LUIZ REGIS PRADO

BEM JURÍDICO-PENAL
E CONSTITUIÇÃO

8ª edição | revista, atualizada e ampliada

gen | Editora FORENSE

BEM JURÍDICO-PENAL
E CONSTITUIÇÃO

abdr
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
Respeite o direito autoral

O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

LUIZ REGIS PRADO

BEM JURÍDICO-PENAL
E CONSTITUIÇÃO

8ª edição | revista, atualizada e ampliada

gen | Editora FORENSE

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua ediçã (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
  Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

  Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
  Copyright © 2019 by
  EDITORA FORENSE LTDA.
  Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
  Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
  Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896
  faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Fabricio Vale

- Produção digital: Ozone

- Fechamento desta edição: 12.09.2018

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 8ª edição.

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
  SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

  P917b
  Prado, Luiz Regis

Bem jurídico-penal e Constituição / Luiz Regis Prado. – 8. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-8262-1

1. Direito penal – Brasil. 2. Direito constitucional – Brasil. I. Título.

18-51361 CDU: 343.1:342.4(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

Para

José Cerezo Mir – *in memoriam*

PREFÁCIO À 1.ª EDIÇÃO

É para mim uma honra e uma grande satisfação prefaciar o livro do Professor Doutor Luiz Regis Prado, *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, trabalho científico apresentado no concurso em que brilhantemente obteve a *cátedra* de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá.

Luiz Regis Prado é uma das figuras mais destacadas da nova geração de penalistas brasileiros, que colaboram estreitamente com os penalistas espanhóis.

O próprio Luiz Regis Prado realizou pós-doutorado em Direito Penal e proferiu conferência na Faculdade de Direito da Universidade de Saragoça. Tive ocasião, assim, de avaliar a finura de seu pensamento, a solidez de sua formação jurídica e suas grandes qualidades humanas.

Esta nova obra se mantém na mesma linha de rigor científico e de seriedade de suas teses e monografias: *Multa Penal; Falso Testemunho e Falsa Perícia; Direito Penal Ambiental* e do excelente *Elementos de Direito Penal – Parte Geral*.

Luiz Regis Prado se preocupa com a relação entre a Constituição e a escolha dos bens jurídicos que devem ser objeto de amparo do Direito Penal, quer dizer, com a teoria do injusto material. Tal relação é indubitável.

Na seleção dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e nas formas de agressão diante das quais devem ser protegidos, desempenham um papel decisivo, ao lado das concepções ético-sociais e jurídicas, as orientações políticas dominantes em uma sociedade, num determinado momento histórico. Essas orientações políticas têm reflexo na Constituição, nos regimes democráticos.

Na Carta Constitucional se reconhece a dignidade da pessoa humana e se assegura a proteção aos direitos e liberdades fundamentais dela emanados. Se não se trata de um Estado meramente liberal, mas social e democrático de Direito, como ocorre na Espanha e no Brasil, encontram--se estampados também na Constituição outros direitos essenciais para a promoção do bem-estar econômico, social e cultural

dos cidadãos.

Em razão de o Direito Penal proteger os bens jurídicos mais importantes contra as formas mais graves de agressão, tem-se que, em geral, são eles garantidos já por terem encontrado reconhecimento constitucional. Não é fácil que um bem jurídico protegido pelo Direito Penal não tenha sido, ainda que indiretamente, reconhecido a nível constitucional. Não é possível tampouco que o Direito Penal outorgue proteção a bens jurídicos incompatíveis com os valores superiores tutelados na Constituição, ou com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pode--se dizer, com Luiz Regis Prado, que o fundamento primeiro do injusto material deita suas raízes na Constituição.

O reconhecimento constitucional de um bem jurídico não implica, todavia, que deva ser ele objeto de defesa pelo Direito Penal. Este último é considerado pela moderna ciência do Direito Penal como de caráter subsidiário e fragmentário. As sanções penais só devem ser utilizadas quando sejam insuficientes as de outros setores do ordenamento jurídico.

Ademais, não se pode deduzir da Constituição um determinado conceito de bem jurídico, nem a sua liberdade de disposição. É certo que na Carta espanhola e brasileira se reconhece a supremacia dos valores individuais sobre os supra-individuais, cujo portador é a sociedade ou o Estado, mas ao se estabelecer um Estado Social e Democrático de Direito, os interesses sociais podem dar lugar a limitações e a condicionamentos dos interesses e direitos individuais.

A obra de Luiz Regis Prado aprofunda a análise dessas questões, buscando matizar e precisar a relevância da Constituição na teoria do injusto, e é merecedora, por isso, do mais alto encômio. No porvir será ponto de referência obrigatório sobre o tema.

Saragoça, outubro de 1995.

José Cerezo Mir

Catedrático de Direito Penal

Universidade de Saragoça (Espanha).

APRESENTAÇÃO À 1.ª EDIÇÃO

O Prof. Luiz Regis Prado, titular de Direito Penal na Universidade Estadual d Maringá, é um consagrado publicista que se dedica geralmente a temas decisivos de sua disciplina. Esta obra, que deriva de sua tese de concurso à titularidade na Universidade Estadual de Maringá, de cuja comissão examinadora tive a honra de fazer parte, sob a presidência do Professor Paulo José da Costa Júnior, retrata con rara perspicácia e originalidade uma questão fundamental da ciência penal, que é a relação entre bem jurídico e Constituição, num Estado democrático.

O livro traça, com profundidade, primeiramente os contornos históricos do conceito de bem jurídico, expondo e criticando as teorias que buscaram identificá-lo e fundamentá-lo. Depois, se ocupa das teorias constitucionais e dos princípios elementares de sua justificação, como ponto de apoio da delimitação dos poderes do Estado e defesa do cidadão, trazendo à discussão aspectos absolutamente relevantes e inovadores para o perfeito equacionamento do tema, nem sempre tratado com tal desenvoltura pelos juristas, principalmente quanto à relação entre delito e dignidade humana.

Desde seu aparecimento no mundo jurídico-penal, por meio da contribuição de Birnbaum (1843), como consequência extrema do princípio iluminista da danosidade social, engendrado como fundamento do fato punível, a noção de bem jurídico tem percorrido diversos caminhos, quer amparando-se no seu substrato naturalista, quer constituindo exclusivamente um ponto de referência formal da norma incriminadora, como propunha Binding, ou até mesmo um elemento indispensável de garantia individual e de proteção da dignidade da pessoa humana. Nessa evolução de seu conceito, será sempre necessário esclarecer pelo menos uma questão, sempre mascarada pela teoria jurídica em face da influência marcante do neokantismo: o Direito cria o bem jurídico ou apenas o descobre?

Entendido no contexto dos direitos fundamentais, o bem jurídico não pode ser eliminado da noção de delito, como pretendeu realizar a Escola de Kiel, senão

ressaltado como o único parâmetro aceitável de delimitação da intervenção estatal.

Partindo de uma visão realista do Direito Penal, Luiz Regis Prado, em boa hora resgata o conteúdo naturalista do bem jurídico, ao ressaltá-lo como "a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano", o que possibilita, em qualquer época e a qualquer tempo, a reestruturação crítica de todo o sistema punitivo e seu ajuste a uma realidade garantista. Nesse passo, a orientação humanista de Luiz Regis Prado conduz a considerar o bem jurídico como limite estrito da atividade persecutória.

Por outro lado, o autor enfrenta com suficiência outro desafio, que é decidir acerca de quais bens jurídicos devam merecer a tutela penal. Partindo de uma base humanista, acentua, com toda propriedade, que em um Estado democrático não se pode dissociar o Direito Penal da noção de pessoa, sem afastá-lo do que se pode conceber como real e sustentá-lo como simples e mero produto cultural.

Com suas próprias palavras: "A partir da noção de Estado de Direito democrático, *ut* supramencionada, é imperiosa a distinção entre valores jurídicos e metajurídicos e a localização dos bens dignos de tutela penal no terreno social, mas com vistas ao indivíduo (...). Assim, para que um bem possa ser considerado, em sentido político criminal, como bem jurídico-penal, insta a acrescer ainda o juízo de suficiente importância social (...). Deste ponto de vista, o juízo de valor sobre a relevância de um determinado interesse coletivo exige a comprovação do dano causado no indivíduo para a sua vulneração (...). Isto para se evitar a perigosa tendência que tem quase todo Estado social a hipertrofiar o Direito Penal através de uma *administrativização* de seu conteúdo, o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva".

À vista do seu abrangente conteúdo, a obra de Luiz Regis Prado, consoante as palavras de seu prefaciador, o consagrado professor espanhol José Cerezo Mir, "é merecedora, por isto, do mais alto encômio".

Juarez Tavares

Professor Titular de Direito Penal.

SUMÁRIO

I CONSIDERAÇÕES GERAIS

II EVOLUÇÃO CONCEITUAL E FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

II.1 Síntese evolutiva

II.2 Conceito de bem jurídico

II.2.1. Bem jurídico e objeto da conduta: delimitação conceitual

II.3 Funções do bem jurídico

II.4 Teorias sociológicas

III BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

III.1 Teorias constitucionais

III.2 Bem jurídico e Estado democrático e social de Direito

III.3 Noção material-constitucional de bem jurídico

III.4 Princípios penais fundamentais e bem jurídico: uma relação de conformidade

III.4.1 Princípio de legalidade ou de reserva legal

III.4.1.1 Conteúdo e fundamento

III.4.1.2 Garantias e consequências

III.4.2 Princípio de dignidade da pessoa humana

III.4.3 Princípio de culpabilidade

III.4.4 Princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos

III.4.5 Princípios de intervenção mínima e de fragmentariedade

III.4.6 Princípios de pessoalidade e de individualização da pena

III.4.7 Princípio da proporcionalidade

III.4.8 Princípio de humanidade

III.4.9 Princípio de adequação social

III.4.10 Princípio de insignificância
III.4.11 Princípio de *ne bis in idem*
III.4.12 Princípio de segurança jurídica
III.5 Perspectiva metodológica complementar
III.6 Peculiaridade do bem jurídico-penal. Classificação

BIBLIOGRAFIA

OBRAS DO AUTOR

I
CONSIDERAÇÕES GERAIS

Tem sido destacado, com propriedade, que, apesar da ausência de contornos precisos e do questionamento a que tem sido submetido, o bem jurídico se encontra há muito tempo no arsenal conceitual do Direito Penal.[1]

A noção de bem – do latim *bonum* – é multímoda. Apresenta-se, *prima facie*, como um problema vocabular e filosófico. Pode ser estudada como um *termo* (expressão), um conceito ou uma *entidade.*

Assim, tem-se uma definição semântica de bem, uma definição da ideia de bem e uma definição real de bem. Mas, entendido como algo real, exige distinguir a espécie de realidade: ente ou ser; propriedade de um ser ou um valor.[2]

Em sentido amplo, bem vem a ser tudo que tem valor para o ser humano. A saber: "o que possui valor sob qualquer aspecto; o que é objecto de satisfação ou de aprovação em qualquer ordem de finalidade; o que é perfeito em seu gênero, bem-sucedido, favorável, útil: é o termo laudativo universal dos juízos de apreciação; aplica-se ao voluntário ou ao involuntário".[3] É inerente a esse conceito a peculiar *utilidade* do objeto, sua aptidão ou propriedade para satisfazer a necessidade humana.

A ideia de bem se relaciona com a de utilidade, como condição para satisfazer uma necessidade do homem. Assim, o que é um bem, por ser útil, é útil enquanto é um bem; quer dizer que a utilidade, como predicado de relação entre um sujeito que tem necessidade e um objeto que a satisfaz, é um atributo inseparável dos bens. De sua vez, interesse expressa uma relação de ordem subjetiva-objetiva entre um indivíduo e certo bem.

No estudo da matéria, Arturo Rocco conceitua bem e o distingue de interesse, nos termos seguintes: bem é "tudo o que, existindo como realidade diante da consideração da consciência humana, é apto para satisfazer uma necessidade

humana", e interesse vem a ser "*o juízo emitido pelo sujeito de uma necessidade sobre a utilidade, sobre o valor de um objeto* (*bem*) *como meio de satisfação da própria necessidade; valoração, por parte do sujeito de uma necessidade, da aptidão de um objeto* (*bem*) *para satisfazer sua própria necessidade* (*utilidade, valor de uso*) [grifo no original]. O interesse – agrega o autor – é, pois, um ato da inteligência e seu conceito, como tal, é um conceito psicológico e, por fim, subjetivo, como o conceito de necessidade (não objetivo, como o conceito de bem). É um juízo: juízo de utilidade ou de valor, valoração de um objeto por parte do sujeito de uma necessidade, do ponto de vista da própria necessidade".[4]

Na história da filosofia, aparecem duas correntes fundamentais: a) *a metafísica*, cujo modelo principal é o platônico, e segundo a qual bem "é a realidade perfeita ou suprema e é desejado como tal"; e b) *a subjetiva*, de base aristotélica, que conceitua bem como o inverso simétrico da primeira, isto é, "o bem não é desejado porque é perfeição e realidade, mas é perfeição e realidade porque desejado".[5]

A partir de Kant, o conceito de bem passa a ser dimensionado axiologicamente.

Convém observar que a noção de bem, *stricto sensu,* não se identifica com a de bem jurídico (objeto de tutela penal).

Pode-se afirmar que, "sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito".[6]

A ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que 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 permitem a crítica do direito positivo.

Tal consideração ganha espaço num momento em que se projeta uma reforma da parte especial do Código Penal brasileiro, quando a função político-criminal do bem jurídico constitui um dos critérios principais de individualização e de delimitação da matéria destinada a ser objeto da tutela penal.

Nada obstante, o problema maior a ser enfrentado é fixar concretamente os critérios pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais da

sociedade. Alude-se, por exemplo, à relação entre bem jurídico e sanção penal. Ora, bem pode ela ser contemplada sob dupla perspectiva: a de delimitação do âmbito do injusto penal e a de potencialidade da função da pena.

Com frequência, assinala-se que uma orientação preventiva, dirigida a evitar a prática de ilícitos penais, pode circunscrever o campo do punível de modo mais restrito e seletivo, pois, sendo seu objetivo manter a convivência, unicamente aqueles valores necessários à sua mantença deveriam ser objeto de tutela e sanção penal. Dessa forma, na verdade, enuncia-se um princípio geral de validade indiscutível. Mas a questão principal permanece sem solução.[7]

A ciência do Direito Penal deve empenhar-se na busca de diretivas (realistas e eficazes) – sobretudo diante de uma experiência legislativa pouco favorável[8] – para uma racional concretização e individualização dos interesses merecedores de proteção.[9]

A relação entre bem jurídico e pena opera uma simbiose entre o valor do bem jurídico e a função da pena: de um lado, tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem; de outro lado, e ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para a sua proteção vem estabelecida a pena.[10] Tudo isso contribui para concretizar os requisitos de capacidade e necessidade de proteção, que é comum se exigir dos bens jurídicos no momento de prever sua tutela.

Todavia, o ponto conclusivo que se vislumbra já foi antevisto: tão somente os bens jurídicos fundamentais devem ser objeto de atenção do legislador penal. Uma vez mais, vale a pergunta: quais são os bens jurídicos fundamentais? E como devem ser escolhidos ou selecionados?

Deixando-se de lado a dimensão política – já que vem urgida pela própria funcionalidade do sistema, porquanto sua eficácia, como instrumento de controle ou de direção social, depende diretamente do grau de correspondência com as reais necessidades do meio ao qual se endereça –, em qualquer caso tais questões só podem encontrar solução adequada em sede do bem jurídico.

Agregue-se a isso que, se os valores a serem protegidos variam segundo o modelo de sociedade, sendo um reflexo necessário de sua estrutura, seria ilusório pretender que possam ser identificados de modo concreto através da função da pena. Isso porque seria como afirmar ser a sanção penal que estabelece e define as características do organismo social de cada momento histórico. Essa questão político-social deve ser resolvida em seara própria, correspondendo à ciência do Direito Penal uma tarefa crítica.[11]

A doutrina brasileira pouco tem se ocupado do tema,[12] sendo que os estudos que o discutem são, em sua maioria, perfunctórios e de cunho meramente conceitual, com o intuito de distinguir objeto jurídico do delito e objeto da ação.[13]

Tão somente a partir da entrada em vigor da Carta de 1988 passa a questão – bem jurídico/norma constitucional – a emergir timidamente no cenário das letras jurídicas.

A amplitude e a complexidade da matéria obrigaram que fossem pinçados determinados tópicos, tidos como relevantes e necessários para sua compreensão.

Daí a impossibilidade de se examinar com detalhes todas as vicissitudes que marcaram a evolução histórica e as inúmeras teorias sobre o bem jurídico.

No entanto, frise-se, a importância da temática é capital, especialmente para um Direito Penal – de feição liberal e cientificamente moderno –, instrumento próprio de um Estado democrático e social de Direito.

O bem jurídico tem uma transcendência ontoaxiológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e, por isso, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo depende, não já a estruturação técnica, senão a própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura democrática.

Como corretamente se ressalta, "destacar o valor do bem jurídico no Direito Penal constitui tarefa tão supérflua quanto desnecessária. O reconhecimento daquele representa um pressuposto básico e preeminente em sua justificação. Um Direito Penal que *ab initio* não se propusera, finalmente, em essência, garantir a proteção dos valores mais transcendentes para a coexistência humana seria um Direito Penal carente de base substancial e não inspirado nos princípios de Justiça sobre os quais

deve-se assentar todo ordenamento jurídico, e, enquanto tal, imprestável para regular a vida humana em sociedade".[14]

O que aqui se objetiva, primordialmente, é analisar o bem jurí-dico-penal e suas relações com a Constituição, no contexto do Estado democrático e social de Direitc (Estado Constitucional). E demonstrar que, tão somente tendo como ponto de partida a concepção representada pelas teorias constitucionais, pode-se aspirar à individualização, ainda que aproximada, dos concretos objetos de tutela que efetivamente constituem os fundamentos de uma estrutura social em um momento histórico determinado.

Ademais, procura-se salientar o contorno especificamente penal do bem jurídico como elemento importante de sua identidade e delimitação.

Para conseguir tal desiderato, enceta-se o estudo, ainda que de maneira concisa, em breves tópicos: considerações preliminares, síntese evolutivo-conceitual, uma breve alusão às funções do bem jurídico, e, finalmente, a noção de bem jurídico-penal e Constituição – em que se procura forjar o conteúdo material do ilícito penal conforme a diretriz constitucional em vigor.

---

1 Cf. RUDOLPHI, H. J. Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs.*In: Festschrift für Richard M. Honig*, p. 151.

2 Cf. FERRATER MORA, J. *Diccionario de filosofia*, t. I, p. 208.

3 FERREIRA DOS SANTOS, M. *Dicionário de filosofia e de ciências culturais*, 1, p. 19

4 *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 273-278.

5 ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia,* p. 102; vide, ainda, FABRO, C. B. *Enciclopedia Cattolica Città del Vaticano,* 2, p. 1.215.

6 POLAINO NAVARRETE, M. *El bien jurídico en el Derecho Penal,* p. 21-22. Nesse sentido, também, RUDOLPHI, H. J. Op. cit., p. 151.

7 Cf. GONZALEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución*, p. 7.

8 Cf. PALAZZO, F. I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione. *Ver. Ital. Dir. e Proc. Penale*, p. 458.

9 Calham aqui as interessantes observações críticas de Naucke: "È discutibile se l'inveterata inclinazione dei penalisti a intendere i reati come *offese al bene giuridico* sia adequata al contenuto dei reati stessi. È discutibile se il concetto di lesione o messa in pericolo del bene giuridico riesce a rendere in modo sufficientemente differenziato il significato empirico che un reato ha per suo autore, per la vittima, per il potenziale autore e per la potenziale vittima. Verosimilmente non è cosi. La molteplicità di relazioni emozionali e sociali positive e negative, che sono per esempio legate alla distruzione di una vita umana ad opera di un altro uomo, non può essere approssimativamente abbracciata, interpretata e dominata per mezzo del concetto di offesa al bene giuridico della vita ad opera di un autore. Questa molteplicità entra però nel diritto penale e diventa efficace quando si deve giudicare in un processo penale l'uccisione di un uomo. Non sarebbe dunque sorprendente se nello sviluppo penalistico dei prossimi anni il concetto di bene giuridico retrocedesse in quanto troppo astratto e improduttivo, oppure ricevesse un contenuto diverso" (*Strafrecht. Eine Einfuhrung*, p. 192, *apud* PALAZZO, F. I. Op. cit., p. 459).

10 Cf. MUÑAGORRI. *Sanción penal y política criminal,* p. 107.

11 Cf. ROSS, A. *Ċolpa, responsabilità e pena,* p. 108.

12 Nos últimos tempos, sobretudo após a publicação da 1.ª edição desta obra (1996), doutrina brasileira começa a se interessar mais pelo estudo de tão relevante tema. Entre as publicações mais recentes, merecem destaque as seguintes: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supraindividual:* interesses difusos. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo: RT, 2003, 4; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo.* São Paulo: RT, 2003; COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003 (Coleções Mandamentos – v. 8); GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito Penal.* São Paulo: RT, 2002.

13 FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*, p. 275; MARQUES, F. *Tratado de Direito Penal,* 2, p. 18; GARCIA, B. *Ġnstituições de Direito Penal,* 1, t. 1, p. 242; COSTA JR., P. J. da. *Ċomentários ao Código Penal,* 1, p. 53; LOPES, J. L. *Ċurso de Direito Penal*, p. 116-117; JESUS, D. E. de. *Direito Penal,* p. 159 e BRUNO, A. *Direito Penal.* 1, t. 1, p. 31, entre outros.

14 POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 22.

II

EVOLUÇÃO CONCEITUAL E FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

II.1 SÍNTESE EVOLUTIVA

A ideia de objeto jurídico do delito nasce com o movimento da Ilustração e com o surgimento do Direito Penal moderno.[1]

Em eras pretéritas, o ilícito penal aparecia contemplado em uma dimensão eminentemente teológica ou privada.[2]

Assim, "na união social pré-histórica, que se funda na comunidade de sangue e ainda não distingue o mandamento de Deus do estatuto dos homens, *o crimen* é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão (*Ausstossung*) dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício à divindade, no primeiro momento".[3]

O delito é antes de tudo e sobretudo um pecado – desobediência à vontade divina. A confusão delito-pecado e a consequente "eticização" do ilícito são, pois, as características mais significativas desse período.

O movimento iluminista determina uma visão radicalmente diferente da sociedade e de logo da problemática penal.[4]

Tem-se, pois, que, "mais que uma corrente de ideias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos. É, por assim dizer, produto do embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês.

Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de

ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva".[5]

A tendência da época (secularismo/humanização) era favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas, em base social. Desse modo, o delito inicia uma vida plena de fluxos e de refluxos na procura de um sentido material.

Em um momento ulterior, o primeiro conteúdo assinalado ao ilícito penal veio a ser o de violação de um direito subjetivo.

O delito é sempre a violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa (física ou jurídica), ou ao Estado. A ação delitiva deve contrariar um direito subjetivo alheio.

O Direito Penal desse período se expressa na doutrina jurídica privatista de Feuerbach (1775-1833): lesão de um direito subjetivo.

O fundamental para essa concepção não é que a conduta lesiva se dirija contra uma coisa do mundo real. O objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual, constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito.[6]

A concepção material de delito como lesão de direito subjetivo decorre da teoria contratualista aplicada no âmbito penal. Esse posicionamento – resultado da ideologia liberal-individualista dominante – apresenta-se como um conteúdo sistemático funcional – conduta punível é aquela lesiva a um direito subjetivo e liberal concreto-imanente – proteção também do direito individual na esfera objetiva da liberdade pessoal. O direito subjetivo emerge, desse modo, como o instrumento mais eficaz para garantir tal liberdade.[7]

O delito é, assim, entendido como a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado. Não são outras as suas palavras: "Aquele que viola a liberdade garantida pelo contrato social e pelas leis penais pratica um *crimen.* Por fim, crime é, em sentido amplo, uma lesão prevista numa lei penal, ou uma ação

contrária ao direito do outro, cominada na lei penal".[8] No caso de o delito atentar contra os direitos do Estado, pratica-se um delito público (*delictum publicum*); se contra os direitos dos indivíduos, perpetra-se um delito privado (*delictum privatum*).[9] Distingue-se ainda entre delitos comuns e delitos próprios.

Também seguem essa linha, por exemplo, Carrara e Ortolan. Para o primeiro, mestre do classicismo italiano, o delito, como ente jurídico, compõe-se de elementos materiais e morais que formam uma unidade. Daí advertir-se que o objeto do delito não se confunde com o objeto da ação, pois não se lhe pune como fato material, mas sim jurídico. Ou seja: "a ação material terá por objeto a coisa ou o homem; mas o ente jurídico não pode ter como seu objeto senão a ideia, o direito violado, que a lei protege com sua proibição".[10]

De sua vez, assevera Ortolan que o crime transgride ao mesmo tempo um dever e um direito: transgressão de um dever quando considerado do ponto de vista do sujeito ativo, e de um direito se visto da parte do sujeito passivo. Mas há duas condições para a sua existência: que a ação seja contrária à justiça absoluta e que sua repressão tenha relevância para a conservação ou o bem-estar social. As diferenças entre os delitos são decorrentes da variedade de direitos infringidos e da lesão sofrida.[11]

Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – "princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos".

A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Emerge ela, pois, "como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais – empírico-naturais – do mundo exterior".[12]

O seu aparecimento produz-se por razões de natureza política e dogmática. No primeiro aspecto, vem a ser quase uma consequência necessária das transformações

econômicas e políticas da época (uma nova concepção de Estado).

Do ponto de vista doutrinário, justifica-se a introdução do conceito de bem jurídico por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes.

