemente liberal, que oferecesse base suficiente à punibilidade das comportamentos que os ofendessem”. Anota DIAS que a noção de bem jurídico

⁶⁸ “Foi precisamente em 1834 que o penalista alemão Birnbaum cunhou o conceito e o termo de bem jurídico (*rechtsgut*)” (ANDRADE, M. C., *A nova lei ...p.* p. 76), embora ela não tenha chegado a utilizar sistemática e correntemente essa expressão. De qualquer maneira, sua obra abriu a porta para um novo paradigma geral de compreensão do crime, do objeto e da respectiva lesão, bem como do conteúdo material do crime (ANDRADE, M. C., *Consentimento*, p. 51).

⁶⁹ CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *Bien jurídico...*, p. 22.

⁷⁰ Conforme Costa ANDRADE, “não é, contudo, pacífico entre os autores o teor da ligação a estabelecer entre a primeira teorização do bem jurídico - precisamente a de Birnbaum - e o predecessor conceito material de crime do iluminismo”, pois o conceito de bem jurídico seria uma “continuação da vertente sistemática e liberal do filosófico-iluminístico no sentido da determinação de um conceito material de crime”. Entretanto, o fato de Birnbaum “ter lançado mão do conceito de bem jurídico precisamente para fundamentar a criminalização dos ‘crimes contra a religião’” seria “manifesta reação contra os iluministas” (*A nova lei...*, p. 78 e 79). “No fundo, o pensamento de Birnbaum teria operado mais do que uma viragem, uma verdadeira ruptura com os postulados anteriores: ao pensamento individualista contrapõe-se a referência sistêmico-social e uma referência espiritual, uma outra, empírico-naturalista; ao jusnaturalismo e jusracionalismo, o positivismo e, assim, a uma função crítica do direito existente, uma função legitimadora das leis” (CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 44).

⁷¹ Segundo CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 46.

assumiu em Birnbaum, primeiramente, “um conteúdo individualista, identificador do bem jurídico com os interesses primordiais do indivíduo na sociedade, nomeadamente a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu patrimônio”.⁷²

LOPES, por sua vez, exalta justamente a indefinição da conceituação de Birnbaum, que teria introduzido “o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo”. Assinala que “Birnbaum deu um passo definitivo, objetivador e superador do individualismo anterior, compreendendo o conceito de bem jurídico como objeto da tutela penal”. Ao fazer a distinção entre lesão de direito e lesão de bem, Birnbaum teria concebido o bem jurídico numa “perspectiva jusnaturalista moderada”, a acrescentar que “a formulação do autor respondia a um positivismo legal que, não obstante, tinha um forte componente liberal”.⁷³

Nesse sentido CUNHA, para quem a concepção de Birnbaum era “compromissória, própria dos períodos de transição, influenciada ainda pelo iluminismo, mas também já pelo hegelianismo, pela escola histórica e pelo positivismo moderado de Mittermaier”. Sem abandonar “o individualismo, o jusracionalismo, a vertente crítica e transistemática”, Birnbaum “abre as portas ao objectivismo (objecto do crime como realidades do mundo exterior definidos, por princípio, à margem da intersubjetividade), à referência sistêmico-social, ao positivismo e, assim, a uma visão intra-sistemática e acrítica”.⁷⁴

⁷² *Questões ...*, p. 63.

⁷³ *Critérios ...*, p. 330.

⁷⁴ *Op., cit.*, p. 50.

Explica-se a dualidade (jusnaturalismo, positivismo) de BIRNBAUM diante do momento histórico, que operava a transição para o positivismo naturalístico e, mais adiante, para o jurídico ou legalista. Assim, as feições científicas do bem jurídico correspondem ao cientificismo incipiente, maculado pela explicação causal dos fenômenos, de certo modo, opositor do jusnaturalismo, agregado à *natureza humana*, inatos portanto.

Mas o que marca a concepção de BIRNBAUM é a elevação “de novos referentes ontológicos da ilicitude penal e por imprimir um novo sentido à idéia de danosidade social”. Enquanto em FEUERBACH apelava-se para “a disfuncionalidade das perturbações ou frustrações a nível da intersubjectividade, privilegiada pela compreensão do crime como lesão de um direito subjectivo”, em BIRNBAUM “a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objectivo de que preferentemente relevam as ‘coisas’ valoradas como bens jurídicos”.⁷⁵

Enfim, deixando de lado onde se enquadraria a teoria de BIRNBAUM, o fato é que ao reclamar a tutela do Estado aos bens jurídicos, que assim passarão a gozar de proteção, são lançadas as bases para as construções mais precisas (e mais científicas) do instituto, nomeadamente as de LISZT e BINDING,⁷⁶ bem como, as sementes para a radicalização normativa do conceito - devido à referência sistêmico-social e à visão intra-sistemática e acrítica - que

⁷⁵ ANDRADE, M. C., *Consentimento ...*, p. 51.

⁷⁶ “Na segunda metade do século XIX, a história do bem jurídico confunde-se praticamente com os nomes de Liszt e Binding a cujos contributos aquele conceito ficou definitivamente a dever o lugar que hoje ocupa na centro da teoria da infracção criminal” (ANDRADE, M. C., *A nova lei ...*, p. 78).

acabará por aniquilar o seu sentido e, com isso, os contributos liberais da limitação do poder punitivo, pois tudo passará a depender da norma.

3.3. O positivismo naturalístico frente ao bem jurídico-penal

Um dos mais destacados positivistas sociológicos, LISZT aponta que “todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana”. Essa função protetiva, segundo ele, “é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”.⁷⁷

A partir dessas considerações, LISZT define bem jurídico da seguinte maneira:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo, ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público.⁷⁸

⁷⁷ LISZT, F. V., *Tratado de direito penal alemão*, p. 93.

⁷⁸ *Op., cit.*, p. 93 e 94. Na obra *La idea del fin en el derecho penal*, p. 59-75, LISZT confere à pena a função de proteção *consciente* de bens jurídicos, porque ela “*va dirigida contra la voluntad del criminal al lesionar o eliminar los bienes jurídicos en los que su voluntad se había encarnado*” (p. 60).

Como apresentado por CUNHA, para LISZT “a ordem jurídica não cria o interesse”, pois ele vem das relações sociais. A proteção conferida pelo direito “eleva o interesse vital a bem jurídico”, tanto que a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo da correspondência eram interesses vitais muito antes de chegarem a estar garantidos pela Constituição contra as intromissões arbitrárias do poder do Estado, ou pelas leis penais, contra as violações procedentes dos indivíduos. Tem-se, desse modo, que a “necessidade cria a defesa e com a mudança dos interesses varia o número e a espécie dos bens jurídicos”.⁷⁹

LOPES assinala que a partir da concepção de LISZT origina-se a “dimensão material do conceito de injusto penal”, com o bem jurídico desenvolvendo “toda a sua capacidade de limite à ação legiferante”. Ressalta que a “maioria dos fundamentos atuais sobre o conceito e a importância dos bens jurídicos está construída a partir das noções de von Liszt”, mesmo com “a falta de conteúdo concreto do que considerava o interesse vital”. O valor da contribuição de Liszt “reside na inauguração de um pensamento formador de um conceito material de bem jurídico, transcendente ao sistema jurídico, única fórmula que permite a limitação do poder punitivo Estatal”. O contributo também vem do estabelecimento de uma “distinção frutífera entre bem jurídico e objeto de ataque,

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 53. Nas palavras do próprio LISZT: “A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero” (*Tratado ...*, p. 94).

além de permitir a primeira visualização do bem jurídico como critério de fundamentação de uma teoria geral do direito penal”.⁸⁰

Em síntese, LISZT considera que das relações humanas brotam naturalmente os interesses que reclamarão a intervenção penal (em outras palavras, a vida cria e o direito vem atrás para normatizar),⁸¹ em razão da necessidade dessa proteção. Na medida que passam a contar com a proteção do direito penal, tais interesses são elevados a categoria de bens jurídicos. Aliás, LISZT confia na norma como instrumento protetor pois assevera que ela é a muralha de defesa dos bens jurídicos, isto é, a razão da pena prevista na norma é a dar amparo ao bem jurídico.

Assim, proibindo, prescrevendo uma determinada acção ou inacção sob certas condições, as mesmas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A protecção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é a protecção segundo as normas. O bem jurídico e a norma são, pois, as duas idéias do fundamento do direito.⁸²

Com o conceito de necessidade da pena, hoje conhecido como princípio da subsidiariedade, LISZT reduziu o limite de atuação da pena,

⁸⁰ *Crítérios ...*, p. 333.

⁸¹ Para LISZT, “contrariamente ao pressuposto de Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra” (PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 32).

⁸² *Tratado ...*, p. 96. “*Corrección, intimidación, innocuización: hé aquí pues, los efectos inmediatos de la pena; las fuerzas impulsoras inherentes a ella, mediante las cuales ella realiza la protección de los bienes jurídicos*” (*La idea del fin en el derecho penal*, p. 60). CUNHA, M. C. F., *ob. cit.*, p. 63, salienta que LISZT dá continuidade aos ideais iluministas no que diz respeito à defesa da liberdade e individualidade pessoal por meio da imposição de limites ao poder punitivo do Estado. Segundo a autora, ele defendeu o equilíbrio entre as *missões* do direito penal: “defesa da sociedade e defesa da individualidade; defesa da sociedade (combate ao crime) e garantia para quem delinuiu”. Na visão crítica, bastante duvidosa a *missão* policial do direito penal, ou seja, combater o crime, principalmente na atualidade.

circunscrevendo-a aos casos onde não há outra forma de proteção suficiente dos bens jurídicos.⁸³ Tal redução conferiu-lhe o mérito de tentar encontrar o conceito de bem jurídico apto a colocar limites na atividade legiferante criminalizadora. No entanto, a questão da determinação de quais sejam os interesses vitais a serem tutelados pelas normas penais não foi por ele solucionada.⁸⁴

Parece que essa *concretização* estaria afastada da concepção de LISZT em vista dos postulados positivistas.⁸⁵ Ao enxergar o direito penal apenas como produto da mecânica social, chancelador dos *interesses do povo*, dos bens jurídicos preexistentes, LISZT submete-o à concepção sociologista, ou seja, considera o direito penal como fenômeno natural (fato social) onde os bens jurídicos mais importantes seriam captáveis por meio de um método único, inflexível, sob a ilusão da neutralidade que permeava o positivismo.⁸⁶

⁸³ Nesse ponto, aliás, dentro do postulado iluminista difundido por BECCARIA, para quem “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos” (*Dos delitos ...*, p. 15).

⁸⁴ Conforme afirmou SALOMÃO, H. E., *op. cit.*, p. 106. Da mesma maneira, CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 63: “Em relação a Liszt o problema colocar-se-á na falta de apresentação de um critério mais preciso que permita individualizar quais os concretos ‘interesses da vida dos homens’ que deverão ser qualificados como bens jurídico-penais e quais aqueles que não merecem tal qualificação ou não carecem de tal protecção ... Assim, a sua concepção fornecerá um critério teoricamente válido mas carecido de concretização”.

⁸⁵ À confirmação do regime econômico de produção em larga escala, onde cada um deve se concentrar em uma seção do processo produtivo, operando mecanicamente a sua tarefa, não interessa questionar as razões justas ou injustas do *processo*; interessa o próprio *processo*, que deve ser rigoroso, para que não se perca a *produtividade*. Logo, ao aduzir que os interesses que deveriam participar do apanhado legislativo vinha da sociedade, LISZT mais se preocupa com a forma como eles devem ser captados do que propriamente com o quê deve ser recolhido e rotulado pela lei.

⁸⁶ Tanto que FERRI, *op. cit.*, p. 61, assinalou: “Mas o que importa salientar é sobretudo isto: que a escola criminal positiva não perfilha nem modela nenhum sistema filosófico ou social, a começar pela ‘filosofia positiva’ (Comte, Spenser, Ardigó, etc.), nem nenhuma doutrina biológica (Darwin, Lamarck, Molleschot, etc)”. Ao contrário. Como visto antes, arbitrariamente apropriaram-se da *seleção natural* de DARWIN para justificar a figura do delinqüente nato (LOMBROSO).

Ademais (e o que é mais grave), a concepção positivista-naturalista acaba por transferir o conceito de crime para a idéia de estado pessoal, na medida em que “o delinqüente está determinado ao delito”.⁸⁷ Como a pena não se presta ao retribucionismo, espancado pelas idéias iluministas, nomeadamente as do racionalismo e individualismo, tem-se que a aflição atende particularmente à *prevenção especial*, ou seja, tem por função a terapia sobre o delinqüente.⁸⁸

Sancionar o indivíduo pelo que ele supostamente é, não por algo que fez, adicionado-se à condição pessoal o perigo latente na sociedade que reclama a tutela penal, constituiu-se num paradigma em boa parte aproveitado pelo *direito penal do autor*, no nacional-socialismo germânico, para quem a

⁸⁷ Observe-se FERRI: “A diferença profunda e decisiva entre as duas escolas se acha, sobretudo, no método: dedutivo, de lógica abstrata, para a Escola Clássica; indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto o delito como entidade jurídica; esta, em vez, o delinqüente, como pessoa que se revela mais ou menos socialmente perigosa no delito cometido” (*op. cit.*, p. 62).

⁸⁸ Em suma, LISZT potencializou a teoria chamada de *prevenção especial*. “*Pero si la corrección, la intimidación y la innocuización realmente son los posibles efectos esenciales de la pena, y con ello las formas posibles de protección de los bienes jurídicos por la pena, es preciso que esas tres formas de pena también correspondan ‘sendas categorías de delincuentes’*. Pues contra ellos, y contra las nociones de delitos va dirigida la pena ... los incorregibles ... pordioseros y vagabundos, prostitutas de ambos sexos y alcohólicos, pícaros y gente de filiación social ambigua en el sentido más amplio del término, degenerados morales y físicos, todos ellos forman el ejército de adversarios cerrados del orden social, un ejército cuyo estado mayor há de verse en los delincuetes habituales” (LISZT, F. V., *op. cit.*, p. 62-65). Basta ver que para FERRI, “... a defesa social por meio da justiça penal pode e deve realizar-se não só com a coação repressiva do condenado; mas - se para uma parte dos delinqüentes, pelas suas condições pessoais de patologia, anomalia ou degeneração não é possível mais do que o seu seqüestro do convívio civilizado - para a grande maioria deles é pelo contrário possível também a readaptação à vida livre e honesta e portanto, para esses, a defesa social, como sempre tem sustentado a escola positiva, deve se realizar com um regime carcerário que seja ao mesmo tempo de re-educação social” (*op. cit.*, p. 122). ROXIN assinalou o encantamento provocado por essa teoria ao dizer que “a idéia de um direito penal preventivo de segurança e correção seduz pela sua sobriedade e por uma característica de tendência construtiva e social” (*Problemas ...* p. 20).

punição não deveria ser aplicada a quem cometeu o delito, mas sim, ao ladrão, ao homicida, ao falsário, etc.⁸⁹

Não é tudo. A *prevenção especial*, no bojo da concepção tutelar dos bens jurídicos, não possibilita a delimitação “temporal da intervenção estatal mediante penas fixas, na medida em que para ser conseqüente deveria prosseguir um tratamento até que se desse a sua definitiva correção, mesmo que a sua duração fosse indefinida”. Além disso, nos crimes mais graves não teria de se impor a pena caso não existisse perigo de novo crime, sendo que o “exemplo mais contundente é constituído pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes”. Esses “assassinos vivem hoje [1966, ano da primeira publicação do trabalho], na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de ‘ressocialização’ alguma”. Também, não “existe de sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos”.⁹⁰

⁸⁹ GONZAGA, J. B., *Considerações ...*, p. 381. Ao considerarem os sociólogos o delito em suas conseqüências sociais danosas, reputam-no um sintoma da periculosidade do seu autor. Dessa maneira, acabam por considerar o autor um incapacitado social, um ser anti-social e, assim, perigoso para o futuro. “Este juízo de perigo é ditado pela sociedade, a fim de garantir sua futura segurança: é um juízo de medo. Contudo, os alienados podem ser talvez perigosos em mais alto grau do que aqueles que gozam de saúde mental; a grande bipartição jurídica dos homens cai por terra! É obvio que assim a responsabilidade não pode exercer qualquer papel. A chamada responsabilidade social de Ferri não é responsabilidade. A imputabilidade, a culpabilidade e a pena na culpabilidade se perderam sem misericórdia. O chamado culpável tornou-se um perigoso sem culpa” (ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 309).

⁹⁰ ROXIN, C., *op. cit.*, p. 21 e 22. No Brasil, a concepção profilática do positivismo penal pode ser observada no pensamento de Pedro Lessa, como informa CARVALHO JÚNIOR: “Quanto à pena, encará-la como simples retribuição do mal, isto é, opor um mal a outro mal, é uma irracionalidade. O castigo assim imposto tem sido ineficaz e, não raro, produz efeitos contrários aos desejados. Para a redução da criminalidade, Lessa propõe combatê-la com um tratamento científico, à partir do conhecimento da atividade psíquica do homem e dos fatores sociais que nela influem para evitar o crime, tornando-lhe inerte a causa, cortando-lhes as raízes, estancando-lhes as fontes, ‘dando caça aos seus antecedentes antropológicos e sociais mais recônditos e afastados’. [E, dessa pesquisa ou caça, cuidou Cândido Motta, com a tese *Classificação dos criminosos* que, segundo CARVALHO JÚNIOR, teve repercussão internacional imediata, sendo elogiada por

3.4. O positivismo legalista

3.4.1. Nota introdutória

Como variante do positivismo, o positivismo jurídico atende às expectativas daqueles que se movem à procura do rótulo, por eles reputado de distinta importância, que qualifica o direito, e o direito penal por consequência, como *ciência*, em razão da especialização do seu método e objeto.

Da escolástica jurídica, ou escola do formalismo jurídico, ou da dogmática, ou dos glosadores, ultrapassadas algumas imprecisões pontuais e designativas, interessa assinalar que aquele momento pode ser definido como o do domínio da ideologia que acompanha a mudança da ordem do direito pressuposto para o direito posto, tendo como postulado principal a identificação do direito com a lei; objeto da ciência jurídica. Logo, o método fundamental de compreensão do direito é a leitura gramatical, enquanto o do direito natural é a dedução.⁹¹

Lombroso], considerando-a '*l'opera la piú perfetta*' sobre o assunto. [Interessante observar] o conceito de crime de Cândido Motta, que denominaríamos 'antropológico-cultural', a destacar o caráter bipolar do fenômeno. De um lado é um fato-fenômeno inevitável, portanto normal da sociedade: de outro, como representa algo negativamente valorado é um fato-fenômeno patológico. A própria condição do agente, indivíduo determinado por condições mesológicas e que requer uma determinada ação defensiva do próprio meio que a originou, acentua esse aspecto patológico" (*op., cit.*, p. 112-116).

⁹¹ Deve-se assentar que, mesmo no declínio, a escolástica jurídica sempre se manteve fiel ao dogma principal, que é a equivalência do direito à lei. Rompendo-se essa concepção, rompe-se com a própria escola, que tinha, como uma de suas vertentes, a tentativa de expurgar a metafísica, ou seja, a influência de fatores mágicos no direito, pois só vale aquilo que diz a lei.

Exegese, ou interpretação literal, ou lingüística da lei. No início, sob a visão histórica, uma ideologia revolucionária, pois mudava a concepção anterior. O ápice da escola exegética se dá com o código de napoleão, que colocava a lei como discurso certo, unívoco, claro, que não carecia da hermenêutica, pois a lei era a expressão do justo, já que previa todas as situações futuras. Nesse tempo, a sedimentação das expressões *dura lex sed lex* ou *lex clara non indiget interpretationen*. Assim, a escola da exegese reserva ao intérprete um papel reduzido, o de dizer aquilo que a lei diz.⁹² Aliás, o código de napoleão proibia a interpretação.⁹³

3.4.2. O bem jurídico legal

Adepto do positivismo jurídico, BINDING “concebia o bem jurídico como ‘tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos’”,⁹⁴ de tal maneira que o bem jurídico se identifica com tudo o que como tal for considerado pelo legislador. Desde já, registrem-se as críticas à essa visão.

⁹² “El positivismo decimonónico es *subsuncionista*, esto es, le compete al juez sólo subsumir hechos en normas” (CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op., cit.*, p. 23).

⁹³ Como fatores do declínio desse pensamento, estão o dinamismo das relações sociais, mormente o da economia, e a constatação de que a língua é viva, não cabendo em clausuras as palavras que, com o tempo, assumem novos sentidos. Tanto que no período de baixa do positivismo legalista, surge a chamada *mens legis*, interpretação da vontade da lei, e a *mens legislatoris*, busca da vontade do legislador, que acaba por extrapolar os limites da lei.

⁹⁴ Binding, *apud*, ANDRADE, M. C., *op., cit.*, p. 78.

Para DIAS, ao responder que o crime é tudo *aquilo que o legislador considerar como tal*, ou “unicamente a circunstância de o legislador ter ameaçado a prática de determinado fato com uma pena criminal que ‘transforma’ aquele fato em comportamento criminal”, BINDING reduz vigorosamente o conteúdo material de crime e, por consequência, retira a importância da investigação pré-jurídica, a conferir ao delito um “conceito formal”.⁹⁵

Além disso, segundo CUNHA, sendo a norma a “única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico”, o conceito “abandona qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica”. É o próprio legislador que cria os bens jurídicos, daí sua característica normológica e seu poder de influenciar a classificação dos tipos de delitos. Assim se vê, também, como essa concepção de bem jurídico se opõe ao conceito material de crime de bases iluministas, como a lesão a direitos subjetivos inatos, de existência pré-jurídica. “Para Binding não há direitos inatos, são sempre criados pela lei, atribuídos e não simplesmente reconhecidos”.⁹⁶

Novamente com DIAS, deve-se anotar que “pressuposta a plena capacidade do legislador para dizer o que é e o que não é crime, nada fica a saber sobre as ‘qualidades’ que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais”. Mais ainda, segundo o autor, a concepção positivista-legalista “não permite ligar a questão do

⁹⁵ *Questões ...*, p. 54.

⁹⁶ *Op., cit.*, p. 51.

conceito material de crime ao problema em que aquela verdadeiramente se inscreve, a saber, ao problema da função e dos limites do direito penal”.⁹⁷

Vale assinalar que a opção do bem criado pela norma coaduna com o momento do direito em que se buscava a auto-afirmação. Ou seja, era necessário conferir um objeto específico ao direito para que ele tivesse vida própria. Daí o apego à lei. Tanto que, para BINDING, o jurista avilta o direito “quando considera que a sua existência carece de outra justificação para além da que logra a vontade geral de regulamentação da vida comunitária, assente no reconhecimento livre da respectiva necessidade”. Segundo CUNHA, esta “perspectiva de estrito positivismo legalista repousará antes numa atitude de resignação e de crença na impossibilidade de se encontrar uma fonte segura de legitimação e limitação do que propriamente numa confiança sem limites no legislador”, a ressaltar, no entanto, que BINDING considera mesmo “nefasta e desvalorizadora do próprio Direito a busca dessa fonte de legitimação fora do direito positivo.”⁹⁸

E mais. Ao sustentar que o delito atinge direito subjetivo do Estado, e não do lesado,⁹⁹ BINDING exala o organicismo reducionista. Tanto que essa redução não era capaz de diferenciar claramente os delitos de outras infrações administrativas. Para esta concepção, além de o indivíduo encontrar-se frente ao

⁹⁷ *Op., cit.*, p. 55.

⁹⁸ *Op., cit.*, p. 52.

⁹⁹ “Segundo Binding, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado. Mas estabelece ele uma correlação entre as normas e os bens jurídicos: ‘Toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos e é inconcebível sem estes’ ... O que realmente importa é a resolução legislativa de proteger juridicamente um bem” (PRADO, L. R., *op., cit.*, p. 30 e 31).

Estado, em total estado de submissão, o bem jurídico não possui conteúdo tal que possa limitar o direito de punir ou criticar o ordenamento penal posto;¹⁰⁰ assim, seria válida a assertiva de que a norma e o bem jurídico, na concepção de BINDING, cumprem a função de “legitimação do poder punitivo, podendo cobrir com um manto de legalidade a arbitrariedade estatal”.¹⁰¹

Enfim, tal positivismo possibilitou o nascimento das concepções reducionistas do bem jurídico, utilizadas posteriormente pelo direito penal nacional-socialista alemão, para quem o delito era a traição ao povo, a mais pura infração de deveres, sem qualquer perquirição sobre a lesão efetiva ao bem jurídico, a afastar toda e qualquer investigação da danosidade social.¹⁰²

*Aquí quedan abiertos los caminos para la construcción de las teorías inmanentistas del bien jurídico, entre las cuales sobresalen, por lo radical, la de Binding y las de los neokantianos, donde, en definitiva, el concepto sobre bien jurídico, sus manifestaciones y consecuencias, dependen de la voluntad del legislador y, por tanto, ya el objeto de protección de la norma no es exclusivamente un derecho, sino, principalmente, el deber de respeto hacia ella.*¹⁰³

¹⁰⁰ “Por virtud de los que convierten en fines, el legislador puede decir cualquier cosa, transformando, creando o modificando a su antojo el objeto del conocimiento; bajo este esquema le corresponde al juez, en aras de la seguridad jurídica, aplicar la ley por encima de las consideraciones de justicia material” (CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op. cit.*, p. 23 e 24).

¹⁰¹ SALOMÃO, H. E., *op. cit.*, p. 105.

¹⁰² “Se impuso así la razón de Estado sobre la razón de individuo” (CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op. cit.*, p. 24).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 23.

3.5. Sociologismo e legalismo: coincidências teóricas

Dentre as coincidências quanto à fundamentação teórica do bem jurídico entre LISZT e BINDING,¹⁰⁴ destaca-se que, inseridos no mesmo ambiente positivista, ambos consideravam o direito a partir da experiência; LISZT, sociologista;¹⁰⁵ BINDING, legalista. Dessa maneira, o posicionamento crítico-histórico, totalizador do fenômeno, parece estar dissociado das concepções do bem jurídico (se bem que para LISZT a ilicitude formal era distinta da material, isto é, havia uma permanente tensão entre aquilo que a lei regulava e aquilo que os interesses sociais expressavam na carência da tutela, a provocar a discussão contínua entre o que estava protegido e o que ainda mereceria tal proteção). Em resumo, ou a manifestação social, a evidenciar os interesses vitais da comunidade e do indivíduo que mereceriam proteção penal (LISZT), ou a atividade do legislador (BINDING), que seria a palavra final sobre a matéria.

Mas, em qualquer caso, o que os identifica é que a compreensão do fenômeno estava seccionada, ambos reducionistas, pois ou a experiência estava baseada em fatos (incontestáveis) percebidos com método causal e explicativo, negando-se, de certa forma, a consideração jurídica ao bem jurídico, que devia ser substituída pela percepção sociológica (LISZT), configuradora do positivismo científico; ou, a experiência se limitava ao ponto de vista exclusivamente jurídico

¹⁰⁴ Sob o rol das diferenças e semelhanças, CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 55-64.

¹⁰⁵ Ao sustentar a aplicação da pena privativa da liberdade, a exaltar as funções da correção, da intimidação e da segregação do *criminoso*, LISZT passa antes por avaliação de dados empíricos, estatísticas criminais, tentando justificar a prisão como meio eficaz de combate à criminalidade (*La idea del fin en el derecho penal*, p. 66 e 67).