Em momento posterior, Birnbaum (1792-1877) – que introduz o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo[13] – observa ser decisivo para a tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do *ser* ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade, e que possa ser lesionado pela ação delitiva.[14] Essa teoria se afasta da tese de lesão ao direito em três pontos: "na configuração do conceito de bem comum, na ampliação do fim do Estado e na renúncia de extrair a doutrina do objeto do delito dos postulados das condições de vida em sociedade, como haviam feito o iluminismo e o liberalismo originário".[15] Então, para o citado autor, o delito lesiona, na verdade, bens e não direitos.[16]

A respeito dessa construção, afirma-se que, "Para os iluministas tudo se reconduz a um problema de verdade e nunca de decisão de valor. O significado da criação de Birnbaum (o conceito de bem jurídico – e sua renúncia em ancorá-la numa construção teórica de maior alcance) reside no facto de ela ter contribuído para emancipar a doutrina penal, se não de toda influência transjurídica, pelo menos das verdades meta-jurídicas (...). A emancipação face à teoria social do iluminismo representa um passo na direção do mais puro positivismo".[17]

Com o positivismo,[18] surgem no âmbito penal direções metodológicas diversas. A teoria moderna do positivismo jurídico orienta-se a partir de Hobbes, sendo uma construção que destaca a omnipotência jurídica do legislador.[19] Sem dúvida que a contingência dos valores e a necessidade de assegurar a existência propiciam a evolução do positivismo jurídico – "todo direito tem que ser uma ordem real, positiva".[20] Assim sendo, não há limite para o poder superior do legislador: "A teoria da omnipotência do legislador é o verdadeiro pecado original do positivismo jurídico".[21]

Em primeiro lugar, com Binding (1841-1920)[22], surge a dimensão formal (jusracionalista positivista), e depois, com Rocco, ocorre uma subjetivação da norma penal em favor do Estado, sendo a noção do bem jurídico fundada no direito positivo vigente: objeto jurídico substancial específico – bem ou interesse protegido pela norma penal.[23]

Segundo Binding, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado (ofensa ao direito de obediência estatal). 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".[24]

Bem jurídico, então, é tudo o que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica,[25] sendo, portanto, sua presença indispensável à configuração do delito.

Nos termos dessa orientação, "a decisão jurídico-positiva vem condicionada unicamente pelos limites da própria consideração valorativo--objetiva e pelas exigências lógicas".[26] Assim, o bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma.[27]

Para o autor, último representante da orientação positivista, o bem jurídico vem a ser a garantia das expectativas principais contra a sua fraude. A norma obriga a escolha de uma organização não produtora de dano, mas o projeto de conformação do mundo do autor se opõe ao da norma. A fonte de criação do bem jurídico e de sua norma de tutela se encontra tão somente limitada ao aspecto lógico-normativo.[28] E o que realmente importa é a resolução legislativa de proteger juridicamente determinado bem. Então, define bem jurídico como "todo lo que en si mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas".[29]

Em que pese seu positivismo legalista, "dá primazia ao bem jurídico e não ao direito à obediência; consequentemente, o que se quer evitar com a sanção penal é,

não a mera desobediência, mas a destruição do bem jurídico, a danosidade social; assim, a sanção penal deve ser graduada em função da gravidade da lesão".[30]

Nesse contexto está inserida, ainda que de forma peculiar, a construção desenvolvida por Arturo Rocco.

O Direito Penal tem por finalidade "assegurar as condições de existência da sociedade, em garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum"[31] (na verdade, garantia do próprio poder do Estado). Há um direito subjetivo público, como pretensão jurídica do Estado em relação ao indivíduo, sendo que lhe resta o dever jurídico de acatar ou não as imposições penais – chamada relação de obediência jurídico-penal.[32] Diferencia-se, de um lado, entre objeto do delito e objeto da tutela jurídica penal e, de outro, entre objeto substancial e formal do delito. Diz-se objeto da tutela jurídica penal quando antecede à lei penal e objeto substancial do delito quando do momento de sua transgressão (posterior). Trata-se do que é objeto da proteção penal, que o crime lesiona ou põe em perigo de lesão (bem ou interesse humano).

Existe, segundo ele, um objeto substancialmente *genérico* do delito (objeto do delito em geral, que é um bem ou interesse social) e um objeto substancial *específico* do delito (objeto de delitos em particular, que é o bem ou interesse do sujeito passivo do delito).[33] Já por objeto formal do delito se entende o direito subjetivo público estatal à observância ou obediência dos preceitos penais (obediência ao poder estatal).

Por fim, define o bem jurídico-penal como "todo bem, em sentido sociológico (individual ou coletivo, material ou moral, patrimonial ou não patrimonial), que, enquanto objeto de um interesse penalmente tutelado, recebe também proteção jurídica por parte do Direito Penal. Assim, como todo interesse tem por objeto um bem e todo bem é objeto de um interesse, todo interesse jurídico tem por objeto um bem jurídico e todo bem jurídico é objeto de um interesse jurídico".[34]

A divisão entre objeto substancial genérico e específico é criticada por confundir objeto com motivo de proteção: "O interesse do Estado à própria conservação não é o interesse protegido pela norma penal, mas a razão pela qual são

criados o preceito e a sanção. Enquanto o Estado tutela certos bens porque é necessário para assegurar a vida em comum".[35] Resta assim como objeto do delito o que é denominado por Rocco objeto substancial específico.

Posteriormente, como reação contrária ao tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão *material* do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda a sua capacidade de limite à ação legiferante, com os estudos de Franz von Liszt.

Para Liszt, o bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente).

Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra. Daí o seu aspecto restritivo. Isso porque o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser, de modo algum, criação ou elaboração jurídica, mas se impõem a ela.[36] Com efeito, o ordenamento jurídico "não cria o interesse, cria-o a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico".[37]

O positivismo naturalista de Von Liszt, de sentido globalista, concebe o Direito Penal como o núcleo em torno do qual devem se agrupar todas as demais ciências que se ocupam do delito (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*).

Distingue-se claramente entre uma ciência normativa, cujo método é o dogmático (lógico-dedutivo), e as demais ciências, com destaque para a política criminal.[38]

O bem jurídico se encontra no limite entre política criminal e Direito Penal, como ponto de união. E, portanto, vem a ser criação da experiência, e como tal é "interesse juridicamente protegido", sendo indispensável ao indivíduo ou à sociedade. No seu dizer, "todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra intromisiones arbitrarias del poder del

Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos. Pero los intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado, y vice-versa". [39]

Firma-se então uma conceituação liberal de bem jurídico[40] que precede o direito positivo, e independe dele, sendo endereçada mais ao legislador.

O injusto penal compreende a conduta culpável e ilícita ("un acto culpable contrario al derecho")[41]. Em sentido formal, é ilícita quando significa transgressão de uma norma estatal (mandato ou dever), e, em sentido material, quando opera uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma – bem jurídico.

A partir do começo do século XX, aparecem as orientações espiritualistas que, sob influência da filosofia neokantiana, desenvolvem na área penal a concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico.

O movimento neokantista engendra duas escolas: a Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Stammler) e a Escola Subocidental alemã, de Baden ou de Heidelberg (Windelband, Rickert, Lask, Radbruch).

Tal movimento emerge de variadas formas na filosofia alemã por volta de 1860, e apresenta duas características principais: de primeiro, trata-se de um movimento que se torna predominante na filosofia alemã, e que engloba pesquisadores de direções muito diferentes. Em segundo lugar, tais pesquisadores atribuem à filosofia kantiana interesse, não somente histórico, mas também filosófico – "é preciso voltar à Kant", na medida em que tão somente a leitura de suas obras pode fornecer as bases de uma pesquisa filosófica séria e rigorosa. Isso em razão de várias causas: a. declínio do idealismo hegeliano; b. reação ao materialismo, com origem em Schopenhauer, que se alça contra o idealismo especulativo, e c. fato político decorrente do insucesso da revolução de 1848. Enfim, caracteriza-se pela retomada e aprofundamento da distinção kantiana entre questão de direito e questão de fato. Para tanto, a teoria do conhecimento constitui uma análise lógica que, em oposição ao exame psicofisiológico, versa sobre a validade do conhecimento. O método utilizado

é o mesmo de Kant, rebatizado de método transcendental, consistente em partir do "fato da ciência" para descobrir os elementos *a priori*, quer dizer, as condições de possibilidade que fundam a efetividade do ponto de partida. Tal concepção do problema do conhecimento exclui tanto o relativismo como o irracionalismo, sob todas as suas formas.[42]

A diferença entre elas pode ser veiculada essencialmente nos seguintes pontos: o primeiro concerne à relação entre verdade e valor – enquanto a teoria subocidental do conhecimento procura firmar que a verdade constitui um valor: se o conhecimento é um fato, a verdade não o é – tão somente a exigência da verdade constitui um fato, de maneira que a verdade torna-se um valor; a construção de marburguiana opõe a verdade ao valor, pressupondo de modo tácito a equivalência entre verdade e conhecimento científico. Sustenta que a noção de valor só tem sentido fora da esfera teórica, na esfera prática. O segundo ponto diz respeito à especificação do "fato da ciência" então parte da análise: enquanto a Escola de Marburgo se apoia exclusivamente sobre a ciência matemática da natureza (modelo de todo conhecimento) para descrever os processos que intervêm no conhecimento; a Escola de Heidelberg se refere igualmente à ciência histórica nascente – que a pesquisa filosófica deve levar em conta. Vale dizer: de um lado a matemática, do outro a história e cultura. Windelband distingue duas espécies de método científico: o das ciências da natureza (formulação de leis gerais – conhecimento nomotético) e o das ciências do espírito (descrição de eventos únicos – conhecimento idiográfico).[43]

A doutrina neokantiana subocidental – referida a valores e fins – fundamenta o conceito de ciência do espírito no método e não no objeto, como o historicismo, dando lugar a uma filosofia axiológica.

Trata-se de construção essencial para a compreensão das ciências culturais; "além disso as suas ideias tiveram na época, na metodologia do Direito Criminal, uma importância comparável à que teve, no Direito Civil, a jurisprudência dos interesses".[44]

Conforme essa diretriz do neokantismo, o bem jurídico há de ser entendido como um valor cultural, sendo que "sua característica básica é, pois, a referência do delito

do mundo ao 'valorativo', em vez de situá-lo diretamente no terreno do 'social'".[45] Procura-se vinculá-lo à *ratio legis* da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo.[46]

A essência da noção de bem jurídico tutelado deriva, de modo necessário, dos limites da descrição legal respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinaram.[47]

Em resumo: para essa concepção, bem jurídico vem a ser um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: "valor ideal da ordem social juridicamente protegido".[48]

Assim concebido, volatiza-se dentro do complexo normativo, sem que possa cumprir sua função essencial de crítica ou de restrição ao poder de legislar,[49] em grande medida, por buscar legitimação da lei penal ou do *ius puniendi* do Estado no reconhecimento geral.

Tal aspiração sintetiza-se como "qualquer fórmula em que se expresse o substrato sociológico da 'vigência' que corresponde ao reconhecimento geral – 'consciência geral do direito' 'convicção jurídica comum', ou, bem mais exatamente, 'pontos de vista da classe social dirigente e melhor considerada' (...) –, em todo caso se trata de conteúdos espirituais comuns da consciência de muitos indivíduos: de um grupo, de uma maioria, talvez mesmo da totalidade de um povo. Designou-se a 'interior assimilação dos indivíduos' que 'domina um grupo de pessoas, um povo, uma época', com a expressão hegeliana do 'espírito objetivo que vive historicamente'. Desde o começo se entendeu por espírito objetivo tão só o verdadeiramente real, a vida ética de um povo".[50]

De resto, anote-se que "o realismo pré-jurídico iluminista - lisztiano e a teleologia formalista tiveram apoucada relevância dogmática, sobretudo, em razão da dificuldade de determinação do conteúdo substancial da ilicitude".[51]

II.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Apesar de o postulado de que o delito lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos ter a concordância quase total e pacífica dos doutrinadores, o mesmo não se pode dizer a

respeito do conceito de bem jurídico, sobre o qual reina grande controvérsia.

Aliás, a falta de clareza do significado de "bem jurídico" (termo equívoco)[52] encontra correspondência na ausência de precisão de seu conceito.

Assim, originariamente, com base na mais pura tradição neokantiana, de matiz espiritualista, procura-se conceber o bem jurídico como valor cultural – entendida a cultura no sentido mais amplo, como um sistema normativo.

Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas 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.[53]

De outro lado, convém destacar a relevante contribuição de sentido objetivista de Welzel, que considera o bem jurídico como um "bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente". E, ainda, continua o referido autor, que bem jurídico "é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões". [54] A soma dos bens jurídicos constitui a ordem social, e, por isso, o seu significado deve ser sempre relacionado com a sociedade, e não visto de modo isolado.[55]

A missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares.[56]

De inspiração fenomenológica, essa peculiar orientação estabelece que os bens jurídicos realizam certas funções dentro do contexto amplo e dinâmico da vida social. Com razão, afirma o seu caráter dinâmico, não estático, como se "peças de museu" fossem.

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 ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado.

A toda evidência antevê Welzel, com grande agudeza de percepção, o futuro: "é, pois, o orifício da agulha pelo qual têm de passar os valores da ação: nenhuma reforma do Direito Penal pode ser aceitável se não se dirige à proteção de algum bem

jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação. O que faz o Direito Penal é estabilizar esses valores éticosociais da atitude interna de uma forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente os dos princípios da legalidade e da proteção de bens jurídicos. Somente respeitando esses limites, podem ser justificados os mandatos e proibições que impõe o Direito Penal e se pode esperar que seja ele o que a teoria da prevenção geral positiva pretende: exemplo e garantia dos valores ético-sociais da atitude interna. Isso é exatamente – na tradição conceitual de Welzel – a formalização do controle social. Nesta última instância, o Direito Penal tende ao fortalecimento e garantia dos valores ético-sociais da ação, mas, na busca dessa meta, atua submetido a princípios como o da legalidade e o da proteção de bens jurídicos, que também são, de sua parte, valiosos desde um ponto de vista ético-social e característicos do Direito Penal. Somente assim pode-se esperar que o controle social exerça, através do Direito Penal, uma função exemplar na formação dos valores ético-sociais da ação". [57]

Cerezo Mir segue em linhas gerais a Welzel, mas clarifica a análise do tema. Assim, conceitua bem jurídico como "todo bem, situação ou relação desejados e protegidos pelo Direito". [58]

Os bens jurídicos não são protegidos de modo absoluto pelo Direito Penal, sendo que este último tão somente os protege diante de certas formas de agressão.[59] E esse âmbito de tutela se encontra determinado pelas concepções ético-sociais, jurídicas, políticas (e econômicas) dominantes. Tais concepções se transformam com o passar da história, variando no tempo e no espaço.[60] Não há que se falar aqui em atitude interna, de ordem moral ou de pura ética, mas sim de atitude jurídica relativa ao bem jurídico.[61] Bem alude o autor, que o Direito Penal protege bens jurídicos através das normas de determinação (mandamentos e proibições).

Expõe-se ainda, na esteira welzeliana, que a função do Direito Penal não pode se limitar a uma proteção atual do bem jurídico, haja vista que para tanto chega tarde. Na verdade, consiste ela "essencialmente no fomento do respeito aos bens jurídicos", e, para tanto deve a lei positiva penal obrigar aos cidadãos em sua consciência, justamente pelo conteúdo valioso desses bens.[62]

Por sua vez, Muñoz Conde conceitua os bens jurídicos como "os pressupostos de que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social".[63]

De sua vez, Bustos Ramírez assinala, no âmbito de uma construção sociológica, que não se pode considerar a noção de bem jurídico puramente em sentido formal, sendo preciso uma consideração material que lhe dote de conteúdo, e não seja mero símbolo ou metáfora, mas sim relação social concreta. "O bem jurídico – diz ele – implica sempre uma valoração massiva e universal; tratam-se de certas relações sociais que são consideradas essenciais para o sistema em relação a todos os seus membros, caso da vida, da honra, da liberdade, etc."[64] O bem jurídico é assim concebido como "uma síntese normativa determinada de uma relação social concreta e dialética".[65]

Hassemer defende uma concepção social funcional, de cunho monista personalista, do bem jurídico, afirmando que em que pese a "modernização do Direito Penal", isso não é nenhuma razão ou motivo para conceber o bem jurídico desde o prisma dos bens jurídicos universais e considerar que os bens jurídicos individuais não são mais que os direitos deles derivados.[66] Justamente o contrario: "en una época en la que la socialización es cada vez mayor, el Derecho Penal debe reflexionar sobre si los intereses de la persona no deben ser favorecidos frente a los de la Sociedad y el Estado".[67]

A seguir, agrega o autor: "Precisamente la meta de una teoría monista personalista es funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo. Para esta teoría, los intereses generales sólo se pueden reconocer legítimamente en la medida en que sirvan a los intereses personales".[68] Para ele, uma teoria do bem jurídico crítica ao sistema deve "examinar os objetos de tutela presentes em relação a um catálogo de tutela ideal".[69] Esse autor atribui a existência de uma função crítica ao bem jurídico, transcendente ao sistema, como instrumento de política criminal: o bem jurídico não serve tanto como ponto de referência de uma reconstrução (indutiva) das normas vigentes, mas torna-se instância de confronto e de juízo (dedutivo) sobre – ou de – como poderia se articular um novo sistema penal.[70]

No dizer de Polaino Navarrete, é o "bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal. Bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade".[71] Este vem a ser um conceito restritivo, tendo em vista que a proteção de bens jurídicos não cabe só ao Direito Penal.

Rudolphi define-os como "conjuntos funcionais valiosos constitutivos da nossa vida em sociedade, na sua forma concreta de organização".[72] O bem jurídico é visto como condição de uma vida próspera, fundada na liberdade e responsabilidade individual. Para esse autor, de acordo com a Constituição, o Direito Penal tem por missão proteger a normal convivência dos indivíduos na sociedade de possíveis ataques, vale dizer, evitar um comportamento socialmente danoso. Tem por objeto proteger preventivamente bens jurídicos.[73]

De seu turno, Bettiol enfatiza que bem jurídico "é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo de material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência". Adota, assim, uma concepção ético-valorativa, afirmando que "é precisamente por essa razão que falamos, a propósito do bem jurídico, de valores e não de interesses, visto que valor é o termo mais apropriado para exprimir a natureza ética do conteúdo das normas penais, ao passo que interesse é o termo que exprime uma relação".[74]

Após fazer uma divisão entre objeto jurídico formal e substancial, Battaglini manifesta-se em sentido oposto, dizendo que o primeiro "nada mais é do que a norma penal contrariada pelo crime" e o segundo "é constituído pelo interesse que a norma protege".[75]

Entende Roxin que os 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 atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente".[76] Precisa este último autor, que "os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de

um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins e para o funcionamento do próprio sistema".[77] Expõe, com razão, que desse conceito deriva que: "as cominações penais arbitrárias não protegem bens jurídicos; as finalidades puramente ideológicas não protegem bens jurídicos e as meras imoralidades não lesionam bens jurídicos".[78]

Para Zaffaroni, o bem jurídico penalmente tutelado é "a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas".[79]

Estabelecendo uma relação entre sociedade e direitos fundamentais, define-se o bem jurídico como o "ente que encarna os estados funcionais que possibilitam o exercício dos direitos fundamentais de disposição no relacionado com o seu conteúdo essencial e com os instrumentos para a sua proteção, manutenção e promoção".[80] E, por estado funcional, "deve se entender tudo aquilo que sem ser necessariamente de caráter material, tem existência vital e resulta comprovável empiricamente, e possibilita que o ser humano possa dispor de suas faculdades intrínsecas, isto é, autonomia e decisão conforme ao sentido na vida social". [81]

Há ainda determinado autor que conceitua bem jurídico como "realidade criminológica", nos termos que se seguem, *ipsis litteris*: "Es así que puede decirse que, es la realidad criminológica, que luego se plasma con ayuda de una adecuada política criminal en la propria norma penal, la que influye sobre manera, en aquello que la norma protege como bien jurídico penal. Pero también, es la realidad criminológica, la que le dota de cierta materialidad, que hace que no pierda su naturaleza práctica y coherente con la realidad social imperante, a través del bien jurídico personal que se protege".[82] E, numa aproximação social-criminológica, acrescenta: "Es por ello que al final, es la realidad social misma, la que mediante un proceso de análisis criminológico legitima la norma, y le da vida".[83]

Essa nítida divergência de opiniões entre os autores no que tange à definição de bem jurídico faz-se presente também na doutrina brasileira, inclusive em sua versão mais moderna.

Aníbal Bruno destaca que os bens jurídicos "são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura".[84]

Por sua vez, Assis Toledo diz que os bens jurídicos "são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas".[85]

Para Fragoso, "o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma".[86]

Noronha define bem jurídico como "o bem-interesse protegido pela norma penal".[87]

A respeito do tema, Cunha Luna afirma que, "dogmaticamente, o bem jurídico, ou *bem do direito*, não é somente um bem do indivíduo, que é, ao mesmo tempo, bem social. Sobre o mesmo fundamento, o bem jurídico não é somente um bem da sociedade, mas um bem social, que é, ao mesmo tempo, bem individual. A contraposição do individual e do social, ora considerando o indivíduo como meio ou fim da sociedade, ora considerando a sociedade como meio ou fim do indivíduo, não encara, em seus devidos termos, a unidade dialética do individual e do social, esquecendo que o indivíduo está em função da sociedade tanto quanto a sociedade está em função do indivíduo".[88]

Na doutrina brasileira mais especializada, Flávio Gomes, Carneiro Leão e Janaina Paschoal, entre outros, também versam sobre a noção de bem jurídico.

O primeiro, após destacar que "as teorias transcendentalistas sedimentaram o conceito de bem jurídico na pessoa humana"[89], menciona a relação social como base. Parece que se acolhe uma linha mais, por assim dizer, de cunho social, e referida ao "Estado Constitucional e Democrático". Em busca de precisar o referido conceito, sublinha – citando Bustos Ramírez – que "a relação social é, pois, o que há de

específico no ser social em uma sociedade democrática (...)".[90] Ao depois que: "'O que se propõe definitivamente é, pois, essa relação social, com uma determinada posição e interação dos indivíduos nela frente a determinados objetos e entes. A concretização sintética disso é o bem jurídico'". "Em outras palavras: o bem jurídico não é o mesmo que seu substrato empírico. É a relação social (...) em conexão com um bem existencial que é valorada positivamente".[91] Reafirma a matéria mais a frente, ao dizer: "Que o bem jurídico deve ter como 'objetos protegíveis' bens ou interesses existenciais (pessoais) considerados em função de relações sociais conflitivas".[92] Enfim, arremata o autor: "Em conclusão: assumindo – como neste trabalho estamos assumindo – a imprescindibilidade da teoria do bem jurídico, não há como deixar de reconhecer que, apesar de todos os problemas que apresenta, inclusive de realização prática, é a única que permite difundir uma pluralidade de exigências essenciais para a configuração de um Direito Penal típico do Estado Constitucional e Democrático de Direito (...)".[93]

Adotando uma postura de corte constitucional estrita, o segundo autor assinala que "o bem jurídico-penal é, sem dúvida, o elemento material do delito, servindo-lhe de principal suporte e referência dentro do sistema penal, não devendo existir delito, sem que haja lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico. Os bens jurídicos tutelados pela norma penal, entretanto não são quaisquer bens jurídicos, e sim aqueles considerados fundamentais à convivência pacífica em sociedade, representativos de valores constitucionais, uma vez que a Constituição é o principal repositório de tais valores. Dessa forma, ela vincula o legislador ordinário e condiciona o intérprete, que deverá, até mesmo, decidir-se pela inexistência de ilicitude, se o princípio ou valor constitucional for violado. Desta forma, a tutela penal de um bem jurídico deve repousar sempre em sua fonte de legitimidade: no texto constitucional, fonte formal e material do sistema penal".[94]

Por fim, a autora elencada, ainda que mencione a questão do bem jurídico, sustenta, em realidade, a ideia político-criminal de um Direito Penal mínimo, como aliás reconhece explicitamente: "Na verdade, o que se objetivou apontar no presente trabalho é que um Direito Penal que se pretende mínimo não pode conviver com um

mínimo formal irrenunciável, trazendo a Constituição, seja apor meio de indicações ou de determinações expressas de criminalização, os bens que o Direito Penal pode (e não os que deve) tutelar". Ainda, que "Não se está a dizer com tais reflexões que não exista um mínimo irrenunciável". [95] Ainda assim, não se aponta em que consiste esse 'mínimo'. Destaca ela o vínculo entre bem jurídico e Direito Penal mínimo, dizendo: "Cumpre consignar que o caráter limitador do bem jurídico fica expresso quando analisados os princípios informadores do Direito Penal mínimo (subsidiariedade, fragmentariedade e lesividade) (...)."[96] Em seguida, com lastro em Bustos Ramírez, aduz que "(...) o surgimento de um bem não implica necessariamente a existência de um crime, já que sua proteção pode dar-se de diferentes formas"; e que "prescindir desse instituto implica colocar o ordenamento jurídico nas nuvens e entrega-lo à arbitrariedade".[97] Ao final, nas conclusões, sublinha que: "(...), da mesma forma que o Direito Penal mínimo não pode conviver com uma análise meramente formal da lei, também não pode conviver com uma avaliação exclusivamente formal da Constituição. Tal qual ocorre com a lei penal, a Constituição revela-se um limite ao poder punitivo estatal, sendo desse limite impossível abdicar". E finalmente que: "Resumindo, em um Estado social e democrático de direito, o legislador sabe o máximo a que pode chegar, não existindo, no entanto, um mínimo previamente determinado".[98]

Em que pesem estes últimos autores se referirem à importância da noção de bem jurídico e sua relação com o Estado democrático de Direito e a Constituição, não se vislumbra com clareza nenhum conceito de bem jurídico e suas peculiaridades enquanto objeto de tutela penal.

De qualquer modo, resta patente que a noção de bem jurídico decorre das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida que, "enquanto dados sociais e historicamente vinculados à experiência humana, têm uma objetividade e uma universalidade que possibilitam sua generalização, através da discussão racional e o consenso, e sua concreção em postulados axiológico-materiais".[99]

II.2.1. Bem jurídico e objeto da conduta: delimitação conceitual

Apesar de a noção de bem jurídico não se confundir com a de objeto da ação, nem sempre é fácil detectar o que distingue tais conceitos.

A matéria ganha especial relevância, porque todo delito deve lesar ou pôr em perigo de lesão determinado bem jurídico (princípio da ofensividade ou da exclusiva proteção de bem jurídico).

Também, as implicações do tema se ampliam por ocasião do exame da matéria, envolvendo delitos de lesão e de perigo, de um lado, e de mera atividade e de resultado material, de outro.

Para a mais cabal intelecção do objeto[100] da conduta (ou simplesmente ação), duas linhas de pensamento merecem destaque: a primeira, com origem em Von Liszt, pela qual o objeto da ação ou material é uma entidade pertencente ao mundo biofísico, ao mundo naturalístico, enquanto a noção de bem jurídico pertence ao mundo normativo.

Essa concepção puramente *física* do objeto da ação contraria a própria realidade normativa que prevê como seu objeto entes não sensoriais e não circunscritos a uma dimensão espacial.[101] Já a segunda postura considera o aspecto normativo do objeto material: o objeto da conduta (ou do fato) é o referido pela ação típica, enquanto o bem jurídico é obtido por via interpretativa, referente à função de tutela da norma penal.

Nessa nova perspectiva, a distinção não consiste no fato de os dois conceitos pertencerem a mundos diversos (empírico e normativo).[102]

Ao contrário, ambos os conceitos pertencem tanto ao mundo da norma como ao da realidade (ou da experiência), sendo que a distinção entre eles reside na diversa função exercida.

O objeto da conduta exaure seu papel no plano *estrutural*; do tipo, e é elemento do fato. Já o bem jurídico se evidencia no plano *axiológico,* isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal. Não são conceitos absolutamente independentes um do outro, mas que se inter-relacionam, numa mútua imbricação.[103]

Melhor explicando: objeto da ação vem a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. Trata-se do objeto real (da experiência) atingido diretamente pelo atuar do agente. É a concreta realidade empírica a que se refere a conduta típica. Essa realidade – passível de apreensão sensorial – pode ser corpórea (*v.g.*, pessoa ou coisa) ou incorpórea (*v.g.*, honra).

Em outros termos, o objeto material ou da ação é formado "pelo ser animado ou inanimado – pessoa ou coisa (animal) – sobre o qual se realiza o movimento corporal do autor que pratica uma conduta típica no círculo dos delitos a cuja descrição pertence um resultado tangível.

Tem sido afirmado, com acerto, que, enquanto o conceito de objeto da ação pertence substancialmente à consideração naturalista da realidade, o de bem jurídico, ao contrário, corresponde, em essência, à consideração valorativa sintética".[104]

Isso significa que o objeto material pode ou não coincidir com o bem jurídico (ou vice-versa). Manifesta-se o primeiro caso na forma corpórea (*v.g.*, a coisa alheia subtraída, no delito de furto) ou incorpórea (*v.g.*, a honra atingida, no delito de injúria). De acordo com a construção típica, o delito pode ter ou não um objeto da ação (exemplo desta última hipótese é o delito de mera atividade).

Trata-se, assim, de uma exigência decorrente da *estrutura* do próprio tipo de injusto objetivo. Não é, portanto, uma característica comum a qualquer delito, pois só tem relevância quando a consumação depende de uma alteração da realidade fática ou do mundo exterior.

Em termos conceituais, o bem jurídico[105] vem a ser um ente (dado ou valor social, entidade dotada de valor),[106] material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explicita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível,[107] e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

Convém alertar que a noção de bem jurídico, além de ter caráter dinâmico, não pode ser confundida com a *ratio* da norma, vale dizer, com o fim ou objetivo

perseguido pelo legislador com a incriminação. A finalidade da norma não compõe o delito nem se identifica com um objeto específico a ela preexistente, mas sim constitui um juízo de valor de oportunidade política criminal.[108]

Segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso (de conformidade) com o *quadro axiológico* vazado na Constituição (princípios e valores), ou com a noção de Estado democrático e social de Direito (Estado Constitucional).

Daí apresentar-se como uma postura constitucional estrita, ainda que matizada ou relativa, visto que se apresenta certo modo um pouco mais aberta ou ampla do que aquela fundada apenas e concretamente no texto constitucional.

Nessa linha de pensamento, convém evidenciar-se que o bem jurídico não se identifica *exatamente* com seu substrato: revela algo mais que sua base, visto ser resultado de um juízo positivo de valor sobre algo, que se lhe encarna, e acaba por dar-lhe um conteúdo ímpar de cunho empírico-valorativo.

É sempre portador de um sentido, de algo valioso para o ordenamento jurídico, sendo expressão de uma relação empírico-axiológica.[109] Além disso, pode ter um objeto ideal como substrato de um significado, sentido ou valor jurídico (*v.g.*, depoimento da testemunha).

A propósito, explicita-se que o "reconhecimento da existência de bens culturais dotados de *suporte ideal* – além dos de suportes de ordem *física ou psíquica* – parece-nos essencial à compreensão daquelas formas de vida que só se realizam e se aperfeiçoam quando atingem o plano da *normatividade,* como é o caso da experiência jurídica, impensável sem *regras de direito,* isto é, sem enlaces lógicos servindo de suportes a valores ou sentidos de comportamento social reputados necessários à comunidade".[110]

Como juízo positivo de valor sobre um ente, dado ou realidade, de caráter social, pode ter o bem jurídico um componente ideal. O citado juízo supõe integrar esse ente no contexto de uma determinada ordenação axiológica das realidades sociais. Estas últimas formam o suporte do bem jurídico, que, no caso específico do bem jurídico de um preceito incriminador, sofre um processo de abstração ou

generalização que o desvincula de suas concretas formas de manifestação[111] (*v.g.*, no delito de furto, o bem jurídico – "propriedade" – não faz referência à propriedade *X*).

Impõe reconhecer então que nem todo bem jurídico tem um suporte corpóreo ou material que possa ser equiparado ao objeto da ação ou do fato.[112] Quando o bem jurídico se apresenta como valor (objetivado), ainda que conectado com a realidade social, o objeto da ação pode ser incorpóreo. A conduta delitiva pode recair também sobre um objeto que não seja exatamente o seu suporte material. Vale dizer: o substrato do bem jurídico *não* coincide com o objeto sobre o qual é produzido o resultado (objeto da ação ou do fato). Daí a diferenciação entre bem jurídico, objeto material do bem jurídico e objeto da ação.[113] Isso pode dar lugar – salienta-se – à falsa ideia de que um delito de lesão ao bem jurídico se configura tão somente como um delito de perigo em relação ao objeto da ação.

Na verdade, o que se verifica é que nesses delitos a estrutura de perigo não se refere ao objeto material em que se personifica o bem jurídico, mas sim a um objeto da ação que pode constituir o substrato material de outro bem jurídico a cuja proteção ou complementação serve o bem jurídico lesado (em geral, bem jurídico metaindividual), ou que não é sequer objeto material de nenhum bem jurídico.[114]

Seu substrato,[115] então, pode ser algo *material* (dotado de um significado), *ideal,* ou pode mesmo não o apresentar de forma aparente. Assim, por exemplo, no delito de homicídio (art. 121, CP), o bem jurídico protegido é a vida humana independente enquanto estado *valioso;* seu substrato é a vida humana como realidade social preexistente, que se manifesta em processos existenciais individuais, e o objeto da ação é a vida como organismo biológico [*Y*].

Na análise dessa intrincada matéria, convém advertir que "a distinção entre suporte e significado não tem valor absoluto. Assim como em plano correlato o que é *formal,* em um sentido, pode ser *material* em outro, também o que já é *significado* pode por sua vez ser veículo de significações diversas". Dessa forma, por exemplo, a norma jurídica tem caráter lógico-formal e axiológico. Essa diferenciação entre o *"suporte lógico-formal* da regra jurídica e o seu *significado estimativo* não nos deve fazer olvidar que, nessa espécie de bens, suporte e significado devem compor em

complementaridade necessária, em uma adequação rigorosa".[116]

Ressalte-se, ainda, que a palavra "resultado" pode dar lugar a alguma dificuldade. Em geral, designa-se o resultado *típico* (real, material ou natural) como efeito exterior ínsito na estrutura típica, isto é, lesão ou perigo de lesão do objeto da ação, e não necessariamente do bem jurídico. Disso se extrai que há delito sem resultado (sem menoscabo do objeto da ação), mas que nem por isso deixa de lesar ou pôr em perigo determinado bem jurídico (*v.g.*, delito de mera atividade).

Então, a lesão ao bem jurídico diz respeito à relação entre a ação típica e o valor protegido pela norma penal, que pode encarnar-se ou não no objeto da ação.[117]

Destarte, pode-se mencionar um resultado que opera no âmbito do injusto, quer dizer, resultado *axiológico* (juridicamente valorado), que deflui da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Neste último sentido, quer significar *desvalor* do resultado, formando, juntamente com o *desvalor* da conduta, o injusto penal (concepção dualista).[118]

Outra questão que merece ser referida é a importante distinção entre bem jurídico e função, visto que, como assinalado, a norma penal deve tão somente proteger bens jurídicos, e não meras funções (motivos ou razões da tutela).[119]

Desse modo, considerada a ordem jurídico-penal sob o pressuposto de garantia, "a incriminação de uma conduta só deve ter por objeto jurídico o que possa decorrer de um ente real estável – a pessoa humana – e não de uma função, sendo inválidas as normas que assim o tratem. A distinção entre função e bem jurídico é, pois, essencial a um direito penal democrático".[120]

Todavia, essa tarefa de diferenciação conceitual nem sempre resulta fácil, sobretudo em certos setores, tais como econômico, fiscal, ambiental e urbanístico em que o objeto específico de proteção está muitas vezes envolto em um entrançamento complexo.

Isso não quer dizer negar a atribuição de certa *função* à lei penal – *marco de referência* –, que é elaborada para ser aplicada e ter eficácia no tecido social.

A palavra "função" aparece nos mais diversos campos do conhecimento, designando em termos gerais o papel peculiar e característico desempenhado por um

órgão no conjunto (que pode ser mecânico, fisiológico, físico ou social) cujas partes sejam interdependentes.[121]

Desde a Antiguidade, esse termo vem sendo objeto de inúmeros conceitos: é tido como a operação própria da coisa, em Platão (*v.g.*, a função dos olhos é ver); operação inerente ao homem como ser racional, em Aristóteles; ou "unidade do ato de ordenar várias representações sob uma representação comum", no pensamento de Kant.

No sentido matemático, a noção de função não se desenvolve até os séculos XVII-XVIII, se bem que os escolásticos, bem como antes deles Aristóteles, conheciam a ideia de dependência funcional.[122]

Nas ciências biológicas, função é "a operação por meio da qual uma parte ou um processo do organismo contribui à conservação do organismo total", e, em sociologia, foi definida por Durkheim como sendo "a correspondência entre uma instituição e as necessidades de um organismo social, isto é, como a atividade pela qual uma instituição contribui à conservação do organismo".[123] *Função* é, assim, entendida como ação dirigida a um fim e com capacidade de realizá-lo (sentido de *operação*). Aparece também conceituada como *relação*, no campo da matemática e da lógica (*função* proposicional).[124] Neste último sentido, por exemplo, constitui uma relação que associa membros de uma classe *X* com um certo membro *y* de outra classe *Y*. Como relação, pode ser definida como um conjunto de pares ordenados <x. y>, em que x é um membro de X e y de Y.[125] Diz respeito à dependência em que se encontra uma quantidade, cujo valor é determinado pelo que se pode outorgar a outra, ou simplesmente correspondência entre conjuntos. Diz-se, portanto, de uma relação entre quantidades denominadas "valor da função" e "argumento da função".[126]

Nas ciências econômicas, uma relação é qualificada como funcional quando traz a noção de um ajuste entre quantidades universais, que pode ser expresso por funções no sentido matemático (*v.g.*, relação entre preço e oferta/demanda). Noutro dizer, *função* significa uma ação necessária para se exercerem os fenômenos vitais, ou uma relação de dependência lógica, de interdependência entre os entes.

Fica evidenciado que a função em si (*v.g.*, função de controle de tráfego viário,

gestão ou controle ambiental, tributária)[127] não tem nenhum conteúdo ou sentido próprio, não constitui algo real e independente. É uma operação ou relação axiologicamente neutra, correspondente a alguma coisa (a um elemento qualquer).

Não se confunde, portanto, com a ideia de bem jurídico, já analisada, como entidade dotada de substância *real* e *peculiar,* valorada e adstrita ao homem como ser social. Assinala-se, corretamente, que o bem jurídico não é apenas objeto de referência, mas também de preferência,[128] visto que neste último aspecto consubstancia um *valor,* um *sentido.*

Em termos fenomenológicos, pode-se dizer que o bem jurídico--penal, enquanto objeto cultural (*ser* real não sensível), *é* e *existe*, ao passo que a *função*, como objeto ideal objetivo, não *é* e não *existe*

Nessa linha de pensar, assevera-se também, com razão, que não se pode acolher a tese de que a função tributária é o bem jurídico protegido no Direito Penal Tributário, por sua incapacidade de cumprir a função de garantia que se atribui ao bem jurídico; ou, de outra forma, "em sua capacidade de pôr em perigo dita função de garantia", o que pode levar ao esvaziamento do sentido real da proteção jurídica, e converter os tipos penais em pura infração de dever.[129]

Deve, pois, a função operar no campo penal tão somente como *marco de referência*, sob pena de incorrer-se na erosão das demarcações obtidas através do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos como pauta mínima exigida para a ingerência penal. Nada mais.

II.3 FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

Entre as inúmeras funções atribuídas ao conceito de bem jurídico[130], cumpre referir a algumas, tidas como as mais relevantes:

1. *Função dogmática*: é função, por assim dizer, doutrinária de reconhecimento do sistema penal vigente. Consiste ela na valorização do papel central que ocupa o bem jurídico na formação do delito, e sua consideração de modo prevalentemente objetivo.
2. *Função de garantia ou de limitação ao direito de punir do Estado*: o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal. Em relação a essa função, alude-se que o legislador é formalmente livre de penalizar ou não uma conduta, mas não substancialmente é árbitro da

sua escolha.[131]

O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado democrático e social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos. Tal função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais.[132]

3. *Função teleológica ou interpretativa*: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condicion seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico. Implica em buscar a compreensão do significado do tipo legal abstratamente previsto.

Tem-se que o bem jurídico constitui "o núcleo da norma e do tipo. Todo delito ameaça um bem jurídico (...). Não é possível interpretar nem, portanto, conhecer a lei penal sem lançar mão da ideia de bem jurídico".[133]

Assim, o bem jurídico "é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos e, portanto, um importante instrumento de interpretação".[134]

4. *Função de orientação político-criminal*: opera numa perspectiva metajurídica que utiliza o conceito de bem jurídico como parâmetro de critérios orientadores no plano da política criminal. O conceito de bem jurídico opera como critério de legitimação da norma penal, de matiz político liberal e democrático;
5. *Função individualizadora*: como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico. Essa função não deixa de ser também função de garantia, consistente em reconstruir a concreta ofensa a um interesse merecedor de tutela, legitimando assim a incriminação de uma conduta na perspectiva de um Direito Penal do fato[135];
6. *Função sistemática ou classificatória*: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos tipos da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente.[136] Na medida em que o bem jurídico se situa no ponto central dos diferentes tipos penais da parte especial do Código e sendo uma exigência para o legislador orientar sua atividade na proteção de bens jurídicos, vem a ser "um dos pontos de vista (...) para conceber o núcleo material dos injustos, comum a todo comportamento ilícito".[137] Em suma: essa função aparece como guia ao reagrupamento dos delitos em uma ordem legal representativa de uma hierarquia de valores.[138]

Em suma, a função *limitadora* opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a *teleológico-sistemática* busca reduzir a seus devidos limites a matéria

de proibição e a *individualizadora* diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico.

II.4 TEORIAS SOCIOLÓGICAS

O perpassar evolutivo da noção de bem jurídico continua com grande número de contribuições das mais variadas facetas, algumas de caráter negativo,[139] até o aparecimento das concepções modernas, principalmente as sociológicas (funcionalistas sistêmicas e interacionistas simbólicas) e as constitucionais.[140]

Dentre as primeiras podem ser mencionadas as de K. Amelung, G. Jakobs, H Otto, J. Habermas, W. Hassemer, R. P. Calliess, Mir Puig, Gomez Benitez, Muño Conde, Bustos Ramírez, Hormazabal Malaree, entre outros.

Nessa perspectiva, em apertada síntese, Amelung entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social.

A legitimação substancial da referida noção encontra-se para Jakobs na vigência da norma enquanto objeto da tutela. Este último autor, nas pegadas de Luhmann[141], afirma que a missão do Direito Penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas indispensáveis ao funcionamento do sistema social. Tem a função de estabilizar a ordem social por meio da imputação de condutas. O delito, como transgressão da norma penal, significa oposição à prescrição normativa que se vê contrariada pela sanção, que impõe ou restabelece a obediência ao Direito.[142]

A doutrina sociológica funcionalista, originada com a obra de Durkheim, desenvolveu-se, especialmente, com Parson, Merton e Luhmann.

Melhor explicando: 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. É de notar que para essa espécie de filosofia social "poderia valer a máxima construída por analogia com a célebre máxima hegeliana: todo o funcional é real e todo o real é funcional. O funcionalista não conhece funções negativas: conhece somente disfunções (...), isto é, defeitos que

podem ser corrigidos no âmbito do sistema, enquanto a função negativa requer a mudança do sistema. Ademais, em uma concepção em que as diferentes partes de um sistema social são consideradas em razão do todo, o Direito tem não só uma função positiva, mas uma função positiva primária no tempo em que é o instrumento de conservação por excelência, é o subsistema de que depende em última instância a integração do sistema, a última barreira além da qual está a inevitável desintegração do sistema". [143]

Também, assim, apresenta-se a concepção de Teubner, para o qual "o Direito constitui um sistema autopoiético de segundo grau, autono-mizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoiético de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo".[144]

O sistema funcionalista-sistêmico utiliza-se da hipótese autopoiética para "explicar a evolução das sociedades modernas desenvolvidas na base de um fenômeno de diferenciação funcional".[145] E se assinala que "um sistema autopoiético constitui um sistema autorreferencial no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma sequência de interacção circular e fechada"[146].

Nessa perspectiva, e citando Luhmann, afirma-se que "o sistema jurídico tornou-se num subsistema social funcionalmente diferenciado graças ao desenvolvimento de um código binário próprio ('legal/ilegal'): é esse código que, operando como centro de gravidade de uma rede circular e fechada de operações sistêmicas, assegura justamente a originária autorreprodução recursiva dos seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais (...)".[147]

A propósito de tal corrente, exprime-se, de forma clara e objetiva, que "para a teoria sistêmico-funcional, o *bem jurídico* define-se e reduz-se às imprescindíveis *condições-possibilidades de participação no diálogo* (interacção) *social*, condições possibilitadoras da integração no respectivo subsistema garantindo, desse modo, a funcionalidade do sistema social. Correlativamente, o *delito* reconhece-se como 'facto socialmente danoso', como '*violação das expectativas'* dos destinatários das

normas penais (que, precisamente, têm por função tutelar as condições 'mínimas' das interacção social). Para essa concepção, portanto, o *bem jurídico 'esvazia-se de toda a dimensão axiológica*, e o crime é indiferente a qualquer valoração ético-jurídica, esgotando-se somente, na inadequação do facto à eficiente funcionalidade do sistema (*noção sociológico-funcional).* A convivência social só é possível quando cada um puder contar (expectativa) fundadamente (confiança) com determinado comportamento (reação) por parte do outro destinatário da norma penal (interacção social). Ora, a preservação desta indispensável confiança na norma (Normvertrauen) exige que a cada violação das expectativas (protegidas pela respectiva norma penal) corresponda uma sanção que restabeleça e reforce o sentimento da eficaz vigência da norma. Em conclusão, a *pena* (a punibilidade de um facto) não tem o seu fundamento na ilicitude da conduta *in se* nem na culpa ético-pessoal do infractor, mas, pelo contrário, fundamenta-se na 'danosidade social do facto' (violador da norma enquanto padrão regulador do contacto social) e tem por *função restabelecer a confiança no direito* (*Rechtstreue* – prevenção geral positiva de integração), i. é, garantir, em última análise, a funcionalidade do sistema social."[148]

Então, o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral. E o delito vem a ser um comportamento disfuncional, quer dizer, um obstáculo ao funcionamento do sistema social. O Direito Penal objetiva proteger o aludido funcionamento, diante de um fato socialmente danoso. Ora bem, essa teoria "representa uma descrição asséptica e tecnocrática do modo de funcionar do sistema, mas não uma valoração, e muito menos uma crítica do mesmo".[149]

Nesses termos, ocorre, na verdade, uma erosão total do conteúdo liberal do bem jurídico, o que dificulta a limitação do *jus puniendi* estatal, função atribuída àquele. Trata-se de uma construção formalista, vazia de conteúdo, que pode ser incompatível com os postulados do Estado democrático e social de Direito.

Como bem se adverte, "o ponto de vista sociológico pode prescindir olimpicamente do indivíduo e seus bens com vistas ao funcionamento do sistema social. O conceito de Direito resultante é um artefato de tecnologia social que olha à sociedade como um todo. Os autores que simpatizam com as teorias funcionais da

pena reconhecem que estas não consideram ao indivíduo, porque são construídas 'desde a perspectiva da ordem social como realidade emergente diversa dos sujeitos que nela vivem'. Em outras palavras, desde uma sociedade sem pessoas e um Direito sem bens jurídicos".[150]

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

Para Hassemer, o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos social e cultural. Formula-se uma doutrina realista do bem jurídico, ancorada em diretrizes político-criminais de ordem racional (política criminal funcionalisticamente racional).

As teorias sociológicas são por ele classificadas conforme cumpram uma função crítica ou sistemática. As primeiras situam a noção do bem jurídico além do Direito Penal, transcendem o sistema. De outro lado, as sistemáticas reduzem-no a uma criação do legislador e são, por isso, imanentes ao sistema.

Calliess insere o conceito de bem jurídico dentro de uma estrutura social de interação, vinculada ao Estado de Direito democrático. De modo similar, ainda que adotando a ideia de danosidade social, posiciona-se Mir Puig. O Direito Penal deve proteger os sistemas sociais, enquanto garantia do indivíduo. O que interessa aqui é a dimensão social do bem jurídico – necessidade social/possibilidade de participação no sistema social. No entanto, convém frisar que este último autor não considera o aspecto funcional em si, desconectado dos objetos concretos próprios do conceito de bem jurídico. Importa o peculiar conteúdo atribuído à palavra "funcional": aponta para o sentido (*funcional*) da análise em que aqueles objetos merecem proteção como bens jurídicos.[151]

De seu turno, Gomez Benítez reputa útil o conceito social de bem jurídico, desde que submetido a certas correções, tais como o conteúdo social do conceito (expressão direta de funcionalidade) e o dano social identificado com a necessidade de

prevenção geral de penar.[152]

Destarte, há de se apontar que essa corrente não alcança o caráter específico do Direito, talvez em razão da complexidade do fenômeno jurídico. Como bem se esclarece, "a análise estrutural, atenta às modificações da estrutura, e a análise funcional, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e proceder paralelamente, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, nem esta, como poderia ocorrer em uma inversão total das perspectivas a que tão especialmente favoráveis são as vogas, as modas, o gosto do novo pelo novo, eclipse a primeira".[153]

Como se ressalta, as posturas sociológicas-funcionalistas, "como método de explicação teleológica, não satisfazem as condições necessárias para se compreender as origens de qualquer instituição, e tão só as reconhece como essência do sistema (...)".[154]

A aceitação doutrinária dessas construções "mostra uma vez mais a incapacidade de delimitar o *ius puniendi* estatal através da substituição do conceito de bem jurídico que não permite nenhuma restrição do poder de atuação estatal, além de facilitar o aprofundamento na consciência social do valor moral, mediante a interiorização coletiva da fidelidade normativa ao esquema de reprodução dos valores vigentes. Ao mesmo tempo, reflete a decadência de um dos princípios políticos chaves do liberalismo moderno, a separação entre Direito e Moral, já que a ideia consistente em que o Direito, e em particular o Direito Penal não deve impor determinada moralidade, é basicamente destruída por uma tese como esta, que conduz, como afirma Ferrajoli, a 'naturalizar o direito positivo e a obviar integralmente o problema filosófico-político de sua justificação externa e de seus limites e funções. Não é uma cultura jurídica acriticamente contemplativa, já que quando não teoriza sobre o dever moral de obediência ou fidelidade ao Estado, se expressa de maneira conservadora de legalismo ético, quer dizer na adesão moral e política a todos os valores e interesses protegidos pelo Direito positivo, ou na maioria dos casos em uma espécie de constitucionalismo ético consistente na sacralização de valores constitucionais absolutizados e interiorizados como específica ideologia jurídica

progressista".[155]

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, especialmente funcionalista sistêmico – prescindindo de qualquer juízo normativo – altamente nefasto.[156]

Em verdade e no mínimo, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona a conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, por que certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos, e não outros.