(BINDING), relegando as apresentações sociais e políticas dos interesses, com emprego de um método puramente jurídico, ou seja, a análise da lei.¹⁰⁶

Ao lado dessa consideração, CUNHA, com muito acerto, responde à própria pergunta sobre a existência de pontos de contato entre LISZT e BINDING dizendo que, embora o último parta da atmosfera legal para definir os bens jurídicos e o primeiro do campo social para encontrar o critério orientador do legislador, “... ambos acabam por representar o bem jurídico como uma realidade do mundo exterior que conta com a proteção do Direito Penal”.¹⁰⁷ Tal coincidência revela o distanciamento deles do objeto do estudo, retirando-lhes a responsabilidade (também) pela construção do conceito, pois os métodos respectivos de conhecimento, social e legal, não autorizam a inflexão crítico-valorativa do agente. Em suma, para os dois, o bem jurídico é algo que se cria, naturalmente, ou da sociedade ou da norma.

Na mesma passagem, a autora assinala que, como LISZT considera o bem pré-jurídico, convertendo-se em bem jurídico pela proteção legal,

¹⁰⁶ Importante registrar o pensamento de SAVIGNY. Enquanto o jusnaturalismo, que baseava sua força na crença ilimitada da razão humana, a asseverar que os difundidores do direito natural não estavam presos a nenhuma fonte positiva, a história clássica abandona, aparentemente, a metafísica natural lógico-dedutiva. Doutra lado, para SAVIGNY direito não é lei, mas sim os usos e costumes reiterados que levavam à tradição, o que o aproxima de LISZT. Visão conservadora e romântica do direito na medida que pregava a manutenção dos comportamentos humanos dando-lhes uma concretude empírica. SAVIGNY sinalizava que a exegese nada tinha de revolucionário, pois havia trocado uma metafísica por outra. Segundo ele, teria saído de cena o misticismo do direito natural e entrado a metafísica da lei abstrata, do formalismo jurídico. Direito é aquilo que se vê, algo concreto, substancial. A escola de SAVIGNY atribui ao direito o papel de cancelar os usos e costumes sedimentados no tempo, por meio indutivo, impedindo o direito de ser fenômeno transformador da realidade humana. SAVIGNY, pelo historicismo e ao pregar a não codificação do direito, já que os fatos se revoltariam, segundo ele, contra o código, seria o ancestral do *common law*. Assinala-se que a Inglaterra tem sua base jurídica no historicismo, embora pratique o realismo jurídico (conforme FERRAZ JÚNIOR, T. S., *A ciência do direito*, p. 27).

¹⁰⁷ *Op., cit.*, p. 58.

ele revela a preocupação em encontrar o conceito material de crime, conceito político-criminal de crime, legitimador da intervenção penal. Mas, como observou a autora, na hipótese de conflito entre aquilo que a pré-juridicidade apontou e aquilo que o legislador escolheu, deve-se ceder sempre ao último, ou seja, ao crime definido na lei, ilicitude formal, o que aproxima LISZT do formalismo de BINDING.¹⁰⁸

Inversamente, segundo CUNHA, BINDING acaba se aproximando de LISZT ao tentar definir, embora de maneira muito genérica e abstrata, as *realidades* que deveriam ser etiquetadas como bens jurídicos, pois ele considera que o legislador deve partir dos *dados da vida* (pessoas, coisas e estados) para a definição dos bens jurídicos, a ir ao encontro, nesse ponto, do fundamento sociológico de LISZT.¹⁰⁹

Esses *pontos de contato* refletem, no fundo, a mesma base do pensamento: o positivismo. Quer se aponte a prioridade dos dados sociais, quer se

¹⁰⁸ CUNHA: “Os esforços de Liszt no sentido da definição dos bens a partir da complexidade e densidade da vida humana, valerão como tentativas de consciencialização do legislador, mas é este, na prática e em definitivo, quem decide quais vão ser os ‘bens jurídicos’” (*op., cit.*, p. 59). LISZT, *Tratado ...*, p. 96.

¹⁰⁹ “Em certas passagens da sua obra, pode-nos parecer que Binding começa a abrir mão do rigor da sua concepção, aproximando-se do conceito pré-jurídico de bem e, assim, fazendo alguma ‘prescrição’ ao legislador” (*op., cit.*, p. 60). Se bem que, mais adiante, a autora verte a concepção de Binding mesmo ao legalismo: “Quando se aponta como limite a ‘valência comunitária dos bens jurídicos’ parece, por um lado, que estes têm existência anterior à lei e, por outro, que têm função orientadora e assim limitadora do legislador; mas, quando se refere ‘por ele reflexivamente ponderada’, já este limite fica em parte prejudicado, pois os bens têm o valor que o legislador lhes reconhecer... cremos, no entanto, que nem todo o limite se perde, porque aqui se continua a indiciar a existência desses bens, possuindo determinado valor para a comunidade, como prévios à legislação, devendo ser tidos em conta pelo legislador. Digamos que se assinala a necessidade do legislador tomar em consideração, como não poderia deixar de ser, realidades exteriores ao Direito, não só puramente objectivas, mas ainda a própria ‘valência comunitária dos bens jurídicos’; só que, tudo isso se passa no mundo das motivações do legislador, motivações essas indiscutíveis, insindicáveis... Aposta-se na sua decisão, nos seus critérios, optando-se assim, em definitivo, por uma visão positivista.”

ressalte a lei como fonte e matriz do bem jurídico, o que se tem é a comunhão da visão experimental, pois a observação afastada do fenômeno, para não o macular com as impressões pessoais do cientista, constitui a *tábua rasa* do procedimento; aliás, típico da ciência causal (não imputativa como o direito) para quem se pode explicar o objeto da experiência, sob estudo, numa relação de causa e efeito, a lembrar que, no fim século passado, principalmente, era grande a excitação pelas descobertas vindas das ciências naturais.¹¹⁰

Mas, a evidenciar a contribuição de cada um (LISZT e BINDING) à *formatação* do conceito de crime.

A contribuição de Liszt para a construção de um conceito de bem jurídico [vem da] função ‘transistemática e crítica e, assim, limitadora e fundamentadora da intervenção penal’; em contrapartida ... Binding ... tende a identificar o bem jurídico com as ‘condições para uma vida sã da comunidade’, mas tal como o legislador as delineou.¹¹¹

¹¹⁰ Vale ainda mencionar, para não esquecer o conteúdo crítico do trabalho, norteador pela visão multifacetada do direito, que a insuficiência da concepção de LISZT (que embora revele certa limitação ao exercício punitivo do legislador, ao apresentar a função crítica do bem jurídico, em constante comparação entre aquilo que está previsto na lei e aquilo que os dados sociais apontam como carentes de proteção), não reside apenas na falta de apresentação de um critério mais preciso que permita individualizar quais os *concretos interesses da vida dos homens* que deverão ser qualificados como bens jurídico-penais e quais aqueles que não merecem tal qualificação ou não carecem de proteção. Parece que com maior relevância o problema está na *realidade social* (Figura semelhante ao *espírito do povo (volksgeist)* de SAVIGNY, uma metafísica de fácil manipulação política), termo vago e impreciso, bem ao gosto da ideologia capitalista e dominante cujo poder econômico influenciava, sem dúvida, o saber, como a presente construção de LISZT, que revela o sentido estratificante e imutável da *realidade social*.

¹¹¹ LOPES, M. A. R., *Critérios ...*, p. 336.

3.6. A exacerbação do positivismo jurídico

3.6.1. Nota inicial

Na evolução conceptual do bem jurídico, após LISZT e BINDING houve a normatização do conceito de bem jurídico,¹¹² que se afastou da matriz empírico-naturalista e do seu espírito crítico oriundo da visão de LISZT, que pregava o contraponto contínuo entre a ilicitude formal (o crime previsto na lei) e a ilicitude material (os fatos lesivos de interesses ainda não protegidos pela lei penal). A essa constatação, acrescente-se que, ao contrário de BINDING (num certo momento fez concessões à pré-juridicidade), o positivismo-normativista descolou por completo os caracteres sociais da concepção do bem jurídico, a reduzir ao extremo a sua essência, quando não a aniquilou.

Não foi por acaso que a noção do bem jurídico-penal rumou a esse destino. As transformações sociais, econômicas e políticas, principalmente, determinaram, como não podia deixar de ser, a direção a ser tomada pelo direito, levando a reboque o direito penal; principalmente este, dada a sua envergadura e potencialidade controladora da sociedade, campo fértil para o desenvolvimento da ideologia dominante.

¹¹² “... uma mudança decidida na compreensão do conceito teve lugar a partir da segunda década do nosso século, com o chamado *conceito metodológico* do bem jurídico de raiz exasperadamente normativista ligada aos pressupostos neokantianos próprios da chamada Escola jurídica sul-ocidental alemão ou Escola de Baden ...” (DIAS, J. F., *op., cit.*, p. 63).

3.6.2. Conformação do ambiente propiciador do normativismo

Na Europa das duas primeiras décadas deste século, o crescimento econômico e a acumulação de capital (França e Inglaterra, basicamente) provocaram o desinteresse pela sociologia criminal. Esse distanciamento das causas sociais do delito teve origem no raciocínio de que, se no Estado providente, responsável pelo controle da produção e do consumo, neutralizam-se as causas sociais do crime, o delito que resta só pode ser manifestação de patologia individual; embora ainda se tinha em mente a necessidade de intimidação por meio da pena.¹¹³

A delimitação do direito penal e de seus objetivos tornou-se obscura. As contradições das teorias criminais não puderam ser resolvidas; menos ainda, “se a elas se pretendesse dar um mínimo de fundamento filosófico ou de enquadramento antropológico”. Tal obscuridade “contribuiu para que os autores europeus procurassem distanciar-se das especulações filosóficas, que revelariam de imediato as suas irreduzíveis contradições”.¹¹⁴

¹¹³ Daí, a tensão latente entre as vertentes utilitárias da pena. Para alguns, a prevenção geral ainda ressoava; a outros, mais inseridos na desqualificação da sociologia criminal, o fim preventivo especial melhor se coadunava com a aflição. O fato é que, para se evitar o confronto, adotam-se as duas projeções. Para melhor ilustração: “Na Europa Ocidental, ao estabelecer-se o Estado do bem-estar social, não desaparece o delito, nem sequer parece ter diminuído muito o número de criminalizados; tampouco nos países de economia centralizada desapareceu o delito, apesar de pretenderem erradicar as suas ‘causas’ com o socialismo. Enquanto estes países atribuem o delito à sobrevivência do capitalismo, os primeiros reputam-no a ‘causas individuais’, isto é, mais ou menos patológicas ou psicógenas (ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. E., *op. cit.*, p. 311).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 316.

Some-se a essa confusão teórica, cuja nebulosidade cercava o fim do direito penal, com o pêndulo do utilitarismo direcionado à prevenção especial, a ausência de um método que identificasse o objeto do direito. Compreendem-se, ainda que minimamente, os condicionamentos que levaram ao esvaziamento do conceito de bem jurídico-penal, pois a norma passou a ser a pura evidência do direito.

Além disso, a situação econômica e política de alguns países, fontes permanentes da cultura jurídica latina, no segundo pré-guerra era difícil. A Itália atrasada na acumulação de capital. A Alemanha fortemente afetada pela guerra. O clima estava propício, então, para o estabelecimento de estruturas totalitárias de Estado, tendentes à acumulação rápida de capital e à militarização, que requerem uma ordem jurídica hermeticamente fechada, isto é, não aberta ao debate, à criação democrática do direito.¹¹⁵

Nessa atmosfera, o direito penal fascista buscava, em primeiro plano, a proteção do Estado, com penas gravíssimas aos crimes políticos, a evidenciar ao extremo a prevenção geral como forma de intimidação e a exacerbar o modelo organicista, com a difusão da idéia de que o Estado criava a nação. (exemplo: Código Penal italiano de 1.930, obra confessa do fascismo). Na tipificação dos delitos, o autoritarismo se refletia na qualificação do bem jurídico afetado. O estupro era o atentado contra a moralidade pública e os bons costumes,

¹¹⁵ O desenvolvimento econômico Europeu não “era linear e regulado automaticamente pela concorrência, a fé em um processo indefinido guiado pela ciência e à frente do qual se achavam ‘naturalmente’ os melhores, começa a desvanecer-se com a crise depressiva de 1890/1896, que produz desemprego na Europa e nos Estados Unidos. ... Este panorama gera situações novas, o que revela a quebra do modelo no qual a sociedade é um organismo cujas células sãs expulsam as

não agressor da liberdade sexual. O aborto não atingia a pessoa, mas sim a saúde e a integridade da estirpe, que é um bem jurídico da nação.¹¹⁶

O Estado nazista superou o organicismo pela irracionalidade da *raça superior*, que não podia se contaminar com as *raças inferiores* (judeus, negros e ciganos). Assim, a pena nem funcionava como prevenção nem era vingança, mas simples segregação daqueles que atacavam a integridade do povo Alemão. A punibilidade foi estendida para além dos atos preparatórios (exemplo: era crime *planejar* o homicídio de qualquer líder nazista). Nem se fala em bem jurídico, haja vista o sancionamento de relações sexuais entre arianos e outras *raças*, até com a introdução da esterilização como medida de segurança e a castração para certos delitos sexuais. Por fim (1.935), aboliu-se o princípio da legalidade, instituindo-se a analogia penal.¹¹⁷

Respeitadas as resistências pontuais ao autoritarismo e à irracionalidade, o fato é que o poder condicionou o saber penal, que passou a produzir os substratos necessários à ideologia da dominação, tanto antes da implantação dos regimes totalitários (na vazante positivista do século XIX), instrumentalizando o poder, como depois, para a manutenção do mesmo; com

efêmeras. ... O organicismo positivista e mecanicista entra em crise e seu lugar vai sendo ocupado por um modelo funcional, fisiológico” (*ibid.*, p. 321).

¹¹⁶ “O direito penal fascista serviu para apoiar um Estado que exercia seu totalitarismo com o objetivo de atingir um desenvolvimento acelerado que lhe permitisse superar o ‘subdesenvolvimento’, pois, devido a este, significativas massas da população haviam sido empurradas à emigração e a consolidação da sua própria unidade política ficara comprometida, dificultando a integração das regiões mais pobres. Daí que fosse um estatismo fortemente chauvinista, o que fez com que, em virtude da perda do sentido da realidade, assumisse todas as formas simbólicas romanas e degenerasse em delírio imperialista que acabaria catastroficamente na guerra. Seu caráter ‘estatista’ nutriu-se do idealismo neo-hegeliano e do positivismo, ambos elementos ideológicos que podem ser encontrados em sua legislação” (*Ibid.*, p. 334-335).

¹¹⁷ BATISTA, N., *Introdução crítica ...*, p. 75, aponta que o Brasil também já fez uso da analogia no Estado Novo (Dec-lei 4.166/42).

maior evidência, retirando os elementos políticos, humanos, éticos, sociais, críticos e democráticos do direito penal, dada a capacidade contestadora, renovadora e superadora dos mesmos, taxando-os de sentimentos ou emoções que, por não serem verificáveis fisicamente, seriam pseudoproblemas, típicos da metafísica.¹¹⁸

Importante registrar também que, a acompanhar os fatos históricos, não se podendo falar em sincronismo em razão da dinâmica que é

¹¹⁸ Como a importância estava deslocada para o método, que permitia a identificação do objeto e, assim, da ciência, o processo de depuração do direito chegou ao ápice com a *Teoria pura do direito* (KELSEN, H.). Traços marcantes da obra: preocupação em conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas que, no final do século XIX e início do século XX, colocavam o direito como apêndice da sociologia, da psicologia e até dos estudos dos princípios de ciências naturais. Em síntese, pelo princípio da pureza (*Teoria ...*, p. 1-3) o método e o objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Assim, para o jurista, o direito deveria ser encarado como norma. KELSEN, reducionista, afastou os valores humanos do fenômeno jurídico, embora não tenha negado os vários aspectos extranormativos do direito. Condicionado pela ideologia da dominação, confundiu-o com a norma posta sob a justificativa de que a ciência jurídica não deveria se ocupar do estudo de todas as vertentes do pensamento das ciências humanas, como psicologia e sociologia, o que levaria a debates improdutivos e sem rigor metodológico, caracterizador de qualquer pensamento científico. A distinção metodológica é atribuída à chamada escola de Marburgo (na qual se pode incluir KELSEN), para quem o conhecimento, isto é, o método, é o que cria o objeto, com o que suas construções acabam em lógica metódica e sua própria metafísica é a lógica metodológica. Embora sem grandes repercussões penais, estas atribuídas à escola de Baden, não há dúvida da sua contribuição ao esvaziamento do direito, mormente pelo exacerbo metodológico. “O neopositivismo nega toda a metafísica, mas é uma metafísica. Funda-se em que o único critério de verdade é o da verificação sensível, mas não é possível verificar sensivelmente que este seja o único meio de obter o critério de verdade, de modo que seu ponto de partida é tão metafísico quanto o dos outros. Tem para a nossa ciência as mesmas conseqüências que qualquer outro positivismo, só que, ao depurar-se do irracionalismo organicista, tornou-se mais coerente e tem feito maiores contribuições metodológicas, particularmente através de sua depuração da linguagem e do seu aperfeiçoamento da lógica, em especial a simbólica” (ZAFFARONI, E. R., e PIERANGELI, J. H., *op. cit.* p. 327). MOCCIA, S., *De la tutela ...*, p. 117, ao analisar o tecnicismo normativista e suas implicações nos modelos penais autoritários, destacou que o bem jurídico foi conduzido a sua mais genuína desnaturalização. O formalismo, derivado do positivismo exacerbado, serviu de base para a codificação fascista de 1.930 e para a evolução autoritária do direito penal nazista. Tanto na Itália como na Alemanha, segundo o autor, assistiu-se “a la marginación del bien jurídico de la teoría del injusto, mediante su utilización reducionista en clave meramente interpretativa, en el sistema pena italiano, o a su expulsión fáctica, en el sistema alemán, a favor de una perspectiva de ciolaciones del deber”. Conforme CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op., cit.*, p. 24, “se impulso así la razón de Estado sobre la razón de individuo”.

própria das ciências humanas, as escolas do pensamento jurídico (aqui uma arbitrariedade designativa, já que tais escolas nunca existiram) refletiram, de certa maneira, o fenômeno depurativo do direito.¹¹⁹

¹¹⁹ Ainda no século XIX, com o declínio do historicismo, de percepção social, embora meramente chancelador dos usos e costumes, ou seja, dos fatos passados, retirando a característica superadora do direito, surgiu a chamada escola da jurisprudência dos conceitos, idealizada pelos pandectistas (Alemanha), que se caracterizava pela re-elaboração dos institutos romanos, que passaram a ser os instrumentos do aplicador do direito e, em última análise, a idéia do próprio direito, formado da atividade conceptual. Depois, o realismo critica a escola dos conceitos, a afirmar que eles não traduzem o direito. IHERING aponta que o direito não é formado de conceitos, nem se relaciona com a realidade social. O que condiciona a sua formação são os fins do direito. Instala, com isso, o pragmatismo, já que o direito deve acomodar os interesses em evidência. Daí que o centro da idéia de direito reside no atendimento dos interesses e necessidades. Implementa, assim, uma idéia dinâmica de direito, que seria produto de uma luta de interesses. Ressalte-se que a idéia de disputa dizia respeito apenas aos interesses individuais. Pode-se dizer que ele foi o precursor do direito subjetivo e da visão dialética do direito, tendo rompido com o abstratismo que direcionava as visões anteriores. Em resumo, IHERING acaba por impulsionar a escola da jurisprudência dos interesses, para quem o direito não é um conjunto de normas somente. O jurista precisa conhecer os interesses encartados na estrutura normativa e privilegiar aqueles que são preponderantes. A jurisprudência dos interesses acaba por lançar as bases do movimento do direito livre, a indicar que o jurista devia conhecer os fatos sociais e ter a liberdade de decidir até mesmo contra a lei, se a realidade social assim impusesse, já que o direito brotaria dos fatos sociais. Logo, havendo conflito entre a lei e os fatos sociais, haveria a prevalência dos últimos. O pensamento do direito livre difere da jurisprudência dos interesses, cujo parâmetro era a lei que não podia ser contrariada, desprezada. Ao contrário, o direito livre pregava que a estrutura normativa devia-se adequar aos fatos sociais. Do movimento do direito livre, extrai-se que o intérprete dispõe de liberdade para investigar os fatos sociais, mas sempre atrelado a um método científico, rígido, pois os analisa sob o prisma da causalidade, o mesmo sistema utilizado pela sociologia. Pode-se dizer que esse pensamento seria uma variante do sociologismo jurídico. Dentro do movimento do direito livre, outra vertente pode ser destacada. A idéia de direito resultaria da soma da lei e dos movimentos sociais, de onde nasceriam as normas. É a base do direito alternativo. Não se confunde com o anarquismo, mesmo porque o intérprete está atrelado à estrutura normativa ou às leis que brotam dos movimentos sociais. Assim, o conjunto de normas flutua dentre dos movimentos sociais. Em suma, tanto a jurisprudência dos interesses como o movimento do direito livre são variantes do realismo jurídico (convém ressaltar que o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro não reflete escola específica do pensamento jurídico. Teria maior proximidade à jurisprudência dos interesses, já que dispõe que o juiz deve buscar os fins sociais a que se destina a lei). Mas, vale observar que o realismo norte-americano importa-se, tão somente, com o funcionamento dos tribunais. Despreza-se qualquer abstratismo, e a té mesmo a lei. O realismo escandinavo valoriza um pouco mais a lei. Agora, como o direito nasce dos tribunais, cujas decisões são tomadas a partir dos argumentos que são lançados, o direito, nesse modelo, é aquilo que alguém convenceu de que é direito. Das *escolas* analisadas, observa-se que não havia, até então, um método, um objeto, que identificasse o direito como ciência. Tanto que a sociologia exercia grande influência na metodologia do jurista. Daí surgiu KELSEN, com a teoria pura do direito, separando o direito da sociologia, da economia, da psicologia, etc, a sedimentar aquilo que seria o normativismo jurídico. Esquema de acordo com GUSMÃO, P. D., *Introdução ...*, p. 357-393, e CAMARGO, M. M. L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, p. 57-124.

3.6.3. O esvaziamento do conceito de bem jurídico-penal

Segundo ANDRADE, “a publicação da obra de R. HONIG sobre *o consentimento do ofendido* em 1.919 marca uma viragem e o início de nova etapa na história da doutrina do bem jurídico,”¹²⁰ no bojo do clima normativista, radicalizador da interpretação legal.¹²¹

De acordo com o resumo de ANDRADE, pela formulação de HONIG o bem jurídico é o “fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve”, como uma “síntese categorial com a qual o pensamento jurídico tenta captar o sentido e o fim das singulares prescrições penais.” Desse modo, enquanto síntese, o “objecto da tutela é apenas o produto da reflexão especificamente jurídica”, o que resulta na conclusão que “os objetos da tutela não existem como tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objecto do escopo das disposições penais”.¹²²

Sendo assim, como explica CUNHA, “o conceito de bem jurídico não tem existência prévia à das próprias prescrições penais, não se

¹²⁰ *A nova lei ...*, p. 78. No mesmo sentido, CUNHA, M. C. F., *Constituição ...*, p. 64, e LOPES, M. A. R., *Critérios ...*, p. 341.

¹²¹ “Sob a influência directa da filosofia neo-kantiana vai assistir-se ao triunfo duma concepção metodológico-teleológica do bem jurídico, doravante identificado com o *telos* ou a *ratio legis* das normas incriminatórias. O bem jurídico converte-se, assim, numa categoria omnicompreensiva, à qual se reconduzem todos os elementos relevantes da factualidade típica, inclusive as modalidades de acção e as atitudes pessoais do agente” (ANDRADE, M. C., *op. cit.*, p. 79). No mesmo sentido: “A partir do começo do século, aparecem as orientações espiritualistas que, sob influência neokantiana, desenvolvem na área penal a concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico” (PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 33).

¹²² *Op., cit.*, p. 79.

confundindo com os substratos da realidade em que os valores poderão assentar; a sua origem é normativa”. Dessa maneira, a concepção de HONIG pretende distinguir o “objecto da tutela” do “objecto da acção”, distinção “que não teria sido feita por Bimbaum ao conceber o bem jurídico como um objecto da realidade empírica, objecto material do mundo exterior (concepção de que Binding não se terá totalmente libertado), nem por Liszt ao identificar o bem jurídico com os interesses da vida dos indivíduos”. Como o bem jurídico é o resultado da “reflexão especificamente jurídica, os objectos da tutela não existem enquanto tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objecto do escopo das disposições”.¹²³

Nas palavras de PRADO, o bem jurídico é “entendido com um valor cultural”, tendo como “característica básica” a colocação do delito “no mundo valorativo, em vez de situá-lo diretamente no terreno do social”. Daí que se procura vincular o bem jurídico “à *ratio legis* da norma jurídica - no sentido teleológico de cada tipo penal - o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo”.¹²⁴ É a norma, portanto, que diz qual é o bem jurídico tutelado. Não há qualquer investigação anterior para se saber o que a norma quis absorver. Valoriza-se o complexo normativo, forçando a realização da lógica-jurídica.

Não parece difícil criticar essa concepção de bem jurídico. Como a própria designação já diz, a concepção não passa de exercício de lógica-jurídica, que, por sua vez, “não guarda absoluta correspondência com a

¹²³ *Op. cit.*, p. 65 e 66.

¹²⁴ PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 34 e 35.

realidade”.¹²⁵ Inibe qualquer tentativa de estabelecimento de um elo entre a norma e os outros componentes do fenômeno jurídico. Obviamente, não aceita a discussão sobre a questão da limitação da atividade legiferante. Ao contrário, permite até a extensão dos preceitos, pois a metodologia importa mais do que a reflexão sobre a envergadura da norma penal.¹²⁶

Como assinala CUNHA, “em relação ao plano crítico”, é patente que “a concepção metodológica não tem, pois, uma finalidade limitadora do poder punitivo estadual; ela aceita a onipotência do legislador e apenas interpreta os dados legais por este estabelecidos”. Mais ainda, não se encontra “uma intencionalidade limitadora do âmbito das prescrições penais; muito pelo contrario - orientou-se no sentido de uma interpretação extensiva das normas, conferindo-lhes assim o âmbito mais lato possível de aplicação.”¹²⁷

Para DIAS, a compreensão do bem jurídico como produto da interpretação “deve hoje ser rejeitada em absoluto”. O conceito, apenas dentro do sistema legal, “perde completamente a ligação a qualquer teleologia político-criminal e deixa de poder ser visto como padrão crítico de aferição da

¹²⁵ COELHO, F. U., *Roteiro de lógica jurídica*, p.18.

¹²⁶ Como crítica geral à noção metodológica, tem-se que a “análise da linguagem, que aclara o conteúdo do ponto de vista da lógica, é insuficiente como fundamentação, porque não nos serve para superar o plano do cotidiano, do inautêntico, e distingui-lo do autêntico” (ZAFFARONI, E., R., PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 327).

¹²⁷ *Op., cit.*, p. 68. Quanto ao alargamento das balizas prescricionais penais e superficialidade conceptual do bem jurídico, “sabemos que no homicídio qualificado, para dar apenas um exemplo, se tem em conta não só bem vida, como a particular forma de actuação, a especial relação entre agente e vítima, os próprios sentimentos que movem o agente..., abarcando o bem jurídico o conjunto destes elementos. É claro que com este entendimento de bem jurídico ele passa a identificar-se com o conteúdo da norma, perdendo completamente a autonomia e transformando-se assim num ‘conceito absolutamente supérfluo’, sem qualquer capacidade dogmática crítica” (*op., cit.*, p. 69).

legitimidade da criminalização”, isto é, perde “todo o seu interesse para a determinação do conceito material de crime”. Tem-se com isso que “o legislador, ao editar um preceito, tem sempre com ele em vista a tradução de um sentido e a obtenção de uma finalidade quaisquer”. Atribuir ao bem jurídico “uma função puramente hermenêutica significaria sempre, deste modo, o seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta”.¹²⁸

Enfim, a *ratio legis* antes determina uma postura do jurista, atrelado à verificação objetiva do fato (lei). Sob o pretexto da expurgação da interpretação das atitudes políticas, o procedimento em nada contribui para encontrar uma noção apta de bem jurídico, capaz de circunscrever o âmbito de atuação do direito penal.

No dizer de MOCCIA:

*También desde un punto de vista político-criminal la utilización de la ‘ratio’ en parámetros de objeto de tutela no sólo es inadecuada, sino también peligrosa para las garantías individuales. Desde esta perspectiva resulta inadecuada, por su naturaleza misma, para ofrecer una noción significativa de bien y, por tanto, parece absolutamente inidónea para llevar a cabo un función de delimitación de la intervención estatal en materia penal. En efecto, la defensa del ‘bien-ratio’ conduce a la incriminación de conductas que pueden ser contrarias a la ‘ratio’ de una o más disposiciones, pero que, realmente, están muy lejos de la efectiva lesión del bien que la conducta se propone en realidad atacar.*¹²⁹

¹²⁸ *Questões ...*, p. 64.

¹²⁹ *De la tutela ...*, p. 122.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA DA PRIMEIRA PARTE

A considerar a importância do bem jurídico para extremar os contornos do *legitimamente crimínável*, a revelar o espaço de interferência do direito penal, mormente na definição legislativa do crime, tem-se a inexatidão, até este momento do trabalho, dessas fronteiras. Do analisado, a noção do bem jurídico é insuficiente para garantir a liberdade no ambiente do Estado Democrático de Direito.¹³⁰

Antes do iluminismo a essência da punição residia na expiação. Detidamente no direito com fundamento teológico, punia-se para *desculpar*, arrancar o pecado, penitenciar. A idéia da realização da justiça baseava-se na legitimidade do intérprete das leis divinas. Deduzia-se a vontade do ente superior, a estruturar o conteúdo da lei na metafísica teológica.¹³¹

Além da mera violência, também pelo imobilismo do antigo regime, incompatível com o mercantilismo em expansão, com a acumulação de capital por meio do comércio, o iluminismo, nomeadamente a revolução burguesa, subverteu o sistema, a engendrar outra concepção ao direito natural,

¹³⁰ Constata-se também a ingerência das concepções do próprio Direito, como um todo, e assim deve ele ser visto, a moldar não só a visão abstrata, teórica, do fenômeno jurídico, como ainda a operá-lo no controle social, em grande medida, como instrumento eficiente a serviço do poder, ou seja, como legítimo recurso de dominação.

¹³¹ As mazelas desse sistema, violência, segregação, desumanidade, podem ser resumidas numa palavra: irracionalidade. Tãmanha era a ausência de parâmetros punitivos (cuja violência não baseada na pena privativa da liberdade, diga-se de passagem) que nem se fala em direito penal nesse período, como hoje tenta-se conhecer. Pode-se equiparar o sistema ao tratamento dispensado aos animais; embora tal assertiva pareça viva na atualidade no nosso sistema prisional. Em síntese, a concepção do direito natural, alicerçado na justificação teológica, principalmente, fazia da punição artefato do poder; utilizada como propaganda da diferença social, pois só os súditos sujeitavam-se à violência. Assinale-se que o sistema não escondia tal proposição, pois o cerne da manipulação da pena residia na intenção de deixar bem clara estratificação imutável da sociedade.

visto com fundamento antropológico. Assim, a se valer da valorização do homem, difundida pelo renascimento, montou-se a incongruência entre a punição irracional e a necessidade de critérios racionais para o seu implemento.¹³²

Especificamente ao bem jurídico-penal, a primeira construção teórica (Birnbaum) foi insuficiente ao desiderato da limitação do poder punitivo, pois eram extremamente opacas as linhas do bem jurídico, embora o sentido da pré-juridicidade tenha suas raízes nessa primeira formulação. Mais adiante, na trilha deixada pelo racionalismo iluminista, viu-se o defloramento do positivismo, corrente importante do pensamento jurídico, sustentador da noção orgânica da sociedade.¹³³

Assim, pela experiência sociológica, LISZT tratou da limitação do poder punitivo a apontar que a pena só incidiria para tutelar bens fundamentais do homem, encontrados na vida, nas relações humanas. Bens esses que eram,

¹³² Não se pode afirmar, peremptoriamente, a expressão humanitária como característica exclusiva do movimento da ilustração. Em primeiro lugar, ao estabelecer a diretriz racional e arquitetada da punição, enxerga-se o contraponto marcante com o regime derrubado. Ou seja, o discurso racionalizante serviu, e muito, para marcar a diferença entre o novo e o velho Estado, a fixar a verdadeira incompatibilidade entre eles, a favorecer, com isso, a implantação do Estado contratual. Ademais, com a estabilização do poder pela burguesia, assistiu-se à consolidação da prisão privativa da liberdade cuja moldura ainda hoje é aproveitada. Portanto, pode-se dizer que o surgimento do direito penal acompanhou a fixação duma nova estrutura de poder. Ressalte-se ainda que a construção teórica do utilitarismo da pena serviu de alicerce para a prevenção especial do positivismo, a desembocar nos irracionalismos do tratamento do delinqüente nato (Lombroso) e da visão da existência de uma casta de *fracos* na sociedade (Nietzsche), discurso assenhorado pelo do nazismo. Mas, em que pese tais objeções, o iluminismo representou um novo paradigma para o direito, nomeadamente para o direito penal, com a ilustração do homem, pintado como o centro do mundo, criador das suas regras, de modo que o irracionalismo da pena do antigo regime, com ausência total de limites ao poder de punir, choca-se com o anseio antropológico, que busca levantar obstáculos formais e materiais ao *ius puniendi*. Arrisca-se a dizer que o iluminismo apresentou o vetor para o estabelecimento dos limites da atividade punitiva do estado, a preocupar-se incisivamente com o homem, receptor da punição.

¹³³ Nessa atmosfera, o positivismo tomou conta da produção do direito. Agrega-se a esse assenhramento a explosão científica das ciências causais, com seus métodos empíricos da

portanto, inatos.¹³⁴ BINDING, doutro lado, asseverava a lei como única expressão do bem jurídico, a tornar o direito reduzido à legalidade.

O não escalonamento de quais os bens fundamentais a serem apanhados pelo direito penal, ou a falta de critérios dessa seleção, pode ser visto como a falha das concepções positivistas, que, na extremidade do legalismo, leva à autorização desmedida da criminalização, pois interessa apenas a vontade do legislador, ainda que sem compatibilidade com os bens carentes de proteção.

Mas, em que pese a deficiência do positivismo jurídico, a fase seguinte das tentativas teóricas de construção do bem jurídico-penal (HONIG), com maior expressividade, o normativismo, concebido no empirismo legalista e na busca incessante dum método e dum objeto que identificasse o direito como ciência, aniquila o conceito de bem jurídico, pois a norma era a única garantia da pureza metodológica, a retirar as impressões sociológicas, econômicas, entre outras, desnaturava o direito.

Daí que o bem jurídico só podia estar ligado à interpretação da norma. Ele era deduzido da *ratio legis*. Não havia qualquer investigação anterior para se conhecer o que a norma quis absorver. Importa o complexo normativo, a forçar a realização da lógica-jurídica, procedimento desgarrado da realidade.

Nem é preciso discorrer novamente sobre o defeito desse sistema, já que é patente a sua não operatividade limitadora da criminalização, que responde, quando muito, à lógica formal da estrutura hierárquica das normas.

resolução dos problemas e de percepção da realidade. O direito teria que depender duma matriz, duma fonte que lhe desse substância.

Qualquer argumentação material, ainda que ambientada na norma maior, falece de legitimação, ou não pertence ao direito.

Extrai-se desse arrazoado, num segundo momento, não como revelação, algo incriado, mas só depois da oposição dialética, ou seja, dialogando incessantemente com os fatos históricos, que a matriz fornecedora dos critérios legítimos para barrar o exercício do poder de punição não foi encontrada por vários motivos, a destacar a corrida pelo cientificismo e o desapego à tradição liberal.¹³⁵

A pureza da metodologia normativista, de forte convencimento pois ainda na atualidade o direito é identificado com a norma, mostrou-se insuficiente ao desiderato da ontologia jurídica. A norma hipotética fundamental nada explica nesse sentido, podendo-se afirmar que ela não passa de outra metafísica sustentando o direito.¹³⁶

Em síntese, o argumento normativista atravanca o caminho da procura da matriz regulamentadora do poder punitivo. Ao desprezar os aspectos extranormativos para o raciocínio jurídico, afasta junto o intento da limitação

¹³⁴ Dentre os principais méritos de LISZT está a transcendentalidade do conceito de bem jurídico, isto é, um conceito que parte de dados da vida, fornecido pelas relações sociais, o que é fundamental para desvincular as amarras puramente positivistas-legalistas.

¹³⁵ Do apanhado sobre as concepções do direito e do bem jurídico-penal, pode-se concluir, num primeiro fôlego, sem discurso panfletário, que o direito, mecanismo de controle social, sempre esteve a serviço do poder; este, condicionante permanente do conhecimento jurídico. Interessante observar no processo histórico, principalmente após a revolução burguesa, que o pensamento jurídico é forjado pela ideologia mantenedora do poder político, modificando-se com as revoltas sociais, tendendo a acomodá-las no sistema. Por isso que hoje se compreende que os direitos, até à legalização, são conquistas da luta, do enfrentamento aberto, quer no campo macro-social, como os movimentos de classe, de sindicatos, de trabalhadores rurais e urbanos, quer na esfera micro-social, processos judiciais e universidades.

¹³⁶ Todavia, esse entendimento reducionista contribui, e muito, ao regime capitalista. Não é a toa que os mais destacados juristas (dentre eles, HART) do sistema da *common law*, de raízes

material da criminalização, que depende do diálogo com as estruturas formais, sem deixar de fora da pauta as conclusões decorrentes das relações humanas, do direito criado na rua (LYRA FILHO).

Daí que a retomada da discussão sobre a questão do bem jurídico-penal, capaz de situar o âmbito do que pode ou não ser criminalizado, passa obrigatoriamente pela desconsideração da visão exclusivamente normativa do fenômeno jurídico. O conteúdo material, ao que consta novamente apresentado nos anos sessenta e setenta do século XX, é elemento da construção democrática da noção de bem jurídico.¹³⁷

Assim, a conjugação desses ingredientes, debate infinito com o processo histórico, resgate das tradições liberais, enaltecimento do aspecto material do fenômeno jurídico, além da elevação da importância da Constituição na seara penal, parece possibilitar a superação das visões parciais do direito penal, bem como o direcionamento para uma melhor delimitação do *ius puniendi*.¹³⁸

sociologistas (historicismo), rumaram ao normativismo, ou, pelo menos, trabalharam na expectativa do império da lei.

¹³⁷ Contudo, ele não é o bastante. Para não cair na arbitrariedade, o referencial normativo aglutinativo de valores essenciais tem que estar presente, para legitimar a atuação criminalizante e para robustecer a configuração do Estado Democrático de Direito. Essa referência normativa é a Constituição. Expressão maior do consensualismo social, aglutinadora das mais variadas tendências dos homens que compõe a sociedade, esquecida nas concepções até então analisadas.

¹³⁸ Adicione-se a postura crítica, a argamassa da construção, concebida, aqui resumidamente, como a atitude não conformista, ou seja, não coadunada com perfeição alguma do sistema penal, pois a

PARTE II

BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO:

PANORAMA DESCRIMINALIZANTE

5. Abertura - 6. Tentativas teóricas de estabelecimento do conceito de bem jurídico-penal (*continuação*) - 6.1. A retomada das noções liberais - 6.1.1. Escorço histórico - 6.1.2. Implicações práticas do retorno liberal - 6.2. Elaboração de cunho sociológico - 6.2.1. Nota inicial - 6.2.2. Concepção sociológica do bem jurídico-penal - 7. Teorias constitucionalistas do bem jurídico-penal - 7.1. Considerações iniciais - 7.2. Incidência da Constituição no direito penal - 7.3. Teoria constitucional de caráter geral - 7.4. Teoria constitucional de caráter estrito - 8. Panorama descriminalizante e considerações conclusivas - 8.1. O bem jurídico e o injusto penal - 8.2. Bem jurídico: descriminalização/criminalização - 8.3. A questão da imposição da criminalização.

5. ABERTURA

Com a retomada das concepções liberais após a segunda guerra mundial, dada a insuficiência, quando não inexistência, da conceituação material do crime para impor limites ao poder punitivo, a preocupação acerca da matéria tem flutuado, nas últimas décadas, entre a proteção de bens jurídicos com apego em construções sociológicas e em edificações baseadas na Constituição,¹³⁹ diga-se de passagem, neste ponto, ainda sistematicamente inobservada no direito penal.¹⁴⁰

dignidade radicalizada dos direitos humanos tende à superação do próprio direito penal; no mínimo, da prisão privativa da liberdade.

¹³⁹ “*Las tendencias formales en la conceptualización del bien jurídico fueron desplazadas por los postulados constitucionales y sociológicos que pretendieron, los primeros, delimitar el ámbito de tutela de las normas sancionatorias de acuerdo com los dictados positivos emanados de la Constitución y, los segundos, conciliar dogmáticamente el derecho penal con las estructuras*

Nesses termos, pretende-se apresentar nesta parte do trabalho o retorno às concepções liberais, a concepção sociológica mais saliente, a

sociales vigentes y su explicación a través de la teoría de los sistemas” (CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op., cit.*, p. 61).

¹⁴⁰ A postura interpretativa mais simples coloca a Constituição acima do ordenamento jurídico e do espaço onde trabalham os construtores do direito. Todavia, a Carta Maior não tem a mesma imbricação no direito penal. O descaso com o qual se trata a relação Constituição/direito penal é enorme. Não se encontra correspondência entre a Constituição e a legislação penal. Na colocação precisa de FIANDACA, G., *O bem jurídico ...*, p. 411: “O catálogo dos bens penalmente protegidos é mais amplo do que aquele dos valores constitucionalmente relevantes.” Daí a pergunta oportuna de LOPES, M. A. R., *Critérios ...*, p. 25: “De maneira mais elaborada, a dúvida pode ser representada pelo seguinte enigma: Por que no processo legislativo criminal não se tem atenção específica ao comando constitucional que determina que, na seleção de bens jurídicos penalmente relevantes, quando da cominação da pena, deve-se ter em vista uma proporcionalidade entre as respectivas sanções de molde a não contrariar o sistema de valores fundamentais constitucionalmente definidos?” Ademais, “contendo a Constituição as decisões de fundo mais importantes para a ordem jurídica, quer a nível organizatório quer material, as opções valorativas mais fundamentais e simultaneamente mais consensuais, ela reflecte o ambiente social-valorativo de uma comunidade e impõe-se a toda a ordem jurídica. Ela é o ‘estatuto fundamental da ordem jurídica geral’. Dever-se-á impor, assim, ao direito penal, e até com particular incidência e particular legitimidade, uma vez que entre estes dois planos jurídicos intercede uma relação mais estreita, em virtude do próprio Direito Penal contender com os valores mais essenciais à vida do homem em comunidade” (CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 19, 115 e 116). Entretanto, no caso brasileiro, para se ter exemplo do não atendimento aos preceitos constitucionais no âmbito da desproporcionalidade das penas em face do bem jurídico violado, a extorsão mediante seqüestro, se do fato resulta lesão corporal de natureza grave, capitulada como crime patrimonial (Código Penal, art. 159, § 2.º), prescreve uma das maiores penas mínimas da legislação, dezesseis anos de reclusão. Mas, quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, matar membros do grupo, crime de genocídio (Lei 2.889/56), pode ser punido com pena (mínima) de doze anos de reclusão. Noutra caso, relativo à importância dos bens jurídicos, aquele que, na companhia de mais um, furta um rádio de pilha, estará sujeito à pena mínima de dois anos de reclusão (Código Penal, art. 155, § 4.º), sem direito ao *sursis* processual. Mas, se ele fizer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo, sua pena mínima é de seis meses de detenção (art. 2.º, I, Lei 8.137/90). Assim, diz LOPES, M. A. R., *op., cit.*, p. 25, “como é cediço, entre nós, a regra geral na elaboração das normas penais, infelizmente, tem sido a de não se observar criteriosamente nenhuma correspondência entre condutas, penas e valores constitucionais. É verdade que esse não é nem genuína nem exclusivamente um problema do Direito Penal brasileiro, embora aqui tenha ganho contornos de dramaticidade invejáveis. Temos sustentado que no Direito Penal Brasileiro as penas são distribuídas aos delitos por puro acaso, numa irresponsável loteria da liberdade e da dignidade humana. Leis novas e velhas primam pela desproporcionalidade entre disposições sancionadoras em situações de causar arrepios. Bens jurídicos os mais variados são igualmente sancionados como se a lesividade - no sentido da danosidade social - verificada entre eles fosse idêntica”. Ora, vidas (mais de uma pessoa - num crime de ódio, abjeto, cravado do preconceito racial) valem menos que o patrimônio? O patrimônio público (do qual o próprio Estado depende para cumprir seus compromissos financeiros e promover a igualdade material) localiza-se num patamar inferior ao patrimônio individual? Para a legislação, como acima-exemplificado, parece que sim. Mas, para a Constituição, numa simples olhadela (arts. 3.º, III, IV e 5.º, *caput*), vê-se o contrário.

caraterização da Constituição como sistema consensual de valores essenciais, determinativos da noção de bem jurídico e, por fim, discorrer sobre o programa da descriminalização.¹⁴¹

¹⁴¹ Aqui vale colocar que, além da seara legislativa, a postura do construtor do direito merece atenção. Não parece adequado *culpar* apenas o legislador, a atribuir a ele a responsabilidade pelo destempero legal, ou pela descolagem da lei penal da Constituição, como se o aspecto normativo fosse o único interessante, ou a exclusiva forma de manifestação do Direito Penal. *Culpado* será o legislador? Quer dizer então que durante todos esses anos, da pena de morte ao escravo que atentava conta a vida do senhor, já na vigência do Código Criminal do Império, à Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), que passa por cima do princípio constitucional da presunção da não-culpabilidade (art. 5.º, LVII), com a proibição da liberdade durante o processo, sempre existiram abomináveis legisladores, mal intencionados, inimigos da liberdade e da justiça? Parece inocência inadmissível nisso acreditar, ou prostração útil ao discurso ideológico que coordena o Estado, que não é algo vazio, incriado, mas que só existe por causa (e para a satisfação) do homem. Daí que o *culpado*, ou *culpados*, pela desumanidade, ou flagrante inconstitucionalidade, para o segundo exemplo acima-assinalado, é algo muito mais complexo, mais orquestrado, e portanto mais difícil de lidar e combater, que é o discurso dominante que constrói as mais diversas realidades sob sua ordenação. Bem a verdade que a norma assume destacada importância no manuseio do Direito Penal, mormente nas regras limitativas do poder punitivo. Entretanto, a atitude do penalista é decisiva, pois o Direito, como um todo, não está no vácuo (só a lei abstrata), já que existe, ou é percebido, na concretude, na aplicação, na difusão das idéias, nos paradigmas da teoria. Tanto que a própria lei penal delega ao aplicador o poder construtivo do direito ao estabelecer uma pena mínima e uma pena máxima, a deixar que o *caso concreto* seja julgado, seja passível de dimensionamento para que se possa, de maneira particularizada, *fazer justiça*. Assim, não satisfaz à noção do bem jurídico-penal a crítica direcionada unicamente ao legislador. Este cumpre parcela da função construtiva do direito, que é permanente, histórica, dinâmica e dialética. Os agentes construtores do Direito (Eleitores, Legisladores, Imprensa, Juizes, Promotores, Advogados, Partes, Polícia, Servidores, etc) também se assenhoram dum *naco* do processo, a torná-los responsáveis por suas decisões, procedimentos, e, principalmente, por suas atitudes frente ao fenômeno jurídico. Dessa maneira, é equivocado, às vezes ingênuo, mas sempre inaceitável o discurso da irresponsabilidade, ou da transferência desta (em outras palavras: *não é meu o problema, mas do legislador*), sobre a valorização e a hierarquia do bem jurídico-penal, que exige, em que pesem as mazelas legislativas, a participação responsável de todos. Mas, para que não pareça arbitrariedade, ou convicção íntima, a *formatação* da postura crítica dos responsáveis pela edificação do Direito Penal, com maior preponderância nos poderes instituídos (legislativo e judiciário), vem da Constituição. Mesmo assim, “uma observação faz-se aqui necessária de acordo com essa corrente de pensamento. O apelo à Constituição não basta para preencher a área de significado do conceito de bem jurídico: a Lei Maior não é uma varinha de condão idônea a solucionar magicamente todas as questões a ele atinentes. Constitui, sem dúvida, uma indicação válida, um critério relevante, um excelente ponto de partida, mas não é tudo” (LOPES, M. A. R., *op., cit.*, p. 425). Importa ressaltar que a Constituição traça, na sua supremacia formal e material, principalmente na última, os ditames valorativos a serem seguidos, de modo que compete ao legislador e ao juiz, para exemplificar, a criminalização ou a descriminalização das condutas; ou, numa linguagem técnica para o último, a penalização ou a despenalização no caso concreto. Segundo HULSMAN, L. H. C., *Descriminalização*, p. 7, *descriminalização* é o “... ato pelo qual um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (juiz)”. Como definem ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual ...*, p. 358-359, a partir da terminologia utilizada no Congresso de Prevenção do Crime e Tratamento do

Ressalte-se que a Constituição, mesmo com *vida* cada vez mais curta,¹⁴² mas em razão dos princípios humanos (comezinhos) nela sedimentados, sólidos e incrivelmente protegidos pela própria constituição de qualquer mudança, aliás, de propostas tendentes a aboli-los (CF/88, art. 5.º c.c. 60, § 4.º), ainda é o instrumento mais idôneo e eficaz para determinar os rumos do direito penal.

6. TENTATIVAS TEÓRICAS DE ESTABELECIMENTO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL (CONTINUAÇÃO)

6.1. A retomada das noções liberais

Delinqüente, promovido pelo Organização das Nações Unidas, Caracas, 1.980, “a) A *descriminalização* é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal. Isto é o que propõe o Comitê Europeu para a Descriminalização em relação a vários delitos: cheques, furtos em fábricas por empregados, furtos em grandes lojas, etc. A descriminalização pode ser de ‘fato’, quando o sistema penal deixa de agir sem que formalmente tenha perdido competência para isto, o que entre nós tem lugar, por exemplo, com o adultério. Em alguns casos, com a descriminalização propõe-se que o Estado se abstenha de intervir, como nos países que têm derogado as cominações penais contra a conduta homossexual adulta, que havia permanecido como um ranço em suas leis. Mas na maioria dos casos, o que se propõe é que o Estado intervenha apenas de modo não punitivo: sanções administrativas, civis, educação, acordo, etc. b) A *despenalização* é o ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações, etc). c) *Diversificação* é a possibilidade legal de que o processo penal seja suspenso em certo momento e a solução do conflito alcançada de forma não punitiva. É o que acontece no sistema de ‘prova’ anglo-saxão ou o que está sendo tentado em alguns países a respeito dos maus-tratos a crianças. No Brasil, a lei 9.099, de 26.9.1.995, retrata essa tendência. O mesmo ocorre no Peru, com a lei 26.320, de 2.6.1.994 e com o código de processo penal colombiano de 1.991. d) *Intervenção mínima* é uma tendência político-criminal contemporânea que postula a redução ao mínimo da solução punitiva dos conflitos sociais, em atenção ao efeito freqüentemente contraproducente da ingerência penal do Estado. Trata-se de uma tendência que, por um lado, recolhe argumentos abolicionistas e por outro a experiência negativa quanto às intervenções que agravam os conflitos ao invés de resolvê-los. É uma saudável reação realista frente à confiança ilimitada no tratamento e na solução punitiva dos conflitos, outrora discutida”.

¹⁴² “Entre nós, foram 8 (Constituições) em menos de 170 anos e mais de 160 emendas às Constituições, o que revela, hipoteticamente, quase uma mudança na Constituição ao ano, abolindo em nosso território qualquer apreço à idéia de estabilidade constitucional” (LOPES, M. A. R., *op. cit.*, p. 30).

6.1.1. Escorço histórico

“Depois da segunda guerra mundial e do triunfo das novas democracias, assistiu-se ao retorno de um conceito liberal de bem jurídico.”¹⁴³ Na Alemanha e, logo em seguida, na Itália, renasceram os estudos sobre o bem jurídico com a intenção de edificar um conceito *material* do instituto sobre a base de “critérios verdadeiramente capazes de vincular as escolhas de penalização do legislador ordinário,”¹⁴⁴ até como forma de reação à concepção normativa, *metodológico-teleológica*, que, como anteriormente visto, transformou o bem jurídico “num conceito absolutamente supérfluo”,¹⁴⁵ sem qualquer capacidade de limitar o poder punitivo, a colocá-lo “a serviço do poder.”¹⁴⁶

Mas qual será o estímulo dessa (re) edificação material? Ou, existe alguma condicionante desse retorno doutrinário? Acredita-se que sim, como se tentará demonstrar.

Com a intenção de oferecer uma comparação entre dois momentos históricos, vale relembrar que as irracionalidades penais do antigo regime - em sua fase derradeira justificadas no argumento *justeológico* - foram

¹⁴³ ANDRADE, M. C., *A nova lei ...*, p. 80. “*Luego de la Segunda Guerra Mundial, constatado el horror que compota olvidar que el individuo es el prius en todo ordenamiento jurídico, se buscaron los viejos caminos del Derecho Natural*” (CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *Bien jurídico y derechos fundamentales ...*, p. 25). “A partir da segunda metade deste século, a doutrina penal majoritária recupera um conceito liberal ou de garantia do bem jurídico” LOPES, M. A. R., *Critérios ...*, p. 345.

¹⁴⁴ FIANDACA, G., *O bem jurídico como problema teórico ...*, p. 410.

¹⁴⁵ LOPES, M. A. R., *op., cit.*, p. 344.

espancadas graças ao fundamento antropológico, substrato do iluminismo. Para consagrar, sedimentar, o postulado humanizante, editou-se a carta de intenções humanitárias (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789), de pretensão universalizante, isto é, sem restrição territorial, constituída em favor de todos os homens do mundo.¹⁴⁷

Naquela ocasião, pode-se dizer que pela influência da carta geral humanitária, ou, para não ser inexato em data determinada, pela influência do clima decorrente do iluminismo que teve na referida declaração a escrituração das intenções liberais, detonaram-se as construções doutrinárias submissas ao ideal liberatório.¹⁴⁸

Como repetição do aconteceu com a revolução burguesa, após a segunda guerra mundial, diante das irracionalidades cometidas contra o homem, a bandeira do direito natural foi novamente levantada, pois o discurso antropológico é insuperável na sua capacidade de conformar a nova realidade, ou seja, fixar uma nova estrutura social, tendo em vista o seu conteúdo que, por evidenciar o homem livre, principalmente, ganha legitimidade imediata.¹⁴⁹

¹⁴⁶ CUNHA, M. C. F., *Constituição ...*, p. 71.

¹⁴⁷ Dessa intencionalidade de eficácia ampla, tem-se que, logo após à revolução, passou-se ao período codificador do direito (conforme anteriormente visto; aliás, semente para o positivismo jurídico), sob o argumento revelado de que a codificação era necessária para não voltar ao regime anterior. Bem a verdade que, além de abarcar certas limitações ao poder punitivo, tendo em vista principalmente a abolição das penas cruéis, serviu à manutenção da ideologia burguesa, pois a manipulação do poder legiferante cabia aos incipientes capitalistas.