Então, percebe-se que o legislador ordinário não fica jungido a nenhuma espécie de vínculo por ocasião da escolha dos tipos incriminadores e de suas respectivas sanções, e também não se vislumbra nenhuma possibilidade de impedir ou, ao menos, dificultar o arbítrio do intérprete na busca dos específicos objetos de tutela.[157]

---

1 Cf. CEREZO MIR, J*Curso de Derecho Penal español*. P. G.,1, p. 77.

2 Com detalhes, PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, 2. ed., 2017, I, p 57 e ss.

3 VON LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal,* t. 2, p. 19. As etapas da evolução da justiça punitiva podem ser assim resumidas: "a) Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo Poder de Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua" (Cf. JIMENEZ DEASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal,* t. 1, p. 245).

4 Cf. RUDOLPHI, H. J. Op. cit*.,* p. 154, que faz menção à advertência de Hommel de q não se deve confundir crime e pecado: "Sünden, Verbrechen und verächtliche Handlungen nicht untereinander (su) werfen".

5 PRADO, L. R. Op. cit*.,* p. 72.

6 Cf. POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 96-97; GONZALEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 10·

11. Ainda, ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 31 e ss.; JIMENEZ DE ASÚA, L. Op. cit., 3, p. 103; ZAFFARONI, E. *Tratado de Derecho Penal*, 3, p. 247.

7 Cf. MAURACH-ZIPF, R. *Strafrecht*, t. 1, p. 252; HORMAZABAL MALAREE, H. Op. cit., p. 17-18.

8 VON FEUERBACH, A. *Tratado de Derecho Penal*, p. 64.

9 Ibidem, p. 65 e ss.

10 CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal*, I, p. 51.

11 ORTOLAN, J. *Élements de Droit Penal,* t. I, p. 244 e ss.

12 GONZALEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 13. Vide, ainda, MANTOVANI, F. *Diritto Penale,* p. 192; JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal.* P. G 1, p. 9 e ss.

13 Em defesa da posição liberal do autor, assinala-se que: "Si él cuestiona la doctrina que divisa en el delito una lesión de derechos subjetivos, no es porque abjure de la legalidad penal, del principio de intervención mínima, de la posición central de la persona en el problema punitivo, de la subordinación del legislador a exigencias racionales llegado el instante de prescribir castigos. Ni por asomo! Birnbaum recusa el pretenso derecho estatal a la obediencia, uno delos tantos defectos del manejo de las faltas en el sistema feuerbachiano, la noción de peligrosidad común como fundamento de los crímenes – de cuya mano 'pudiera triunfar la consideración que pretendería que los hombres existen sólo para la perduración del Estado, en lugar de asumir este último necesariamente los intereses de los primeros y a causa de ellos' – y que pueda 'depender de la arbitrariedad del legislador aquello que éste querría castigar como delito'"(GUZMÁN DÁLBORA, J. L. Estúdio preliminar à obra *Sobre la necesidad de una lesíon de derechos para el concepto de delito,* de Birnbaum, p. 17).

14 Cf. OTTO, H. Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand. *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik,* p. 4; RUDOLPHI, H. J. Op. cit., p. 248; MAURACH-ZIPF, R. Op. cit., p. 252.

15 POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 101 (citando Amelung).

16 "Supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído" (HORMAZABAL MALAREE, H. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho,* p. 27).

17 Cf. FERREIRA DA CUNHA, M. da C. *Ċonstituição e crime,* p. 45 (citando Amelung).

18 Sobre a doutrina positivista, vide BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*, p. 15 e ss.; RENAUT, A. Les positivismes et le droit: du positivisme philosophique au positivisme juridique. *Ċahiers de philosophie politique et juridique*, p. 11 e ss. Expõe-se que o positivismo encabeçou diretrizes metodológicas diversas, representadas por Binding e von Liszt, e formalmente opostas, mas que por fim acabariam por coincidir no reconhecimento do direito de ordenar e de prestar obediência (HORMAZABAL MALAREE, H. Op. cit., p. 37).

19 A respeito, sublinha-se o chamado "'paradoxo hobbesiano'. Hobbes parte da lei natural, e chega à construção de uma sólida concepção positiva de estado', e é por conseguinte jusnaturalista 'de fato', mas juspositivista de 'direito'" (FERRAJOLI, L. *Derecho y razón,* p. 226).

20 WELZEL, H*Ėstúdios de filosofia del Derecho y Derecho Penal,* p. 190-193.

21 Ibidem, p. 194 e ss.

22 O contributo de Binding é infravalorado – de modo equivocado – por Guzmán Dalbora, quando diz que o bem jurídico perde, com Binding, "sus contornos transcendentes para el sistema penal" (Op. cit., p. 25). Aliás, e a propósito, calham as palabras de Amelung: "La historia continua con una minusvaloración de las aportaciones del positivista Binding, que recoge de Birnbaum poco más que la palavra 'bien', pero es, por lo demás, el primer autor que atribuye al concepto de bien jurídico las funciones que aquí se han mencionado y que hoy en día resultan imprescindibles para el manejo del Derecho Penal positivo" (AMELUNG, K. El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico,* p. 234).

23 Cf. FIANDACA, G.; MUSCO, E *Diritto Penale*, p. 24.

24 KAUFMANN, A. *Teoria de las normas,* p. 14.

25 Cf. ANGIONI, F. *Ċontenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 76 e ss.

26 POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 108. A capacidade de lesão aparece como uma característica do conceito de bem jurídico.

27 Cf. ANGIONI, F. Op. cit., p. 76.

28 Ibidem, p. 76.

29 Cf. HORMAZABAL MALAREE, H. Op. cit., p. 41.

30 FERREIRA DA CUNHA, M. da C. Op. cit., p. 61. Para ele, "'o Direito só considera as pessoas, coisas e objetos enquanto partes da vida da comunidade jurídica. Tudo

aquilo a que adscreve um valor jurídico só o tem para o todo. O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade, por mais individual que ele possa aparentemente ser'"(Ibidem, p. 57).

31 ROCCO, A. *Ėl objeto del delito y de la tutela jurídica penal,* p. 462.

32 Ibidem, p. 544-545.

33 Ibidem, p. 574-575.

34 Ibidem, p. 584-585.

35 MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, p. 205. Também, ANTOLISEI, F. Il problema del ber giuridico. *Rivista Italiana di Diritto Penale,* XVII, 1939, p. 11.

36 A ideia de fim preside a toda construção lisztiana, vide VON LISZT, F. *La teoria dello scopo nel Diritto Penale*, p. 5 e ss.

37 VON LISZT, F. Op. cit., p. 6 e ss. Dessa maneira, os chamados *interesses vitais* contidos na noção de bem jurídico não são produtos da ordem jurídica, mas da experiência humana, como condição de vida da sociedade – um conteúdo substancial (RUDOLPHI, H. J. Op. cit., p. 155-156).

38 A política criminal vem a ser um compêndio sistemático de princípios conforme os quais o Estado leva adiante a luta contra o delito (VON LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal,* t. I, p. 7).

39 VON LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal,* II, p. 6.

40 Conceito liberal de bem jurídico tem um conteúdo material (ainda que de valor limitado) pertencente à política jurídica e não ao direito posto. É princípio e critério de interpretação e de crítica das normas penais, que objetivam combater ações socialmente prejudiciais. De seu lado, o conceito metodológico resulta do direito positivo, sendo puramente formal e destituído de conteúdo. H. Jäger aparece como um dos primeiros autores alemães a salientar a função liberal do conceito de bem jurídico, na década de 1950.

41 VON LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal,* II, p. 335-336.

42 DUFOUR, É. *Les néokantiens,* p. 7-12.

43 Ibidem, p. 13 e ss. As características do neokantismo, em geral, são assim destacadas: "1º. A negação da metafísica e a redução da filosofia a reflexão sobre a ciência, isto é, a teoria do conhecimento; 2º. A distinção entre o aspecto psicológico e o aspecto lógico-dedutivo do conhecimento, distinção em virtude da qual a validade de um conhecimento é completamente independente do modo pelo qual este é psicologicamente adquirido ou conservado; 3º. A tentativa de remontar

as estruturas da ciência, tanto da natureza como do espírito, às estruturas do sujeito que a tornariam possível" (ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*, p. 679).

44 LARENZ, K. *Metodologia da ciência do Direito*, p. 112.

45 GOMEZ BENITEZ, J. M. Sobre la teoría del bien jurídico. *Rev. da Fac. de Derecho a la Universidad Complutense de Madrid,* n. 69, s/d, p. 86.

46 Cf. MANTOVANI, F. *Diritto Penale,* p. 162; RUDOLPHI, H. J. Op. cit., p. 153-154.

47 Cf. POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 145-146.

48 JESCHECK, H-H. Op. cit., p. 351.

49 Cf. GONZALEZ RUS, J. J. Op. cit, p. 17.

50 WELZEL, H. El problema de la validez del Derecho. In: RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E WELZEL, H. *Derecho injusto y derecho nulo*, p. 91-92.

51 Cf. CUNHA LUNA, E. da. Bem jurídico. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito,* 10, p. 459.

52 Bem por isso, Hassemer e Muñoz Conde, ao aludirem à sua porosidade conceitual às suas diversas nominações, afirmam que "nem sempre refletem um conteúdo específico do objeto designado" (*Introducción a la criminologia y al Derecho Penal,* p. 111).

53 Cf. LAMPE, E. J. Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis. *Festschrij für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, p. 151 e ss.

54 WELZEL, H. *Derecho Penal alemán,* p. 15.

55 Ibidem, p. 15.

56 HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminologia y al Derecho Penal*, p. 102.

57 HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. Op. cit., p. 102.

58 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español,* I, p. 14. De modo similar, Lacru Lopez esclarece que o bem jurídico está "encarnado em um objeto material ou imaterial, pertencente à esfera físico-natural ou sociocultural, mas tendo sido criado e protegido pelo Direito, transcende o concreto objeto em que se substancia" (*Curso de Derecho Penal.* P. G., p. 8-9). Gracia Martín, de modo similar, afirma que "los bienes jurídicos son, en realidad, creaciones positivas de una regulación jurídica, y dado que las diversas regulaciones establecen límites a las posibilidades de actuación en los ámbitos de relación social en que los bienes están a disposición para posibilitar la realización de determinados fines

individuales y sociales (dominio social de la acción), no puede haber duda sobre que el sector jurídico en el que opera la regulación de que se trate otorga ya protección de un modo primario a los bienes jurídicos de su incumbencia. En la medida en que el Derecho crea y configura de una determinada manera objetos y valores de relación social (bienes jurídicos) para posibilitar encauzar las relaciones sociales de los hombres, y en la medida en que, a la vez, establece para la acción humana que usa y consume bienes jurídicos una disciplina orientada al aseguramiento de una convivencia social pacífica, las normas jurídicas tienen a los bienes jurídicos por objeto de protección" (*Fundamentos de dogmática penal,* p. 56).

59 Ibidem, p. 15.

60 Ibidem, p. 17.

61 Assim, GIL GIL, A. Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. e outros (ed.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo.* L-H al profesor doctor don José Cerezo Mir, p. 9 e ss.

62 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español,* I, p. 16.

63 MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho Penal*, p. 48.

64 BUSTOS RAMÍREZ, J*Control social y sistema penal,* p.191.

65 Ibidem, p. 191.

66 HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal,* p. 108.

67 Ibidem, p. 108.

68 Ibidem, p. 109.

69 HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie des Verbrechens,* p. 23 e ss.

70 ROMANO, M*Commentario sistemático del Codice Penale,* I, p. 261.

71 POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 34.

72 RUDOLPHI, H. J. Op. cit., p. 166.

73 RUDOLPHI, H. J. El fin del derecho penal del Estado y las normas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, B. *El sistema moderno del Derecho Penal,* p. 82.

74 BETTIOL, G

75 BATTAGLINI, G. *Direito Penal*. P. G., 1, p. 156-157.

76 ROXIN, C. *Problemas fundamentais de Direito Penal*, p. 27-28.

77 ROXIN, C. *Derecho Penal.* P. G., I, p. 56. Reconhece o autor que tal conceito antecede à consideração legislativa, mas não à Constituição.

78 Ibidem, p. 56

79 ZAFFARONI, R. Op. cit., p. 238.

80 BARBOSA CASTILLO, G.; GÓMEZ PAVAJEAU, C *Bien jurídico y derechos fundamentales,* p. 84.

81 Ibidem, p. 84.

82 NÁJERA GONZÁLEZ, X. *Importancia de la integración del bien jurídico,* p. 32.

83 Ibidem, p. 33.

84 BRUNO, A. Op. cit., p. 31.

85 TOLEDO, F de A. *Princípios básicos de Direito Penal,* p. 16.

86 FRAGOSO, H. C. Op. cit., p. 277-278. Assevera ainda Fragoso que não é o interesse protegido. "Objeto da tutela é o bem, não o interesse, mas nada impede que a este se refira o intérprete, pois se trata, tão somente, de um aspecto subjetivo ou de um juízo de valor sobre o bem como tal. Inaceitável é o conceito objetivo de interesse, pois este denota sempre uma atitude mental. Não é possível afirmar que existe um interesse, sem um juízo ou uma opinião sobre a capacidade ou idoneidade do bem para satisfazer uma necessidade. O bem jurídico não se confunde com o escopo da norma. Fim e objeto são categorias logicamente distintas, embora não haja escopo sem objeto" (Op. cit., p. 278-279).

87 MAGALHÃES NORONHA, E. Op. cit., p. 112. Mirabete apresenta conceito semelhante (Op. cit., p. 126). Basileu Garcia, com base em Rocco, afirma ser o bem jurídico "representado pela norma violada ou posta em perigo pela ação..." (Op. cit., p. 242).

88 CUNHA LUNA, E. Op. cit., p. 466.

89 GOMES, L. F. *Norma e bem jurídico no Direito Penal,* p. 110.

90 Ibidem, p. 111.

91 Ibidem, p. 111-112.

92 Ibidem, p. 117-118.

93 Ibidem, p. 130-131.

94 LEÃO, Y. C. *Bem jurídico-penal,* p. 136.

95 PASCHOAL, J. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo,* p. 147.

96 Ibidem, p. 48.

97 Ibidem, p. 48.

98 Ibidem, p. 148

99 PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, p. 182.

100 Em sede lógica, objeto é o sujeito de um juízo lógico. Ou, conforme a precisão de Oppenheim: objeto é o que pode ser considerado pela consciência do homem. Em termos normativos, objeto é o ente, apreensível pela consciência humana, referido axiologicamente pelo Direito positivo.

101 Cf. ANGIONI, F. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* p. 99 e ss.

102 Os planos do *ser e dever-ser* devem ser devidamente diferenciados, mas não necessariamente separados de modo estanque; são, na verdade, planos que se comunicam, que interagem e se articulam.

103 Ibidem, p. 100-102.

104 POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 38-39. Também, MAURACH-ZIPF. Op. cit., p. 255-256.

105 Em termos conceituais, o bem jurídico, frise-se (objeto, interesse, estado, situação ou valor), é forjado na experiência social, tido por sua importância ou significação para o homem e a comunidade como *valioso* pelo Direito positivo. É, fundamentalmente, um bem cultural, da realidade histórico-sociopolítica; compõe o mundo histórico-cultural do Direito, na lídima expressão de Miguel Reale (*Filosofia do Direito*, I, p. 202 e ss.).

106 *Valor* é produto do homem, configurado a partir de um discurso racional intersubjetivo baseado nas necessidades humanas. É uma projeção da consciência do homem para o mundo exterior, representa um modo de preferência consciente que parte de determinadas condições sociais e históricas e que, portanto, tem um fundamento empírico e não metafísico (PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, p. 182). Também, Bobbio entende o valor como resultado de uma abstração mental realizada a partir da experiência humana concreta. Hessen, em monografia, ressalta, com propriedade, a característica de sua referência a um sujeito: "valor é sempre valor para alguém. Valor – pode dizer-se – é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado com umas certas capas de a registar" (HESSEN, J. *Filosofia dos valores*, p. 47). Como se expõe, "o valor é sempre bipolar. A *bipolaridade* possível no mundo dos objetos ideais só é *essencial* nos valores, e isto bastaria para não serem confundidos com aqueles". Isso porque "a um valor se contrapõe

um desvalor". "Os valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo teleológico, ordenando meios a fins". "O Direito – segue o autor – tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, que se declaram negativos de valores: até certo ponto, poder-se-ia dizer que o Direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência. Se os valores são polares, cabe observar que eles também se *implicam reciprocamente*, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais. Há uma força expansiva e absorvente nos valores, visto como cada homem, que se dedica a um dado valor, é levado a querer impor aos outros os próprios esquemas de estimativa. O mundo da cultura é sempre um mundo *solidário*, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica de interesses, que é sempre um ideal a ser atingido". "Se as características de *polaridade* e de *implicação* se observam nos valores considerados em si mesmos, ou na relação de uns com os outros, é necessário lembrar que tal fato se deve à situação mesma dos valores perante a realidade. Todo *valor* contrapõe-se ao já *dado*, ou seja, ao que se apresenta como mero *fato* aqui e agora, como algo já realizado: o valor, em suma, contrapõe-se ao *fato*, não se reduz jamais ao fato. Ao mesmo tempo, porém, todo valor pressupõe um fato como condição de sua realizabilidade, embora sempre o transcenda"(REALE, M. *Introdução à filosofia*, p. 143-144 – grifado no original). Similar, RECASENS SICHES, L. *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 58 e ss.

107 Privilegia-se o desenvolvimento da condição humana livre e digna na sociedade, de suas potencialidades enquanto pessoa pelo prisma individual ou coletivo.

108 Cf. GAROFOLI, R. *Manuale di Diritto Penale,* p. 265.

109 Cf. MIR PUIG, S. El objeto del delito. *Nueva enc. juridica.,* t. XVII, p. 765 e ss.

110 REALE, M. *Filosofia do Direito,* I, p. 206.

111 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista *Revista Jueces para la Democracia*, 30, p. 17-18.

112 Assim, STRATENWERTH, G *Derecho Penal*, p. 78. Também, JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal*, p. 234. Em geral, são equivalentes (substrato material do bem jurídico e objeto da ação) quando o resultado delitivo consiste no efeito externo da ação típica incidente sobre o objeto (resultado material).

113 Ibidem, p. 78-79.

114 Cf. GRACIA MARTÍN, L. *La infracción de deberes contables y registrales*

tributários en Derecho Penal, p. 270-271.

115 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Op. cit., p. 18.

116 REALE, M. Op. cit., p. 204-205.

117 Cf. JESCHECK, H. Op. cit., p. 234-238.

118 Cf. PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro,* 2. ed., 2017, I, p. 351 e ss.

119 A razão ou o motivo da incriminação legal nada mais é do que o *objetivo* que se busca alcançar com a tutela penal, não sendo possível erigi-lo à condição de bem jurídico.

120 TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*, 2. ed., p. 212.

121 LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, I, p. 361.

122 Cf. FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*, t. II, p. 1.153 e ss.

123 ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia,* p. 450-452. *A* ideia de *funcionalidade* (*d funcional*) evoca quase sempre uma imagem organicista e uma metodologia de cunho teleológico.

124 Define Copi a função proposicional como uma expressão que contém uma variável individual e converte-se em uma proposição, quando a variável individual é substituída por uma constante individual (*Introdução à lógica*, p. 283). Na função proposicional os nomes são tomados como argumentos, e que têm como valor uma proposição. Equivale à relação. Para Russell, a função proposicional é aquela em que os valores são enunciados como proposições (*v.g., X é humano.* Essa proposição será falsa ou verdadeira, dependendo do valor atribuído a *X*) (vide FERRATER MORA, J. Op. cit., p. 1.154; BLACKBURN. Op. cit., p. 163).

125 Cf. BLACKBURN, S. *Dicionário Oxford de Filosofia*, p. 162.

126 Cf. FERRATER MORA, J. Op. cit., p. 1.154.

127 Assim, TAVARES, J. Op. cit., p. 209-212.

128 Ibidem, p. 205.

129 GRACIA MARTÍN, L. Op. cit., p. 68-69.

130 Enumeram-se ainda as funções do bem jurídico da forma seguinte: função de limite d o *ius puniendi* estatal; função de interpretação teleológica do tipo penal; classificação e hierarquização dos tipos nos Códigos e leis; função de referência material na definição do injusto; função de garantia; função de base filosófica do sistema penal; função de união entre política criminal, direito penal e criminologia (NÁJERA GONZÁLEZ, X. *Importancia de la integración del bien jurídico*, p. 31).

131 ROMANO, M. Op. cit., p. 265. (p. 264).

132 POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 240.

133 MAURACH-ZIPF. Op. cit., p. 256.

134 JESCHECK, H-H. Op. cit., p. 256.

135 GAROFOLI, R. Op. cit., p. 265.

136 Ibidem., p. 353.

137 RUDOLPHI, H. J. Op. cit., p. 151.

138 ROMANO, M. Op. cit., p. 264.

139 Especialmente a Escola de Kiel (*Kieler Schule*), que refutou, no primeiro momento o dogma do bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, para admiti-lo posteriormente, quando perdeu sua identidade e não passava de instrumento inócuo. Essa Escola – representada, principalmente, por F. Schaffstein e G. Dahm – sustentou o chamado Direito Penal da vontade (*Willensstrafrecht*) ou Direito Penal do autor (*Taterstrafrecht*), procurando construir uma base teórica para o Direito Penal do nacional-socialismo. Como nota característica desse direito autoritário, Antón Oneca, após tecer-lhe severas críticas, cita as frases seguintes de Schaffstein e Dahm: "o crime não é só fundamento, senão ocasião da pena; o Estado utiliza a pena para tornar visível aos olhos de todos o seu poder; na pena se manifesta simbolicamente a dignidade do Estado" (*Derecho Penal*, p. 67). No entanto, procura-se fazer pontual ressalva, afirmando que: "La opinión que se critica desconoce así mismo que em los años treinta también hubo partidarios del nacionalsocialismo que defendieron el dogma del bien jurídico, y no sólo aquellos que, como Schwinge, vaciaron la teoría del bien jurídico hasta su identificación con la interpretación teleológica, sino también otros, como Klee, que defendió el concepto de bien jurídico básicamente en la forma en que éste era entendido por Binding y Liszt" (AMELUNG, K. El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico*, p. 234).

140 As teorias constitucionais serão examinadas a seguir em item próprio.

141 Amplamente, LUHMANN, N. *Sistemi sociali,* p. 81 e ss.

142 Cf. JAKOBS, G. *Derecho Penal*, p. 44 e ss.

143 BOBBIO, N. *Ėl análisis funcional del Derecho:* tendencias y problemas, p. 272.

144 TEUBNER, G *O Direito como sistema autopoiético,* p. 53.

145 ENGRACIA ANTUNES, J. Prefácio à obra citada, p. XIII.

146 Ibidem, p. X-XI.

147 Ibidem, p. XIII-XIV.

148 TAIPA DE CARVALHO, A. A. *Condicionalidade sociocultural do Direito Penal,* p. 85-86.

149 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal y control social*. p. 26.

150 GUZMÁN DALBORA, J. L. Estúdio preliminar à obra *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito,* de Birnbaum, p.32.

151 MIR PUIG, S. Objeto del delito. *Nueva Enc. Jurídica,* t. XVII. p. 766.

152 HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal,* p. 36 e ss.; OTTO. Op. cit., p. 6 e ss.; HORMAZÁBAL MALAREE, H. Op. cit., p. 93 e ss., POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 252 e ss.; MAURACH-ZIPF. Op. cit., p. 253; MIR PUIG, S. *Derecho Penal*, p. 195; GOMEZ BENITEZ, J. M. Op. cit., p. 111; CUELLO, J. Presupuesto para una teoria del bien jurídico protegido en Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 466 e ss.; AROSO LINHARES, J. M. *Habermas e a universalidade do Direito,* p. 480 e ss.; FERREIRA DA CUNHA, M. da C. Op. cit., p. 97 e ss.

153 BOBBIO, N. *Ėl analisis funcional del Derecho:* tendencias y problemas, p. 286-287.

154 PORTILLA CONTRERAS, G. Princípio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. *ĊPC,* 39, 1989, p. 733.

155 Ibidem, p. 733-734.

156 Como bem enfatiza Palazzo, "un simile supino e totale appiattimento della politica criminale sulle dinamiche sociali, che constituirebbe un altro pericoloso frutto delle teorie funzionali nel diritto penale introdurrebbe fattori di condizionamento irrazionali ed elementi di antidemocraticità" (Op. cit., p. 462).

157 Cf. ANGIONI, F. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 138-139.

III

BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

III.1 TEORIAS CONSTITUCIONAIS

Na Alemanha, em especial, vicejaram as teorias sociológicas do bem jurídico que o situaram diretamente na realidade social, ressaltando a necessidade de uma vinculação maior do Direito Penal às demais ciências sociais.

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.

Para elas, o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais. Podem ser agrupadas em teorias de caráter geral ou amplo e de fundamento constitucional estrito. A divergência existente se encontra tão somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional.

Nas primeiras, 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, E. Musco, Octavio de Toledo, Pérez Álvarez, Vives Antón González Cussac, C. Roxin e H. J. Rudolphi – estas duas últimas revelando influência funcionalista.

Roxin parte da ideia de Constituição, mais especificamente, da noção moderna de Estado democrático e social de Direito. No campo penal, significa que seu objetivo só pode ser garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade. Em termos

reais, isso quer dizer que "em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece, numa palavra os chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar esses bens, punindo a sua violação em determinadas condições. No Estado moderno, junto a essa proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios de Direito Penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com essa 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".[1]

De modo similar, Rudolphi 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 ideia de justiça material. O bem jurídico, nesse contexto, é concebido como uma valiosa unidade de função social (unidade de função *viva*), indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar.[2]

Para tanto, a concretização do bem jurídico como um juízo de valor do ordenamento positivo deve levar em conta as 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 sua legitimação; é necessário, ainda, que só seja protegido diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo".[3]

De outro passo, as teorias constitucionais estritas, representadas, por exemplo, por F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J. J. Gonzalez Rus, F. J. Álvarez Garcia, L Arroyo Zapatero e E. Gregori, J.C. Carbonell Mateu, Barbosa Castillo e Góme Pavajeau (com base nos direitos fundamentais), Carneiro Leão, e, com matizes (caráter expresso, tácito ou, ao menos, de não incompatibilidade com a Constituição/Estado democrático e social de Direito), o autor deste estudo, orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou implícitas), 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.[4]

Para Bricola – o mais autorizado representante dessa corrente –, o bem jurídico decorre expressa ou implicitamente do texto constitucional, e o objeto de tutela penal é tão somente aquele que implica lesão de um valor constitucional.[5]

A respeito, e partindo da liberdade pessoal constitucionalmente prevista, sublinha o referido autor, *ipsis litteris*: "È indubbio che la Costituzione attribuisce un valore del tutto preminente ala libertà personale: la principale reprova di ciò è costituita dalla collocazione della norma que afferma l'inviolabilità dela libertà personale (art. 13) in apertura dela Parte I dela Costituzione (...). Ne consegue che la massima restrizione dela libertà personale, qual è quella che si opera in via effettiva o potenziale tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*. Per precisare tale concetto che è di vecchia acquisizione può affermarsi oggi, con una maggiore consapevolezza costituzionale, che la sanzione penale può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valores (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale. Ossia: l'illecito penale può concretarsi exclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante".[6]

Melhor explicando: assim, e para ele, "os critérios de determinação do ilícito

penal se derivariam do papel preferente outorgado à liberdade pessoal na norma fundamental italiana, cuja preeminência exigiria que sua privação só se produzisse quando se tratasse de atentados a bens a ela equiparáveis, ou pelo menos dotados de relevância constitucional. Não bastaria, por isso, com a simples incompatibilidade da Constituição e o bem a tutelar, sendo que será preciso que o mesmo se encontre entre os que expressa ou implicitamente nela estão previstos".[7]

Bricola explana que a infração penal pode lesar um valor privado de relevo constitucional, mas ligado a um valor constitucional numa relação de pressuposição necessária, de tal forma que a lesão do primeiro seja necessariamente e inequivocamente idônea a colocar em perigo o segundo.[8] Cita como exemplo a "segurança do tráfego".

González Rus segue essa posição "estrita", ao afirmar que "tão somente a partir de uma teoria constitucional estrita do tipo da elaborada por Bricola para o Direito italiano poderá delimitar-se suficientemente a área do ilícito penal".[9]

Para o autor acima mencionado, a partir da visão constitucional estrita do bem jurídico, depreendem-se algumas consequências para toda teoria do injusto penal: a. demarcação das margens penais de modo suficientemente preciso (limite relativo para a escolha de bens jurídicos); b. assim, são considerados os bens jurídicos reconhecidos expressa ou tacitamente pela Constituição, cuja tutela deve ser feita segundo seus termos; c. veda-se ao legislador a incriminação de condutas que se efetivem no exercício de um direito constitucional; d. critério de orientação à política criminal; e. critério tendencial para a despenalização dos delitos que tutelem bens de escassa relevância constitucional; f. determinação de futura incriminação; g. reputada a constitucionalidade da norma, obriga-se ao juiz sua adequação, nos limites da forma penal, aos valores constitucionais.[10]

Também, nessa perspectiva, destaca-se Carbonell Mateu, ao conceituar o Direito Penal como "a parte do ordenamento jurídico, reguladora do poder punitivo do Estado, que, para proteger valores e interesses com relevância constitucional, define como delitos determinadas condutas a cuja verificação associa como consequências jurídicas penas e/ou medidas de segurança", e destaca sua função como sendo

“proteger valores e interesses com relevância constitucional”.[11]

Já Barbosa Castillo e Gómez Pavajeau acolhem a teoria estrita do bem jurídico “soportada en los derechos fundamentales; por tanto, los princípios de proporcionalidade, subsidiariedade y fragmentariedade no se encuentran antes de la adopción de una teoria del bien jurídico, sino que emanan de ella. Sólo así se obtienen limites efectivos para el *ius puniendi*; lo contrario se constituye apenas en un catálogo de buenas intenciones dependiente de – igualmente – la buena voluntad del legislador”.[12]

Dolcini, E. e Marinucci, G., após aludirem à complexidade da matéria reconhecem que “(...) o relevo constitucional de um bem é índice seguro de sua importância e, portanto, de um dos dois pressupostos primordiais do recurso à pena: merecimento de tutela penal”.[13] E, por fim, concluem: “a Constituição, enquanto *lei fundamental* e expressão do *pacto social* que está na origem da República, vincula os poderes do Estado a actuar com vista a uma série de objetivos. Perante comportamentos que agridem os *bens constitucionais*, ao legislador cabe a *obrigação* de utilizar a arma da pena *se* e *enquanto* os *outros instrumentos* de controlo jurídico se revelem destinados ao *malogro.* As valorações discricionárias do legislador sobre a necessidade de tutela penal dos bens constitucionalmente relevantes representam, portanto, o elo de ligação entre o sistema dos bens constitucionais – de per se merecedores de tutela penal – e os bens penalmente protegidos”.[14]

No entanto, o agasalho de construção de ordem constitucional sobre o bem jurídico não implica desconsiderar o caráter dinâmico do bem jurídico, como, aliás, já alertava Welzel, haja vista que antes de ser jurídico, o bem constitui bem, dado, ente ou valor fundamental à vida humana.[15]

Segundo a concepção aqui acolhida, o bem jurídico protegido deve estar sempre em compasso (de conformidade) com o *quadro axiológico* vazado na Constituição (princípios e valores – chamado núcleo material constitucional), e a noção de Estado democrático e social de Direito (Estado Constitucional).

Daí apresentar-se como uma postura constitucional *estrita*, ainda que matizada, temperada ou relativa, sendo de certo modo, um pouco mais aberta ou ampla do que

aquela fundada apenas e concretamente no texto constitucional. Isso partindo-se da premissa de que a norma constitucional pode ser utilizada de várias maneiras no momento de impor limite ao legislador: de modo genérico, como marco de referência (concepção ampla), ou de modo específico, como disposição concreta da Constituição (concepção estrita).

Vincula-se à ordem de valores constitucionalmente relevante e inerente a essa especial modalidade de Estado e constitui o *paradigma* do legislador penal infraconstitucional.

A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal.

Desse modo – e reafirmando –, a concepção que se deve ter em conta na configuração do bem jurídico lastreia-se na experiência social, bem como na orientação constitucional – noção de Estado democrático e social de Direito. Ancora-se na realidade social em bases constitucionais, numa relação de complementaridade.

De conseguinte e na perspectiva de congruência que caracteriza a ideia, tem papel também complementar à noção de bem jurídico, o princípio constitucional da proporcionalidade como juízo de ponderação: que a pena cominada seja idônea a tutelar determinado bem jurídico diante da conduta lesiva.[16]

Com efeito, reconhece-se a existência de um limite *máximo negativo* imposto ao legislador ordinário no momento da escolha da lei penal, que se encontra nos valores constitucionalmente previstos. Trata-se de uma função *negativa* da Constituição em relação ao exercício do direito de punir estatal. Nesse sentido, mais do que ser portadora de uma função *positiva*, a Constituição exerce uma função *negativa* em relação ao bem jurídico-penal.

A virtualidade da Constituição nessa matéria não é tanto *positiva* ou de exigência de incriminação, mas sim *negativa* ou de exclusão de determinadas finalidades ou valores do elenco de bens jurídicos tuteláveis.[17]

III.2 BEM JURÍDICO E ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO

Em um *Estado democrático e social de Direito*, a tutela penal não pode vir

dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana.

O Estado de Direito[18] vem a ser aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.

Após distinguir limites dos poderes e limites das funções, assinala Bobbio que, "enquanto o Estado de Direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legibus solutus,* o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se, então, dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente. Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido ou refutado o abuso ou excesso de poder".[19]

Trata-se do Estado da cidadania, através do qual o indivíduo é feito cidadão,[20] a democracia se institucionaliza jurídico-politicamente e o sistema de valores é convertido em legalidade, base fundante da legitimidade democrática.[21]

A doutrina constitucional apresenta como requisitos do Estado de Direito: "a) a definição rigorosa e a garantia efectiva, no mínimo, dos direitos à vida e à integridade pessoal, da liberdade física e da segurança individual, da liberdade de consciência e religião, bem como da regra da igualdade jurídica entre as pessoas; b) a pluralidade de órgãos governativos, independentes ou interdependentes quanto à sua subsistência, e com funções distintas, competindo, nomeadamente, ao Parlamento o primado da função legislativa; c) a reserva da função jurisdicional aos tribunais, independentes e

dotados de garantias de independência dos juízes; d) o princípio da constitucionalidade, com fiscalização, de preferência jurisdicional, da conformidade das leis com a Constituição; e) o princípio da legalidade da Administração, com anulação contenciosa dos regulamentos e atos administrativos ilegais; f) a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos seus órgãos e agentes".[22] Ou ainda, de modo mais objetivo, são indicados como suas características: o império da lei, a divisão de poderes, a fiscalização da Administração e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais.[23]

O Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos, e por ela busca-se a limitação do poder político.

Essa ideia de liberdade plasma um *estado de espírito*: o homem como centro onipresente da esfera política.[24] Aqui, o humanismo jurídico, em sua preocupação de liberdade, implica referência ao homem como sujeito que dá sentido à sua existência, porque o ser verdadeiramente humano almeja ter domínio de si mesmo e autonomia.[25]

No Estado constitucional, se substitui a tradição pelo contrato social; a soberania do monarca pela soberania nacional; a razão do Estado pelas normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos; do exercício unilateral do poder, ao exercício compartilhado do poder, exercido pelos representantes da coletividade. Emergem, assim, as normas constitucionais, os direitos fundamentais e as leis como os lídimos instrumentos jurídicos.[26]

A passagem da noção de Estado de Direito à de Estado constitucional é o reflexo de uma tríplice mudança operada nos ordenamentos jurídicos: da primazia da lei à primazia da Constituição; da reserva de lei à reserva de Constituição e do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da Constituição.[27]

De modo enfático, sublinha-se: "A lei, ao mesmo tempo medida de todas as coisas no campo do direito, cede assim a passagem à Constituição e converte a si mesma em objeto de medida. É destronada em favor de uma instância mais alta".[28]

A relação entre Estado constitucional de Direito e Estado legal de Direito vem a ser de complementaridade, visto que o primeiro nada mais é que o aperfeiçoamento

do segundo. Naquele, destacam-se o papel da Constituição e da jurisdição constitucional.[29]

Com efeito – e melhor esclarecendo essa evolução –, pode-se falar em três fases, etapas ou gerações de Estado de Direito, às quais correspondem igualmente três fases de direitos fundamentais. Assim, no Estado liberal de Direito (1ª geração), são principalmente garantidas as liberdades individuais (= direito fundamental de 1ª geração); no Estado social de Direito (2ª geração), são assegurados também os direitos sociais, culturais e econômicos e no Estado constitucional de Direito (3ª geração), manifestam-se os direitos fundamentais de terceira geração (qualidade de vida, meio ambiente, liberdade de informática, biotecnologia, paz etc.).[30]

Nesse processo de evolução, apresentaram-se como o horizonte teleológico-valorativo que essas espécies históricas de Estado de Direito buscaram representar e garantir.[31]

Os direitos humanos de primeira geração são considerados direitos de defesa da liberdade individual, ao passo que os de segunda se traduzem em direitos de participação, que requerem uma política ativa do poder público no sentido de garantir seu exercício e são realizados por meio de prestações e serviços públicos.[32]

Na atualidade, surge a terceira geração de direitos humanos, que vem complementar as fases anteriores. O crescente desenvolvimento tecnológico, além de alterar profundamente as relações humanas em todas as suas facetas (homem/homem, homem/natureza, homem/cultura), acaba por incidir também na esfera dos direitos humanos.

Em rigor, formata-se uma nova âncora para tais direitos. Assim sendo, os direitos de primeira e segunda geração têm como base a liberdade e a igualdade, respectivamente, ao passo que os de terceira geração assentam-se na solidariedade. Encartados na Constituição, consubstanciam uma ordem ou sistema de valores, que orienta e impulsiona todo o ordenamento jurídico.

Destarte, convém observar que os direitos humanos não encerram um catálogo fechado, mas sim aberto ao surgimento de novas necessidades que dão lugar a novos direitos.

Não são apenas categorias utópicas, meramente programáticas, mas devem encarnar modelos históricos de liberdade. Vale dizer: sem a dimensão utópica, os direitos humanos perderiam sua função legitimadora, mas fora da experiência e da história perderiam seus próprios contornos de humanidade.[33]

Nessa linha, a Carta Magna brasileira encerra uma nova dimensão; nela "se plasma um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico--jurídicos e filosófico-políticos (embora de inspirações algo diversas) vem-na justificar e vem-na criar".[34]

Identifica-se com a ordem democrática, pois opera uma autolimitação para resguardar os direitos fundamentais.

Na precisa fórmula da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), "é essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão".

Entretanto, saliente-se, não pode ser conceituado apenas sob ângulo meramente formal, pela estrita legalidade, sendo imprescindível a presença de uma efetiva legitimidade, ancorada no plano axiológico. A propósito, tanto a legalidade como a legitimidade são requisitos de justificação do poder: a primeira do exercício e a segunda da titularidade.

Assim, o Estado de Direito não pode ser visto tão somente como arquétipo formal, técnico e vazio, de restrição do poder, mas também como concepção que fundamenta e garante as liberdades públicas, a democracia e o papel do Estado.[35]

A ideia de Estado *formal* de Direito, ou simplesmente Estado *legal,* oriunda do positivismo jurídico, e que deu lugar a uma construção mais rigorosa do ordenamento jurídico, reforçando os mecanismos de controle, foi sendo envolvida progressivamente por uma orientação mais ampla, de aspecto material. Isso quer dizer que tal noção "não tem sentido senão em relação a um determinado significado; a hierarquia das normas não passa de uma roupagem formal de certa doutrina substancial do poder e das liberdades, e que ela, ao mesmo tempo, transcreve e preserva".[36] Vigoram em sua plenitude o princípio da legalidade – reserva e primazia

das leis – e a independência do Poder Judiciário.

Explicando de outro modo: o Estado formal se refere à maneira de realização da atividade estatal, ou seja, reduz seus atos à lei ou à Constituição, com princípios e mecanismos próprios, decorrentes dos postulados liberais estruturados pela técnica jurídica[37] (*v.g.*, princípio da legalidade).

Já o Estado material – denominado "conceito político do Estado de Direito" - refere-se "ao conteúdo da relação Estado-cidadão, sob a inspiração de critérios materiais de justiça; não gira em torno da legalidade, mas a considera lastreada na legitimidade, na ideia do Direito como expressão dos valores jurídico-políticos vigentes em uma época".[38]

Nessa versão, questiona-se sobre o conteúdo e a orientação da atividade estatal. O poder estatal deve se encontrar vinculado aos princípios e direitos fundamentais e aos valores superiores.[39]

O essencial aqui é o dever de garantia e a realização dos direitos fundamentais, sendo de indispensável vigência o princípio fundamental material de garantia da dignidade humana, a partir do qual exsurgem os pilares constitucionais que "integram a concepção política do Estado: Estado livre e não autoritário de Direito, como Estado social em liberdade e não paternalmente tutelado e como democracia em liberdade e não democracia popular".[40]

Como bem se adverte, não se trata, pois, de conceitos opostos – Estado liberal de Direito e Estado social de Direito –, mas sim de duas dimensões ou momentos do Estado de Direito.[41]

Ao Estado de Direito cabe o grande mérito de haver "instituído, na maioria dos países ocidentais, uma garantia constitucional de direitos e liberdades fundamentais, e de ter em termos filosóficos baseado essa garantia sobre um misto de naturalidade e de racionalidade que é própria do homem".[42]

A formação do Estado de Direito antes da grande transformação mundial ocasionada pela técnica e pela industrialização está vinculada aos condicionamentos do tempo em que se originou. Daí a tensão existe com a realidade atual, conflitiva e multifária (*vg.*, exigências de segurança e de progresso social).

Na sequência, por *Estado democrático*[43] se entende aquele em que os governos têm legitimação democrática, essencialmente à base de eleição por sufrágio universal de assembleias representativas, com a participação livre de uma pluralidade de partidos e com um mínimo de informação e debate político.[44]

Nele estão reunidos os princípios do "Estado democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*".[45]

A adição do conceito *democrático* à ideia de Estado significa a exigência de respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito, como o do império da lei, da divisão de funções, da legalidade da Administração, da lei como expressão da vontade geral, e, finalmente, do respeito, garantia e realização material dos direitos e liberdades fundamentais.[46]

Em outras palavras: as condições primordiais de um Estado democrático de Direito podem ser resumidas como "a maioria democrática não decide com caráter absoluto; a maioria democrática, além de não dispor de uma competência global, está vinculada pelas formas jurídicas; a democracia só pode existir respeitando a divisão de poderes; a decisão da maioria não é justa *eo ipso*; a democracia não é uma ordem quase religiosa, mas sim uma ordem humana; *o Estado de Direito é a ordem na qual um povo politicamente maduro reconhece seus limites*".[47]

De forma complementar, pontifica-se que o qualificativo *democrático* acresce um critério em relação ao problema da residência da soberania, uma concepção plural da sociedade e uma paralela visão participativa do processo político.[48]

Nesse passo, importa precisar a que espécie de democracia se alude, visto que se trata de termo multímodo, aplicável a uma pluralidade de acepções.

A ideia de democracia que se deve ter em conta é aquela realmente adstrita aos direitos fundamentais, aos direitos humanos, como *democracia em liberdade* [49] Essa modalidade de democracia constitucional – liberal, social e humana – funda-se nos postulados essenciais da liberdade, igualdade, legitimidade e divisão de funções.

A propósito de democracia, é conveniente mencionar a distinção feita por

Ferrajoli sobre determinadas concepções de democracia (especialmente em certos espaços, *v.g.,* América Latina). Explicita-se que a democracia não deve ser entendida como democracia *majoritária* ou *plesbicitaria*, em que vigora a "ideologia da maioria" – governo dos homens *versus* governo das leis –, mas sim como democracia *constitucional*.[50] Na primeira, vigora a ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso – impera a banalização das regras e limites ao poder executivo (= representante da maioria) –, o que por certo dá lugar a uma concepção atentatória ao Estado democrático e à Constituição, visto que esta última implica sistema de limites e vínculos a todo poder.[51]

A Constituição Federal de 1988 institui expressamente a forma *democrática* do Estado brasileiro, e enuncia como seus *valores* supremos o asseguramento do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça (Preâmbulo).

A seguir, com clareza e peremptoriedade, declara: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado *democrático* de Direito" (art. 1.º, CF – sem grifo no original).

E, por último, no Estado social, as estruturas econômicas do capitalismo subsistem, mas são admitidas intervenções públicas no sentido de corrigir eventuais distorções – propiciando condições de liberdade e de igualdade que o indivíduo muitas vezes não pode conseguir isoladamente. Busca-se promover amplamente os valores supremos da dignidade, liberdade e igualdade, de forma material e concreta, no sentido de propiciar a todos os indivíduos o exercício efetivo dos direitos fundamentais e o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.

Ao Estado liberal de Direito segue-se o modelo constitucional social, que "pode reconduzir-se a um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais".[52]

Originário da Carta Constitucional mexicana (1917) e, sobretudo, da alemã (1919), encontra-se presente, na atualidade, nas Constituições francesa (1946),[53]

italiana (1947),[54] alemã (1949),[55] venezuelana (1961), portuguesa (1976),[56] espanhola (1978)[57] e brasileira (1988).[58]

Dotada de um conteúdo particular, a cláusula definitória constitucional qualificadora do Estado como *social* não só delineia seu sistema político, como informa todo ordenamento jurídico. Além de ser parâmetro de constitucionalidade, seu valor jurídico reside também no fato de proporcionar critérios interpretativos para todo direito positivo.[59]

O que se pretende no Estado social[60] de Direito, como segundo momento da evolução da própria noção de Estado de Direito, é conexionar determinados direitos e garantias, que visam à proteção da autonomia individual, com direitos sociais, que têm por fim alterar – para melhor – as condições materiais e espirituais de vida das pessoas. Cuida-se de "articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social"[61] e de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político e democracia.

Como se verbera, "trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessários, para concretizar comandos normativos de isonomia".[62]

Pode-se dizer que o *Estado social de Direito* é uma feliz expressão que designa uma realidade pensada anteriormente quando da incorporação dos direitos sociais às constituições europeias. Trata-se da intenção louvável de converter em direito positivo velhas aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito.[63]

A qualificação social referida só tem razão de ser quando ínsita juridicamente em uma democracia constitucional fundada no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Fica assente que "o Estado social da democracia se distingue, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer concomitantemente, na sua feição jurídicoconstitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade".[64]

O Estado social se integra no Estado de Direito, no qual rege o princípio democrático que estabelece a necessária coesão interna entre os requisitos e garantias

do Estado de Direito e as exigências materiais do Estado social.[65]

Na atualidade, o Estado social supõe uma intervenção estatal maior, que assume, através do Direito, uma função promocional para criar condições de igualdade e liberdade, que não pode ser obtida pelo indivíduo isoladamente, sendo os processos econômico, industrial e comercial disciplinados por lei, e novos direitos fundamentais de caráter econômico e social são agregados aos tradicionais direitos do indivíduo.[66]

Numa palavra: a noção de Estado social de Direito significa primordialmente Estado orientado ao *bem comum*.[67]

A fórmula Estado democrático e social de Direito (cf. arts. 1.º e 3.º da CF) revela três facetas ou exigências de uma única definição constitucional da forma de Estado brasileiro – um princípio estrutural –, extrínseco, do ordenamento jurídico constitucional. Assinala-se, em referência ao texto maior espanhol, que o conceito de Estado democrático e social de Direito é a face política, enquanto os valores superiores são a face jurídica de uma mesma realidade ou, ao menos, de uma realidade inseparável: Poder legítimo, a segunda expressa a ideia de Direito justo.[68]

A Constituição, nos modernos Estados constitucionais democráticos, agasalha de modo conjunto tanto os mecanismos formais de garantia do Estado de Direito como o princípio democrático e a dimensão social, próprios do Estado democrático e social.[69]

No Estado de Direito clássico, liberal, a Constituição aparece como expressão suprema da ordem jurídica estatal (concepção formal e intrínseca); já no Estado democrático e social de Direito, ela se vincula e se orienta "aos dados econômico-sociais e às relações entre os cidadãos desenvolvidas no âmbito da sociedade civil".[70]

Assim concebida, a Constituição, além de elidir a quase sempre nefasta separação entre Estado e sociedade (concepção material e extrínseca), acaba por se tornar o "marco jurídico básico da própria sociedade civil".[71]

Como elementos que compõem o Estado democrático e social de Direito, são elencados os seguintes: a) soberania popular, da qual emanam os poderes do Estado;

b) legitimação dos governantes por meio de eleições periódicas pós-sufrágio universal, com pluralismo de opções; c) submissão dos governantes à lei, hierarquia das normas, controle judicial de suas decisões e responsabilidade por seus atos e decisões; d) preservação da Constituição pelo Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal); e) separação de poderes (funções); f) reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, com a incorporação dos novos direitos econômicos, sociais e culturais; g) função promocional dos poderes públicos para propiciar as condições e remover os obstáculos para a igualdade entre os cidadãos; h) intervenção dos poderes públicos na organização econômica; i) potencialização das organizações sociais e culturais, favorecendo a participação e controlando os serviços que afetem a qualidade de vida.[72]

III.3 NOÇÃO MATERIAL-CONSTITUCIONAL DE BEM JURÍDICO

A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.

No pensamento democrático, "a eminente dignidade da pessoa humana aparece desenvolvida, numa primeira explicitação, através dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O primeiro – a liberdade – traduz a autonomia da razão pessoal existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência de sua própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade. O segundo – igualdade – reconhece como inerente a todo ser humano a mesma dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente, proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica (...). Finalmente, a fraternidade – princípio sistematicamente ignorado pelo individualismo – afirma o sentido essencialmente dialógico e convivente do ser humano e prescreve a solidariedade de todas as pessoas no gozo das vantagens e na partilha dos riscos produzidos na vida em comunidade".[73]

Em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo

conceito de pessoa. O cidadão, o indivíduo, considerado como pessoa "(...) é o protagonista da política e da história e, portanto, do direito, uma das manifestações típicas da política e da história, se não mesmo a mais típica (...). Numa sociedade democrática *aberta*, ou seja, autenticamente democrática, a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de toda decisão, de modo que não pode ser degradada a um mero meio em vista de um fim a realizar. A pessoa goza assim duma esfera de autonomia própria que não pode ser tocada ou agredida, sem se abalarem as bases da própria convivência".[74]

O conteúdo essencial desses direitos fundamentais – *limite dos limites* – "assinala uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimita um terreno que a lei limitadora não pode invadir sem incorrer em inconstitucionalidade".[75]

A liberdade, a dignidade do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um *objeto*, um *meio*, mas um *fim em si mesmo* e como tal deve ser respeitada.