¹⁴⁸ Como assinalado, FEUERBACH rascunhou a limitação do poder punitivo, ainda que formalmente, com a cunhagem do notório brocardo *nullum crimen nulla poena sine pravia lege*. No mesmo período, BIRNBAUM pontilhou os limites materiais da criminalização. LISZT, mais à frente, tratou especificamente do impedimento material do crime.

¹⁴⁹ Aliás, como aponta LYRA FILHO, o direito natural antropológico, pelo seu caráter revolucionário, sempre aparece como tábua de salvação contra as agressões irracionais ao ser humano (*O que é direito*, p. 58).

Assim, nada melhor do que outra carta, de semelhante conteúdo humanitário e de igual amplitude, a contrariar o regime totalitário e irracional do *eixo*, como de fato ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1.948.¹⁵⁰ Logo, não parece exagero algum dizer que, como se deu após a revolução burguesa, a história se repetiu depois da segunda guerra mundial.

Daí que, quanto à influência nas doutrinas limitativas do poder punitivo, mormente diante da busca por um conceito material de bem jurídico e de uma base forte de sustentação, parece correto dizer que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1.948 também teve seu papel ideológico no pós-guerra. Ademais, dada a sua pretensão de universalidade, mesma característica da declaração burguesa, ecoou no mundo jurídico ocidental.¹⁵¹

¹⁵⁰ Sobre as *declarações modernas* de direitos, LOPES, M. A. R., *Princípios ...*, p. 161.

¹⁵¹ Vale mencionar que, à reedição do direito natural antropológico universalizante, por influência do existencialismo, cuja premissa básica é a ontologia, fluíram na Europa na década de sessenta tendências penais utópicas, como o pensamento penal anarquista. “O apogeu desta revalorização teve lugar em 1.968, com os movimentos universitários europeus, principalmente na França e na Alemanha ... Visto que procedem das mais distintas vertentes jusnaturalistas, não se pode falar em uma única teoria anarquista, mas todas têm em comum a afirmação de que, suprimido o Estado, sua ideologia jusnaturalista reinará, restabelecendo o equilíbrio que o Estado destrói, e desaparecendo com isso o delito” (ZAFFARONI, E. R., PIERANGELI, J. H., *op. cit.*, p. 353). Embora possa ser classificada como utópica, pois ao jusnaturalismo idealista não se desenvolveu o anarquismo, ao contrário, ao jusnaturalismo a história tem demonstrado o vetor para o positivismo, “não há dúvida de que este pensamento pesa sobre as considerações de *intervenção mínima*” (*Ibid.*, p. 353), o que permite dizer que tal tendência também contribuiu aos posicionamentos de cunho materialista, limitadores do poder punitivo. Vale também registrar, como ressonância desse retorno à ideologia liberal limitativa, a teoria das estruturas lógico-objetivas (Welzel). Segundo TAVARES, J., (*Critérios ...*, p. 85), a teoria das categorias lógico-objetivas desenvolveu-se a partir de uma corrente jusfilosófica que buscava sustentar uma nova forma de jusnaturalismo com base na *natureza das coisas*, que serviria de critério de “vinculação do legislador não à imagem de um ser humano abstrato, mas às estruturas ou elementos do próprio objeto de regulamentação da norma jurídica. Quanto ao direito penal, significa que existe, para essa teoria, uma ordem fixa no universo, uma ordem física das coisas, que não depende do valor humano. Descoberta essa ordem, o legislador não pode alterá-la, sob pena de invalidar a norma. Como decorrência penal, o reconhecimento da conduta humana como objeto exclusivo da regulamentação da norma penal incriminadora e a diferenciação dos delitos dolosos dos culposos. Essa teoria, em resumo, “faz parte do movimento que tende a buscar uma limitação para o legislador, baseando-se na ‘natureza das coisas’, como reação ao positivismo anterior à Segunda Guerra. Esta teoria foi difundida na

6.1.2. Implicações práticas do retorno liberal

Dentre as estruturas concretas que receberam influência desse retorno aos aspectos liberais do direito penal, menciona-se o *Projeto Alternativo*

década de 60 e hoje, na Alemanha, em geral não é mais defendida”. Como aspecto positivo, “cremos que esta teoria, com suas modestas pretensões, ao menos nos dá uma base certa para estabelecer que algumas coisas não podem ser direito. Antes de mais nada, partindo de uma posição realista, leva a reconhecer que o *direito não é a única ordem do universo*, havendo outras ordens as quais o legislador permanece vinculado quando respeita a estrutura ôntica do objeto valorado”. Mas, “em meio a uma tendência generalizada de retorno ao idealismo e às versões mais ou menos inorgânicas do neokantismo, como resultado de novas exigências do sistema penal, essa teoria não teria muita chance de difusão. (...). O que se extrai desta teoria é uma certa limitação ao poder repressivo penal, mas não se pode falar de uma concepção jusnaturalista a esse respeito” (*ibid.*, p. 349 e 350). Do bem jurídico, PRADO aponta: “Welzel considera o bem jurídico como um ‘bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente’. (...) Segundo a sua concepção dos valores ético-sociais da ação, a ameaça penal deve contribuir para asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí, o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado” (*Bem jurídico-penal ...*, p. 42). Nas palavras do próprio WELZEL, “*el derecho penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitais de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los chamados bienes jurídicos). Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición des desvalor de acto. Así, asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad (Derecho penal alemán, p. 12). “Tal vez el gran aporte de Welzel en la materia fue dotar al bien jurídico de un contenido dinámico que servirá, posteriormente, con gran rendimiento dogmático, en la evolución del moderno concepto de delito imprudente” (CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, *op., cit.*, p. 26). Todavia, WELZEL assinala que mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão do direito penal de assegurar a real vigência e observância dos valores que pairam sobre a consciência jurídica, a evidenciar, com isso, certa espiritualização do conceito (*Derecho ...*, p. 13). A teoria de Welzel pouco contribuiu com o intento limitador do *ius puniendi*. O bem jurídico foi deslocado como tarefa principal da ocupação do direito penal para a promoção de “valores elementares de consciência ético-social”. Ainda quando considerado em seu sentido liberal, sua possibilidade de servir de limite ao poder punitivo do Estado ou de instrumento de crítica do direito positivo era remota, pois interessava antes os “valores elementares” de cunho social, introduzidos por meio de imposição de deveres. Em síntese, com Welzel, “se vuelve, por otra vía, a una fase superada” (CASTILLO ..., p. 26). Também como anotou DIAS, J. F., *Questões ...*, p. 59 e 60, a concepção de WELZEL atende a uma “atitude enraizada no espírito da maioria da população, para quem o direito penal constituiria a tradução, no mundo terreno, das noções de pecado e de castigo vigentes na ordem religiosa, ou de imoralidade e de censura da consciência vigentes na ordem moral.” Arremata DIAS dizendo que “por mais que uma tal concepção se encontre enraizada na opinião pública, ela deve merecer, no plano da ordem jurídica estatal e, em particular, da ordem jurídico-penal a mais decidida contestação.” Isso porque não incumbe ao direito penal “tutelar a virtude ou a moral, quer se trate da moral estatalmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social.” Enfim, a concepção da *violação de deveres ético-sociais elementares* de WELZEL “é absolutamente inadequada à estrutura e às exigências das sociedades democráticas e pluralistas dos nossos dias”.*

do código penal alemão (1966),¹⁵² que procurou “identificar um conceito meta ou pré-jurídico de bem jurídico”,¹⁵³ a ter como foco do debate “os domínios da moral sexual e da religião”,¹⁵⁴ segundo FIANDACA, o “*locus classius* do interesse moderno sobre os limites do direito penal”.¹⁵⁵

A propósito da punição da homossexualidade, encarada como um “comportamento, segundo a convicção geral, vergonhoso e eticamente reprovável”,¹⁵⁶ para ROXIN, colaborador do *P. A.*, “o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos.”¹⁵⁷ Daí que os atos “homossexuais, praticados por homens adultos de comum acordo e sem publicidade, não lesam nem colocam ninguém em perigo nem, portanto, lesam bem jurídico algum”.¹⁵⁸

¹⁵² Conforme ANDRADE, M. C., *op. cit.*, p. 80. Nas palavras do mais ilustre colaborador, o *projeto alternativo* “ocidental alemão exerceu grande influência na evolução da reforma penal alemã e no código penal atualmente em vigor na República Federal da Alemanha” (ROXIN, C., *Problemas ...*, p. 13). Como informa DIAS, F., *op. cit.*, p. 61, o projeto alternativo alemão foi “redigido por 14 professores de direito penal como resposta às objeções que na sociedade alemã ocidental havia suscitado a publicação do projeto governamental de código penal (1962) profundamente conservador”, que incriminava, entre outros comportamentos morais, “a homossexualidade entre adultos, a sdomia, a desmoralização, a pornografia e outros comportamentos análogos”.

¹⁵³ ANDRADE, M. C., *op. cit.*, p. 80. Diz esse autor que o conceito liberal de bem jurídico “veio a ser crescentemente reclamado à medida que o movimento de reforma penal dos países da Europa Continental ganhava ritmo e se actualizava a consciência de que a substituição dos velhos ordenamentos penais, codificados no século anterior, implicava a adesão a toda uma construção da realidade social” (*loc. cit.*).

¹⁵⁴ CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 410. Quase que como uma reedição do que ocorreu no iluminismo.

¹⁵⁶ CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 73.

¹⁵⁷ *Problemas ...*, p. 29.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 30.

Por isso que ações igualmente imorais, como a sadoxia, o proxenetismo, a divulgação da pornografia, a bestialidade e o incesto, embora repugnáveis dentro de uma determinada moral (religiosa ou social, por exemplo), quando restritas a pessoas adultas, com mútuo consentimento e em caráter privado, nos termos do *P. A.*, estavam afastadas de qualquer punição,¹⁵⁹ pois “não é a reprovabilidade de uma conduta, mas unicamente a sua qualidade de fato perturbador da ordem pacífica externa - a cujos elementos garantidores se chama bens jurídicos - o que pode acarretar a imposição de penas estatais”.¹⁶⁰ Em suma, como consequência desse posicionamento, deve haver uma redução da punibilidade no âmbito sexual, pois “estaria em causa não a tutela de uma moral sexual mas da autodeterminação das pessoas no âmbito sexual”.¹⁶¹

Nas palavras de ROXIN, “evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal. O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o

¹⁵⁹ Para CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 74, deve-se fazer uma distinção nas referidas situações. Diz ela que “se em relação à homossexualidade e à sadoxia, entre pessoas adultas, de comum acordo e em privado, se pode dizer que não são afectados direitos individuais, que não se causa moléstia a ninguém, nem são lesados bens, já em relação ao proxenetismo e à divulgação da pornografia nos restam mais dúvidas. Quanto à divulgação da pornografia cremos que tudo poderá depender das condições em que tal for permitido. Se for permitido em termos mais amplos, aliciando mesmo menores, não poderá causar danos sociais?”. Pensamos que aqui a questão não é a pornografia em si (*data venia*) que, como afirmado, não lesa bem jurídico algum. O problema reside *no aproveitamento de menores para a pornografia*, de modo que a punição vem antes pela manipulação das crianças e dos adolescentes, tanto que pode se punir esta mesma manipulação quando não destinada a fins pornográficos, como o trabalho e a exploração infantil.

¹⁶⁰ ROXIN, *op., cit.*, p. 59 e 60. Ainda nas suas palavras, “Esta é uma velha idéia iluminista ...” (*loc., cit.*).

¹⁶¹ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 75. Nessa vereda, não há sentido em manter a criminalização do *rufianismo* (art. 230, do Código Penal brasileiro) ou até mesmo da *mediação para servir a lascívia de outrem* (art. 227) entre maiores. No Código Penal português, não há “punição do adultério, da homossexualidade, dos vícios contra a natureza, da prostituição e do incesto ... assim como a expressiva substituição do título ‘crimes contra a honestidade’ pelos ‘crimes sexuais’ ...” (*ibid.*, p. 76 e 77).

particular”. Nesse ponto é interessante a sua abordagem pois também justifica o afastamento das questões religiosas do debate penal, dando legitimidade à religião para cuidar exclusivamente da fé, pois a “igreja, que cuida da salvação das almas e da boa conduta moral dos seus fiéis, encontra-se numa situação completamente diferente; porém a sua autoridade não lhe advém do homem”.¹⁶²

A retirada da moral sexual e das convicções religiosas da área de atuação do direito penal, no bojo da retomada dos ventos liberais, atende à constatação de que o bem jurídico-penal não se situa no âmbito do sentimentalismo, do subjetivismo, da concepção moral do cidadão, mas antes vem de um objeto fenomênico mais próximo possível da realidade concreta, do mundo das coisas, aqueles (bens) que podem, de forma efetiva, serem atingidos pela conduta humana.¹⁶³

¹⁶² *Op., cit.*, p. 30. Com efeito, também não há espaço para a criminalização do *ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo* (art. 208, CP). Na Alemanha, deixou-se de tutelar as convicções e sentimentos religiosos, mas passou-se a tutelar a paz pública, o que resultou ainda na criminalização do insulto público a uma confissão religiosa e o sentimento de piedade para com os defuntos. Na Itália, também continuam punidos os delitos contra o sentimento religioso e a piedade dos defuntos. Também em Portugal punem-se o *ultraje público à crença, função religiosa ou culto e o impedimento ou perturbação do culto*. Vide a relação de CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 76 e 77. Segundo HORMAZÁBAL MALARÉE, H., BUSTOS RAMIREZ, J., *Lecciones de derecho penal*, p. 59, “*cuando se protege la moral o la religión se están imponiendo creencias que pueden ser muy respetables, pero que no pueden ser impuestas al resto de los ciudadanos, pues significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad y el derecho penal se constituiría en factor de discriminación*”.

¹⁶³ Nesse ponto, a observação de ANDRADE, M. C., *op., cit.*, p. 80 e 81, com apoio em Jäger, a respeito do conceito de bem jurídico que “*perfilhasse como objecto de tutela das normas criminais e não como seu derivado, já que tutelar e criar bens são coisas inconciliáveis entre si. Daí que Jäger tenha definido os bens jurídicos como ‘estados valiosos susceptíveis de serem modificados pela acção humana e susceptíveis, por isso, de serem protegidos dessas modificações através de leis criminais. Por outras palavras, são estados que podem ser lesionados e defendidos ...’* Esta visão das coisas permite naturalmente reverenciar no direito positivo autênticos crimes sem bem jurídico. Tal sucederá, segundo Jäger, na generalidade dos crimes contra a honestidade e a moralidade, advogando-se, em conformidade a descriminalização das respectivas condutas”.

Dessa explanação, nos passos de ANDRADE, observa-se que “com a concepção liberal o conceito de bem jurídico adquiriu - tudo leva a crê-lo definitivamente - uma dimensão crítica. Dela se espera ... que funcione como fundamento e limite da legitimidade do direito penal,” sendo um dos principais ganhos dessa reativação das noções liberais o encontro do “princípio da danosidade social como critério da lesão de bens jurídicos e, conseqüentemente, da ilicitude material”.¹⁶⁴

A natureza material ou imaterial do bem jurídico tem importantes conseqüências de criminalização/descriminalização. Com efeito, sendo a moral, os sentimentos populares, a ordem ética, por exemplo, insusceptíveis de apreensão pelos sentidos, levando-se em conta que só os bens passíveis de ataque físico são bens jurídicos (Jäger), pode-se dizer então que os exemplos acima não são bens jurídico-penais, o que retira a legitimidade de qualquer criminalização.¹⁶⁵

A natureza do bem, ou o seu substrato, pode não ser decisiva para a criminalização, embora seja importante. Segundo CUNHA, “para não cair em confusões terminológicas”, deve-se ter atenção à distinção entre “bem jurídico e substracto do bem jurídico.” A partir dessa premissa, “pode-se dizer que o bem jurídico é sempre imaterial”, se ele for considerado antes como um “valor”.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 81. “A insistência de Jäger na susceptibilidade dos bens para serem lesionados, indica a defesa, na esteira de Birnbaum, do carácter necessariamente material do bem jurídico”. Por essa perspectiva, “apenas poderiam ser considerados bens jurídicos os objetos naturalísticos do mundo exterior, aqueles que fossem apreensíveis pelos sentidos, palpáveis, susceptíveis de serem agarrados” (CUNHA, M. C. F., *op.*, *cit.*, p. 85).

¹⁶⁵ Nesse sentido o posicionamento inicial de ROXIN, que mais tarde passa a considerar como bens jurídicos a honra, a assistência judiciária, o sentimento de pudor, passíveis de tutela penal (*vide* CUNHA, *loc.*, *cit.*).

Assim, “o bem jurídico vida”, protegido no tipo do homicídio, é um valor, e “como valor pode-se dizer imaterial, englobando a protecção de várias vidas concretas, cada uma delas com seu substrato material”. Nesse mesmo raciocínio, “o bem jurídico propriedade é um valor ... englobando a protecção da propriedade de cada objeto concreto, objeto este material”. A honra, por sua vez, “é também um valor, mas cujo substrato concreto é imaterial”. Melhor explicando a discriminação, no caso do bem jurídico propriedade, “pode, em certos casos, questionar-se a natureza do seu substrato (veja-se o problema do furto de coisas imateriais - ex. o caso do furto de eletricidade ...)”.¹⁶⁶

Sem desprezar a distinção realizada, deve-se ter especial atenção com a lesão material (em outras palavras, no limite do conflito restrito à natureza do substrato do bem, só os bens materiais são capazes de fornecer um critério seguro para a criminalização, pois demonstram concretamente a danosidade social). Caso contrário, o conceito de bem jurídico pode ser colocado unicamente no subjetivismo, numa ambientação “meramente ideal”, dependente das impressões do intérprete, “perdendo-se de vista a realidade que lhe está subjacente”.¹⁶⁷

Um outro critério de determinação do bem jurídico penalmente relevante - utilizado por CUNHA - está no carácter da “fundamentalidade de que os bens se devem revestir para a realização humana em comunidade e não na sua natureza material ou imaterial”. Desse modo, o essencial “é que as valorações

¹⁶⁶ *Op., cit.*, p. 86 e 87.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 87.

feitas pelo legislador tenham em conta a vida do homem em sociedade”, dentro de pressupostos que abarquem “bens materiais e valores ideais ... pois nem só os bens com substrato material, apreensível pelos sentidos, são essenciais ao homem”.¹⁶⁸

A partir dessas últimas considerações, sustenta-se que o afastamento da criminalização das condutas imorais não está relacionada ao substrato do bem jurídico. A descriminalização vem antes dum caráter de “essencialidade” para a vida em comum que, diante dos princípios “do pluralismo e da tolerância” e da necessidade de se retirar o poder punitivo da “esfera de liberdade individual”, provoca a ilegitimidade da punição.¹⁶⁹

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 88. Dentre alguns bens arrolados pela autora como essenciais, sem substrato material: a intimidade, a autenticidade no tráfego jurídico, o exercício imperturbado das funções públicas, a administração imparcial da justiça.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 89. Também como bem imaterial, mas essencial ao homem, a autora aponta a *dignidade humana*, sem a qual “não é possível uma sã convivencialidade” (*loc. cit.*). Sem tentar apontar erro nessas considerações - diga-se de passagem dificilmente retocáveis, dada a singularidade, objetividade e nos limites da obviedade - e em que pese a força dos argumentos lançados contra a natureza do bem jurídico, recorre-se a materialidade do bem, na dúvida da legitimação da criminalização - como anteriormente sublinhado -, ou do seu substrato material, se assim preferir, pois além de ter uma base liberal, cunhada num movimento que antes de tudo buscava a liberdade do homem e a imposição de limites ao poder punitivo, o critério de *danosidade social*, no seu sentido de materialização do bem jurídico, ainda é o porto seguro da dogmática penal porque consegue evitar argumentos perigosistas que, sob o impulso do tecnologismo ou do dinamismo das relações sociais, dinamitam construções criminalizantes que, com o desenvolvimento da argumentação, passam a não ter limites e são facilmente dominados pela ideologia controladora do poder legiferante (Sobre o discurso do *direito penal eficiente*, que parte da premissa da existência de novas formas de criminalidade, sem a danosidade social de cunho liberal, que devem ser reprimidas, a crítica de HASSEMER, W., *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 45-62). Como demonstração dessa assertiva, a concepção sociológica do bem jurídico, estribada na onda do argumento tecnológico que parte da premissa intocável da *complexidade moderna da vida em sociedade* geradora de novos bens, de contornos imprecisos, carentes de proteção penal. Em outras palavras, parte-se do pressuposto que a vida de hoje, devido à tecnologia (informática, sistemas de comunicações, etc), que passa a sensação de mudanças extremas e rotineiras, é substancialmente diferente da do passado, nomeadamente do período iluminista, de modo que os princípios forjados naquele momento histórico devem ser redimensionados - sabe-se lá se não alijados - para que se possa *atualizar* o direito penal, como se ele fosse uma *página da internet*. Aliás, conforme salientou FIANDACA, *O bem jurídico ...*, p. 423, a teoria sociológica do bem jurídico tem como pressuposto que esse conceito não tem ligação com as noções iluministas. A razão desse desligamento reside, segundo o autor, na constatação da

6.2. Elaboração de cunho sociológico

6.2.1. Nota inicial

A identidade do direito com a lei, radicalizada no normativismo,¹⁷⁰ marcou o andamento seguinte da teoria do direito; obviamente, a concepção do bem jurídico-penal. Além de provocar o retorno das concepções liberais, valorativas da individualidade, essencialmente críticas e intencionalmente voltadas ao não intervencionismo estatal, até como contraponto histórico (repetição do iluminismo *versus* irracionalismo retribucionista), o positivismo normativo também deixou suas digitais, principalmente as da desconsideração do ser humano enquanto indivíduo, as do fechamento do sistema ao debate e as da intervenção do Estado, na variante sociologista do bem jurídico.¹⁷¹

incapacidade do conceito iluminista de bem jurídico em valer como critério delimitativo das escolhas de criminalização. Desse modo, a doutrina do bem jurídico estaria estribada - para os sociologistas - na “reação anti-iluminística que anima o romantismo”.

¹⁷⁰ Que no ápice dessa identificação teve como aporte a ideologia do totalitarismo, ou seja, o desígnio maior era retirar do direito todos os elementos capazes de provocar a discussão do fenômeno (totalitário) e, por assim dizer, impedir qualquer reação contra o Estado autoritário e anti-democrático. Sobre a ideologia do totalitarismo, WOLKMER, A. C., *Ideologia, Estado e Direito*, p. 140-145.

¹⁷¹ As marcas do positivismo jurídico, com nova roupagem, nas doutrinas penais do pós-guerra (segunda) podem ser compreendidas por meio da condicionante histórica e da condicionante dogmática do pensamento jurídico. Após a segunda guerra mundial no século XX, a separação ideológica mais significativa, resumida na *guerra fria*, trouxe, de um lado, o marxismo institucionalizado na antiga URSS que, ao mesmo tempo em que pregava a libertação das superestruturas ideológicas, converteu-se ele mesmo em uma superestrutura ideológica, sendo o Partido a máxima autoridade científica e filosófica e, portanto, também jurídica. Do outro lado, em vista do *perigo* da implantação do comunismo no mundo, diga-se *perigo* difundido, basicamente, a partir da sede do capitalismo mundial (EUA), tendo em vista que a principal diretriz do marxismo, a dominação dos meios de produção pelo proletariado, claramente agride a espinha dorsal do capitalismo (o domínio social pelo poder financeiro nas mãos dos capitalistas), procedeu-se à rápida militarização, ou melhor, à corrida armamentista tecnológica, pois era *necessário* se defender da ideologia marxista, defesa essa não apenas no plano do debate ou da argumentação,

mas defesa armada, haja vista as ditaduras militares na América Latina, patrocinadas pelos EUA, cujo mote era o combate ao comunismo; na verdade, reafirmação à força do capitalismo. Essa separação ideológica, particularmente na banda ocidental, com a ideologia do combate armado à ideologia da Europa oriental, produziu uma série de conseqüências ainda hoje sentidas, especialmente a perenidade do positivismo jurídico, pois o debate mais amplo da estrutura capitalista, tendo em vista um de seus mais significantes produtos, a miséria material, a pobreza, não coaduna com sua vertente ideológica, já que a discussão, obrigatoriamente, cairá na distribuição da riqueza, o que causa ojeriza ao capitalista. Assim, manter longe do direito os elementos sociais e econômicos da sua composição parece ser ainda necessário para afugentar a subversão. Mas, para levantar uma certa *oposição* ao normativismo puro, metodológico, instrumentalizador do Estado totalitário, seguiram-se algumas variantes do modelo normativo, que com aspectos iniciais mais bem organizados e não tão *honestos* (no sentido de deixar clara a ideologia condicionante), quase sempre recaem na identificação do direito com a norma, o que acaba por demonstrar a prorrogação do positivismo jurídico (conclusões decorrentes das obras de ZAFFARONI, E., R., PIERANGELI, J. H., *op., cit.*, p. 314-344, e, WOLKMER, A. C., *op., cit.*, p. 151-171). Embora Chaím PERELMAN tenha dito que “as concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidas após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador” (*Lógica jurídica*, p. 90), não é isso que se observa do centro do capitalismo (EUA e Inglaterra). Tanto que Herbert L.A. HART, jurista da *common law* (apegada à construção historicista do direito, baseada no precedente dos tribunais - Savigny), escreve sobre o fundamento legal do direito após a segunda guerra mundial (*O conceito de direito*, 1.961), a refletir que o atrelamento do direito à lei é discurso que ainda interessa ao capitalismo, que não pode ser perdido nem vertido a outra concepção dominante. Ao lado da condicionante histórica, pode-se dizer que o poder difundiu a necessidade da continuação do positivismo jurídico, ou melhor, duma estrutura teórica que sublinhasse o valor da norma, mesmo que tal teorização revelasse algo de *novo* no campo dogmático, mas desde que não fosse suficientemente aberta para permitir a ingerência de fatores externos e a subversão do sistema. Assim, tem-se que, até o normativismo de KELSEN - que “criticando os autores clássicos do marxismo jurídico (Stuchka e Pashukanis), Kelsen assevera que a Ciência do Direito, enquanto técnica e normativa, torna-se incompatível com uma interpretação econômica ou materialista da sociedade” (WOLKMER, A. C., *op., cit.*, p. 163) -, o delineamento do direito estava circunscrito ao movimento pendular das premissas do direito natural e do direito positivo, com sua variante sociológica ou legalista em último estágio. Em KELSEN, a variante normativa encontrou seu apogeu, pois ele submeteu o direito à depuração metódica, eliminando do seu campo quaisquer investigações sociológicas e axiológicas (DINIZ, M. H., *A ciência jurídica*, p. 149). Rompendo com o movimento pendular, o culturalismo jurídico - “movimento originariamente alemão, atualmente difundido na América Latina ... marcado pelo historicismo e, de certa forma, pelo relativismo, tem por ponto de partida a distinção de origem kantiana entre natureza, valor e cultura; a cultura, como objetivação de valores e sentidos, exige, segundo os defensores desse posicionamento, método de conhecimento diverso do empregado nas ciências físico-naturais; o direito, para essa corrente, pertence ao reino da cultura, e não ao da natureza; está no mundo criado pelo homem, na história, modelado pela cultura, na qual está integrado, dando-lhe sentido [sendo que] na América Latina, o culturalismo jurídico é o traço característico do pensamento de três grandes juristas: Recaséns Siches (*teoria vitalista do direito*), que não é latino-americano, mas que no nosso continente se notabilizou, Carlos Cossio (*teoria egológica do direito*) e Miguel Reale (*teoria tridimensional do direito*)” (GUSMÃO, P. D., *op., cit.*, p. 377 e 378) - interage com o mundo sob a perspectiva de que o conhecimento busca captar os objetos (*vide* REALE, M., *Lições preliminares de direito*, p. 60-64). Pela teoria dos objetos, o conhecimento parte do pressuposto que o homem tem a intenção consciente de estabelecer a relação entre objeto e o homem, ou seja, a consciência humana sempre é intencionada. O fenômeno cognitivo exprime a consciência intencionada capaz de captar o objeto, o que difere do idealismo, onde o sujeito já conhece previamente as coisas, sem qualquer intenção latente, e do