Em postura similar à adotada no texto, assinala-se que a dignidade humana deve ter um fundamento ontológico e antropológico na exata maneira de ser do homem no mundo, para além do aspecto normativo. Há, então, como pressupostos um fato e uma norma que lhes servem de base, na garantia constitucional da dignidade humana.[76]

Com efeito, pontifica-se acertadamente que o "respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça de validade *a priori*. Isso se o Direito não quer ser mera força, mero terror, se quer obrigar aos cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, como um ser capaz de reger-se pelos critérios do sentido, da verdade e do valor (do que tem sentido ou é o absurdo; do verdadeiro ou do falso; do que é valioso e do que não o é). O Direito já tem força obrigatória por sua simples positividade, por sua virtude de superar o *bellum omnium contra omnes*, a guerra civil, mas em caso de violação grave do princípio material de justiça, de validade *a priori,* do respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e dada sua injustiça será necessário

negar-lhe o caráter de Direito. Não basta, para tal, qualquer infração ao princípio material de justiça para privar de obrigatoriedade ao Direito; é preciso que se trate de algo muito grave. Adota-se aqui, portanto, um critério diferente do mantido pelos jusnaturalistas, segundo o qual todo preceito que seja contrário a um pretenso Direito natural carece de obrigatoriedade. O respeito à dignidade da pessoa humana aparece na mencionada corrente da moderna Filosofia do Direito europeia como um limite imanente ao Direito positivo. Considera-se, como já observava Radbruch, que não há outro Direito que o Direito positivo, mas que nem todo Direito positivo é Direito. Há preceitos que, ainda que emanem da autoridade competente e seu cumprimento possa ser imposto pela força, não possuem obrigatoriedade em razão da consciência; não são direitos, constituem-se numa grave violação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana".[77]

Portanto, a liberdade e a dignidade pertencem à essência do ser humano, sendo valores fundamentais do ordenamento constitucional brasileiro.

Essa orientação político-criminal encontra supedâneo no texto constitucional em vigor e na própria definição de Estado nele epigrafada. Já em seu Preâmbulo, a Carta brasileira de 1988 enuncia as bases de um Estado de Direito democrático – de forte matiz social – "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social". Em seguida, aduz ela os fundamentos (a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1.º da CF) e os objetivos (art. 3.º da CF) desse Estado, bem como os direitos individuais e coletivos (art. 5.º da CF).

Os direitos sociais (art. 6.º *et seq*., da CF) objetivam a realização da justiça social, como verdadeiros corretivos dos mais graves desequilíbrios do sistema socioeconômico.

O legislador encontra nesses direitos, que concretizam o aspecto social do Estado, um vetor importante do qual não se pode apartar. Têm eles seu valor reforçado mediante garantias precisas. A segurança social se harmoniza com a justiça.

Ademais, essas disposições proclamam decisões políticas (*v.g.*, democracia social, promoção do bem comum, divisão de poderes, desenvolvimento nacional etc.) que fundamentam todo sistema constitucional, atuando como valores de integração coletiva dos cidadãos.

Entre valores, amplamente acolhidos na Constituição, podem ser mencionadas a liberdade e a dignidade pessoais e os direitos invioláveis que lhes são inerentes, próprios das Cartas de inspiração liberal, a legalidade e o pluralismo democráticos, os direitos sociais, além dos coletivos e difusos (*v.g.*, arts. 5.º, 6.º e 225 da CF). Trata-se, na verdade, de um sistema de valores, ao qual se vincula a Constituição substancial, o Estado Constitucional.

De semelhante, assegura ela uma unidade material de sentido ao ordenamento jurídico – unidade *normativa-material* – sobre a base de um contexto valorativo. Aliás, a especificidade constitucional reside exatamente no fato de ser uma norma portadora de determinados valores materiais, que lhe dão sentido próprio e presidem sua interpretação e aplicação.[78]

Assim, a nenhuma norma infraconstitucional é facultada ignorar esse quadro axiológico (princípios e valores), e todas devem ser examinadas objetivando tornar possível sua real concreção.

Com efeito, os valores constitucionais servem de lastro "fundamentador para a interpretação de todo ordenamento jurídico; de postulado--guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição e de critério para avaliar a legitimidade das variadas manifestações do sistema de legalidade".[79]

A concepção do sistema de direitos fundamentais aparece originariamente na obra de Smend, através de sua teoria da integração. Por ela, "os direitos fundamentais cumprem sua função integradora ao sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos prestam seu consentimento".[80]

O mérito da teoria dos valores consiste em ter posto em evidência "a inconsistência teórica e os riscos práticos que subjazem à tese positivista",[81] reafirmando-se a unidade do sistema dos direitos fundamentais, com a possibilidade

de sua interpretação sistemática.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação conforme a Constituição implica uma correlação lógica de proibição de qualquer construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária aos valores fundamentais.[82]

Entre as regras técnicas de interpretação se destaca o método, ou melhor estilo, problemático ou tópico,[83] que, aplicado na seara dos direitos fundamentais, dá especial importância ao princípio *in dubio pro libertate*, referindo-se a uma presunção geral, própria de todo Estado democrático de Direito, em prol da liberdade do cidadão (*Freiheitsvermutung*; *ausgangsvermutung zugunsten der freiheit* ou *prefered freedom doctrine*).

Esse postulado deve ser agasalhado como "consequência da força expansiva do sistema dos direitos fundamentais, integrado por normas finalistas com vocação para iluminar todo o ordenamento jurídico; ao mesmo tempo que estabelece uma continuidade entre este princípio e a efetividade dos direitos fundamentais (*Grundrechtseffektivität*), quer dizer, da tendência ínsita no sistema dos direitos fundamentais de potenciar sua eficácia em todos os âmbitos da experiência social e política".[84]

Os direitos fundamentais – individuais, sociais, coletivos ou difusos[85] – plasmados no texto constitucional são a fonte e o meio propulsor de inovações e alternativas, visando a uma ordem jurídica materialmente justa.[86]

O Estado material de Direito – democrático e social – busca, além da afirmação das garantias jurídicas, alterar as relações sociais, com vista a uma democracia real.[87]

Tal forma de configuração do Estado deve ser entendida como aquela que "por um lado mantém incólume a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido da legalidade, bem como ao respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, mas que, por outro lado, se move, dentro deste esquema, por considerações axiológicas de justiça na promoção e na realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem. Todo o Estado, por outras palavras, que, sem renunciar, bem pelo contrário, a uma específica intencionalidade axiológico-

normativa, nem por isso quebra ou atenua a sua ligação ao direito nos quadros da legalidade democrática; todo Estado, em suma, que, simultânea e porventura paradoxalmente reconheça ao homem a liberdade de o ser e lhe queira possibilitar a liberdade para o ser".[88]

A dimensão normativo-social converte o Estado de Direito num Estado democrático e social de Direito. Ao lado do aspecto normativo--constitucional liberal, ganha acentuada tônica sociodemocrática em franco abandono a uma postura individual-abstencionista.

A passagem do conceito formal ao material de Estado de Direito caracteriza-se porque se pretendem a liberdade e a segurança individuais do cidadão, não só mediante a abstenção estatal, senão com a garantia positiva, a cargo do Estado, de uma existência digna ao ser humano.[89]

Modernamente, o Estado de Direito deixa de ser formal, neutro e individualista, para tornar-se um Estado de Direito material, enquanto adota uma legalidade democrática e pretende a justiça material.

Nessa perspectiva, comporta uma "dimensão formal/material das transformações e garantias democráticas e sociais consagradas na lei fundamental".[90]

Vê-se, pois, que a ideia social não elide, nem anula o marco jurídico--penal, e sim lhe dá pleno sentido. Mais ainda, essa concepção compreende como finalidade estatal da maior relevância a garantia geral de ação e a defesa da liberdade e da dignidade humanas.[91]

O Estado existe para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est.* De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade/dignidade do homem. É meio e não fim. Frise-se: o fim do Estado é tão somente o homem.

O Estado é apenas um meio para o fim que constitui o homem. O homem – seu desenvolvimento e personalidade – se situa no *centro* de toda ordem e atividade estatal, cumprindo ao poder público garantir e proteger sua dignidade.[92]

A Constituição e toda atividade estatal devem ser alinhadas a partir desse sentido e supremo objetivo. Assinala-se ao Estado, em relação à pessoa, não uma

missão de domínio, mas de serviço.[93]

Nos termos atuais, a função do Estado se limita, antes, "a criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais".[94]

Nesse contexto, a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal.

A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada[95] a determinados critérios reitores positivados na Constituição que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia.[96] Há, por assim dizer, uma limitação nomológica em relação à matéria. A linha reguladora constitucional de ordem hierarquicamente superior[97] deve servir para impor contornos inequívocos ao direito de punir.

Em um Estado democrático de Direito, a determinação dos valores elementares da comunidade deve estar, em princípio, delineada na Constituição.

O aspecto substancial dos valores constitucionais relaciona-se com a definição de um espaço aberto que torne possível o jogo das alternativas, facultando a qualquer ideia ou tendência a oportunidade de vir a ser majoritária. Constitui expressão de um pensamento de possibilidades, que afirma sempre a esperança e evita a petrificação.[98]

Faz-se mister um mínimo de consenso ético sobre os valores fundamentais para a existência do homem, da sociedade e do grau de homogeneidade cultural ou de (objetiva) compatibilidade recíproca – e também de (subjetiva) capacidade de tolerância – entre as diversas visões do mundo difusas nos grupos sociais.

A credibilidade do ordenamento jurídico e do Direito Penal, em particular, varia de acordo com a *quantidade de consenso social em que se alicerça*.[99]

De logo, importa, consoante salientado, dizer que a concreção normativa do princípio constitucional da soberania popular tem no pluralismo e na livre participação duas condicionantes inafastáveis do funcionamento regular do Estado de Direito democrático (art. 1.º, parágrafo único; arts. 2.º, 3.º, I; 14 e 17 da CF).

Garante-se, pois, a livre convivência democrática em uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias" (Preâmbulo da CF).

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal.[100]

Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes direta ou indiretamente (ou ao menos como não incompatibilidade) no texto constitucional. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva.[101]

A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico, o que já na realidade social se mostra como um valor. Essa circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico.[102]

O que se está a encarecer é que a partir dessa aproximação ao ditame constitucional, medra a função crítica do bem jurídico, porém mantém--se no campo do Direito posto e, portanto, vinculativo. Isso porque, de um lado, a Constituição, rígida e garantista, impõe diretrizes inevitáveis ao legislador ordinário, e de outro, como amálgama histórico-cultural, propicia a função crítica.[103]

Por essa doutrina, a caracterização do injusto material advém da proeminência outorgada à liberdade pessoal e à dignidade do homem[104] na Constituição, o que importa que sua privação só pode ocorrer quando se tratar de ataques a bens de análoga dignidade, dotados de relevância ou compatíveis com o dizer constitucional, ou, ainda, que se encontrem em sintonia com a concepção de Estado de Direito democrático.[105]

Disso se depreende o fato de que a eventual restrição de um bem só pode ocorrer em razão da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente à doutrina democrática.[106]

Nessa linha de pensar, são bens suscetíveis de proteção penal, por exemplo, os direitos constitucionais do cidadão, os valores objetivamente tutelados e outros que se inserem no contexto de garantia do Estado democrático e social de Direito ou lhe são conexos.

O critério básico a partir do qual se pode deduzir um quadro valorativo deve ser fornecido pelos princípios constitucionais (*v.g.*, arts. 1.º, 2.º, 3.º e 5.º da CF), reconhecidos como fundamento da ordem política e social.

De igual modo, tem-se que a natureza constitucional do bem jurídico define, em última análise, a possibilidade ou não de sua tutela, sendo que *significado da transgressão* determina a medida correspondente, de acordo com a escala de valores.[107]

Nesse particular aspecto, observa-se que as constituições modernas, de linha programática, conferem ampla liberdade ao legislador ordinário na determinação dos bens com dignidade penal, necessitados de tutela penal e com capacidade de proteção.

A dignidade de proteção de um bem se contempla segundo o valor conferido ao mesmo pela cultura; a necessidade de proteção se assenta em sua suscetibilidade de ataque e a capacidade de proteção se constata em relação à própria natureza do bem respectivo.[108]

Os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado democrático de Direito, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade.[109]

Em que pese o caráter fragmentário do Direito Penal, o conceito de bem jurídico "não é uma varinha mágica através da qual se pode separar desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune. Trata-se apenas de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de proteção na

perspectiva dos fins do Direito Penal".[110]

Outras não são as palavras de Angioni, segundo as quais o texto constitucional não é uma tábua logarítmica que permite facilmente encontrar soluções e resultados, nem um Deus *ex machina* que conduz pela mão ao fim desejado.[111]

O legislador deve se preocupar em considerar os valores fundamentais, sem desfigurar, através das tipicidades penais, o sentido que lhes é atribuído. Desse modo, impõe-se a elaboração de um conceito material de delito, sobretudo a partir dos ditames jurídico-constitucionais, gizada na atividade legislativa penal de individualização dos bens que devem ser protegidos.

Para logo, vê-se que há uma delimitação mais transparente e precisa entre ilícito penal e ilícito extrapenal, com consequências político--criminais importantes.

Em face da dimensão sociocultural do bem jurídico, a orientação do processo criminalização/descriminalização subordina-se às regras axiológicas imperantes em cada momento histórico.

A idoneidade do bem jurídico está diretamente relacionada com o seu valor social. Não pode estar desvinculada da realidade existencial e indiferente ao mundo externo do ser. Ao contrário, há um ponto de vista objetivo, de natureza empírico-jurídica, em virtude do qual o legislador tem como fundamento "a existência de um momento categorial-axiológico que, enquanto digno de garantia penal, exige uma valoração positiva". Dessa maneira, admite-se "o aspecto ôntico-substancial de relevância jurídica inerente à natureza normativa do objeto de proteção".[112]

O Poder Legiferante, com a criação dos tipos penais, faz uma opção que reflete o espírito de sua época.

Tem-se, pois, que a noção de injusto depende de uma decisão valorativa e normativa do órgão próprio, e vem a ser, assim, uma magnitude de valoração (*Wertungsgrösse*).[113]

A experiência axiológica em que se funda a lei penal pode ser problemática, sendo certo que, em uma "sociedade aberta e pluralista, as profundas divergências de opinião acerca das normas sociais devem ser aceitas não só como uma questão inevitável, mas também como legítima expressão da livre discussão dos problemas

sociais. Por isso, é incompatível criminalizar uma conduta que se oponha à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento. A estigmatização de um comportamento como delituoso deve limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo, em geral, é possível as pessoas se conformarem".[114]

No concernente ao tema, o Legislador Constituinte de 1988 fez várias indicações criminalizadoras, ainda que excepcionais, ou relativas a deveres protetivos específicos. Com tal assertiva, não se propugna o *engessamento* do legislador infraconstitucional no estabelecimento (elaboração e conformação)[115] da proteção penal constitucionalmente determinada, como erroneamente se afirma.[116]

Nesse sentido, a imposição ao legislador ordinário pela Constituição de um *dever* de criminalização de condutas contra determinados bens jurídicos não lhe retira sua liberdade seletiva quanto à necessidade ou não de criminalização – como enfatizado anteriormente – e, sobretudo, quanto à definição das condutas puníveis e as correspondentes sanções penais, de um modo *certo* e *taxativo*, em atenção aos princípios penais fundamentais. Dessa forma, não há que se falar em *engessamento* do legislador infraconstitucional ou, tampouco, em contrariedade aos postulados do Direito Penal mínimo.

Assim, à guisa de exemplificação, "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5.º, XLI, da CF); "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art. 5.º, XLII, da CF); "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem" (art. 5.º, XLIII, da CF); "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (art. 5.º, XLIV, da CF); "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos"

(art. 5.º, XLVI, da CF), entre outros (art. 5.º, XLV, XLVII, XLVIII, XLIX; arts. 225, 3.º; 227, § 4.º, da CF). O motivo dessa constitucionalização vem a ser a relevância dada ao bem que se quer proteger e a necessidade de se utilizar do instrumento sancionatório criminal.[117]

O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário.

Trata-se de um conceito necessariamente *valorado* e *relativo,* isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Isso porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis imanentes à própria existência humana.

A característica –*relatividade* – baseia-se "no fato de que a avaliação dos círculos de conduta delitiva deve estar conectada à necessidade de garantia e às representações de valor da sociedade nas situações históricas singulares". Essencialmente, há uma dependência "dos interesses mutáveis e diversos do Estado e da coletividade, pelo que cada sociedade e cada época têm seus especiais objetos de tutela".[118] Ademais, a substancialidade do bem jurídico põe em destaque a necessidade de uma valoração ética.

O Direito Penal não empresta a sua tutela apenas a interesses materiais, mas também a valores espirituais.

Nesse diapasão, assevera Bettiol que o "bem jurídico está intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e, portanto, assume significado diverso e conteúdo diverso com a mudança do tempo e do ambiente".[119]

Além disso, a especial contingência desse conceito exige sua vinculação a uma ordem de valores ínsita na Constituição, como *prima principia*, sob pena de sua eventual perversão ou manipulação ideológica.[120]

O que se encarece, nesse passo, "é manter constantemente a existência de bens e valores do agir protegidos jurídico-penalmente em harmonia com os conceitos valorativos da comunidade jurídica e determinar os limites constitucionais da potestade discricionária para a legislação penal, a fim de eliminar a reprovação de

manipulação jurídica do delito".[121]

A Constituição e a noção de Estado Constitucional, sobretudo em uma sociedade democrática, hão de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal – reduzido às margens da estrita necessidade –, como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os princípios e valores constitucionais, amplamente considerados.

Importa agregar que, em um Estado de Direito, de caráter material, toda atividade legislativa deve estar "submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos há de constituir, antes de mais, uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição, verificando-se entre as duas ordens uma mútua relação. Relação que não é por certo de identidade ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido, a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado".[122]

Tem-se, por assim dizer, a virtude de demarcar com parâmetros mais precisos a atividade do legislador penal, funcionando como limite – *relativo* –, à escolha dos bens jurídicos suscetíveis de tutela, a espécie e a medida da sanção disposta para a sua proteção.

O critério indicado para isso é, primordialmente, o da liberdade e dignidade da pessoa humana, reconhecido como fundamento da ordem política e da paz social.

O recurso à privação de liberdade deve ser, como sublinhado, a *ultima ratio*, quando absolutamente indispensável, tendo sempre em vista a importância primária da liberdade pessoal – o campo do ilícito penal deve ficar reduzido às margens do puramente necessário.

Daí ser importante a real congruência entre o bem penalmente tutelado e os valores fundamentais. Em termos constitucionais, a desproporcionalidade – entre bem jurídico e espécie/medida da pena – encontra seu veto nos preceitos que amparam a justiça e a igualdade em sentido substancial, a partir do momento em que uma sanção desproporcionada seria uma evidente injustiça comparativa, contrária a ambos os

princípios.

Calha aqui proceder a seguir a análise de forma resumida a alguns dos mais relevantes princípios que apontam no sentido de uma limitação da tutela jurídico-penal, e sua aplicação mais correta e racional.

III. 4 PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS E BEM JURÍDICO: UMA RELAÇÃO DE CONFORMIDADE

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, norteada por princípios penais fundamentais.[123]

Tais princípios, que se encontram em sua maioria albergados quase sempre, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o *núcleo* gravitacional, o *ser constitutivo* do Direito Penal.

São eles derivados, em sua origem, dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa época, e foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática. Não resta nenhuma dúvida de que a Constituição (Estado democrático e social de Direito) alberga princípios e valores jurídicos essenciais ao homem e à sociedade (direitos fundamentais/direitos individuais e sociais).[124]

Constituem, portanto, o *eixo* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Têm, portanto, função interpretativa, fundamentadora, supletória, além de serem diretamente aplicáveis, visto que dispõem de força normativa. Numa palavra: servem de fundamento e limite à responsabilidade penal.

Também, os valores[125] constitucionais, como opções ético-sociais, disciplinam a convivência (política, econômica, jurídica e cultural) do homem na vida social, em uma triple dimensão: fundamentadora, orientadora e crítica.[126]

Nesse passo, calha advertir ainda que a ideia de princípio não pode ser entendida como fim, objetivo a alcançar, no sentido legitimador, como muitas vezes ocorre, visto que aquele não representa intenção, propósito ou tendência voltada para o porvir, mas *fundamenta e conforma o Direito Penal, delineia sua constituição e seus limites*.

Assim, para selecionar o que no contexto social deve ou não merecer a proteção da lei penal, e proceder à sua configuração (bem jurídico), o legislador ordinário deve necessariamente se referir aos princípios penais de natureza constitucional.

Por fim, importa sublinhar que os referidos princípios constitucionais têm aplicação direta e imediata, visto que integram a Constituição.

No sistema constitucional contemporâneo, a Constituição é norma jurídica – plena e diretamente invocável em sede judicial –, é norma fundamental dotada de supremacia geral e absoluta.[127]

III.4.1 Princípio de legalidade ou de reserva legal

III.4.1.1 Conteúdo e fundamento

O Direito Penal moderno se assenta em determinados princípios fundamentais, próprios do Estado democrático de Direito, entre os quais sobreleva o de legalidade dos delitos e das penas, de reserva legal ou de intervenção legalizada, que, enunciado no art. 1.º do CP, tem base constitucional igualmente expressa (art. 5.º, XXXIX, CF).

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei *formal* anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*).

No primeiro momento, cm o pensamento ilustrado, emerge portador de um significado político de limitação ao poder punitivo estatal, visto que lhe cabe

proporcionar ao sistema penal seu "mais puro sentido garantista".[128]

Atualmente, seu fundamento radica na proteção dos valores segurança jurídica, liberdade e igualdade, por meio da vinculação dos Poderes Públicos à lei precisa e concreta, "o que garante que seja o legislador quem adote as decisões básicas na matéria, exclui a arbitrariedade no exercício do poder punitivo do Estado e assegura o tratamento igualitário na lei e na aplicação da lei".[129]

Origina-se no ideário da Ilustração (Montesquieu, Rousseau),[130] em especial na obra *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria, e deve sua formulação latina – *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* – a V. Feuerbach (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* – 1810).

A partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade – verdadeira pedra angular do Estado de Direito – converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual.

Seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito. Já o significado científico ou jurídico aparece na teoria da pena como a coação psicológica de Feuerbach[131] e, depois, na teoria da tipicidade de Beling.

O reconhecimento legislativo do princípio de legalidade se inicia com a Declaração de Virgínia, de 1776, passa pela *Josephina* austríaca, de 1787, e, finalmente, chega ao seu momento culminante com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.[132] Em época posterior, com o Código Penal francês de 1810 (art. 4.º), propaga-se por todas as legislações penais contemporâneas.

No Brasil, encontra-se na Constituição Política do Império de 1824 (art. 179 XI), no Código Criminal de 1830 (art. 1.º), bem como nos demais textos constitucionais[133] e nos Códigos Penais de 1890 (art. 1.º) e de 1940 (art. 1.º), ainda em vigor.

Modernamente, vem consagrado expressamente, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), de 1948 (art. 11. 2),na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (art. 7.º) e na Convenção Americana dos

Direitos do Homem de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica (art. 9.º).

III.4.1.2 Garantias e consequências

O princípio de reserva legal dá lugar a uma série de garantias e consequências em que se manifesta o seu aspecto material – não simplesmente formal –, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Daí ser traduzido no sintético apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*.

Esse postulado cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão. Faz-se, também, distinção entre a mera legalidade, que tem na lei condição indispensável do delito e da pena (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), e o postulado da estrita legalidade, como modelo regulativo, que exige as demais garantias como fundamento da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*).[134]

Do ponto de vista material, apresenta-se sob múltiplos aspectos, que exprimem verdadeiros subprincípios, tais como reserva de lei, determinação, taxatividade e irretroatividade.[135]

1. *Garantias criminal e penal*: não há crime nem pena sem lei em sentido estrito, elaborada na forma constitucionalmente prevista. O caráter *absoluto* de reserva legal impede a delegação por parte do poder legiferante de matéria de sua exclusiva competência, lastreado no princípio da divisão de poderes.[136] Assim, só ele pode legislar sobre determinado assunto, tal como definir a infração penal e cominar-lhe a respectiva consequência jurídica.

O fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. Tem ela, por assim dizer, um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal.

Logo, a importância e o fundamento da lei na área penal emergem de modo claro quando se acentua o significado de máxima garantia que representa para o indivíduo:

tutela necessária em face da incidência da sanção penal sobre o bem jurídico essencial da liberdade pessoal. O motivo que justifica a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular – art. 1.º, parágrafo único, CF), fazendo com que seu exercício não seja arbitrário.

Em resumo: a lei formal, e tão somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (*v.g.*, medida provisória), do costume ou do argumento analógico *in malam partem* – exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*).

2 . *Garantias jurisdicional e penitenciária ou de execução*: essas garantias complementam o princípio da legalidade, sendo que, pela primeira, "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5.º, LIII, CF) isto é, juiz ou tribunal (art. 92, CF); "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5.º, LVII, CF) e pela segunda, a sanção penal – pena e medida de segurança – será executada na forma prescrita em lei – "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (art. 5.º, XLVIII, CF); "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5.º, XLIX, CF) –, com a plena vigência do princípio da legalidade "de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal" (Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984, item 19). Assim, o seu art. 2.º prescreve que "a jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária".

3. Princípio da irretroatividade da lei e sua exceção: consagra-se aqui o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal, ressalvada a retroatividade favorável ao acusado – "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (art.

5.º, XL, CF; art. 2.º, CP).

O princípio vem previsto legislativamente pela primeira vez na Declaração de Maryland, de 1776: "As leis retroativas que punem fatos praticados antes de sua existência, e declarados criminosos somente por elas, são opressivas, injustas e incompatíveis com a liberdade, portanto não devia ser elaborada qualquer lei *ex post facto*" (art. 15).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 o acolhe nos termos seguintes: "Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento de sua prática não forem delitivas segundo o Direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais grave do que a aplicável no momento da comissão do delito" (art. 11.2).

Fundamenta-se a regra geral nos princípios da reserva legal, da taxatividade e da segurança jurídica – princípio do *favor libertatis* –, e a hipótese excepcional em razões de política criminal (justiça). Trata-se de restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial.