6.2.2. Concepção sociológica do bem jurídico-penal

Como enunciou FIANDACA, “no seio do ambiente penalístico tedesco”, Knut AMELUNG repropõe, “com auxílio da moderna teoria

empirismo (positivismo), em que a consciência é um papel em branco; nesses dois casos, o conhecimento é estático, sem contaminação. Para o culturalismo, os objetos ideais são aqueles que não tem existência real. São insuscetíveis de valoração. São captados pelo método intelectualivo (como exemplo um triângulo). Os objetos naturais são aqueles encontrados na natureza. Têm existência real. São captados pelo sentido. Também não são suscetíveis de valoração. O processo de conhecimento é o da explicação, como exemplo a água. Os objetos culturais, por sua vez, além da existência real, são captados pelos sentidos e processados no conhecimento pela compreensão. Assim, o culturalismo define o que é o objeto cultural: o objeto natural mais a intervenção humana. Em suma, é a substância sobre a qual se emprega o sentido. Daí que o direito é um objeto cultural, cujo dado natural é o fato e o objeto construído é a norma. Em síntese, para o culturalismo, “o direito é a síntese histórica de dois elementos pertencentes a realidades diferentes, ‘fato’ (econômico, geográfico, demográfico, etc), e ‘valor’ (justiça, ordem, garantia), concretizados dialeticamente na norma jurídica” (GUSMÃO, P. D., *op. cit.*, p. 380), o que revela sua faceta autonomista em relação ao normativismo, pois não parte da depuração do fenômeno. Mas, por outro lado, o que o aproxima do normativismo, [é que] “a norma jurídica, para ele [culturalismo], é a síntese ou unidade histórica resultante da integração, dinâmica e dialeticamente aberta a novas sínteses, de fato e valor, ou melhor, a norma resultante da ordenação do fato em função dos valores. *O direito*, nesse sentido, *é processo normativo*, de natureza dialética, que, disciplinando o ‘fato’ segundo valores, cria modelos jurídicos provisórios” (*grifo meu*) (*ibid.*, p. 380). Assim, no limite da interpretação, ou seja, no precipício da definição, o direito, para o culturalismo, esbarra sempre na norma. Portanto, no movimento pendular entre direito natural e normativismo, o tridimensionalismo pende para o último, pois os fatos nunca podem ser superiores à norma. Já o Egologismo (Carlos Cóssio), assume outra postura dentro do culturalismo. Vê a essência do direito na conduta humana compartilhada, materializada, em que a norma apenas dá sentido jurídico ao fato. Parte da premissa que a conduta humana tem vários sentidos, ou seja, sobre ela o homem projeta vários sentidos. O jurista apenas emprega o método empírico-dialético para dar sentido à conduta. Mas, o que marca a diferença entre Cóssio e Reale é que, para o primeiro, mudou o valor, mudou a norma, a ponto de não aplicá-la. Assim, a teoria tridimensional interpreta o fato a partir da norma, enquanto o egologismo interpreta a norma a partir do fato, numa clara recaída ao sociologismo (DINIZ, M. H., *op. cit.*, p. 149-152). Embora a teoria tridimensional do direito tenha reflexos diminutos na construção da noção do bem jurídico-penal, serve para ilustrar, sob o último ponto de vista, de que maneira o apelo à norma, não na acepção Kelseniana propriamente dita, mas com inicial inovador dialético e com o recurso final normativo, ainda ecoou após a segunda guerra mundial. Exemplo da concepção *cultural* de bem jurídico, segundo Regis PRADO: “Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica” (*op. cit.*, p. 41).

sociológica, a doutrina da danosidade social,” com a finalidade de “segregar o conceito de bem jurídico”.¹⁷²

A tentativa de concretização do sentido de *danosidade social* assenta-se nas teorias “social-sistêmicas, as quais vêem a sociedade como um complexo sistema de iterações, competindo ao direito conferir-lhes estabilidade e, assim, garantir a funcionalidade do sistema”. De acordo com essas orientações *sistêmicas*, “o direito distribui funções, gerando expectativas e, quando estas são violadas, reafirma-as através da sanção, para que deste modo se mantenha a imprescindível confiança na funcionalidade do sistema”.¹⁷³

Segundo ANDRADE, a partir desse pressuposto teórico, AMELUNG define que

danoso para a sociedade é um facto disfuncional, um fenómeno social que impede ou pelo menos dificulta ao sistema social a superação dos problemas da sua própria sobrevivência ... O crime é apenas um caso especial de fenómeno disfuncional e, por via de regra, o de maior perigo. Ele é disfuncional na medida em que contraria uma norma institucionalizada que é necessária para resolver o problema da sobrevivência da sociedade ... A

¹⁷² FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 423. Na concepção sociológica, segundo PRADO, L. R., *op. cit.*, 37, enquadram-se os posicionamentos de Amelung, Jakobs, Otto, Habermas, Mir Puig, entre outros.

¹⁷³ CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, p. 91. Para FIANDACA, G., “As premissas sociológicas necessárias para reconstruir a teoria do delito, sobre a base de uma correspondente teoria da sociedade, são extraídas da moderna doutrina dos sistemas sociais, tal qual configurada especialmente nas elaborações de Talcoot Parsons e Luhmann” (*loc. cit.*). Segundo PRADO, L. R., “a doutrina sociológica funcionalista, originada com a obra de Durkheim, desenvolveu-se, especialmente, com Parsons, Merton e Luhmann, a sociedade é compreendida como um sistema global ou de interação - formado sobretudo por normas de organização - ao qual se vinculam todos os fatores sociais (sociedade/indivíduo), sendo a funcionalidade o critério principal de exame de qualquer conduta” (p. 39). Em resumo, o direito é tido como um subsistema do sistema social geral.

função do direito penal é a de agir em sentido contrário como mecanismo de controle social.¹⁷⁴

Nesses termos, ao direito penal está reservada a área de criminalização das *condutas socialmente danosas*, que seriam os fatos disfuncionais, aqueles que dificultassem ou impedissem a resolução dos problemas de sobrevivência e manutenção da sociedade pelo sistema social, sendo o crime um caso específico de disfuncionalidade. Daí, o direito penal agiria com a sanção para “repor a confiança na funcionalidade do sistema”.¹⁷⁵

Protegendo os sistemas sociais, interessa aqui a “dimensão social do bem jurídico”,¹⁷⁶ dada a preocupação com as condições de funcionalidade dos sistemas sociais. Como disse FIANDACA, “talvez o principal mérito de Amelung consista no lamentar que as teorias do bem jurídico freqüentemente careçam de uma sólida base de teoria social.”¹⁷⁷

Dentre as críticas disparadas contra a concepção sociológica do bem jurídico, ou até mesmo contra as teorias *social-sistêmicas*, destaca-se, em primeiro lugar, que, pelo valor interpretativo, a construção teórica em tela, ao retratar o crime como fenômeno impeditivo do regular funcionamento do sistema

¹⁷⁴ *Op., cit.*, p. 82. “Amelung entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social” (PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 37). “Amelung ensaia a tentativa de basear o conceito material de crime - e por aí o conceito de bem jurídico, que nessa direção seria reconvertido - imediatamente na noção de *dano social*, cujo conteúdo vai precisar na teoria do sistema social tal como ela surge em Parsons” (DIAS, J. F., *op. cit.*, p. 65).

¹⁷⁵ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 92. Em síntese, pela teoria da danosidade social: a) a norma é um elemento estrutural do sistema social; b) o crime, um fato disfuncional, ameaçador da subsistência do sistema, enquanto violação de uma norma institucionalizada; c) a função do direito penal, como mecanismo de controle social, é a de contrariar o crime.

¹⁷⁶ PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 38.

¹⁷⁷ *Op., cit.*, p. 424.

social, acaba por não definir “o *quê*, em concreto, o legislador deve punir”, sem considerar que a perspectiva meramente sociológica sequer “está apta a sugerir parâmetros de criminalização (potencialmente) vinculantes em sede legislativa”. Além dessa indefinição material, contrária à própria essência da teoria do bem jurídico, “o conceito de danosidade social vai de encontro, no âmbito do direito penal, aos limites liberais” da atividade legiferante circunscrita na Constituição.¹⁷⁸

Também, a concepção sociológica da danosidade social põe o homem, a pessoa humana individualmente considerada, num plano inferior de consideração. Preocupa-se primeiramente com a “sobrevivência do sistema”, que é o “lugar de determinação dos efeitos socialmente danosos do crime”, acabando por funcionalizar a pessoa, subalternizando-a, se isso for necessário para a proteção da funcionalidade do sistema, chegando ao absurdo de rascunhar que “um sistema social pode estabilizar-se também permitindo a morte de velhos, doentes ou criminosos”. Os limites da subalternização - até para que essa teoria não caia no totalitarismo dominador - viriam da Constituição com o princípio da

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 424. Alarga-se “exponencialmente o universo de referentes sobre os quais se pode projetar o velho conceito de bem jurídico ... A par de bens de contornos tão definidos como a vida, a integridade física do homem ou das coisas objeto do crime de dano, e de construções jurídico-econômicas como a propriedade ou o patrimônio, aparecem ‘coisas’ como a ordenação econômica e os seus múltiplos subsistemas, v. g., a concorrência, a estabilidade dos preços, o abastecimento regular do mercado de certos produtos, a confiança na autenticidade e genuinidade dos produtos que percorrem os circuitos comerciais, etc” (ANDRADE, M. C., *op. cit.*, p. 82 e 83). Aliás, segundo CUNHA, M. C. F., *op. cit.*, 94 e 95, “é o próprio Amelung que, contrariamente ao que seria de esperar (dada a sua intenção inicial no sentido de encontrar um ‘conceito objectivável de danosidade social’), reconhece a incapacidade da sua concepção para definir materialmente o que é socialmente danoso ... Diríamos, a este propósito, que o problema desta teoria parece-nos residir, não tanto na impossibilidade de servir de fundamento a um conceito intemporal e universal de danosidade social, mas na própria incapacidade para chegar a um conceito material, espaço-temporalmente situado, de facto socialmente danoso, nem sequer nos indicando, por si mesma, um critério legítimo para se determinar algo de material. Do facto danoso dá-nos apenas uma definição formal - facto disfuncional. Dependendo este, necessariamente, do modo de organização da sociedade (o qual também não está imune a opções valorativas) e dos valores que se pretendem

“inviolabilidade da dignidade humana”, mas, mesmo assim, como se fosse um “custo” para o sistema.¹⁷⁹

Como anteriormente apresentado, o mote da *complexidade da vida moderna* e o pressuposto da necessidade de atualizar o direito penal devido às novas formas de agressão a novos bens jurídicos retiram as amarras liberais do intervencionismo estatal, a permitir construções do tipo *sistêmicas* que se importam com a *funcionalidade* dos sistemas sociais, a fazer do direito mero “garantidor de funções e estruturas”, a reduzi-lo a “uma tecnologia social, vazia de conteúdo”.¹⁸⁰ Ademais, ao colocar a norma como elemento estrutural do sistema social, essa edificação representa o velho positivismo com nova roupagem.¹⁸¹

preservar ou atingir (pressupondo assim, necessariamente, juízos valorativos), nada nos indica quanto a estes aspectos - quanto ao seu conteúdo ou quanto ao processo para o determinar”.

¹⁷⁹ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 93. Sem falar no aspecto político-ideológico. Para se tornar menos repugnante, ou para alcançar maior aceitação, obviamente que a teoria *sistêmica* não pode deixar clara a sua intenção, isto é, não pode deixar evidente que ela cumpre um papel de manutenção da classe dominante. Por isso, envolve-se numa cortina transparente de *neutralidade política*, querendo publicar que a doutrina está distante da visão do direito enquanto processo político, sujeito às ingerências ideológicas. Ao contrário, assim como todo e qualquer mecanismo de poder, a concepção *sistêmica* fica a mercê da ideologia dominante (neste caso a do capitalismo), pois interessa que o sistema (leia-se: sistema capitalista) não sofra desvios operacionais. “Se socialmente danoso é todo o facto disfuncional e se a disfuncionalidade consiste na perturbação da interação social, mas se nada se diz sobre a forma como a sociedade deve estar organizada e, muito menos, sobre os valores que a devem reger ... ela pode ser aproveitada por uma qualquer ideologia. Refere uma função necessária do Direito - a de manter uma certa ordem, de preservar expectativas, no fundo, a dimensão de eficácia - mas nada esclarece quanto à ‘seiva que deve penetrar o sistema, a justiça que legitimará a necessidade de revigoração das expectativas sociais no sistema’” (*Ibid.*, p. 94).

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 94.

¹⁸¹ O ponto de contato mais saliente da teoria da danosidade social com o positivismo jurídico pode ser notado quando CUNHA esboça aquilo que seria o fato socialmente danoso. “Para solucionar este problema, Amelung vê-se forçado, mais uma vez contrariamente ao que seria de esperar (dada a sua intenção inicial no sentido de encontrar um conceito de danosidade social independente do conceito de bem jurídico e ‘purificado dos lastros de positividade’), a socorrer-se do conceito bem jurídico e, ‘pior ainda’, de um conceito positivista de bem jurídico. Na verdade, acaba por concluir que pré-positivos são ‘apenas os problemas fundamentais de organização da

Além da constatação de que o recurso ao positivismo jurídico acaba sendo o fundamento da teoria da danosidade social, para PRADO,

a par disso, impõe reconhecer a necessidade de se evitar tanto o exagero de uma postura puramente normativista, despida de cunho social, como também de uma espécie de totalitarismo sociológico (funcionalista) - prescindido de qualquer juízo normativo - altamente nefasto. Em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros.¹⁸²

Nas palavras de LOPES,

as críticas à sociologia funcionalista, geralmente direcionadas ao seu caráter abstrato e academicista, em sua incapacidade para dar conta do câmbio social e sua pretendida neutralidade valorativa, favoreceram a aparição do internacionalismo simbólico, alternativa também de caráter sociológico que insistia na importância da comunicação e sua concreção no intercâmbio de significados mediante a linguagem e outros meios de comunicação simbólicos. Mais recentemente Jakobs, discípulo de Welsel, não só mediatiza o bem jurídico, como lhe nega, sob uma perspectiva funcionalista sistemática, toda transcendência dogmática. Para ele o bem jurídico penal é a validade fática da norma, isto é, o bem jurídico penal reside na garantia das

vida comum', mas que as soluções 'têm de ser determinadas pelo genial instrumento de resolução dos problemas que é o direito positivo ... Deste modo, doutrina funcionalista da danosidade social vai desembocar na concepção que começou por criticar. Neste sentido, é de salientar a observação de Musco segundo a qual Amelung chega a uma 'inesperada conclusão' que 'realiza precisamente o que queria evitar: um retorno a Binding e à definição do bem jurídico como tudo o que, do ponto de vista do legislador, constitui indicação de uma vida sã da comunidade jurídica'" (p. 96).

¹⁸² *Op., cit.*, p. 40 e 41.

expectativas de que o funcionamento da vida social, com sua configuração estabelecida, e exigida legalmente, não admite condicionamento e que, por conseqüência, no caso em que tais expectativas não se vejam cumpridas, elas não serão de modo algum fraudadas.¹⁸³

DIAS, na sua oposição à concepção sistêmica:

A crítica que, em meu modo de ver, se deve dirigir a este conjunto (não homogêneo, em todo caso) de concepções não é a sua inexatidão, mas a da sua irremediável *insuficiência para os efeitos práticos da aplicação do direito*. É exato ser no sistema social, enquanto tal, que se deve ver em último termo a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos. Mas com apelo direto a um tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Com uma via para alcançar só se depara quando se pensa que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em *bens jurídicos dignos de tutela penal* (em bens jurídico-penais) através da *ordenação axiológica jurídico-constitucional*.¹⁸⁴

Num panorama mais amplo, como bem dimensionou BONAVIDES, o defeito de

todas as concepções sistêmicas do Direito ou da Constituição, caso vinham efetivamente a esboçar-se: é que elas podem conduzir a uma desintegração do 'jurídico' pelo 'político', afrouxando os laços da juridicidade e da constitucionalidade ou ampliando estes conceitos a um grau de politização não tolerável, de efeitos tão irreparavelmente negativos e funestos, que

¹⁸³ *Op. cit.*, p. 350.

importariam o sacrifício do homem ao sistema, da liberdade ao ordenamento, inaugurando assim, em última análise, uma versão mais aperfeiçoada de totalitarismo jurídico e político, dissimulado na legitimidade tecnocrática, perante a qual sucumbiram, enfim, os valores da pessoa humana, aqueles que a tradição do ocidente em vão tentaria amparar.¹⁸⁵

Vale por fim assinalar que dentre todos os bens jurídicos, passíveis da tutela penal, devem ser afastadas as tutelas das meras finalidades de um sistema de interações. *Finalidades* não são bens jurídicos no sentido tradicional (que é liberal), mas sim objetivos de organização política, social ou econômica. O Direito Penal não protege *funções*, mas sim bens concretos, passíveis de lesão material.¹⁸⁶

7. TEORIAS CONSTITUCIONALISTAS DO BEM JURÍDICO-PENAL

7.1. Considerações iniciais

O retorno às concepções liberais do bem jurídico-penal não expressa, necessariamente, a delimitação desejável do âmbito da atuação

¹⁸⁴ *Op., cit.*, p. 66.

¹⁸⁵ *Curso de direito constitucional*, p. 106.

¹⁸⁶ “*El riesgo de la asunción de esquemas de tutela de funciones radica en transformar el injusto penal en un ilícito de mera trasgresión ...*” (MOCCIA, S., *De la tutela de bienes ...*, p. 118). O bem jurídico deve antes atender à necessidade da pessoa. “*No se trata de proteger sistemas sociales, organizaciones, intereses coletivos, sino las necesidades de la persona. Por eso, las necesidades humanas asociadas al instinto de autoconservación y al mantenimiento de la vida humana son base y condición para la satisfacción das demás necesidades*” (HORMAZÁBAL MALARÉE, H., BUSTOS RAMIREZ, J., *Lecciones ...*, p. 61).

criminalizante.¹⁸⁷ Como anteriormente discorrido, o sociologismo-funcionalista, embora inserido no contexto da revigoração dos conceitos liberais, tanto que tentou concretizar o sentido de *danosidade social*, até pela falta dum vetor nítido e vinculativo, perdeu-se na construção *sistêmico-social*, acabando por desconsiderar os próprios preceitos que tencionava redimensionar.¹⁸⁸ Assim se diz que o conceito de bem jurídico “não é uma varinha mágica com cuja ajuda se possa separar sem mais por meio da dedução e da subsunção a conduta punível da que deve permanecer impune”.¹⁸⁹

Diante dessa “insuficiente elaboração científica”, cuja “inspiração de fundo” consiste na “reproposição de um conceito material de bem com autêntica e vinculante função crítica”,¹⁹⁰ resta encontrar então “um instrumento idôneo” que sirva de “mediatizador do conceito de bem jurídico”; um instrumento “transistemático em relação os sistema penal, não só com

¹⁸⁷ “Aliás, a ainda insuficiente elaboração científica da matéria repercute negativamente - o que é inevitável -, não só sobre a estimada função ‘critica’, mas também sobre outras funções tradicionalmente atribuídas ao conceito de bem, quais sejam: a interpretativa, a dogmática e a sistemática ... Disso deriva, inexoravelmente, que, qualquer que seja a definição sugerida (bem como ‘interesse’, ‘situação’ ou ‘função’, etc), acaba ela, de fato, por exercer pouca ou nenhuma influência sobre o terreno dogmático ou político-criminal” (FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 411).

¹⁸⁸ Além disso, a atividade criminalizante se estrutura sob o influxo dos juízos de valor, em que o construtor da figura criminal, embora atento aos acontecimentos sociais, pode captar bens jurídicos segundo suas próprias visões de mundo. “É inquestionável que criminalizar ou descriminalizar implica juízos de valor” (CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 111).

¹⁸⁹ ROXIN, C., *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 60. “Ciertamente, el concepto de bien jurídico no se halla en condiciones de ofrecer una fórmula com la cual, mediante operaciones de subsunción y deducción, se pueda delimitar fácilmente la conducta punible de la que no lo es” (MOCCIA, S., *De la tutela ...*, p. 114). No mesmo sentido: “A existência de um bem jurídico-penal socialmente relevante é condição necessária para legitimação do Direito Penal num Estado Social e Democrático de Direito, mas não condição suficiente” (LOPES, M. A. R., *Crítérios ...*, p. 351). “Trata-se, mais simplesmente, de um conceito ao qual cabe a função de predispor ‘diretrizes programáticas de tutelas potencialmente vinculantes’” (FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 422).

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 424.

legitimidade para ajudar a concretizar o conceito de bem jurídico (reduzindo as diferenças subjectivas de opinião)”; em suma, um instrumento “não apenas orientador do legislador, mas com força ‘vinculante’ limitativa do poder estadual”.¹⁹¹

O instrumento regulador da conceituação, aquele que melhor atende às expectativas acima-assinaladas, “só pode ser a Constituição”,¹⁹² pois é ela que contém as decisões mais importantes da ordem jurídica, tanto no aspecto organizatório do Estado quanto no âmbito dos valores fundamentais da sociedade,¹⁹³ impondo-se com particular legitimidade, já que resume as opções políticas essenciais da sociedade.¹⁹⁴

¹⁹¹ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 112, que ainda de forma mais elaborada indaga: “Como transpor o conceito abstrato de bem jurídico, fundamentalmente coincidente em todos os autores, para a concretização dos diferentes bens que o legislador está autorizado a criminalizar, superando (ou pelo menos diminuindo) as diferenças que se começam a sentir quando se passa da definição para a concreção, diferenças onde está necessariamente envolvido o subjectivismo do juízo de valor de cada autor?” Na formulação de ANDRADE, M. C., *A nova lei ...*, p. 83: “Será possível transpor a fecundidade [do conceito de bem jurídico] materialmente heurística para além do horizonte da pura política evitando-se, assim, que a sua densidade material tenha como reverso a total inocuidade prático-jurídica?”.

¹⁹² “Quando falamos de Constituição, convirá precisar, referimo-nos à Constituição material, enquanto conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, atendendo à própria realidade constitucional, mesmo que não estejam expressamente positivados no texto constitucional,...” (CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 113 e 116).

¹⁹³ “Esta relação entre concepção de Estado constitucionalmente consagrada (e seus princípios) e limites ao poder criminalizador, é salientada na doutrina germânica desde o fim dos anos cinquenta, mas também em Portugal, Espanha e até em Itália, ela tem sido ponto de partida essencial para se elaborar um conceito de bem jurídico capaz de orientar as reformas penais” (*ibid.*, p. 133 e 134).

¹⁹⁴ “Primeiramente, é dever registrar que os mais consagrados autores de Direito Penal da atualidade, como visto, vão buscar na Constituição os fundamentos de validade e limites de intervenção do direito penal, na medida em que é esta que exprime o tipo de Estado e seus fins e, conseqüentemente, limita também os fins da tutela penal. Não fazem derivar de um conceito abstrato de bem jurídico o âmbito da tutela penal, mas, pelo contrário, chegam ao bem jurídico através da indagação sobre os fins da pena, de acordo com o tipo de Estado constitucionalmente consagrado e seus princípios fundamentais” (LOPES, M. A. R., *op., cit.*, p. 394). *Cualquier propuesta sobre el bien jurídico que pretenda servir de límite a la actividad punitiva del Estado*,

7.2. Incidência da Constituição no direito penal

Apontada a Constituição como o (único) instrumento legítimo capaz de estreitar as linhas conceituais do bem jurídico-penal, a operar a necessária delimitação do poder punitivo em critérios fixos, eficientes, e em concordância com os valores gerais, deve-se antes tentar entender como a Constituição influencia o direito penal¹⁹⁵ (em outras palavras, como ela molda com seus valores o direito penal), nomeadamente pela natureza das normas constitucionais, a ponto de circunscrever a área de criminalização e de descriminalização, na medida em que, para esta última, os bens protegidos pela tipificação não encontrem correspondência constitucional.

Dentre as classificações sobre a natureza das normas constitucionais em matéria penal,¹⁹⁶ destaca-se a que busca distinguir dentro da

como mínimo, debe partir de una norma superior, esto es, de la Constitución Nacional. Ello por cuanto, tal como lo afirma González Rus, 'si se persigue una finalidad vinculatoria, es claro que sólo puede servir una fuente jurídica que sea jerárquicamente superior y se imponga por su propia naturaleza. Y tal fuente no podía ser otra que la norma constitucional' (CASTILLO, G. B., PAVAJEAU, C. A. G., *op. cit.*, p. 53). É bom ressaltar que, “para que se possa reconhecer na Constituição essa capacidade de recolher na base social um conjunto de elementos históricos, culturais, sociais, éticos próprios de seu tempo e em considerações perspectivas e retrospectivas há de tê-la como *obra aberta*, ou seja, capaz de ser interpretada e reconstituída. Apenas uma Constituição, que assim se permita ler e interpretar, recepciona as premissas histórico-políticas do regime democrático e suporta sem rupturas a interpretação de um Direito Penal fundado no máximo de garantias de liberdade por meio de um rígido processo de seleção de bens jurídicos a criminalizar, cuja fonte única é a orientação ou a valoração constitucional” (LOPES, M. A. R., *op. cit.*, p. 43).

¹⁹⁵ PALAZZO, F. C., *Valores constitucionais e direito penal*, p. 23-25, assinala que na atualidade é maior o interesse dos estudiosos pela influência exercida pelos valores constitucionais sobre o conteúdo do direito penal. Esse fenômeno, segundo ele, é mais acentuado na Espanha, “onde já são significativas certas afirmações constitucionais e aos conseqüentes elaborações doutrinárias”. Também na Itália “se desenvolvem há anos os debates em torno da improvável reforma da parte especial em que se proceda à adequação aos valores constitucionais”. Na Alemanha a correlação já está em curso.

¹⁹⁶ O elenco vem apresentado exaustivamente por LOPES, M. A. R., *Princípios ...*, p. 172 e ss.

Constituição o valor das normas relativas ao direito penal,¹⁹⁷ muito embora sofra a crítica de ser incompleta,¹⁹⁸ formulada por PALAZZO¹⁹⁹, que realiza a distinção de duas ordens de princípios que entrelaçam a Constituição e o direito penal.²⁰⁰

Os *princípios de direito penal constitucional* “apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico”, como o princípio da legalidade dos crimes e das penas e seus corolários: princípio da tipicidade, da irretroatividade da lei prejudicial, da proibição das penas cruéis, etc., que “delineiam a ‘feição constitucional’ de um determinado sistema penal”, a não carecerem, “eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional”. Eles integram “o sistema penal em razão do próprio conteúdo”, com “características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmbito do sistema penal.”²⁰¹

Como acentuou LUISI, os princípios “especificamente penais” visam à “afirmação dos direitos do homem e do cidadão e à limitação do papel do

¹⁹⁷ Acolhida por CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 118.

¹⁹⁸ Vide LOPES, M. A. R., *op., cit.*, p. 176.