4. *Princípio de determinação ou de taxatividade* (*nullum crimen sine lege scripta et stricta*): essas duas dimensões do princípio da legalidade são muitas vezes tidas como sinônimas. Todavia, costuma-se admitir uma distinção conceitual em razão do destinatário, em dois momentos, ora o do legislador, ora o do juiz.[137] Através da determinação, exige-se que o legislador descreva da forma mais exata possível o fato punível. Diz respeito, em especial, à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo de injusto e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica. Desse modo, torna-se imperiosa para o Poder Legislativo a proibição de utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos na construção dos tipos legais de delito. Visa cumprir a exigência de certeza (*lex certa*), no sentido de que o conteúdo da lei possa ser conhecido por seus destinatários, permitindo-lhes diferenciar entre o penalmente lícito e o ilícito.

Pela taxatividade, busca-se estabelecer as margens penais às quais está vinculado o julgador. Isso vale dizer: deve ele interpretar e aplicar a norma penal

incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial. Em outras palavras, restringe-se a liberdade decisória do juiz (*arbitrium judicis*) a determinados parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados no momento da aplicação da lei ao caso concreto. Tem uma função garantista (*lex stricta*), pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade.[138]

Como bem se esclarece, as exigências de determinação e de taxatividade se referem não só à descrição das condutas delitivas, como também à fixação de marcos legais, que, quando excessivamente amplos, colidem com o princípio da legalidade.[139]

Tais assertivas constituem postulado indeclinável do Estado de Direito material – democrático e social (cf. arts. 1.º a 6.º, CF).

III.4.2 Princípio de dignidade da pessoa humana

Do ponto de vista histórico, é a partir do cristianismo que tem lugar o conceito de pessoa como *categoria espiritual*, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos, possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de *dignidade*

A propósito, cabe recordar aqui as célebres palavras "não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser *pessoa* e se converta em *coisa*".[140]

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como *pessoa*, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal.

Verifica-se, assim, "um deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade".[141]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi guindada à categoria de *valor* fundamentador do sistema de direitos

fundamentais[142] (art. 1.º, III, CF).

Todavia, convém evidenciar que não se trata de simples criação legislativa, visto que apenas se reconhece no texto constitucional a eminência da dignidade como *valor* (ou princípio) básico, cuja existência, bem como o próprio conceito de pessoa humana, são dados anteriores, aferidos de modo *prévio* à normação jurídica.

Como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite *mínimo vital* à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade *a priori*,[143] positivado jurídico-constitucionalmente.

Nesse sentido, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana pode assumir contornos de verdadeira categoria *lógico-objetiva* ou *lógico--concreta,* inerente ao homem enquanto pessoa. É, pois, um atributo ontológico do homem como *ser* integrante da espécie humana – vale em si e por si mesmo.

Daí por que toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputada como inconstitucional. Assim, pode-se afirmar que, "se o Direito não quiser ser mera força, mero terror, se quiser obrigar a todos os cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável", pois, "no caso de infração grave ao princípio material de justiça, de validade *a priori*, ao respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e, dada sua injustiça, será preciso negar-lhe o caráter de Direito".[144]

Observe-se, ainda, que a força normativa desse princípio supremo se esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Desse modo, por exemplo, uma transgressão aos princípios da legalidade ou da culpabilidade implicará também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

III.4.3 Princípio de culpabilidade

Do ponto de vista histórico, o princípio de culpabilidade é "uma conquista

moderna, ignorada pela maior parte dos ordenamentos primitivos".[145]

O postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade – é uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado democrático de Direito delimitadora de toda a responsabilidade penal. Noutras palavras: o princípio de culpabilidade significa que a "pena criminal só deve fundar-se na constatação da possibilidade de reprovação do fato ao seu autor".[146] Assim, só pode ser punido aquele que atua culpavelmente e a pena não pode ir além da medida da culpabilidade.

De relação direta com a legalidade penal, esse princípio reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. É postulado garantista essencial ao Estado democrático de Direito.

No Direito brasileiro, encontra-se ele implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no artigo 1.º, III (*dignidade da pessoa humana*), corroborado pelos arts. 4.º, II (*prevalência dos direitos humanos*), 5.º, *caput* (*inviolabilidade do direito* à *liberdade*), e 5.º, XLVI (*individualização da pena*), da Constituição da República Federativa do Brasil (CF). Vincula-se, ainda, ao*princípio da igualdade* (art. 5.º, *caput*, CF), que veda o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável.

É de se destacar que a ideia de culpabilidade jurídico-penal emerge sob a forma de critério reitor da política legislativa criminal e sob a forma de categoria dogmática, indispensável à conformação delitiva.[147] Mas tanto um aspecto como outro se complementam mutuamente.

Costuma-se incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da *responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva* como parte de seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena. Neste último sentido, refere-se à impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa (não há delito ou pena sem dolo ou culpa – arts. 18, I e II, CP).

A exigência de responsabilidade subjetiva quer dizer que, em havendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à

gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integra, na verdade, o tipo de injusto e não a culpabilidade.

Convém esclarecer que a denominação "princípio de culpabilidade" – reflexo de um conceito unitário – é fruto da tardia vigência da teoria jurídica do delito neoclássica (pensamento neokantiano), que incluía no conceito de culpabilidade o dolo e a culpa, como suas formas. Modernamente, com a evolução produzida pela doutrina finalista, torna-se inviável a adoção integrada de imputação subjetiva e reprovabilidade individual.[148]

A noção de princípio da culpabilidade (*lato sensu*) é mais abarcante que a de princípio de imputação subjetiva (princípio da culpabilidade *stricto sensu*), e, como dito, costuma envolvê-la.

Pela primeira acepção, afasta-se a responsabilidade penal pelo resultado, referida exclusivamente à imputação de fatos objetivos.[149] Além disso, no campo da consequência jurídica e sua medição, busca-se através dele o reconhecimento das circunstâncias individuais que são significativas para a determinação da pena concreta.[150]

Com a adoção do princípio da culpabilidade, repudia-se a responsabilidade penal *objetiva*[151] ou pelo resultado fortuito decorrente de atividade lícita ou ilícita. O agente, aqui, responde pelo simples fato de ter causado materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico. É bastante a produção do dano para a aplicação da pena. Está ela ligada em sua origem ao princípio canônico medieval: "*versari in re illicita operam danti rei illicitae, imputatur omnia quae sequuntur ex delicto,* ou simplesmente, *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*" (quem pratica um ato ilícito responde por todas as suas consequências, independentemente de serem queridas, previstas ou fortuitas). Atribui-se responsabilidade dolosa, quando sequer há culpa.[152]

Ademais, não se deve confundir a responsabilidade objetiva com a chamada responsabilidade pelo *fato de outrem*, segundo a qual o autor responde pelo resultado – decorrente da conduta de outro –, sem que tenha contribuído para tal.

O Direito Penal só pune fatos (ação/omissão), daí estabelecer uma

responsabilidade por fato próprio (*Direito Penal do fato*), opondo-se a um *Direito Penal do autor* fundado no modo de vida ou no caráter.

A responsabilidade penal pelo fato significa a exigência de uma conduta humana – externa e concreta –, o que quer dizer tanto a não punição do simples pensamento, quanto a não punição pela simples intenção, modo ou condição de vida.[153]

Por fim e em resumo, podem ser elencadas algumas garantias decorrentes do princípio de culpabilidade penal em sentido amplo: exigência de imputação subjetiva (dolo/culpa); individualização da pena (referida ao fato próprio); necessidade de ponderação das circunstâncias pessoais do autor; e pena adequada à magnitude culpável da conduta do autor.[154]

III.4.4 Princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos

A missão imediata e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos oriundos da realidade social, em sintonia com o quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado democrático de Direito (*teoria eclética*).

Tal orientação reveste-se de capital importância, pois não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Por influência, sobretudo, da doutrina italiana, esse aspecto (ofensa ou lesão) costuma ser autonomamente denominado princípio da *ofensividade* ou da *lesividade*. Não obstante, convém frisar que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos opera nas fases *legislativa* (ou de criação do tipo de injusto) e *judicial* (ou de aplicação da lei penal). O que significa o agasalho da exigência de que tanto a figura delitiva quanto a conduta concreta do agente envolvam uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.[155]

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos abrange, portanto, a ideia de ofensividade ou lesividade, visto que esta última é conata ao delito que necessariamente há de pressupor uma lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico.

Ademais, é de interesse observar que a noção de ofensa ou perigo de ofensa é

passível de *graduação* a maior ou a menor – *v.g.*, grave, média ou leve –, não se tratando de um conceito absoluto.

Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da *necessidade*), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana.

Tal princípio (*nulla lex poenalis sine necessitate*) é mencionado por Beccaria (e também por Montesquieu), nos termos seguintes: "É melhor prevenir os crimes, que puni-los. (...) O proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos: é decidir por capricho, a virtude e o vício, que nos são ensinados como eternos e imutáveis". E, ainda: "As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são, por sua própria natureza, injustas; e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano conserva para os seus súditos".[156]

O bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e tem suficiente importância para manter a livre convivência social.

Então, o conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente *valorado* e *relativo*, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural.

Para defini-lo, o legislador ordinário deve sempre levar em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Portanto, encontram-se na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas.

O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto constitucional e na concepção de Estado democrático e social de Direito. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva.

III.4.5 Princípios de intervenção mínima e de fragmentariedade

O princípio da *intervenção mínima* ou da subsidiariedade decorrente das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, presentes no pensamento *ilustrado,*[157] estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um *mínimo* imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Como princípio informador do Direito Penal dotado de grande carga ética, filosófica e jurídico-política, apresenta-se como verdadeiro sustentáculo da ciência dos delitos e das penas.[158]

Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado democrático de Direito. O uso excessivo da sanção criminal (*inflação* penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa.

No intuito de procurar evitar esse fenômeno, é conveniente ter-se em conta a capacidade ou aptidão da intervenção penal de ter um mínimo de eficácia. Em suma: respeitar-se o princípio da *efetividade* penal, entendido como a idoneidade concreta da tutela penal na preservação de bens jurídicos relevantes.[159]

Decorrente da ideia de necessidade da pena, sua aplicação afasta o Direito Penal nas hipóteses em que não seja considerado meio idôneo, adequado ou eficaz para a prevenção do delito. Todavia, assinala-se, a partir do critério da racionalidade ética, que a questão da eficácia não pode depender do puro arbítrio legislativo no estabelecimento dos objetivos de tutela penal, mas deve exigir-se prévia justificação dos conteúdos sobre quais tem incidência e pretende ser efetiva.[160]

Já pelo postulado da *fragmentariedade* ou essencialidade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo ordenamento jurídico dela se ocupa. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização.

Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isso quer dizer que o Direito Penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada.

Noutro dizer: *fragmentos de antijuridicidade penalmente relevantes.*

[161] Esclareça-se, ainda, que a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacuna na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, prejudicial para a liberdade.

III.4.6 Princípios de pessoalidade e de individualização da pena

Pelo *primeiro* se impede a punição por fato alheio, vale dizer, só o autor da infração penal pode ser apenado: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido" (art. 5.º, XLV, CF).

O princípio da pessoalidade ou personalidade da pena vincula-se estreitamente aos postulados da imputação subjetiva e da culpabilidade. A responsabilidade penal é sempre *pessoal* ou *subjetiva* – própria do ser humano –, e decorrente apenas de sua ação ou omissão, não sendo admitida nenhuma outra forma ou espécie (*v.g* , por fato alheio, por representação, pelo resultado etc.).

Desse seu caráter *estritamente* pessoal decorre que a sanção criminal – pena e medida de segurança – não é transmissível a terceiros. Tal princípio, em sentido amplo, pode ser assim definido: "a responsabilidade penal é pessoal. Ela é determinada, a título de autor, instigador ou cúmplice, segundo o comportamento da pessoa processada e em razão de sua própria culpa".[162]

É matéria, portanto, que versa sobre autoria e participação, com seus elementos objetivos e subjetivos.

O princípio da *individualização* da pena obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade), e a determinar a forma de sua execução: "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos" (art. 5.º, XLVI, CF). De acordo com o último, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta.

Em termos gerais, a individualização da pena obedece a três fases distintas: legislativa, judicial e executória. Na primeira delas, a lei "fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa";[163] na segunda, o julgador, tendo em conta as particularidades da espécie concreta e determinados fatores previstos em lei, fixa a pena aplicável, obedecendo o marco legal; e a terceira, é a que diz respeito ao cumprimento da pena – fase de execução da pena, que é basicamente de ordem administrativa.

Em síntese, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

III.4.7 Princípio da proporcionalidade

Inicialmente, convém observar que, na esfera legislativa, a vertente substantiva do princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a

legitimidade destes últimos, de forma que "somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual".[164]

Considerando-se as três vertentes ou subprincípios da proporcionalidade *lato sensu* (*adequação ou idoneidade*; *necessidade ou exigibilidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*), pode-se afirmar que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.

Embora sua origem remonte à Antiguidade, foi só com o Iluminismo, em especial com a obra de Cesare Beccaria, que o princípio da proporcionalidade se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal. Para esse autor, as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O *dano* à *sociedade* é a verdadeira medida dos crimes.[165]

Montesquieu, de sua vez, encontrava na proporcionalidade entre o delito e a pena uma forma de impedir o excesso, isto é, que a pena seja uma violência do homem para com o homem.[166]

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 8.º, afirmava expressamente: "a lei só deve estabelecer penas estritamente e evidentemente necessárias (...)".

Para a cominação e imposição da pena, agregam-se, além dos requisitos de idoneidade e necessidade, a proporcionalidade. Pela adequação ou idoneidade, a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim). Além da aptidão da pena para a garantia do bem jurídico, a idoneidade implica que ela seja "qualitativamente adequada para conseguir a finalidade" e que ademais seja de factível realização por meio de normas processuais e de execução penal.[167]

O requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia.

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico

e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer *excesso*. Esse princípio pode ser considerado como proporcionalidade *abstrata* (fase legislativa) e *concreta* (fase judicial): a primeira deve ser entendida como "proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena que lhe é cominada – dirige-se ao legislador; a segunda, como a necessidade de proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena aplicada ao seu autor – dirige-se ao juiz".[168]

Assim considerado, tem ele por função "determinar a medida da tutela penal que seja equivalente à afronta ao bem jurídico, de modo que o *quantum* da pena privativa de liberdade passe a conter, também, o significado de colocar a incriminação numa determinada posição hierárquica dentro do ordenamento. Ainda que sejam claros os limites a um juízo valorativo em que são confrontadas grandezas axiológicas diferentes, a Constituição indica alguns critérios lógicos a serem observados – o que possibilita a rejeição de dispositivos em flagrante desacordo com tais diretrizes".[169]

Então, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstrata* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. Em resumo, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

É essencial, em matéria de bem jurídico, a fixação de critérios relativos à sua afetação pela ação ou omissão do agente. Para cumprir tal desiderato, assoma como indispensável o agasalho de uma teoria constitucional do bem jurídico. Isso vale dizer: um conceito de bem jurídico (e relação hierárquica entre bens) ancorado no texto maior. Sendo que a "noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal".

Convém notar, todavia, que a noção de proporcionalidade vem a ser uma exigência de justiça material e não somente de prevenção (geral/ especial).[170]

Trata-se então de "uma concordância material entre ação e reação, causa e

consequência, delito e consequência jurídico-penal. Constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas".[171]

Nesse quadro, registre-se o importante papel desempenhado pela proporcionalidade em matéria criminal na relação entre pena e culpabilidade e na caracterização dos institutos da legítima defesa e do estado de necessidade, que resolvem a colisão de direitos na seara penal.

Para que reste caracterizado o estado de necessidade, exige a lei penal (art. 24 do CP) que esteja em perigo direito próprio ou alheio cujo sacrifício *não era razoável exigir-se* – isto é, faz-se necessária a *proporcionalidade* entre a gravidade do perigo e a lesão produzida (entre o bem que se salva e o que se sacrifica).

Em relação à legítima defesa (art. 25 do CP), a repulsa à injusta agressão requer o *emprego de meios necessários, utilizados com moderação*, vale dizer, o uso dos meios indispensáveis à repulsa, e que não ultrapassem os limites necessários para afastar a agressão ilícita. Faz-se indispensável a existência de certa proporcionalidade entre a agressão e a reação defensiva, no tocante a bens e direitos ameaçados.

III.4.8 Princípio de humanidade

A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (ex.: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana).

Em um Estado democrático de Direito, vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a *dignidade humana* (*v.g.*, tratamento desumano ou degradante).

Assim, estabelecem a Declaração dos Direitos do Homem (1948): "todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. III), e ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante

(art. V)"; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966): "ninguém sera submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas" (art. 7.º); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) define e pune a tortura (arts. 1.º e 4.º),[172] entre outras.

É justamente na dignidade humana que radica o fundamento *material* do princípio da humanidade, visto que constitui "o último e fundamental limite material à atividade punitiva do Estado".[173]

Nessa perspectiva, é de se observar que "a ideia reitora dos tratamentos inumanos e degradantes se projeta, pois, sobre toda a atividade possível do Estado. Não limita seu raio, como, em princípio, poderia parecer ao Direito Penal e Processual Penal. Pode-se dizer que se estende a todos e a cada um dos atos do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário que têm tendência a produzir sofrimento físico ou moral ou que podem contribuir para degradação ético-social da pessoa".[174]

Historicamente, a noção de *humanitas*, como princípio jurídico, já se fazia presente no Século XVII, no ideário do Direito natural racional, particularmente na obra de Samuel Pufendorf (*De jure naturae et gentium*): ainda quando não se espere de outro homem nada de bom nem de mal, a natureza exige que se o considere como nosso semelhante ou afim. Só essa razão já é suficiente, ainda que não existisse outra, para que o gênero humano construa uma comunidade pacífica.[175]

Não é sem razão que a "consagração do princípio da humanidade no Direito Penal moderno deve-se ao grande movimento de ideias que dominou os séculos XVII e XVIII, conhecido como Iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogavam a transformação do Estado, partindo de duas ideias fundamentais. De um lado, a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e, de outro lado, a elaboração jurídica do Estado *como se* tivesse origem em um contrato social, no qual, ao construir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes".[176]

Apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade.

A Constituição estabelece como fundamento do Estado democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), dispondo, ainda, expressamente, que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5.º, XLI, CF); "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis" (art. 5.º, XLVII, CF); "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5.º, XLIX, CF).

Na legislação infraconstitucional, a punição da tortura vem disciplinada na Lei 9.455, de 1997.[177] Também a Lei de Execução Penal dispõe que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei. Parágrafo único: Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política" (art. 3.º, *caput*, e parágrafo único).

III.4.9 Princípio de adequação social

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada *típica* se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (*v.g.*, restrição da liberdade ambulatória de um usuário de transporte coletivo; intervenção cirúrgica realizada com fim terapêutico e resultado favorável; exploração de indústria perigosa com afetação da saúde do trabalhador, lesão desportiva etc.).[178]

Convém observar que "as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social".[179] Noutro dizer: ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente. É ela portadora de um determinado *significado social*, sendo expressada *funcionalmente* no contexto histórico-social da vida de um povo.[180]

Contudo, a adequação social é mais que isso, não se apresentando apenas como um conceito de ordem funcional, mas também como um conceito de ordenamento valioso: as formas que dominam a funcionalidade da vida social não são exercícios meramente fáticos, mas ordenamentos históricos que se aperfeiçoam e se desenvolvem no interior das relações das condições entre a objetiva existência da vida (por exemplo, o desenvolvimento técnico) e as atitudes valiosas, com as quais a comunidade responde valorando e ordenando sobre a correspondente existência do ser.[181]

Nas hipóteses de adequação social, não se vislumbra um desvalor do resultado, ainda que possa se verificar um desvalor do estado de coisas. Isso quer dizer que, mesmo em não havendo um desvalor do resultado penalmente típico, pode ocorrer um resultado *desvalioso* perante o restante do ordenamento jurídico, com a produção de efeitos tais como a indenização ou a compensação.[182]

O fundamento do princípio da adequação social está em estabelecer os limites da liberdade de ação social,[183] sendo sua característica primordial "a necessidade de afetação a um bem jurídico, no sentido de que o legislador não considera com caráter geral tipicamente relevante uma ação que pretende alcançar uma utilidade social e para a qual é absolutamente necessária a afetação a um bem jurídico, conforme ao ordenado funcionamento da vida social".[184]

Com efeito, nos casos de adequação social não se verifica um desvalor penal do resultado, ainda que possa existir um *desvalor do estado de coisas* – que não representa, porém, um resultado *penalmente típico* –, relevante para outros setores do ordenamento jurídico. A exclusão do resultado típico nessas hipóteses fundamenta-se em uma *interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais*, na qual desempenham importante papel as concepções ético-sociais, jurídicas e políticas dominantes, dado que influem decisivamente na tutela dos bens jurídicos.[185]

No *primeiro nível* da adequação social, é considerada uma série de fatores – como a utilidade social da conduta – no processo de valoração da tolerabilidade social de uma conduta. Toma-se, portanto, como ponto de partida inicial uma ponderação de interesses entre o valor e o interesse que despertam determinada

atividade social e os riscos que ela acarreta.

A adequação social nesse primeiro nível, de ordem geral, corresponde a um juízo feito pelo legislador "mediante o qual procede-se a uma valoração do comportamento, constituindo, na realidade, um critério valorativo externo no âmbito da interpretação de sentido dos tipos e de caráter extrassistemático", e funciona como uma causa de exclusão do desvalor penal do resultado. Enquanto *critério de interpretação,* serve a adequação social "para determinar qual é o sentido social da ação do ponto de vista da valoração do resultado, que terá também seus efeitos no âmbito da valoração da ação, posto que a inexistência de um desvalor penal do resultado impede considerar também que a consciência e a vontade do sujeito de afetar um bem jurídico de forma socialmente adequada sejam constitutivas do dolo e, por conseguinte, tampouco haverá desvalor da ação".[186]

Esse é o caso, por exemplo, da lesão corporal representada pela incisão cirúrgica quando o médico opera um paciente, bem como a hipótese dos efeitos colaterais produzidos pelo consumo de determinados medicamentos receitados pelo médico para combater certa doença. Também são socialmente adequadas, por exemplo, as privações de liberdade decorrentes do uso dos meios de transporte coletivos.

No *segundo nível* (concreto) de justificação da conduta, também há uma ponderação de interesses (a ser realizada pelo juiz diante de uma ação real), e, aqui, pode-se afirmar que "nas situações de justificação existe sempre um âmbito de risco permitido que delimita a margem de tolerância de um risco típico para o bem jurídico envolvido na situação de justificação que, todavia, surge como estritamente necessário para alcançar o concreto e preciso fim da causa de justificação".[187]

Com lastro no *risco permitido* – entendido como o *cuidado objetivamente devido* – evidencia-se que, presentes determinados requisitos – mesmo que não expressamente previstos –, é permitida a realização de ações dolosas típicas, se estritamente necessárias. De consequência, "se o sujeito não realizou a ação necessária tal e como prescreve o tipo da causa de justificação deduzida do preceito permissivo e do cuidado complementar, e originou um perigo ou uma lesão,

desnecessários ao bem jurídico considerado ou a outros bens jurídicos, estes estarão juridicamente desaprovados, porque ultrapassaram esses limites".[188]

A adequação social não se confunde com o *risco permitido*. O traço comum entre ambos radica na *ausência* de um resultado penalmente típico, que, no caso da adequação social, é excluído por uma interpretação teleológico-restritiva, e, no caso do risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa.

O instituto da adequação social representa um princípio importante para a interpretação dos tipos,[189] que só englobam as condutas socialmente inadequadas. Tanto a adequação social como o risco permitido se encontram situados no domínio da *liberdade de ação social* dos indivíduos em sociedade.

Essa liberdade de ação social oferece a base da adequação social e dos critérios modernamente propostos pelas teorias da imputação objetiva (por exemplo, o risco permitido e as chamadas auto exposições a perigo).

A adequação social e o critério do risco permitido assumem como premissa fundamental a existência de um resultado lesivo e analisam sua repercussão no tocante à valoração da ação. Quando o exercício da ação socialmente adequada provoca eventualmente resultados que não *são inerentes ao regular funcionamento da vida social*, esses resultados – imprevisíveis *ex ante* – escapam ao âmbito do dolo ou da culpa e, de consequência, também não se pode falar da existência de um desvalor penal do resultado, visto que a lesão ao bem jurídico não tem a relevância penal necessária para configurar o resultado típico.

Nada obstante, é preciso deixar claro que nesse contexto já não opera o instituto da adequação social, precisamente porque a lesão ao bem jurídico não é uma consequência *regular, normal*, do exercício da ação socialmente adequada. Tais hipóteses são resolvidas, portanto, dentro do instituto do risco permitido.

Em síntese: a adequação social e o risco permitido têm como pressuposto fundamental a existência de uma lesão ao bem jurídico que não chega a constituir um desvalor do resultado.[190] Não há, portanto, um resultado típico.

Nos casos de adequação social, a exclusão da lesão produzida do âmbito do

resultado penalmente típico ocorre em virtude de uma *interpretação teleológica restritiva dos tipos*.[191] De outro lado, nas hipóteses de risco permitido, a ausência de desvalor do resultado se explica porque o resultado produzido não pode ser imputado a título de dolo ou de culpa, isto é, a falta de desvalor da ação repercute sobre o desvalor do resultado, e não há desvalor do resultado sem desvalor da ação.[192]

III.4.10 Princípio de insignificância

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin[193] e relacionado com o axioma *minima non curat praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a *tipicidade* da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete infimamente a um bem jurídico-penal.