¹⁹⁹ *Valores ...*, p. 22. Tal distinção é seguida por LUISI, L., *Os princípios constitucionais penais*, p. 10.

²⁰⁰ LOPES, M. A. R., *Princípios ...*, p. 178-180, nomeia o princípio da legalidade e seus corolários como *princípios constitucionais do direito penal*, que estabelecem as regras para o legislador ordinário na definição do crime e das penas. Já as regras disciplinadoras de matérias específicas, como vedação ao direito de fiança, imprescritibilidade de delitos e impossibilidade de concessão de graça ou anistia, são catalogadas como *normas constitucionais restritivas de direitos individuais em matéria penal*. Já as normas de *direito penal constitucional* prescrevem definições penais sobre matéria tipicamente constitucional, como os crimes de responsabilidade e contra a ordem constitucional e o Estado de Direito.

²⁰¹ PALAZZO, F. C., *op., cit.*, p. 23.

Estado a garantir a efetivação e a eficácia dos mencionados direitos”. Ainda mais, tais princípios “traduzem, também, programas descriminalizantes”, na medida que impõem uma série de restrições ao *ius puniendi*.²⁰² Assim, dada a importância desses vetores, segue um breve resumo.

Segundo BATISTA, são cinco os princípios básicos do direito penal constitucional: legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade. A relação de PRADO fica em personalidade e individualização da pena, humanidade, insignificância, culpabilidade, intervenção penal legalizada, intervenção mínima e fragmentariedade. Já LOPES arrola legalidade (e princípios decorrentes), intervenção mínima, insignificância, taxatividade, lesividade, culpabilidade e humanidade como princípios pertinentes ao Estado de direito material quanto ao preceito primário, além dos princípios da proporcionalidade, individualização e finalidade da pena referentes ao preceito secundário. LUISI, por sua vez, elenca a legalidade, a intervenção mínima, a humanidade e os princípios da pessoalidade da pena e da individualização da pena.²⁰³

Quanto ao princípio da legalidade (previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, art. 5.º XXXIX), “sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu [contraposição à ingerência desregrada da monarquia absolutista] e constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”. Ainda, “nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas *exclui* as *penas ilegais* (função

²⁰² *Op., cit.*, p. 9 e 10.

²⁰³ Respectivamente: *Introdução crítica ...*, p. 64-105; *Bem jurídico ...*, p. 54; *Princípios ...*, p. 75; e, *Os princípios ...*, p. 13-36.

de garantia), porém ao mesmo tempo *constitui* a pena legal (função constitutiva)”,²⁰⁴ bem como exerce um papel negativo no sentido de “impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal”.²⁰⁵ Sob o prisma da garantia individual, ele é decomposto em quatro funções: irretroatividade da lei prejudicial (proibição da *lex post facto* - de prescrição constitucional, art. 5.º, XL); proibição da criação de crimes e penas pelo costume (se bem que o costume desempenha função integrativa que acaba tendo sentido criminalizador, por exemplo, para a definição de *mulher honesta* e *ato obsceno*), que se refere à reserva absoluta da lei para a criação de tipos penais; proibição do emprego da analogia para criar crimes, de modo que o direito penal não pode estar aberto para funções integrativas-criminalizantes (daí ser ilegítimo recorrer à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro- art. 4.º - sob alegação de falta de norma criminal); e, a proibição de incriminações vagas e indeterminadas (ou princípio da taxatividade-determinação do tipo penal),²⁰⁶ tanto na redação dos tipos, que deve estar afastada de conceitos subjetivos e imprecisos quanto na fixação da pena pelo juiz que deve traduzir a condenação da maneira clara e objetiva. Esse corolário da legalidade funciona como garantia na medida que condiciona a *certeza jurídica*. Vale ressaltar que, como “garantia indispensável à conservação dos valores democráticos do Estado”, o princípio da legalidade - que não tutela um bem específico da vida, mas assegura um forte impedimento ao poder punitivo -

²⁰⁴ BATISTA, N., *op. cit.*, p. 65 e 68.

²⁰⁵ PRADO, L. R., *op. cit.*, p. 56.

²⁰⁶ segundo PALAZZO, F. C., *op. cit.*, p. 49.

“atingiu foros de unanimidade constitucional”, sem restrição temporal ou espacial.²⁰⁷

O princípio da intervenção mínima (sem prescrição expressa na Constituição de 1988), de raízes iluministas (da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de que *a lei não estabelece senão penas estrita e evidentemente necessárias*), exprime a fragmentariedade do direito penal (com imbricação direta na doutrina do bem jurídico na medida que limita a criminalização à conduta que atinja, com especial gravidade, determinado bem jurídico que só alcance proteção por meio da tutela penal) e a sua subsidiariedade (em que o direito penal só atua quando outro meio de intervenção estatal não for suficiente à tutela do bem jurídico - *ultima ratio*). Segundo a advertência de TAVARES, geralmente, o princípio da intervenção mínima “é confundido com o princípio da subsidiariedade ou com o caráter fragmentário do direito penal”. Segundo ele, o princípio da intervenção mínima “constitui um princípio de ordem política”, vinculativo do legislador, “de modo que esse seja obrigado a verificar se a lei que irá propor, formular, discutir, redigir, ou promulgar se harmoniza com os postulados dos direitos humanos”.²⁰⁸

Também o princípio da lesividade (implícito no texto constitucional) tem destacada importância na teoria do bem jurídico “porque este põe um sinal da lesividade do crime”,²⁰⁹ ao exprimir que só pode ser castigado o

²⁰⁷ LOPES, M. A. R., *op., cit.*, p. 80.

²⁰⁸ *Critérios ...*, p. 82.

²⁰⁹ BATISTA, N., *op., cit.*, p. 95.

comportamento que *lesione* determinado bem. Daí, suas funções de proibir criminalização de atos preparatórios e das chamadas *tutelas antecipadas em direito penal*, como nos casos dos crimes de perigo. Aliás, decorrência direta do princípio da lesividade é a *materialização da ofensa*. No dizer de LOPES, “a lesividade, como princípio, aproxima-se de uma justificativa doutrinária para o princípio da intervenção mínima - porquanto relacionada com o processo de seleção prévio de condutas, oferecendo um critério semântico e ontológico para ele”.²¹⁰ Para PALAZZO, “o princípio da lesividade do delito, pelo qual o fato não pode consistir ilícito se não for ofensivo do bem jurídico tutelado, responde a uma clara exigência de delimitação do direito penal”, tanto para o legislativo, a impedir a legislador a formulação de tipos penais sem ofensividade, quanto para o juiz, que tem “o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma”.²¹¹

Já o princípio da humanidade (com referências explícitas na Constituição - art. 5.º, III, XLVI, XLVII) “intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena”, impondo as condições humanas ao sistema penal.²¹² Dentre as conseqüências concretas desse princípio está a inadmissibilidade do pressuposto de que a lei é de todos conhecida, uma vez publicada, a excluir por absoluto o argumento da ignorância. Como acentuou TAVARES, grande parte “da população brasileira é constituída de analfabetos e que jamais poderia, nas

²¹⁰ *Critérios* ..., p. 354.

²¹¹ *Op., cit.*, p. 80.

²¹² BATISTA, N., *op., cit.*, p. 100.

suas limitações humanas, por si só conhecer o teor daquela publicação”.²¹³ Ainda decorrem desse princípio o respeito aos acordos internacionais relativos à descriminalização e a proibição de constituição de prisões privadas, onde o preso seja explorado como força de trabalho à disposição das regras privadas de gestão empresarial.

O princípio da culpabilidade (art. 5.º, XLV, da Constituição) afasta a responsabilidade objetiva, ditando a “subjetividade da responsabilidade penal”,²¹⁴ o que torna insuficiente, para fins de recebimento de pena, a mera relação de causa e resultado, bem como reflete a *intranscendência* da pena, que não passará da pessoa do responsável. Em termos práticos, o princípio da culpabilidade acaba por exigir alguns requisitos para a condenação de uma pessoa, como *a capacidade de culpabilidade e a consciência da ilicitude*. Dessas considerações decorrem ainda que a responsabilidade penal vem do fato delituoso e não da pessoa que o pratica, sendo que a culpabilidade funciona também como “medida da pena”.²¹⁵

Originários do iluminismo, tais princípios são reveladores da noção separatista, Estado/sociedade, a fazerem da Constituição o escudo particular contra as investidas do Estado. Mas, segundo CUNHA, nada dizem, “pelo menos diretamente, quanto ao conteúdo do que pode/não deve vir a ser criminalizado”. Desse modo, *os princípios de direito penal constitucional* não são suficientes para

²¹³ *Op., cit.*, p. 82.

²¹⁴ BATISTA, N. *op., cit.*, p. 104.

²¹⁵ LOPES, M. A. R., *Princípios*, p. 102.

limitar o poder punitivo, pois ainda conferem significativa margem de liberdade ao Estado para “decidir quais os fatos a criminalizar”.²¹⁶

Já os *princípios influentes em matéria penal*, ou *valores pertinentes à matéria penal*, referem-se ao conteúdo da regulamentação. Diferentemente dos *princípios de direito penal constitucional*, delimitam “a matéria penalmente disciplinada”, não apenas a forma penal da tutela ou o modo da disciplina penalística. Eles “se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio e família), da qual traçam, freqüentemente, os grandes rumos disciplinadores”. Embora previstos no texto constitucional, “seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característicos do direito penal; impõem-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervier”.²¹⁷

Para CUNHA, os *princípios influentes em matéria penal* “vão desde a consagração do tipo de Estado e seus fins até ao catálogo de direitos fundamentais”, tanto aqueles referentes à “dimensão do Estado de Direito”, como “os tradicionais direitos, liberdades e garantias pessoais”, quanto os que

²¹⁶ *Op., cit.*, p. 119 e 120. Embora mais adiante (p. 128) reconheça autores que “dos primeiros [*princípios de direito penal constitucional*] fazem derivar já conseqüências importantes em sede de limitação quanto ao conteúdo da matéria a criminalizar, principalmente no âmbito de Constituições que não se referem expressamente a esta delimitação material da área do punível”. Arremata dizendo que “uma correta interpretação destes princípios, que tenha em conta a totalidade da sua *ratio*, no contexto do actual Estado de Direito *material*, não os pode considerar indiferentes a opções de conteúdo em sede penal”.

²¹⁷ PALAZZO, F. C., *op., cit.*, p. 23.

“exprimem a inovadora face do Estado, a sua dimensão social”, como os “direitos sociais, econômicos e culturais”.²¹⁸

Para LUISI, os *princípios pertinentes à matéria penal* “geralmente não são propriamente criminais, impondo-se tanto ao legislador penal como ao civil, tributário, agrário, etc”. Referem-se em primeiro plano “ao aspecto de conteúdo das incriminações no sentido de fazer com que o direito penal se constitua em um poderoso instrumento de tutela de bens de relevância social”. Nessa função, eles traduzem uma “orientação ao legislador penal no sentido de determinar ao mesmo a elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores transindividuais.” Segundo LUISI, são exemplos destes postulados as determinações da Constituição no sentido da proteção “ao meio ambiente, ao trabalho, à cultura, etc.”²¹⁹

A partir dessa organização principiológica, capaz de delinear uma conceituação de bem jurídico-penal, delimitando a construção punitiva, passou-se à especialização teórica, a retirar da Constituição conseqüências concretas subordinantes do poder criminalizador. Nessa seqüência, o grau de vinculação das teorias sobre o bem jurídico a respeito da Constituição varia toda vez que umas apresentam uma relação flexível e outras uma relação estrita com o

²¹⁸ *Op., cit.*, p. 124. Quando aos direitos fundamentais, especificamente falando, a autora diz que “embora estes direitos tenham sido encarados, *ab initio*, primacialmente como direitos de defesa ‘formal’ face ao poder estadual - constituindo assim a referida garantia quanto à forma de intervenção penal, mas segundo a maioria dos autores pouco ou nada relevando quanto ao conteúdo da tutela penal - parece não restarem dúvidas, nos nossos dias, quanto à sua influência de conteúdo ... na medida em que exprimem ... valores fundamentais da comunidade, valores que o Estado se comprometeu, não só a respeitar como a *fazer respeitar* e, nalguns casos ... a concretizar e a desenvolver” (p. 124-127).

²¹⁹ *Op., cit.*, p. 10.

texto constitucional. Desse arcabouço teórico decorre uma maior ou menor limitação ao poder punitivo do Estado.²²⁰

Ressalte-se que, por um outro ângulo, os princípios básicos do direito penal, ligados à interpretação constitucional de caráter geral, exprimem uma postura descriminalizante, enquanto os influentes em matéria penal apontam um novo dimensionamento do direito penal, ao encontro da tutela de valores constitucionais reputados penalmente relevantes.

7.3. Teoria constitucional de caráter geral

Aqui,²²¹ a Constituição é tida como o marco de referência, o informativo vinculante com princípios genéricos (Estado de direito e social-democracia, por exemplo), cuja premissa de fundo consiste na idéia de que o Estado de Direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância,²²² do

²²⁰ Vide CASTILLO, G. B., PAVAJEAU, C. A. G., *op., cit.*, p. 54. É também a sistemática de PRADO, L. R., *op., cit.*, p. 50 e 51: “As teorias constitucionais do bem jurídico - grandemente acolhidas pela doutrina italiana - procuram formular critérios capazes de se impor de modo necessário ao legislador ordinário, limitando-o no momento de criar o ilícito penal. O conceito de bem jurídico deve ser inferido na constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretrizes político-criminais. Podem ser agrupadas em teorias de caráter geral e de fundamento constitucional estrito. A divergência entre elas é tão-somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional”.

²²¹ “Nas primeiras [teorias constitucionais de caráter geral], costuma-se fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo. Dentre elas estão, principalmente, as concepções de W. Sax, M. Marx, D. Pulitanò, G. Fiandaca, C. Roxin e H.J. Rudolphi” (*ibid.*, p. 51). Segundo CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 129, “posição assumida pela maioria da actual doutrina alemã”.

²²² Segundo PALAZZO, tais princípios, os mais significativos no perfil político-constitucional, tendem a impedir que o direito penal sofra um “desbordamento”, isto é, uma “maior abrangência”, pois eles promovem a “secularização do direito penal”, não de feição especialmente religiosa, mas buscam “ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de

que se deduz que “a pena estatal não pode ser legitimamente infligida para impor o mero respeito a determinadas concepções morais.”²²³

Enquadrada nessa categoria teórica está a concepção de ROXIN,²²⁴ dirigida à formulação de um conceito *constitucionalmente orientado* de bem jurídico.²²⁵ Segundo o autor, a considerar que “cada indivíduo participa no poder estatal com igualdade de direitos”, não compete ao Estado a função de “realização de fins divinos ou transcendentais”, com o intuito de “corrigir moralmente, mediante autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas”. A função do Estado limita-se, antes de tudo, “a criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais”; função essa que pode alcançada com a tutela dos bens jurídicos mais significativos, como a “vida, a integridade física, a liberdade de

existência da sociedade civil, e a excluir, em conseqüência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico” (*op., cit.*, p. 87).

²²³ FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 414.

²²⁴ Regis PRADO (*op., cit.*, p. 51 e 52): “Roxin parte da idéia de Constituição, mais especificamente, da noção moderna de Estado democrático e social. No campo penal, significa que seu objetivo só pode ser o de garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade.”

²²⁵ Entretanto, deve-se frisar com FIANDACA, G., (*op., cit.*, p. 412) que “na elaboração indicada, a premissa da argumentação não é constituída pela busca - explícita ou implícita - de um conceito ‘material’ de bem jurídico, susceptível de fornecer, com base em um procedimento lógico-dedutivo, indicações acerca dos concretos objetos da tutela penal”, pois o trabalho de ROXIN, de onde se retiram as considerações sobre a questão do bem jurídico (*sentidos e limites da pena estatal*, in Problemas fundamentais de direito penal), enfrenta a questão do fundamento da pena criminal; portanto, não está dedicado expressamente ao tema do bem jurídico. Daí FIANDACA ter qualificado a concepção de ROXIN como “uma elaboração que podemos definir como orientação constitucional ‘mínima’ ” (p. 412).

actuação ou a propriedade”, por meio do direito penal, que “tem de assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições”.²²⁶

Desse arrazoado, ROXIN elabora duas conseqüências importantes relacionadas com o poder punitivo: sendo o Estado democrático de direito, laico, fundado na soberania popular, não pode pretender moralizar o cidadão adulto, de modo que o legislador não está legitimado a criminalizar comportamentos simplesmente imorais; e, o caráter subsidiário da intervenção penal, restrita à tutela dos bens jurídicos essenciais.

No comentário da primeira conseqüência, CUNHA assinala que “a exclusão de condutas simplesmente imorais do âmbito da criminalidade” vem como resultado “do Estado baseado na soberania popular”, que tem como premissa da sua própria existência, portanto fundamental, o respeito “às opções de vida de cada pessoa”, sendo então inadmissível a um grupo de pessoas - mesmo majoritário - a imposição a outro grupo - ainda que minoritário - “determinadas concepções” de vida, com a intenção de moldar “moralmente” o grupo menor.²²⁷

Vale aqui transcrever a precisão de CUNHA.

²²⁶ ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 27. Além dessa função conservadora de bens fundamentais (vida, integridade física, liberdade, patrimônio, etc), sem pretensão moralizante, compete ao direito penal, segundo ROXIN, amparar as finalidades de prestações públicas do estado, como a promoção e a ajuda social, o que revela o *viés* intervencionista do direito penal. Nas palavras do autor: “No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna” (*op., cit.*, p. 27 e 28).

²²⁷ *Op., cit.*, p. 145.

Em sociedades democráticas, cuja essência reside no princípio da liberdade, ligado à exigência de respeito pela dignidade humana (de todo e qualquer homem, quaisquer que sejam as suas particulares convicções e modo de vida); sociedade que não se baseiem num monismo axiológico, mas que provoquem até a ‘diversidade ética como algo de intrinsecamente valioso’, sociedades pluralistas e, necessariamente compromissórias, não se pode vir defender ser a moral e a ideologia majoritária (mesmo que bastante dominante), em si e por si mesma considerada - ou seja, desligada de eventuais efeitos danosos para outros valores considerados básicos - um bem jurídico penal ancorado constitucionalmente, assim como não se poderia defender a punição de meras intenções, não competindo ao Estado exercer o papel de conformador ou tutor moral dos cidadãos, mas, apenas, a menos ambiciosa função de preservação dos bens essenciais para a vida em comunidade. *Até porque, o valor da liberdade individual e tolerância se sobrepõem, como mais essenciais, à moral dominante* (destaque meu).²²⁸

Figueiredo DIAS, também nessa passagem, dentro da discussão do bem jurídico, explica que “puras violações morais não conformam a lesão de um autêntico bem jurídico”. Por isso, “não podem integrar o conceito material de crime”. O exemplo “paradigmático” dessa assertiva vem da “evolução” do direito penal nas questões sexuais. Ao invés de tutelar a “honestidade” e os “bons costumes” das “condutas desviadas” (homossexualidade e prostituição), o direito penal pode vir a proteger a “liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual” dos atos intolerantes. Ainda no campo da moralidade, “não conformam

²²⁸ *Op., cit.*, p. 138 e 139.

autênticos bens jurídicos proposições (ou imposições de fins) meramente ideológicas”, como uma determinada doutrina “religiosa, moral, política, econômica, social ou cultural”.²²⁹

No tocante à natureza subsidiária do direito penal, ROXIN enfatiza que “somente se podem punir” as condutas agressivas de “bens jurídicos” indispensáveis “para uma vida em comum ordenada”. Adverte que “onde bastem os meios do direito civil ou do público, o direito penal deve retirar-se”. Assim diz que “não pertence ao direito penal a infração contra meros regulamentos de ordenação”; a citar como exemplos ilícitos cometidos no trânsito de automóveis onde “para estes casos bastam sanções administrativas”. Além disso, destaca que não deve o legislador conferir a todas as leis “um cinturão protector jurídico-penal, decretando no final das mesmas que será castigado quem infrinja as disposições precedentes”, pois “é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela.”²³⁰

Vale ressaltar que, com a observância dessas duas conseqüências do Estado de direito relacionadas ao poder punitivo, ROXIN sustenta que as anteriores objeções que ele mesmo dirigiu à teoria da *prevenção geral* caem por terra. Contra a objeção (mais saliente) de que a prevenção geral não limita o poder punitivo do Estado, que tende sempre a reforçar o efeito da pena para causar cada vez mais intimidação coletiva, ROXIN argumenta que a necessária restrição do direito penal à tutela de bens jurídicos inibe por completo a tendência inflacionária da pena. Daí arremata dizendo que “as cominações penais

²²⁹ *Questões ...*, p. 75 e 76.

²³⁰ *Op., cit.*, p. 28 e 29.

se justificam, apenas e sempre, pela necessidade de protecção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações”.²³¹

Assim colocado, está claro que ROXIN busca na Constituição os fundamentos da sua concepção, em normativas gerais como o tipo de Estado, de onde faz derivar o âmbito da tutela penal.²³²

²³¹ *Op., cit.*, p. 31 e 32.

²³² Parece até aqui tranqüilo que o tipo de Estado influencia decisivamente no direito penal, pois de há muito já se tem notícia de tal imbricação. Num Estado de exceção, em que a democracia não se efetiva, haverá maior utilização do direito penal, nomeadamente pela inflação legislativa (expressão cunhada por René Ariel Dotti) em todos os níveis, a desrespeitar a proporcionalidade e até mesmo a racionalidade do sistema. Como demonstra a história, o regime repressivo penal é forte aliado do totalitarismo, que precisa se valer do *terror* para impor a dominação claramente ilegítima. Por outro lado, num Estado democrático, a legitimidade conferida ao legislador e ao operador do direito no caso concreto - o juiz, por exemplo - provoca o debate intenso sobre a criminalização, tendente sempre à redução, já que o pluralismo político e o alagamento das fronteiras de aceitação social das mais variadas correntes de pensamento e de modo de vida - imposições da constituição - resultam na maior tolerância dos comportamentos que não agridem bens de caráter geral, ou identificados na sociedade como essenciais à sobrevivência digna das pessoas. E mais. Num Estado de direito formal, isto é, aquele que usa a legislação como instrumento dissimulador da desigualdade, a conferir o direito apenas *no papel*, não respondendo materialmente às expectativas sociais, a buscar apenas a igualdade meramente formal, ou, como disse Machado de Assis, *a igualdade no verniz*, a concepção do crime tenderá à ilegitimação na medida que os preceitos constitucionais da materialização não são implementados, o que acaba por revelar o distanciamento entre a legislação penal, em que o legislador só encontra limitação nos princípios formais, como da legalidade, e a Constituição. Esta situação parece refletir bem o caso brasileiro. Mas num Estado de direito material, promotor do desenvolvimento individual e social, aquele que *topa* aplicar a Constituição - aglutinativa que é não de sonhos ou expectativas, mas de programas que devem ser colocados em prática - tem-se, de imediato, a legitimidade do poder punitivo, que vai ao encontro dos direitos escritos, por si só, expressivos do encolhimento do direito penal, pois, dentre os que são consagrados, a liberdade individual exala como algo inquestionável. Dissertação mais ampla sobre esse ponto: CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 129-142. Vale destacar ainda que, incluído na elaboração definida como *orientação constitucional mínima* (por FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 6), Sax, a considerar que a pena se traduz numa pesada violação de valores morais do destinatário, sublinha que o uso do instrumento penal deve estar circunscrito aos casos de comprovada *dignidade penal*, também conhecida como *necessidade da pena*, na perspectiva da intervenção penal como *ultima ratio*. Também no mesmo ramo de pensamento, “Rudolphi define os bens jurídicos como ‘unidades sociais de função’, indispensáveis à vida social que se desenvolve no quadro da Constituição: tal seria uma vida social baseada na liberdade e na responsabilidade do indivíduo” (FIANDACA (*op., cit.*, p. 414). Segundo Regis PRADO, “Rudolphi, de modo similar, entende que os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores. Adverte ele que o Estado de Direito é mais que um simples Estado de legalidade, só encontrando sua verdadeira legitimação na idéia de justiça material. O bem jurídico, nesse contexto, é concebido como uma valiosa unidade de função social (unidade de função *viva*),

Mas, algumas críticas são dirigidas a concepção constitucional de ROXIN.

*Sin embargo, Roxin no limita la intervención penal a esos llamados bienes jurídicos, sino que la extiende a la posibilidad de ‘asegurar metas de las prestaciones vitalmente necesarias ... Em definitiva, las teorías constitucionalistas ‘amplias’ o ‘genéricas’ del bien jurídico, se muestran como amplios programas político-criminales cuyo desarrollo flexible está a cargo del legislador.*²³³

Parece haver razão no primeiro motivo. Com efeito, ao dizer que no Estado moderno, além da proteção de bens jurídicos, incumbe ainda a necessidade de “assegurar, se necessário através dos meios do direito penal, o cumprimento de prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social”, ROXIN confere ao direito penal uma função que não lhe é historicamente típica, qual seja, uma função *promocional*. Conforme Figueiredo DIAS,

uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido desta intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguarda do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas. Pelo contrário,

indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar. Para tanto, a concretização do bem jurídico como um juízo de valor do ordenamento positivo deve levar em conta os condicionantes seguintes: ‘1) que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que para o direito penal são deduzidas da Constituição; 2) Que com o anterior somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para serem desenvolvidas as condições e funções em que se baseia esta sociedade dentro do marco constitucional; 3) Que um tipo penal seja portador de um bem jurídico claramente definido não significa já a sua legitimação; é necessário, ainda, que só seja protegido diante de ações que possam realmente lesiná-lo ou colocá-lo em perigo” (*op., cit.*, p. 52 e 53).

²³³ CASTILLO, G. B., PAVAJEAU, C. A. G., *op., cit.*, p. 55 e 56.

uma tal função conduziria inexoravelmente, de forma imediata ou a prazo, a converter o direito penal em instrumento de ideologia político-social, em favor de uma qualquer taumaturgia social; conduziria, isto é, à renovação, sob uma veste nova, do velho integralismo penalístico e se reduziria, deste modo, a um novo processo palingenético.²³⁴

Quanto ao segundo ponto crítico, afirma-se que, embora a partir da concepção genérica - que retira da Constituição princípios gerais - “se possam fazer derivar conseqüências concretas muito importantes, limitadoras da criminalização, estes conceitos são ainda vagos, sendo assim algo incerta a área em que o legislador está proibido de intervir.” Dessa concepção, resume-se que o legislador “está proibido de, com a criminalização, trair o espírito de um Estado de direito, violar valores constitucionais, mas fora desta área, fica-lhe uma ampla liberdade de decisão”.²³⁵ Mais especificamente, declara-se que o entendimento constitucional amplo não “é capaz de fornecer um conceito material de bem jurídico tão determinado e rigoroso que permita estabelecer, com certeza, por via de dedução lógica, quais devem ser os objetos da tutela penal”.²³⁶

Em que pese a contundência das críticas voltadas à amplidão da *teoria constitucional de caráter geral*, essa reconstrução do sistema constitucional e da teoria do bem jurídico, segundo uma “ótica que privilegia o indivíduo

²³⁴ *Questões ...*, p. 73.

²³⁵ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 129.

²³⁶ FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 414, que arremata: “Tratam-se, antes - e não podia ser diferente - de definições que estabelecem critérios de máxima, que indicam diretivas-guias formuladas em forma de cláusulas gerais e, portanto, carentes de serem especificadas por meio de um processo de concretização articulado em mais fases.”

singular”, serve como excelente contraponto à doutrina que tenta buscar no direito penal um “complexo de tarefas” *modernas* que ele teria que tutelar, regular, em suma, criminalizar.²³⁷

7.4. Teoria constitucional de caráter estrito

Nesta vertente dogmática, pretende-se “delimitar mais concretamente o poder criminalizador”. Logo, além do aproveitamento das diretrizes da *teoria constitucional de caráter geral*, a teoria estrita argumenta que o legislador “estaria apenas autorizado a criminalizar a violação de bens com algum reflexo em valores constitucionais”.²³⁸

²³⁷ Ademais, a concepção constitucional de caráter estrito mais enfocada, a de Bricola - que “todos sabem”, na Itália, dever-se a ele “a principal tentativa de elevar a Constituição a fundamento próprio do direito penal” (FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 415) - não decorre expressamente “do texto constitucional, mas tem sido defendida a partir de uma interpretação ‘actualizada’ dos chamados ‘princípios de Direito Penal Constitucional’”. Ora, a concepção estrita recolhe, então, duma principiologia constitucional geral, de início criticada por estabelecer premissas eminentemente formais, “vinculantes indicações de conteúdo” (CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 169). Em outras palavras, “o significado destas normas (constitucionais) ultrapassaria os limites de um garantismo de marca liberal” (FIANDACA, G., *loc., cit.*), o que já reflete que o grau de especialização teórica não é a chave da questão da legitimação criminalizante, tampouco constitui-se na única e melhor resposta ao problema.

²³⁸ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 167, que acrescenta que tal concepção tem maior penetração na Itália, Espanha e Portugal. “Deste modo, o legislador penal passa a estar mais estritamente limitado pelas opções valorativas constitucionais, não podendo recorrer às sanções penais, sem que tal vise a protecção destes valores. Aqui reside a garantia de que apenas se tutelem penalmente bens de fundamental relevo para a comunidade” (*loc., cit.*). Segundo PRADO, L. R., *op., cit.*, p. 53, Bricola, Musco e Angioni, dentre outros, “orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional”. Para CASTILLO e PAVAJEAU, no interior das teorias constitucionalistas estritas podem se encontradas orientações que se apoiam no conceito genérico de valor constitucional e, num sentido mais restrito ainda, aquelas que se sustentam nos direitos constitucionais específicos. Assinalam que “*aquí también los efectos son diferentes: la segunda tendencia comportará una mayor restricción que la primera, porque se encuentran en relación de género a especie, respectivamente*” (*op., cit.*, p. 56).

Segundo FIANDACA, do art. 13 da Constituição Italiana (defesa da liberdade),²³⁹ BRICOLA deduz que a pena só pode ser adotada na “violação de um bem” de igual “valor” ou que “seja ao menos dotado de relevância constitucional”. Assim, o delito seria um “fato lesivo de um valor constitucional”, cuja graduação da pena levaria em conta como principal parâmetro a “relevância” do bem afetado no “interior do sistema constitucional”, o que induz o reconhecimento duma organização “escala hierárquica” de valores constitucionais,²⁴⁰ bem como a utilização, neste caso, do “princípio da proporcionalidade” no direito penal.²⁴¹

Ainda segundo FIANDACA, a primeira objeção vem da constatação de que o dispositivo constitucional invocado trata da “tutela da liberdade pessoal no âmbito da autoridade administrativa”, não se referindo, portanto, à tutela da liberdade “no que diz respeito ao legislador penal”, que é confiada aos artigos 25 e 27 da Constituição Italiana.²⁴² Além disso, o art. 13

²³⁹ “A liberdade pessoal é inviolável. Não é permitida forma alguma de detenção, inspeção ou perquirição pessoal, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal, senão por ato motivado pela autoridade judiciária e somente nos casos e modos previstos em lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados taxativamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias que devem ser comunicadas, dentro de quarenta e oito horas, à autoridade judiciária e, se esta não os convalida nas sucessivas quarenta e oito horas, entendem-se revogadas e privadas de todo efeito. Será punida toda violência física e moral sobre as pessoas de qualquer maneira submetidas a restrições de liberdade”.

²⁴⁰ *Op., cit.*, p. 415 e 416.

²⁴¹ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 175 e 176.

²⁴² “Ninguém pode ser privado do juiz natural pré-constituído em lei. Ninguém pode ser punido senão por força de uma lei que tenha entrado em vigor antes de cometido o fato. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança senão nos casos previstos pela lei” (art. 25). “A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado culpado senão após condenação definitiva. As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao sentimento de humanidade e devem dirigir-se à re-educação do condenado. Não é permitida a pena de morte, a não ser nos casos previstos pelas leis militares de guerra” (art. 27).

limita-se a garantir “a reserva da lei” para a restrição da liberdade pessoal, de modo que pretender dele extrair uma orientação dirigida “à tutela de um valor constitucional, não significa, talvez, estender demais o leque das possibilidades interpretativas?”. E ainda, “a pena não sacrifica somente o valor da liberdade pessoal, mas outros valores primários como a ‘dignidade social’”, a buscar anteparo, então, em outras normas constitucionais; dessa maneira, melhor justifica a tese de Bricola uma reflexão sobre vários princípios e normas constitucionais, e não a interpretação centrada em “normas isoladas”.²⁴³

Dos outros dispositivos que se vale Bricola (art. 25, reserva de lei e art. 27, responsabilidade pessoal e subjetiva, finalidade reeducativa da pena e princípio da dignidade) para arquitetar uma hierarquia constitucional de valores sujeitáveis à proteção penal, FIANDACA argumenta ainda, desta vez em confronto com a orientação constitucional geral, que a “tutela penal pode-se legitimamente estender a bens que encontram na Constituição um reconhecimento somente implícito (por exemplo, o bem vida)”, bem como o fato do delito poder lesionar um valor “privado de relevo constitucional” direito, ligando-se a um valor dessa envergadura apenas de maneira indireta, como a “segurança do tráfego”, que atende mediatamente a proteção da vida e da incolumidade física.²⁴⁴ Já com suporte sociológico, diz por fim FIANDACA, com posterior redimensão, que uma

²⁴³ FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 416-418.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 418 e 419. Muito embora a *segurança do tráfego*, a *fé pública*, a *livre concorrência*, dentre os exemplos citados por FIANDACA, enquadráveis como valores sem relevo constitucional direto, constituem-se, em boa parte, em instrumentos de antecipação da tutela penal. Para proteger o bem vida no tráfego, faz-se deste último uma particularidade penal, com critérios de tutela que acabam por desconsiderar visões clássicas do bem jurídico, nomeadamente sob o prisma liberal, de duvidosa eficácia e legitimidade.

limitação penal desta ordem “comporta, como custo ulterior, a renúncia a satisfazer novas exigências de tutela surgidas do contínuo envolver-se da realidade social”.²⁴⁵ Essa colocação segue a perspectiva sociológica de que “*el bien jurídico no es una entidad pasiva y predeterminada normativamente*”, mas sim “*fluctúa al paso de la dinámica social*”.²⁴⁶

Como assinalou CUNHA, “apesar de todas as críticas” formuladas à “hierarquização de valores”, na prática ela “se torna inevitável”, principalmente “quando se escolhe o tipo de penas para o respectivo tipo legal”, Desse modo, a questão não seria de hierarquia de valores, mas “da existência de hierarquias rígidas ou tendenciais” ou de “ordens fracas” de valores. Pela autora, no interior de ordem jurídicas democráticas, plurais, só se pode falar de uma ordem aberta de valores constitucionais.

Em que pese a força das argumentações dentro dessa última perspectiva, os *princípios pertinentes à matéria penal*, de onde se retiram as conclusões de criminalização constitucional estrita, ou da delimitação desta, não servem à proposta do direito penal mínimo.

Além das críticas acima-apontadas, o fato é que tal principiologia tende a encarar o direito penal mais como um instrumento de política, onde o homem é utilizado como meio, do que uma ferramenta extremamente perigosa de controle. A partir da interpretação estrita, alargam-se as

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 420.

²⁴⁶ CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op. cit.*, p. 62. Mas, como arremataram os autores citados, mesmo que a missão do direito penal, de acordo com a compreensão sociológica, “*es propender por el acatamiento de las normas*”, isso não implica que elas “*necesariamente están ligadas com la protección de bienes jurídicos determinados*”.

fronteiras da criminalização, pois para alcançar a *correta utilização dos recursos naturais*, ou para fazer valer a *livre concorrência no mercado de consumo*, ou ainda, por exemplo, para *garantir a política de assistência social por meio de impostos*, aplica-se o direito penal como remédio à estes comportamentos disfuncionais.

Parece mesmo que a teoria estrita aproxima-se da concepção sociológica. Ao encontrar na Constituição valores não individuais como prerrogativa do Estado democrático, deixa transparecer uma lado *sistêmico*, isto é, de preocupação eminentemente social a subtrair a individualidade, traço marcante do direito penal liberal, e a romper, dessa maneira, com a inspiração iluminista limitativa do direito penal.

Essa concepção vem no bojo do discurso tecnológico, *desenvolvimentista*, que invadiu o direito penal. Com efeito, leva-se à consideração que a dinâmica social, ou a *evolução* das relações sociais, principalmente na esfera econômica, ambiental e da informação instantânea, trouxe consigo o surgimento de novos bens jurídicos, conseqüentemente, novas formas de agressão que suscitam a necessidade de respostas típicas a essas modernas exigências de tutela derivadas do atual desenvolvimento tecnológico.²⁴⁷

Enfim, respeitado o ângulo de visão dessa respeitosa corrente doutrinária, mormente porque visualiza o direito penal interna e externamente, ou seja, apanhando os fatos representativos da realidade em contraponto constante com o âmbito normativo-constitucional, o ceticismo toma conta dessa visão na

²⁴⁷ CASTILLO, G. B., e PAVAJEAU, C. A. G., *op., cit.*, p. 58.

medida que a história nos fornece exemplos de que a concepção *desenvolvimentista*, de cunho eminentemente sociológico, implementa o assanhamento da criminalização sob pressupostos que, embora tecnicamente indefectíveis, materialmente escapam do vetor histórico-constitucional da descriminalização.

8. PANORAMA DESCRIMINALIZANTE E CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

8.1. O bem jurídico e o injusto penal

Do que até aqui foi observado, em linhas gerais, o bem jurídico exerce um papel importantíssimo na delimitação da intervenção penal. A tipificação do crime, que prescreve a conduta proibida, decorrente do princípio comezinho da legalidade, deve ser construída com base na realidade concreta, a partir de um dado pré-jurídico, não como uma relação ideal, meramente formal.²⁴⁸

²⁴⁸ Aqui reside o ponto de partida para a construção da noção de bem jurídico. Como categoria pré-normativa, permite o desenvolvimento das noções sociológicas e constitucionais, numa certa relação de gênero e espécie, ao encontro, principalmente as noções constitucionais, da melhor delimitação da intervenção penal. Já como categoria normativa, a pesquisa demonstrou que a noção do bem jurídico não exerce a sua função essencial e, por isso, o conceito perde importância. Sobre o desenvolvimento como entidade pré-jurídica, a divergência de opiniões entre os autores no que tange à definição de bem jurídico é grande (conforme PRADO, L. R., *op., cit.*, p. 44 e 45), embora “o enfoque principal que envolve as discrepâncias reside em se saber se esse conceito é puramente uma produção do direito, ou recebe deste unicamente o seu reconhecimento, como dado pré-jurídico. Todas as demais questões, praticamente, decorrem dessa posição inicial” (TAVARES, J., *Crítérios...*, p. 79). Para LISZT, F., (*la idea ...*, p. 38), “*la pena se pone al servicio de la protección de los bienes jurídicos*”. Propulsor da noção crítica do instituto, a encontrá-lo antes

das prescrições legais, pois “*se declaran intereses jurídicamente protegidos, esto es, bienes jurídicos, por medio de imperativos generales*” (*op., cit.*, p. 34), ou ainda, “bem jurídico é, pois, o interesse jurídicamente protegido” (*Tratado ...*, p. 93). HORMAZÁBAL MALARÉE, H, e BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Derecho ...*, p. 58) situam-se no paradigma de Liszt, pois assinalam que “*los bienes jurídicos, por tanto, son relaciones sociales concretas ... La vida, la libertad la salud ... adquieren significación de bien jurídico en cuanto son confirmadas por la norma*”. Na mesma direção, MATA y MARTÍN, R. M., *Bienes ...*, p. IX), para quem os bens jurídicos “*consisten en intereses y entidades valiosas que el legislador selecciona como merecedores de protección singular a través de normas jurídico-penales*”. MIR PUIG, S., (*El derecho ...*, p. 160), dentro da concepção sociologista, afirma que “*los bienes jurídicos serían, entonces, previos al Derecho penal*”. Num sentido semelhante, a evidenciar a função promocional dos direitos fundamentais, CASTILLO, G. B, e PAVAJEAU, C. A. G., (*Bien jurídico ...*, p. 67), assinalam que “*la eficacia real de la teoría del bien jurídico como límite material del ius puniendi, se deriva de su autonomía y de su primacía en ámbito del derecho positivo*”. Ainda nesse sentido, numa exposição muito complexa: FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, p. 464-479. MOCCIA, S., (*De la tutela ...*, p. 114) segue assinalando que “*el estrecho vínculo com la realidad social lo que ha propiciado que el bien jurídico asuma una importancia esencial ...*”. Para ZAFFARONI e PIERANGELI, “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam” (*op., cit.*, p. 464). Essa definição, segundo DIAS, F., (*op., cit.*, p. 64) apresenta uma concepção de bem jurídico “surpreendentemente” (talvez pelo posicionamento marcadamente liberal dos autores) próxima à concepção teleológico-metodológica, pois desvaloriza-se a função do bem jurídico na questão da legitimação material do crime na medida em que “seria a tipificação penal de uma conduta que revelaria o interesse estatal da proteção de um certo objeto, com o que o bem jurídico não surgiria como um *prius*, mas antes como um *posterius* relativamente à criminalização”. Já num sentido funcionalista, pré-existencial, conforme assinalou Figueiredo DIAS (*op., cit.*, p. 62), ligada ao sentido limitativo do poder punitivo e ainda confirmador da subsidiariedade do direito penal, a concepção de ROXIN, que entende que bens jurídicos são “pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação, ou a propriedade, os quais todo mundo conhece ... e na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente” (*op., cit.*, p. 27 e 28). O próprio DIAS, F., (*op., cit.*, p. 63) caminha nessa direção ao definir bem jurídico como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”. Cita-se ainda o português ANDRADE, M. C., *A nova lei ...*, p. 74, a revelar a mesma concepção pré-existencial de bem jurídico. Igualmente a portuguesa CUNHA, M. C. F., *Constituição ...*, p. 112, para quem o conceito de bem jurídico “terá sempre de se atender às reais condições da sociedade em causa”. BATISTA, N., (*Introdução ...*, p. 114), coloca que “entre os autores brasileiros prevalece o entendimento de que o fim do direito penal é a *defesa de bens jurídicos*”, diga-se, pré-existenciais. Assim, BRUNO, A., (*Direito penal*, p. 14) destaca que o “fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc., entendendo-se por bem jurídico, conforme o conceito von Liszt, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito”. Aliás, Aníbal BRUNO certamente assinala que “o bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito”. Com isso o autor ressalta que a disposição dos tipos penais na parte especial do código deve obedecer a um critério valorativo a partir dos bens mais importantes (*loc., cit.*). TOLEDO, F. A., (*Princípios ...*, p. 16), tecendo críticas à visão estreita e incompleta de Welzel, define como bens jurídicos os “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. Além da vertente pré-jurídica, adverte, mais à frente, que nem todo bem é um bem jurídico, dada a fragmentariedade do direito penal. “Do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que

Como assinalou TAVARES, “o legislador, ao proibir condutas, não pode deixar de tomar em atenção que essas condutas são produto de seres humanos, inseridos socialmente em condições reais de motivação e formação”, de modo que a incriminação só terá sentido se objetivar a “impedir uma lesão concreta de bem jurídico”. Essa consideração, adverte, “faz com que se expressem como inconstitucionais as disposições que proíbam por proibir”, que prescrevam sanções penais para “as infrações meramente regulamentares, ou que façam da norma penal apenas o reforço para a obediência, sem qualquer referência à proteção de bem jurídico”.²⁴⁹

Reconhecida a importância do bem jurídico no injusto, isto é, no tipo de anti-juridicidade, mormente pela faceta pré-jurídica, o passo seguinte constituiu-se na busca de uma orientação que melhor delimitasse o poder punitivo, ou seja, prescrevesse com maior nitidez as linhas da criminalização. Daí, as teorias constitucionalistas do bem jurídico, amplas e estritas, com as menores objeções comparativamente (levando-se em conta as que foram apresentadas no decorrer da dissertação), talvez pelo suporte na Constituição, que aglutina os

esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais” (*op., cit.*, p. 17). Ainda situados nesse vereda materialista, encontram-se as teses de LOPES, M. A. R., (*Crítérios ...*, p. 393) e PRADO, L. R., (*op., cit.*, p. 59 e ss), com a conotação constitucional ao pressuposto material do conceito.

²⁴⁹ *Op., cit.*, p. 79. TAVARES, J., também ressaltou que “a proibição de ações, por sua vez, só terá sentido se essas implicarem em resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico. A proibição tem como pressuposto que a ação que se quer proibir se manifeste como integrante de um realidade social concreta, que implique em lesar ou pôr em perigo valores igualmente concretos do ser humano, referenciados como bens jurídicos. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto porque a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito” (*op., cit.*, p. 80 e 81).

valores mais relevantes e fundamentais, acabam por funcionar “como armas teóricas insubstituíveis colocadas a serviço de programas de reforma”.²⁵⁰

8.2. Bem jurídico: descriminalização/criminalização

a) Do que até aqui foi visto, vale ressaltar, o conceito de bem jurídico consegue exercer sua função delimitadora com maior eficiência quando parte de um dado pré-jurídico, material, a revelar a estreita relação entre objeto de tutela e realidade social, a desempenhar, com isso, uma função (contínua) crítica e transcendente ao sistema penal, tornando-se legítimo e robusto pela ordenação dos valores a serem protegidos a partir duma interpretação mais aberta da Constituição.²⁵¹

Dessa maneira, “duvida não há de que os princípios de matriz liberal exprimem uma diretriz de inspiração tendencialmente voltada a circunscrever a área do penalmente sancionável”. Assim, a prática de convicções ou posturas simplesmente opinativas, religiosas ou morais, em suma, o “exercício de liberdades fundamentais” estão fora da criminalização, haja vista a consagração no texto constitucional dos princípios da tolerância e do pluralismo a impedirem a

²⁵⁰ FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 427. Outra conclusão retirada é que a noção de bem jurídico, mesmo sob orientação da Constituição, não é uma varinha mágica mediante a qual sejam prontamente separáveis as condutas penalizáveis daquelas não penalizáveis. Como apontou MOCCIA, S., o conceito de bem jurídico antes “*sí está en condiciones de proporcionarnos la indicación de qué es lo que puede ser legítimamente tutelado com el Derecho Penal*” (*De la tutela ...*, p. 114).

²⁵¹ Segundo DIAS, J. F., (*Questões ...*, p. 67), é nesta acepção, “e só nela”, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.

transformação do direito penal em tutor da virtude ou da honestidade, a retirarem da maioria o direito de impor suas convicções, religiosas ou morais (frise-se), à minoria. Nesse espectro, *a contrario sensu*, somente aquelas condutas *socialmente danosas*, violadoras justamente da autodeterminação religiosa, filosófica ou sexual, seriam passíveis de punição.²⁵²

Ainda pela perspectiva liberal, os chamados *crimes de bagatela*, sem ressonância social, isto é, sem *danosidade social*,²⁵³ requisito inafastável da criminalização, por não possuírem igualmente suporte constitucional, já que a relevância dos bens afetados geralmente é pequena e a lesão também ínfima, são insuscetíveis de criminalização.

b) Paralelo a essas conclusões, de certo modo consensuais e até mesmo unânimes, surge o conflito entre a descriminalização e a criminalização, segundo LUISI pelo embate entre os *princípios de direito penal constitucional*, ou princípios do Estado liberal, enaltecadores dos direitos humanos e da cidadania, que pregam acima de tudo a limitação ao *ius puniendi*, e os *princípios de influentes em matéria penal*, isto é, os princípios do Estado social, evidenciadores duma maior participação do Estado, inclusive com o direito penal, com a finalidade de proteger bens coletivos, numa postura claramente criminalizante.²⁵⁴

²⁵² FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 428.

²⁵³ Como acentuou MOCCIA, S., *op., cit.*, p. 113 e 114, a danosidade social constitui condição indispensável para que, por um lado, a generalidade dos cidadãos possam aprovar a incriminação do fato e, por outro, para que a pessoa concreta possa, legítima e eventualmente, ser encaminhada de modo frutífero para a recuperação social. Isso porque, segundo o autor, a ação de ressocialização requer, antes de tudo, que o sujeito perceba com clareza a antisociabilidade do seu comportamento, ou seja, o ataque significativo a um bem jurídico merecedor de tutela penal.

²⁵⁴ *Os princípios ...*, p. 10.

DIAS, dizendo o mesmo com outras palavras, assinala que a forma de relacionamento entre a ordem de valores constitucionais e a ordem legal dos bens jurídicos dignos de tutela penal permite a distinção entre o chamado *direito penal de justiça*, *direito penal clássico* ou *direito penal primário*, de um lado, que corresponde àquele encontrado nos códigos penais; e de outro lado, o *direito penal administrativo*, *direito penal secundário* ou *direito penal extravagante*, que é aquele contido em leis avulsas não integrantes dos códigos penais. De acordo com o autor, a diferença entre os dois, aparentemente formal, acaba por resvalar num ponto substancial que é o âmbito de relacionamento entre a ordenação constitucional de valores e o escalonamento e tutela legal dos bens jurídicos, bem como no grau de antecipação da tutela no *iter* tutelar. Enquanto no *direito penal de justiça* os crimes correspondem à ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantias das pessoas, no *direito penal secundário* a relação primária se dá com os direitos sociais e à organização econômica, de que são exemplos “o direito penal econômico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social...), financeiro, fiscal, aduaneiro”. Ainda segundo DIAS, dessa distinção observam-se “duas zonas relativamente autônomas na atividade tutelar do Estado”. Uma, visa à proteção “da atuação especificamente pessoal (não necessariamente ‘individual’) do homem”; outra, está ligada à esfera de atuação social do homem como “membro da comunidade”.²⁵⁵

²⁵⁵ *Op., cit.*, p. 67 e 68. DIAS, anteriormente, já defendeu que no direito penal secundário o bem jurídico é um *posterius* e não um *prius* relativamente à estrutura do ilícito e da matéria proibida. Dentro dessa defesa, depois por ele revista, o bem jurídico no direito penal extravagante não seria

c) Embora possa parecer que o direito penal secundário, fundado nos princípios influentes em matéria penal, extraídos da interpretação estrita do texto constitucional, não tenha legitimidade na teoria do bem jurídico, mormente pela forte tendência criminalizante e, de certa maneira, oposta aos ditames liberais, a doutrina majoritária considera que, mesmo nessa hipótese, é possível divisar um bem jurídico por trás das incriminações extravagantes, já que o bem é considerado antes de tudo como um “valor” (que pode ser imaterial) constitucional carecedor de amparo, não como um “objeto” físico penalmente relevante. Daí que o conflito entre o direito penal de justiça e o direito penal secundário, que importará em uma maior ou menor criminalização, não se refere à questão da preexistência ou não de um valor capitulado como bem jurídico - já que é possível extrair o bem jurídico penalmente relevante, de cunho substancial portanto, dum valor constitucional (mesmo implícito) - mas diz respeito ao *grau de antecipação da proteção dispensada ao bem jurídico*.

c) a) Antes de entrar no mérito desse *adiantamento da tutela penal*, vale observar que, atualmente, no bojo do processo da constitucionalização de direitos, isto é, do alargamento das fronteiras das matérias constitucionais, passou-se a advogar uma maior participação do direito penal, compatível com as matérias constitucionalizadas, sob o argumento da importância dos bens jurídicos elevados à nova categoria. Em outras palavras, se a Constituição foi incrementada, a discorrer de maneira particular sobre pontos nitidamente desatrelados da matéria tipicamente constitucional, como a economia e a relação de consumo, o direito

um dado pré-jurídico, mas antes um exercício de hermenêutica e lógica jurídica, reforçando a concepção teleológico-metodológica do bem jurídico.

penal, mecanismo legal tutelador do bens mais valiosos, deveria acompanhar o texto maior, pois a relevância constitucional dada às novas matérias seria um vetor da criminalização.

Daí que hoje se observa que as legislações penais introduziram novos interesses (bens) merecedores de proteção, geralmente voltados ao interesse coletivo ou suprapessoal. Aliás, dividem-se os bens jurídicos em individuais ou pessoais e bens jurídicos coletivos ou da comunidade. A partir dessa divisão, sustenta-se a existência de delitos contra os bens individuais (vida, liberdade, patrimônio), cuja origem vem do iluminismo - do *direito penal tradicional* - e de delitos contra os bens da comunidade (delitos contra a saúde pública, meio ambiente, segurança do tráfico, etc).²⁵⁶

Com a ampliação do repertório dos objetos jurídicos carecedores da incidência de leis criminalizantes, dentro do espectro, como anteriormente ventilado, do processo de constitucionalização de direitos, cada vez mais se criam tipos penais como *amparo* para as novas categorias. Assim, dada a envergadura dos bens coletivos, os mais das vezes despersonalizantes, a criminalização traz consigo a necessidade de emprego de técnicas legislativas diferenciadas; principalmente, a adoção cada vez maior das descrições de perigo, isto é, a confecção de tipos penais de delitos de perigo, nas variantes concreta e abstrata, a evidenciar o chamado *resultado formal da conduta* criminosa, em detrimento do clássico produto natural, ou *resultado natural* do crime, como forma mais evidente da tutela penal antecipada, ao lado da antiga punição da tentativa.

²⁵⁶ MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. IX.

c) b) Em primeiro lugar (já no mérito da técnica da antecipação da tutela penal), o argumento da *sociedade moderna, complexa*, de inúmeros direitos reconhecidamente constitucionais (da primeira à quarta geração), e por isso mesmo *sociedade do risco* latente, que carece cada vez mais das tipificações de perigo, para a qual é absolutamente inadequado o direito penal clássico, de cariz individualista e liberal indisfarçável, o direito penal assume claramente a política de resposta aos riscos, como meio à altura de colaborar eficazmente no tratamento dos problemas sócio-criminais *modernos*, como as agressões ao meio ambiente, à política econômica, financeira e fiscal, a criminalidade das drogas, a organizada, entre outros. Agressões, como ressaltado, de difícil, quando não impossível, resolução pelo direito primário, liberal.

Como destacou HASSEMER, violência, risco e ameaça constituem hoje fenómenos centrais da percepção social. A insegurança alimenta uma crescente indústria de segurança. Assim, o terrorismo e o tráfico internacional de drogas, como exemplos, são apresentados pelos especialistas policiais como uma ameaça, acompanhada a apresentação da afirmação de que o direito penal e o processo penal deveriam *adequar-se aos requerimentos de uma luta efetiva* contra a criminalidade.²⁵⁷

Bem atrás ficou assentado que é inadmissível tal argumento no direito penal. Como apresentado por DIAS, a contraposição entre sociedade de risco e sociedade de segurança é, no mínimo, altamente contestável. De início, porque numa “análise histórica equilibrada e livre de preconceitos” a conclusão

²⁵⁷ *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 47.

será a da longa existência, sempre, da sociedade de risco, de modo que nunca se poderia afirmar que existiu uma sociedade de segurança.²⁵⁸ Ademais, o direito, como já analisado, não se presta a eliminar o risco da sociedade, pois não é instrumento de condições máximas de sobrevivência, mais de condições mínimas de realização individual e social, o torna o risco um ingrediente permanente do sistema. Por fim, vale dizer que essa argumentação de periculosidade foi, em boa parte, utilizada pelos regimes mais truculentos que se tem notícia, nomeadamente o fascismo e o nazismo.

E mais. Com a precisão que lhe é típica, HASSEMER critica o quadro da sociedade do risco a dizer que tal desenvolvimento de atitude frente ao delito e à violência resulta anacrônico. Remete a uma época pré-moderna de filosofia do direito penal e teoria político-criminal que só podia perceber o delinqüente como o *quebrantador* de normas, um estranho que deveria ser extirpado da sociedade. A tradução moderna do direito penal, aquela que vem do iluminismo - não a *moderna* contemporânea - ao contrário, fundamenta os direitos do homem e do cidadão como pilares do direito penal e processo penal, a admitir o delinqüente como sócio no contrato social. Desse modo, não é possível exercitar uma política criminal minimamente coerente e sustentada com base na dramatização da violência e na postura seletiva dos autores de crimes.²⁵⁹

c) c) Em segundo plano, também de passagem já rascunhado, dentro do panorama dos novos direitos e novas formas de violência e perigo, vale-se do direito penal como instrumento de governo (chamado por HASSEMER de

²⁵⁸ *Op., cit.*, p. 72.

²⁵⁹ *Op., cit.*, p. 49.

direito penal eficiente),²⁶⁰ de implementação de políticas públicas para a manutenção otimizada da economia, das finanças públicas, da engenharia genética e da saúde pública afetada pelo uso de substâncias entorpecentes.²⁶¹

Nesse ambiente administrativo, o direito penal não opera a descriminalização e a atenuação das penas, mas sim traz novas criminalizações e o agravamento das penas, a se concentrar na confecção de tipos penais e nas ameaças penais, não nas conseqüências do direito penal. Passa a se ocupar de campos hoje constituintes dos centros de riscos e percepção pública, como meio ambiente, economia, impostos, drogas, terrorismo, processamento automático de dados, etc. Como destacou HASSEMER, não se orienta a política criminal para os bens jurídicos clássicos concretos do indivíduo (vida, saúde, liberdade). Mas, volve-se a bens genéricos e abstratos, cuja descrição típica assume forma ampla e vaga para poder se justificar como ameaça penal. Assim, instrumentaliza-se a proteção dos bens jurídicos não através dos tipos de delitos de dano ou lesão, mas por meio dos delitos de perigo, geralmente abstratos, para os quais é suficiente a comprovação da ação. Em suma, pune-se a mera desobediência.²⁶²

d) Além disso, da vertente protetiva dos bens coletivos, grandes dificuldades são encontradas, como a verificação real da lesão ou do perigo ao bem jurídico e a relação de causalidade, a causarem uma tensão permanente com princípios tradicionais do direito penal, como lesividade e intervenção mínima.

²⁶⁰ *Op., cit.*, p. 54.

²⁶¹ Neste último setor, vale destacar, inexistente legitimidade para a incriminação do uso de drogas, já que o direito penal passa a adentrar na esfera particular e de liberdade do indivíduo, de encontro com os ditames liberais da intervenção mínima, da tolerância e da pluralidade.

Nesse ambiente conflituoso, por vezes se recorre a Constituição, que poderia sustentar a criminalização e até mesmo o desprezo à sistemática clássica do direito penal em prol de uma nova configuração do direito penal, que, diante da maior complexidade da vida social, estaria engajada.

Todavia, em que pesem os argumentos constitucionalistas e das novas formas de ofensas a bens de titularidade difusa, discorda-se do ânimo direcionado à “expansão da tutela” penal,²⁶³ cujo pressuposto reside na visão da dinâmica das relações sociais, capaz de produzir novos bens jurídicos a par dos existentes e novas formas de lesão. Nos passos de MOCCIA, esse posicionamento reflete atualmente a crise que questiona a função mais significativa do bem jurídico, que não é outra que delimitar a intervenção penal.²⁶⁴

Não parece exagero afirmar que a incriminação de condutas sem danosidade social comprovada, ou de difícil comprovação, revela uma disciplina penal dirigista, que acaba por ter que detalhar sistematicamente a conduta incriminada, a renunciar, de certo modo, a alguns princípios básicos do direito penal, mormente o da intervenção mínima e o da lesividade.

Entretanto, junto com MOCCIA, pensamos que os recortes ou os afastamentos dos princípios fundamentais do direito penal, nomeadamente aqueles derivados do iluminismo, em nome de uma nova e necessária feição do

²⁶² *Op., cit.*, p. 54.

²⁶³ Segundo FIANDACA, G., *op., cit.*, p. 429, seria “certamente desejável” uma perspectiva criminalizante na direção de uma concepção promocional e propulsiva do direito ao encontro das expectativas constitucionais de inclusão social. Como exemplos, cita a saúde e o ambiente. Acrescenta que, pela natureza supra-individual, tais bens “mostram-se tudo menos impalpáveis na medida do princípio da ofensividade”.

²⁶⁴ *Op., cit.*, p. 114.

direito penal intervencionista, levam a resultados insatisfatórios, ou mesmo, a conclusões ilegítimas sob o ponto de vista liberal.²⁶⁵

O estabelecimento de novas exigências de tutela e de busca de eficiência das prestações públicas do Estado, se não ilusórias, dada a manifesta incompatibilidade do direito penal com políticas públicas, desemboca na visão eminentemente sociológica do fenômeno jurídico, a traduzir a visão reducionista do positivismo que, como anteriormente visto, é cravada de enormes equívocos comprometedores da liberdade.

Assim, para garantir, por meio do direito penal, proteção aos bens jurídicos dessa nova configuração constitucional, onde a interpretação estrita retira valores de envergadura penal, ou valores penalmente relevantes, nomeadamente o meio ambiente, a saúde pública, a seguridade social, a segurança e higiene do trabalho, a regular fabricação e distribuição de alimentos e remédios, a economia distributiva e o regular tráfego de veículos, bens coletivos, de indiscutível cunho social e até mesmo funcional, recorre-se a malabarismos legais como a tutela antecipada em matéria penal materializada na crescente utilização dos delitos de perigo.

Antes de tudo, o afastamento dos preceitos penais liberais e a utilização de técnicas estranhas ao direito penal, pelo menos no âmbito da lesividade e intervenção mínima, banaliza o conceito de bem jurídico quando se tem que este é indispensável para a construção do delito do ponto de vista das

²⁶⁵ *Op. cit.*, p. 115.

garantias formais e materiais. Acaba-se favorecendo a proliferação de objetos fictícios de tutela, ao encontro da famigerada inflação penal.

Como assinalou MOCCIA, quando se perde de vista a dimensão material do bem jurídico e se utilizam bens de escassa apreensão, como a tutela do correto funcionamento do sistema econômico ou de um programa de política econômica, o legislador terá que retroceder à fases preliminares do *iter* delitivo, a construir o tipo sobre uma ampla variedade de comportamentos (tipos penais de conteúdo variado ou abertos), a se abstrair das conseqüências efetivamente danosas para concentrar-se na incriminação de esquemas comportamentais. Nesses termos, a norma penal passa a ter uma função meramente proibitiva, como reforço intimidativo ao lado de outras normas civis e administrativas.²⁶⁶

Esse é um exemplo da utilização da tutela penal setorial que, ao invés de observar as regras do jogo, ou seja, respeitar os princípios fundamentais do direito penal, construídos com sacrifícios ao longo da história, reclama a edição dum um excessivo número de normas penais, de corte casuístico e alijadas da demonstração do efetivo dano ao bem jurídico tutelado. No entanto, a adaptação da intervenção penal à peculiaridade do fenômeno não pode comportar jamais *uma adaptação dos princípios de direito penal constitucional à exigências do controle*.

Como bem assinalou MOCCIA, o direito penal é um notável instrumento de coesão e de credibilidade do ordenamento jurídico em seu

²⁶⁶ *Op., cit.*, p. 123.

conjunto, relevante tanto do ponto de vista individual como coletivo, mas, sempre e quando sua intervenção se caracterize pelo respeito integral às regras do jogo.²⁶⁷

e) Enfim, numa síntese conclusiva do nosso posicionamento frente ao bem jurídico-penal e os processos de criminalização e descriminalização, acreditamos no vetor constitucional descriminalizante.

e) a) Por mais que se retirem da Constituição indicativas criminalizantes, estribadas nos princípios influentes em matéria penal, não se pode afirmar categoricamente que o bem jurídico funciona como critério permanente da evolução criminal, isto é, como dado substancial duma crescente criminalização frente aos novos direitos e às novas formas de ilícito.

Em primeiro lugar, o bem jurídico, desde a sua origem, sempre refletiu um parâmetro limitativo, não propriamente delimitador da tutela penal. Isso significa que originariamente o bem jurídico representava um sistema de freios à atividade legiferante em matéria penal.

Num segundo plano, os princípios clássicos de direito penal, como a legalidade, também refletem um óbice à criminalização. Tradicionalmente erigidos como barreira do poder punitivo, os princípios do direito penal constitucional são inseparáveis do Estado de direito democrático. Já os princípios pertinentes à matéria penal, sem tradição antropológica, surgiram com o Estado social intervencionista, a constituírem mais uma política de bem-estar social do que uma política criminal. Assim, enquanto os primeiros são robustos e sedimentados na história, a integrem até o conceito de Estado, os últimos são

²⁶⁷ *Op., cit.*, p. 120.

recentes e ainda sujeitos à conveniência e oportunidade de políticas setoriais afastadas da matéria penal, não se enquadrando na essência do Estado de direito liberal.

Em terceiro plano, num embate entre as duas categorias de princípios, os de direito penal constitucional nunca podem ser afastados pelos atinentes à material penal, de modo que o discurso criminalizante, apoiado na necessidade da tutela penal específica e antecipada, perde seu sentido e sua sustentação constitucional.

e) b) A necessidade de adequar a descrição típica à realidade, com a utilização do conceito de danosidade social, exclui a possibilidade do manejo da tutela antecipada penal, a tornar ilegítima a criminalização em vários crimes de perigo.

Assim, os bens jurídicos de titularidade difusa, ou bens jurídicos coletivos, só legitimam a criminalização diante da comprovada danosidade social da conduta (e não da mera ação do agressor). Como é difícil encontrar essa prova, tem-se presente o processo de descriminalização, pois são inúmeras as descrições típicas que privilegiam a modalidade recortada de incriminação.

e) c) Em suma, o direito penal não é instrumento de governo para implementação de políticas públicas, não é mecanismo de prevenção de riscos, não é ferramenta para corrigir disfuncionalidades no sistema social, não é arma de combate ao crime. De acordo com Figueiredo DIAS:

O direito penal é (e deve continuar a ser, mesmo que uma certa insistência saudosista persista em o qualificar então de direito burguês) um

direito de tutela de bens jurídico-penais, isto é, afinal, de preservação das *condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade.*²⁶⁸

8.3. A questão da imposição da criminalização

Também com sustentação constitucional, existem posicionamentos que pregam a obrigação de criminalizar.²⁶⁹ Além dos fundamentos e limites do poder criminalizador, enxerga-se na Constituição ordenativas criminalizantes, sob o fundamento de que se o direito penal tem por função tutelar bens jurídicos não devidamente protegidos por outros meios, sendo estes bens de relevância constitucional, fundamentais e que sem a proteção penal podem ser colocados em risco extremo, ou o próprio texto constitucional impõe expressamente a criminalização, ou uma interpretação razoável pode retirar a imposição implícita.²⁷⁰

Outras são ainda as considerações. Tem-se como premissa que o direito penal constitui-se num instrumento muito forte, com as penalidades mas severas da legislação,²⁷¹ de modo que uma imposição pura e simples de

²⁶⁸ *Op., cit.*, p. 74.

²⁶⁹ Nesse sentido, ANDRADE, M. C., *A nova lei ...*, p. 86, e PALAZZO, F. C., *Valores ...*, 103.

²⁷⁰ CUNHA, M. C. F., *op., cit.*, p. 272, no início da discussão, já se posiciona contrária à obrigação constitucional de criminalizar. DIAS, J. F., *op. cit.*, p. 80, posiciona-se contra a obrigação de criminalizar tácita. Mas, segundo ele, se a constituição prescreve cláusula expressa, poder-se-ia falar em obrigação de criminalização sob pena inclusive de ação de inconstitucionalidade por omissão. PALAZZO, F. C., por sua vez, admite a obrigação expressa e a tácita, ou implícita.

²⁷¹ Conforme HASSEMER, W., *Crítica ...*, p. 19.

criminalização potencializaria o uso dum instrumental que, na teoria do bem jurídico, requer sempre antes uma delimitação. Todavia, reconhece-se no direito penal uma outra face, que não só a da intervenção em valores supremos, como a liberdade, que é a da imprescindibilidade desse instrumento para a defesa de valores igualmente essenciais.²⁷² Esse contraponto, nesse nível, faz ressurgir uma velha discussão, vinda do iluminismo, qual seja, a da coexistência de liberdades.

Entende-se ainda que a própria Constituição é quem carrega essa ambivalência. Além dos princípios cardeais de defesa do indivíduo frente ao poder punitivo (legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, lesividade, etc.), com o intuito de assegurar, ativamente, a defesa da sociedade em geral, levando-se em conta a natureza dos interesses em jogo, que podem ser atacados não só pelo Estado mas também por particulares, e esquivando-se da acusação de omissão (que pode até sustentar uma ação direta de inconstitucionalidade), a Constituição também traria imposições criminalizantes, sempre balizados na teoria do bem jurídico, tendo em vista certos “deveres de proteção” Estatal “de valores constitucionais”.²⁷³

Tais deveres constitucionais decorrem da superação da visão separatista Estado/sociedade cujo escopo era afastar ao máximo o primeiro para

²⁷² Como bem expressou CUNHA, M. C. F., “o problema penal situa-nos sempre perante um conflito de direitos a ponderar. Por um lado, temos os direitos dos agressores que são limitados através da pena, por outro, os direitos das vítimas e/ou sociedade” (*op., cit.*, p. 272).

²⁷³ *Ibid.*, p. 274.

garantir a liberdade no espaço da segunda. Esse distanciamento sempre esteve a cargo da Constituição.²⁷⁴

Mas, com a mudança do Estado de direito formal para o material,²⁷⁵ o próprio conceito de liberdade ganhou outro tom, como o de liberdade-participação (políticas públicas, desenvolvimento cultural, prestações sociais, etc.). Essa nova tonalidade vem decorrente da postura interventiva do Estado, quer na área social, quer na econômica, além do redimensionamento de princípios liberais, como o da dignidade da pessoa humana, que carece duma participação maior do Estado no seu desenvolvimento.

Com esse complexo de novos direitos e a colocação do Estado como ente fundamental nesse ambiente, com deveres promocionais e de tutela dos novos valores cristalizados na Constituição, a ele competiria, também, o dever de proteger os redimensionados direitos, inclusive, por meio do direito penal.

Em que pesem os argumentos apresentados, mormente a identidade entre a ordem material do direito penal e a Constituição, no sentido de que todo o bem jurídico penalmente relevante tem que encontrar uma referência, expressa ou implícita, na Constituição, e ainda a determinativa constitucional da proteção de valores essenciais pelo Estado, não se pode concluir por uma obrigação constitucional de criminalizar.

²⁷⁴ Como acentuou CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional*, p. 506, um dos postulados mais salientes da teoria liberal do Estado, consagrado nas primeiras constituições, é o de que os direitos fundamentais, dentre eles a liberdade, são direitos do particular contra o Estado, “são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa”.

²⁷⁵ Ainda CANOTILHO explica que o conceito jurídico-material de Estado de direito associava à lei a idéia de justiça material (*op., cit.*, p. 353).

De início, vale a afirmação de que é incompatível com o princípio da proteção da dignidade humana a vigência de norma criminalizante explícita, mesmo constitucional, que toma o ser humano como meio para a consecução de fins políticos do próprio Estado, ainda que de conteúdo promocionais, como criminalizar condutas que não incentivem a cultura, o desporto, ou outros fins nobres do Estado, tidos como valores essenciais nesse novo paradigma do Estado de direito material.²⁷⁶

É o que acontece, particularmente, com o inciso XLII do art. 5.º da Constituição Federal, que torna imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. Mesmo incluído entre os direitos e garantias fundamentais, o que já evidencia o grau de importância do valor em questão, o bem jurídico protegido pela imprescritibilidade (que em si comporta no mínimo profundas contestações) não coloca o ser humano em primeiro plano de defesa, mas sim evidencia uma opção política do Estado, a democracia. Com isso, a Constituição está dizendo que não é a democracia que é feita para o homem, mas o homem está sujeito à democracia. E para proteger essa inversão de entes, pois considera a democracia anterior ao homem, prescreve uma norma penal.

Em primeiro lugar, a democracia só existe por que o homem a criou, o que já detona o pressuposto dessa norma constitucional. Em segundo lugar, se o homem criou, pode, também politicamente, *descriar*, isto é, abandonar esse critério de decisão organizada no pressuposto da maioria e da participação.

²⁷⁶ Nos passos de TAVARES, J. *op., cit.*, p. 78

Aliás, materialmente falando, o preceito democrático não é algo rigidamente observado na própria estrutura constitucional, mesmo no reflexo mais simples da democracia, ou reflexo tradicional, que é a decisão majoritária, haja vista as distorções representativas entre os Estados na Câmara dos Deputados, em que a própria Constituição estabelece um mínimo e um máximo de representantes que inviabiliza o critério matemático da proporcionalidade por número de eleitores.

Assim, se nem no seio da Constituição o princípio democrático tem respaldo efetivo, parece incongruente prescrever um crime para ações de grupos armados que atentem contra esse princípio. Ademais, a punição do fato melhor se sustenta na violação de bens jurídicos mais simples, como a do atentado à integridade física de alguém que não concorde com a supressão da democracia. Dessa forma, a criminalização vem da violência contra a pessoa, não contra uma opção política, o que exala a preocupação de proteção de um bem jurídico ao encontro da dignidade humana.

Dessa maneira, se até para previsões constitucionais explícitas, que na maioria das vezes toma o homem como meio para atingir fins políticos do Estado (como no exemplo citado e ainda no inciso XLIII do art. 5.º, nomeadamente o tráfico ilícito de drogas, onde se procura resguardar a saúde pública), há argumentos, sustentáveis, contrários ao entendimento das obrigações de constitucionais de criminalizar, para as chamadas *imposições implícitas* não resta dúvida, dentro do entendimento adotado, da inexistência dessas imposições.²⁷⁷

²⁷⁷ Este é o entendimento de DIAS, F., *op. cit.*, p. 79, que, embora opositor das imposições constitucionais *implícitas*, entende que as *explícitas* são legítimas, a permitirem, inclusive, a ação

Vale por fim dizer, a par do que já foi falado, que as deficiências dos mecanismos de proteção do homem frente ao poder punitivo são tantas que “é imperioso que se procurem estabelecer” programas, ou projetos (dogmáticos, como neste caso), limitativos da incriminação. Com a precisão usual, TAVARES assinalou:

Falamos em ‘limitação’, porque, partimos do entendimento de que ao jurista importa primacialmente encontrar critérios de garantia individual diante da intervenção punitiva estatal, e só depois disso preocupar-se em justificar a incriminação e a respectiva sanção.²⁷⁸

de inconstitucionalidade por omissão. PALAZZO, no tocante às obrigações implícitas, vai mais longe. Sustenta que a Corte Constitucional pode até afirmar, para determinado caso, obrigação específica de incriminação, declarando a inconstitucionalidade por omissão.

²⁷⁸ *Op., cit.*, p. 76.

BIBLIOGRAFIA

- ALENCASTRO, L. F. *O tratado dos viventes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 525p.
- ANDRADE, M. C. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico. In: *Ciclos de estudos de direito penal económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985. p.69-105.
- _____. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 707p.
- ARISTÓTELES, *Os pensadores: política*. Trad. T. M. Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1999, 150p.
- BATISTA, N. Algumas palavras sobre descriminalização. *Revista de direito penal*, n. 13/14, p.28-40, 1974.
- _____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3.^a ed.. Rio de Janeiro: Revan, 1996. 136p.
- _____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 191p.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. T. Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. 117p.
- BEIRAS, I. R. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: J. M. Bosch Editor. 1.997. 434p.

- BINDING, C. *Compendio di diritto penale*. Roma: Athenaeum, 1978, 558 p.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. M. C. C. L. Santos. 7.^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. 184p.
- BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 5.^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, 1318 p.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros. 1997, 755p.
- BRANCO, P. G. G., COELHO, I. M., MENDES, G. F. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 322p.
- BRUNO, A. *Direito penal*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, tomo 1.º, 407p.
- CAMARGO, M. M. L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 278p.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1.228p.
- CARVALHO JÚNIOR, C. Escola positiva penal. *Ciência Penal*, v. 4, p. 99-128, 1975.
- CASTILLO, G. B., PAVAJEAU, C. A. G. *Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para a Colômbia*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996. 156p.
- CERNICCHIARO, L. V., COSTA JÚNIOR, P. J. *Direito penal na constituição*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 259p.
- CHAUÍ, M. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

- COELHO, F. U. *Para entender Kelsen*. 3.^a ed., 3.^a tir. São Paulo: Max Limonad, 2000, 82p.
- _____. *Roteiro de lógica jurídica*. 3.^a ed., 3.^a tir. São Paulo: Max Limonad, 2000, 122p.
- CONDE, F. M. Para uma ciência crítica do direito penal, *Ciência Penal*, v.25, p.7-12, 1979.
- CUNHA, M. C. F. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora (Estudos e monografias), 1995. 451p.
- CUNHA, P. F. *A constituição do crime: da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1998. 122p.
- DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Trad. T. D. Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves e Fundação Friedrich Naumann, 1987. 172p.
- DIAS, J. F. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: *Ciclos de estudos de direito penal económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985. p.25-42.
- _____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 371p.
- DINIZ, M. H. *A ciência jurídica*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, 175p.
- DWORKING, R. *O império do direito*. Trad. J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.
- FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1.999. 359p.

- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. 3.^a ed. Marid: Editorial Trotta S.A., 1998. 991p.
- _____. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Marid: Editorial Trotta S.A., 1999. 180p.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *A ciência do direito*. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111p.
- _____. Perversão ideológica dos direito humanos. *Ciência Penal*, v.3, p.397-427, 1974.
- FERRI, E. *Princípios de direito criminal*. Trad. P. Capitano. Campinas: Bookseller editora, 1996. 544p.
- FIANDACA, G. O Bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal Trad. H. E Salomão. *Revista dos Tribunais*, v. 776, p.409-439, 2000.
- FRANÇA, R. L. *Instituições de direito civil*. 5.^a ed.. São Paulo: Saraiva, 1999, 949p.
- GARCIA, B. *Instituições de direito penal*. 2.^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. v. I, tomo I, 395p.
- GONZAGA, J. B. Considerações sobre o pensamento da escola positiva, *Ciência Penal*, v.3, p.369-395, 1974.
- GOROSTIAGA, N. *Tres vidas ilustres: Hugo, Savigny e Jhering*. Resurgimiento del Derecho Aleman. Buenos Aires: DEPALMA, 1945. 189p.
- GUSMÃO, P. D. *Introdução ao estudo do direito*. 23.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.998. 441 p.

- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Medes. 2.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, 348p.
- HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. P. S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998. 117p.
- _____. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. F. Muñoz Conde y L. A. Zapatero. Barcelona: Bocha, 1984. 428p.
- _____, LARRAURI, E. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997. 127p.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., BUSTOS RAMIREZ, J. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, 2v., 691p.
- HULSMAN, L. H. C. Descriminalização. *Revista de direito penal*, n. 9/10, p.7-35, 1973.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1942. 493p.
- IHERING, R. V. *A luta pelo direito*. Trad. J. Vasconcelos. 18.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 89 p.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad. J. B. Machado. 3.^a tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 427p.
- LISZT, F. V. *La idea del fin en el derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A. 1998, 83p.
- _____. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. J. H. D. Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e editores, 1899. Tomo I, 485p.

LOPES, J. R. L. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 487 p.

LOPES, M. A. R. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. *Revista dos Tribunais*, v.757, p.402-11, 1998.

_____. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes*. São Paulo, 1999, 877p. Tese (Livre Docência em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. *Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 191p.

_____. *Princípios políticos do direito penal*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 310 p.

LYRA, R. *Expressões mais importantes do direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. 259p.

_____. *Comentários ao código penal: escolas penais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. 415p.

LYRA FILHO, R. *O que é direito*. 10.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. 130p.

LUIZI, L. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. 123p.

MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. 2.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 1964, v. 1. 350p.

MACHADO, A. A. *Ministério Público, democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 207p.

- MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997. 96p.
- MIR PUIG, S. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, 253p.
- MOCCIA, S. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SANCHES, J. M. *Política criminal y nuevo derecho penal: homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 113-142.
- MOTTA, B. *O homem, a sociedade, o direito, em Marx*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, 154p.
- NOLETO, M. A. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. 167p.
- PALAZZO, F. C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989. 120p.
- PASCAL, G. *O pensamento de Kant*. 4.^a ed. Petrópolis: Vozes, 1992, 195p.
- PERELMAN, C. *Lógica jurídica*. Trad. V. K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 259p.
- PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 103p.
- RÁO, V. *O direito e a vida dos direitos*. 4.^a ed., anot. e atual. por O. R. B. Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 984p.
- RAWLS, J. *Uma teoria de justiça*. Trad. V. Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 708p.

- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991, 381p.
- ROXIN, C. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. A. P. S. L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo e M. F. Palma. 3.^a ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998. 361p.
- SALOMÃO, H. E. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. Franca, 1999. 241p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista.
- STRENGER, I. *Temas de Formação Filosófica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, 161p.
- TAVARES, J. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista brasileira de ciências criminais*, número especial de lançamento, p.75-87, 1992.
- TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de direito penal*. 5.^a ed., 7.^a tir. São Paulo: Saraiva, 2000, 362p.
- WEZEL, H. *Derecho penal aleman: parte general*. 3.^a ed. Trad. J. Bustos Ramírez y S. Y Pérez. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1987. 403p.
- WOLKMER, A. C. *Ideologia, estado e direito*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 229p.
- ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. V. R. Pedrosa e A. L. Conceição. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. 281p.

_____. *Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos*. Trad. J. Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995. 216p.

_____, PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 893p.

Pelarin, E. *Obrigação constitucional de descriminalizar* (uma análise do bem jurídico-penal). Franca, 2001. 157p. Dissertação (mestrado em direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, campus Franca, Universidade Estadual Paulista.

Resumo:

A legislação criminal é mais ampla do que os valores constitucionais que carecem da tutela penal. O bem jurídico revela essa falta de correspondência. A pesquisa apresenta a história do bem jurídico e a necessidade de resgatar as concepções liberais, capazes de condicionar a lei aos ditames constitucionais.

Palavras-chave: direito penal, Constituição, bem jurídico, princípios, descriminalização.

Pelarin, E. *Obbligazione costituzionale di non criminalizzazione* (una analisi del bene giuridico penale). Franca, 2001. 157p. Dissertazione (mestre in diritto) - Facoltà di Storia, Diritto e Servizio Sociale. Franca. Università Statale Paulista.

Somma:

La legislazione criminale è più vasta che i valori costituzionali i quali hanno bisogno di tutela penale. Il bene giuridico rivela la mancanza di corrispondenza. La ricerca presenta la storia del bene giuridico e propone la necessità di ritornare alle concezioni liberali, in grado di condizionare la legge alle prescrizioni costituzionali.

Parole rilevanti: diritto penale, Costituzione, bene giuridico, principi, non intervento penale.