Vale dizer: a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a *tipicidade* da conduta em casos de lesões de pouca gravidade ou quando "no caso concreto seu grau de injusto seja mínimo".[194]

O princípio da insignificância é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto penal, isto é, como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados.

Alguns autores assimilam ou equiparam o instituto da adequação social de Welzel e o critério da insignificância elaborado por Roxin.[195] Entretanto, a finalidade dos casos englobados por ambos os critérios permite identificar diferenças marcantes entre eles, posto que nos casos abarcados pelo chamado princípio de insignificância não há a valoração social implícita na adequação social. Exemplo paradigmático é o furto de objetos de ínfimo valor.

A partir do princípio de insignificância como "máxima de interpretação típica",[196] defende-se um exame de cada caso concreto "mediante uma interpretação restritiva orientada ao bem jurídico protegido",[197] pois "só uma interpretação

estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo (espécie) de injusto deixa claro por que uma parte das ações insignificantes são atípicas e frequentemente já estão excluídas pela própria dicção legal, mas por outro lado, como *v.g* os furtos de bagatela, encaixam indubitavelmente no tipo: a propriedade e a posse também se veem vulneradas pelo furto de objetos insignificantes, enquanto em outros casos o bem jurídico só é menoscabado se ocorre certa intensidade da lesão".[198]

Em realidade, a tão criticada imprecisão da adequação social não foi superada pelo critério de insignificância proposto para a solução de casos como o mencionado.[199] O que é, afinal, *insignificante*? Trata-se de um conceito extremamente fluido e de incontestável amplitude. Daí por que sua aplicação costuma vulnerar a segurança jurídica, peça angular do Estado de Direito. É ele, como bem se destaca, "incompatível com as exigências da segurança jurídica. A delimitação dos casos de bagatela ficaria confiada à doutrina e à jurisprudência, sendo o limite sempre discutível".[200]

É bem verdade que o furto de objeto de valor insignificante não pode ser valorado como socialmente útil ou adequado, sendo, por isso, inaplicável a adequação social. Tampouco é possível falar aqui em desvalor de situação ou estado, visto que a conduta do agente, conscientemente dirigida ao fim proposto, perfaz *formalmente* o tipo legal. Em tese, a solução está na aplicação do aludido princípio, em razão do *mínimo* valor da coisa furtada, como causa de atipicidade da conduta, visto que não há lesão de *suficiente* magnitude para a configuração do injusto (desvalor de resultado).

Sugere-se, na busca de uma resposta mais satisfatória, fazer constar, em certas hipóteses, na própria descrição do tipo legal de delito o limite *mínimo* para o seu perfazimento. A previsão de uma quantia em dinheiro no próprio tipo legal acarretaria automaticamente a atipicidade das condutas que não se ajustassem ao limite exigido. Assim, a questão não dependeria, nem oscilaria ao arbítrio do julgador, mas seria de aplicação obrigatória para todos que não atingissem o patamar exigido para a configuração do desvalor do resultado típico.[201] Mas tal proposta pode apresentar-se como desvantajosa para o agente, em face do *quantum* fixado como mínimo e sua

condição econômica, por exemplo.

De qualquer modo, a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios,[202] ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores – *v.g.*, mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada,[203] e, em determinados casos (furto/descaminho etc.), valoração socioeconômica média existente em certa sociedade, tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com o intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica.

Demais disso, em grande parte dos casos concretos de aplicação desse postulado, o problema pode ser mais seguramente solucionado por meio dos princípios da lesividade (ofensividade ou exclusiva proteção de bens jurídicos), da intervenção mínima e fragmentariedade, e também pelo princípio da proporcionalidade.[204]

III.4.11 Princípio de *ne bis in idem*

O princípio *ne bis in idem* ou *non bis in idem*[205] constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Por meio dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato).

É postulado essencialmente de natureza *material* ou *substancial*[206] – conteúdo material relativo à imposição de pena[207] –, ainda que se manifeste também no campo *processual* ou *formal*, quando diz respeito à impossibilidade das persecuções múltiplas.

Noutro dizer: do ponto de vista substancial, o referido princípio traduz a proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato, e de que ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato (aspecto formal).

O conteúdo penal substancial do *ne bis in idem* exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre *sujeito* (identidade subjetiva ou de agentes), *fato* (identidade fática) e *fundamento* (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores),[208] o que implica maior precisão conceitual, que vai além da mera tradução literal do brocardo latino de não ser punido duas vezes pelo mesmo fato.[209] Saliente-se que, no âmbito penal, a identidade fática deve ser obtida por meio da análise do tipo penal em seu conjunto, e não de seus elementos individualmente considerados.

Esse princípio serve de base à aplicação das normas penais, em especial ao concurso de normas, sem deixar de lastrear também o concurso de delitos.

Faz-se necessário aqui diferenciar o *ne bis in idem* do princípio da *valoração integral do fato* (ou valoração global do fato), também relativo à matéria concursal e quase sempre confundido com aquele.

Com efeito, o princípio da valoração integral do fato diz respeito à valoração penal total da conduta do agente, seja no sentido de abarcar todos os aspectos relevantes, seja no sentido de valorá-los da forma específica determinada pela lei. Desse modo, erige-se em fundamento tanto do concurso ideal de delito como do concurso de normas penais, visto que ambos exigem a valoração completa do fato.

O *ne bis in idem* aparece como complementar da valoração global, de maneira que, obtida esta última, não podem ser realizadas valorações subsequentes. Então, no que toca ao concurso de normas, o princípio da valoração global tem função de *fundamento,* enquanto o princípio do *ne bis in idem* tem função de *limite*.[210]

A base constitucional do princípio *ne bis in idem,* alvo de intensa controvérsia na doutrina espanhola, não é questão discutida tanto na doutrina[211] quanto na jurisprudência brasileiras.[212]

O Código Penal brasileiro faz referência indireta à matéria em exame quando versa sobre a pena cumprida no estrangeiro (art. 8.º, CP) e a detração (art. 42, CP).

No âmbito da legislação penal internacional, há várias e importantes manifestações relativas ao postulado do *ne bis in idem.* Assim, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica

ratificado no Brasil pelo Decreto 678, de 1992: "O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos" (art. 8.º, 4).

Outra questão de indiscutível transcendência é a relativa à incidência de sanções penais e administrativas a um determinado e único fato.

É oportuno salientar que a autoridade sancionadora penal e a administrativa integram o *ius puniendi* estatal geral, independentemente de se considerar a distinção entre ilícitos penais e administrativos como qualitativa ou meramente quantitativa.[213] A distinção material entre o ilícito penal e o administrativo é crucial no que diz respeito à aplicação do *ne bis in idem* às respectivas sanções.

Para logo, e na esteira da majoritária doutrina, tem-se que as diferenças estabelecidas entre um e outro ilícito são meramente quantitativas, sendo, pois, razoável a incidência do referido princípio.[214]

A expressão do princípio *ne bis in idem,* nesse contexto, veda a dupla punição penal e administrativa pelo mesmo fato, não se olvidando a tríplice *identidade* anteriormente destacada. Quando se tem em vista a atividade efetivamente sancionadora da Administração, afirma-se que esta última está subordinada à atividade judiciária, de modo que não pode atuar enquanto houver processo penal.[215]

III.4.12 Princípio de segurança jurídica

Na atualidade, o desenvolvimento acelerado da ciência e da tecnologia, que permeia cada vez mais todos os setores da vida social, tem levado à crescente utilização do Direito Penal como instrumento dissuasivo de prevenção utilitarista, num *tour de force* – falaz e perigoso –, nominado defesa social.

Esse contexto, pleno de incertezas e ciladas, vem dando lugar a constante e expressivo ataque aos direitos humanos, com massiva proliferação legislativa penal,[216] em flagrante afronta aos ditames que informam o autêntico Direito Penal, expressão lídima do Estado democrático de Direito.

Dentre os inafastáveis postulados legitimadores da intervenção penal na

democracia – constantemente infringidos –, merece ser também objeto de exame a *segurança jurídica*, verdadeiro pilar estrutural do Estado de Direito.

Aliás, a exigência de segurança nas relações constitui necessidade básica do homem, que repele qualquer imprevisibilidade ou incerteza no que diz respeito ao controle formal legal a que se encontra submetido.[217] Cabe também ao ordenamento jurídico propiciar segurança, certeza e estabilidade aos indivíduos que compõem o corpo social,[218] e assim a garantia e satisfação de seus direitos fundamentais.

A moderna noção de Estado de Direito, como Estado constitucional, não pode mais ser equiparada ao mero Estado legal, regulado por leis, mas como um modelo material de organização política regrado fundamentalmente por três princípios: a) subordinação de toda atividade estatal a normas emanadas de órgãos representativos e vinculadas às garantias e direitos fundamentais dos cidadãos; b) a publicidade dos atos legislativos, administrativos e judiciais; c) o controle da atividade estatal mediante jurisdição independente e controle político exercido pelo Poder Legislativo, na forma estabelecida em lei.[219]

A partir desse paradigma de Estado, a segurança jurídica assume perfis bem definidos: *condição* do Direito, não apenas como legalidade positiva, mas decorrente dos direitos fundamentais, que lastreiam a ordem constitucional, e *função* do Direito, que permite e assegura a realização das liberdades.[220]

Não se verifica, portanto, nenhuma incompatibilidade entre o princípio da segurança jurídica e as modernas exigências e contornos do Estado *social* de Direito. O que se questiona é a mitigação do referido postulado diante da inflação legislativa, apontada como consequência da chamada sociedade pós-moderna ou de risco.

De conformidade com uma perspectiva *objetiva* – regularidade estrutural e funcional – de suas exigências, a segurança jurídica demanda uma *correção estrutural*, de adequada formulação das normas jurídicas, e uma *correção funcional,* de garantia do cumprimento das normas por seus destinatários, em especial pelos órgãos encarregados de sua aplicação. Na dimensão *subjetiva*, encarna a ideia de *certeza* do Direito (corolário da legalidade), como "projeção nas situações pessoais das garantias estruturais e funcionais da segurança objetiva".[221]

Convém, por fim, evidenciar que a segurança jurídica não é um simples fato, mas sim um *valor* – postulado basilar da ordem jurídica[222] referido diretamente à pessoa humana –, que se encontra plasmado na Constituição Federal a partir da consagração do Estado de Direito (art. 1.º, *caput*, CF).

Em matéria penal, a segurança jurídica – enquanto princípio *constitucional* penal – manifesta-se em diversos dispositivos, tais como a legalidade e anterioridade penal (art. 5.º, XXXIX, CF), a irretroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu (art. 5.º, XL, CF), os princípios da pessoalidade, individualização e humanidade das penas (art. 5.º, XLV, XLVI e XLVII, CF, respectivamente), e na maior parte das garantias processuais e de execução penal (*v.g.*, art. 5.º, LIV, LV, LVII, XLIX, LXIII LXIV, CF).

III.5 PERSPECTIVA METODOLÓGICA COMPLEMENTAR

Importa destacar, outrossim, para mais cabal esclarecimento do tema, que a ideia desenvolvida pode ser integrada desde uma perspectiva metodológica.[223]

Os critérios propostos dizem respeito a uma seleção pré-jurídica dos bens em sede político-criminal. Segundo tal prisma, a função político-cri-minal do bem jurídico deve ser basicamente explicada em três direções: 1. Exigência de eficiência do sistema penal; 2. Adequação à Constituição da parte especial; e 3. Seriedade do sistema. A seguir, passa-se a indicar critérios que podem servir de base à criminalização, ou seja, que contribuem para uma individualização mais racional dos objetos tuteláveis: a) o caráter personalíssimo do interesse, como corolário da natureza da sanção criminal; b) a dimensão e relevância social do interesse tutelado/ofensa; c) a necessária concretização do interesse e da ofensa que se apresentam como corolário das fundamentais exigências garantistas.[224]

Como um dos requisitos necessários para assegurar a adequada relevância e dimensão social do interesse protegido e da ofensa que se lhe refere, emerge, por exemplo, o critério da danosidade social. Esta condição impõe ao legislador a elaboração de uma classe de hipóteses e prognósticos causais no momento de construir o tipo legal. Para isso, torna-se imprescindível precisar o conteúdo

conceitual de danosidade social. Prescindindo-se do específico conteúdo ofensivo dos fatos criminosos, pode-se dizer que o dano social – consequências negativas e indesejáveis –, na sua dimensão macrossocial, está vinculado à eventual repetição e difusão do comportamento desviante, em que pese não haver uma identificação pura e simples.

Em síntese, a danosidade social, como critério significativo à finalidade da criminalização, não é considerada tanto como sinônimo de genéricas consequências sociais negativas do fato desviante, quanto como a capacidade social da necessidade de adaptação e reação autônoma ao delito, com a consequente necessidade de recorrer à sanção criminal.[225]

É claro que essa capacidade de adaptação e reação da sociedade varia de acordo com suas próprias características. Assim, quanto mais arraigado o integralismo ético, mais difícil se torna que a sociedade aceite coexistir com a conduta desviante. Ao contrário, uma sociedade muito dinâmica, fortemente secularizada, deve melhor desenvolver mecanismos de adaptação e de autotutela no confronto com o fato delituoso, isso num contexto de controle social em que a intervenção penal seja mínima.[226]

Todavia, convém observar que esse critério não serve para distinguir o injusto penal dos outros (administrativo, civil, tributário), que também compõem o ordenamento jurídico.[227]

Outro aspecto importante e pouco versado é o de que os bens jurídicos devem ser suscetíveis de *concretização*. Isso vale dizer: a concretização deve ser tida como um critério de criminalização que alude antes à necessidade de que a distância prospectiva entre o comportamento incriminado e o interesse final tutelado não seja tão ampla de molde a impedir de revelar este último na concretude do primeiro, como acontece com muitos delitos contra a fé pública.[228]

III.6 PECULIARIDADE DO BEM JURÍDICO-PENAL. CLASSIFICAÇÃO

Antes de finalizar o exame da matéria, convém realizar uma breve digressão, ainda que no campo conceitual, visando a melhor conformar a noção restritiva e

peculiar do bem jurídico-penal.

Diga-se, a propósito, que, além da postura constitucional estrita, ainda que *matizada,* aqui veiculada e acolhida, há necessidade de buscar precisões maiores, sobretudo em razão da especificidade da matéria exposta, ora complementando-a, ora enfatizando determinados itens. Faz-se, portanto, imprescindível um rastreamento mais abarcante da noção conceitual de bem jurídico, predicado ou qualificado *penalmente*.[229]

Pergunta-se: quando se deve reputar necessária a intervenção penal? Aqui surge o conceito de bem jurídico, já examinado sob outro ângulo.

É de notar que nem todo bem jurídico requer proteção penal. Isto é, nem todo bem jurídico há de ser convertido em um bem jurídico-penal.

A doutrina tem-se limitado a contemplar a primeira noção (genérica), que é em grande parte insuficiente para limitar o direito estatal de punir.

Ressalte-se que uma política criminal restritiva da intervenção penal impõe subordinar esta última a valorações tipicamente jurídico-penais, que permitem selecionar com critérios próprios os objetos dignos de amparo penal, e não só *in genere.*

A partir da noção de Estado democrático de Direito, supramencionada, torna-se imperiosa a distinção entre valores jurídicos e metajurídicos, e a localização dos bens dignos de tutela penal no terreno social, mas com vista ao indivíduo.

Tudo isso serve para determinar a matéria do juridicamente tutelável, e o Direito Penal deve oferecer a substância básica do que for por ele objeto de tutela. Explicando: o interesse social relevante para o indivíduo deve ser elevado à categoria de bem digno de tutela jurídico-penal.

Assim, para que o bem jurídico possa ser considerado, em sentido político criminal, como bem jurídico-penal, insta acrescer ainda um juízo de suficiente importância social.[230]

O valor social do bem merecedor de garantia penal deve estar em consonância com a gravidade das consequências próprias do Direito Penal.

A exigência de uma particular relevância social para os bens jurídico--penais significa postular sua autonomia axiológica – tais bens devem ser considerados fundamentais para o indivíduo e a vida social.[231]

O melhor critério de aferição valorativa desses bens é o fornecido pela doutrina constitucional estrita, e, por assim dizer, *relativa,* analisada.[232]

No contexto de um Estado democrático e social de Direito surge a questão de se o conjunto social prepondera, em termos de proteção jurídico-penal, sobre os indivíduos.

De logo, e para espancar qualquer dúvida, convém advertir que não há num Estado democrático de Direito nenhuma preponderância do bem jurídico transindividual sobre o individual. Muito ao contrário.

O que está em debate aqui nada mais é que a tutela de bens jurídicos que se encontram além do indivíduo em si, que se fazem presentes em uma dimensão mais ampla, grupal ou comunitária, e não sobre o indivíduo, no sentido de lhe ser hierarquicamente superior.

Em razão da peculiaridade deste estudo e dos limites nele propostos, buscar-se-á priorizar, no enquadramento ainda que resumido do tema, sua *especificidade* penal e necessidade, para melhor compreensão.

Essa nova ou ampliada dimensão de tutela é resultado do processo evolutivo do Estado liberal para o Estado social e a afirmação deste último, que engendra a assunção de novos deveres (*v.g* , assistência e promoção), novos encaminhamentos, tal como o de salvaguarda de direitos que transcendem à esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada.

Emergem como bens jurídicos relacionados com o desenvolvimento técnico e científico, frutos em grande parte da sociedade pós-industrial, na qual novos riscos são criados ou incrementados pelos processos de alta tecnologia.

O perfil assumido pela sociedade atual, em que o risco é visto como algo que lhe é imanente, como verdadeiro consectário do progresso, engendra por sua vez a necessidade da intervenção normativa penal com o desiderato de enfrentar, na proteção de bens jurídicos, essas novas e complexas situações de perigo.

A essa categoria de bens jurídicos, chamados metaindividuais, a doutrina tem apresentado as mais diversas denominações, conceitos e classificações.

Dentre as inúmeras classificações, há, por exemplo, autor que enumera os bens jurídicos individuais e os macrossociais. Como subespécies destes, elencam-se os bens jurídicos institucionais, os coletivos e os de controle.[233]

Lacruz López classifica-os em individuais (núcleo clássico do Direito Penal), coletivos (proteção da condição necessária para que o bem individual cumpra sua função social), e supra-individuais (condição necessária ao funcionamento do sistema).[234]

Também, aparecem cominuídos em bens jurídicos pessoais, coletivos e intermédios ou de referente individual.[235]

Os bens jurídicos transindividuais constituem uma realidade inegável, ainda que de difícil identificação e com conteúdo muitas vezes ambíguo, bem por isso que escapam à definição mais exata.

Denominados genericamente como bens jurídicos universais, macrossociais, supraindividuais, metaindividuais ou transindividuais, apresentam inúmeras características que permitem conceituá-los ou classificá-los conforme sua predominância ou a perspectiva com que são vistos ou analisados.

No entanto, sem o intuito de adentrar no âmago dessas questões, mas também não deixando de firmar certo posicionamento, e sempre na perspectiva jurídico-penal que tem sido delineada ao longo deste trabalho, são avançados alguns assertos.

Tendo-se como ponto de partida o exame sistemático e didático da matéria, mormente em sede penal, os bens jurídicos podem ser classificados em individuais e metaindividuais.

Dos primeiros é titular ou portador o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal ou privado.

De outro lado, os segundos são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade; supõem, desse modo, um raio ou

âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade.

Tais bens jurídicos, próprios do Estado social de Direito, são primordiais para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano como pessoa, bem como sua real integração (social, política, cultural e econômica) em uma coletividade organizada.

Numa sociedade complexa e altamente conflituosa, um número crescente de atividades atinge, de um lado, os cidadãos particulares, mas, de outro, também a coletividade, grupos de pessoas cujas relações apresentam peculiaridades e uma importância incomum.[236]

Parece bem observar que entre os bens jurídicos individuais e metaindividuais há, em sentido material, uma relação de *complementaridade* (*v.g.*, a saúde pública em relação à individual; o ambiente em relação à qualidade de vida do homem). Naqueles, a referência individual, particular ou privada, é direta; nestes, a referência pessoal é indireta, em maior ou em menor grau. São bens universais, da sociedade como um todo, com um marco individual mais ou menos acentuado.

Aliás, a diretriz pode ser tida como ancorada no princípio da *individualização da lesividade*, segundo o qual devem ser elevados a categoria de bens jurídicos tão somente os valores cuja violação implica transgressão de um bem relacionado direta ou indiretamente ao indivíduo e à sociedade.[237] Isso porque, como destacado, o homem não é concebido em razão do Estado, mas sim o Estado e as demais instituições é que dependem do indivíduo. Assertiva essa que vem a ser consequência do princípio ético kantiano –"nenhuma pessoa pode ser tratada como meio para um fim que não o seu próprio" –, que objetiva assegurar o máximo de liberdade com o mínimo de intervenção penal (Direito Penal mínimo).[238]

Mas nem por isso deixam de constituir-se em entes dotados de autonomia e substância, que, exatamente por sua natureza transindividual, têm conteúdo material próprio.

Não obstante, convém observar que o mais importante não é a questão da existência ou não do conceito de bem jurídico coletivo ou difuso, mas sim a exata delimitação (mais exata possível) de seu conteúdo material ou substancial. Ou seja: a

fixação de critérios específicos que permitam individualizá-lo de forma clara, determinada e objetiva, sem transgredir nenhum dos princípios fundamentais do Direito Penal.[239] Exsurgem como fórmulas de proteção mediatizada dos bens individuais ou pessoais que complementam, formando uma espécie de campo prévio de tutela.[240]

Segundo a diretiva aqui veiculada, opta-se por classificá-los[241] em: a) *bens jurídicos institucionais* (públicos ou estatais), nos quais a tutela supraindividual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (*v.g.*, Administração Pública, Administração da Justiça); b) *bens jurídicos coletivos*, que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (*v.g.*, saúde pública, relação de consumo); e c) *bens jurídicos difusos,* que têm caráter plural, indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (*v.g.*, ambiente, patrimônio cultural).

Mas tanto os bens jurídicos coletivos como os difusos têm como ligação ou referência o indivíduo, por menor que seja (aspecto complementar), que se apresenta *mais intensa, menos tênue* (bens coletivos), ou *menos intensa, mais tênue* (bens difusos), dependendo do nível dessa ligação (relação de proximidade).

Na verdade, o que fica sufragado é que o indivíduo como pessoa, o cidadão, deve ser sempre o destinatário maior de toda norma jurídica, há de ser a referência última em qualquer bem jurídico.[242]

Por essa concepção, o homem situado na ordem social constitui o *centro* de todo o Direito. Além de o construir (mundo da cultura), serve-se dele para organizar a sociedade na qual se insere com vistas a determinados fins (paz, desenvolvimento pessoal etc.)

De qualquer modo, como bem se assinala, para efeitos de proteção penal, os bens jurídicos coletivos e difusos são em essência equipolentes e suas eventuais diferenças são na verdade de cunho *jurídico-formal* e não de fundo. Vale dizer: a diferença entre eles é meramente formal, de tratamento jurídico, e não substancial, de conceito.[243]

Vislumbram-se sobre o assunto dois enfoques: um é contemplá-los do ponto de vista de sua importância para a sociedade; o outro é valorá--los em razão de sua

influência na seara individual.

O primeiro é adotado pelo Estado social autoritário, caracterizado por subordinar o indivíduo ao todo social, ao poder estatal.

No Estado democrático há preferência pelo segundo, pois têm importância os bens transindividuais, coletivos ou difusos, na medida em que condicionam direta ou indiretamente a vida dos indivíduos e da sociedade.

Trata-se, como acima referido, de se adotar um sistema que esteja a serviço da pessoa e não o contrário.

Desse ponto de vista, o juízo de valor sobre a relevância de um determinado bem jurídico metaindividual – coletivo ou difuso – exige o reflexo na órbita individual ou social para a sua vulneração.

O Estado não pode desconhecer a significação que por si mesma implica extensão social de um determinado interesse, mas, de outro lado, não pode prescindir de reclamar como mínima uma determinada gravidade na repercussão do bem jurídico coletivo ou difuso na esfera individual. Isso para se evitar a perigosa tendência que tem quase todo Estado social de hipertrofiar o Direito Penal através de uma administrativização de seu conteúdo, o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva. Exemplificando: a saúde pública é um interesse coletivo que afeta cada pessoa, mas deve-se exigir determinado grau de lesividade individual para que tenha relevância penal, e, por outra parte, a proteção penal que merece depende também dessa lesividade individual. Não basta que a saúde seja em abstrato um bem social primordial para se tutelar penalmente a saúde.

Daí o perigo que encerra a orientação abstrata, pela qual os bens são classificados genericamente (categoria geral de interesse), sem dar a devida atenção ao diferente *grau* de implicação de tal interesse (bens graduáveis ou calibráveis). Esta concreção se apresenta como indispensável para uma teoria que pretende oferecer critérios úteis à delimitação dos objetos de proteção jurídico-penais.[244]

Tal instância é conexa ao requisito de necessidade de tutela penal do bem. Não basta que um bem possua suficiente relevância social para vir a ser tutelado penalmente; é preciso que não sejam suficientes para sua adequada tutela outros meios

de defesa menos lesivos.[245]

Do exposto, ressai que a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas, por exemplo, administrativamente.[246]

A lei penal, advirta-se, atua não apenas como *limite* da liberdade pessoal, mas sim como seu *garante.*

Por derradeiro e em suma, o remate do raciocínio é o de que as relações entre as teorias constitucionais amplas e restritas não são de antagonismo, mas de complementaridade Isso resulta no agasalho de uma diretriz constitucional de natureza estrita *relativa* – de *justo meio* e não *hermética* –, que privilegia o texto constitucional (princípios e valores), e a concepção de Estado democrático e social de Direito.

O bem jurídico (substancial) ancorado na realidade socioindividual, complementada, ainda, por elementos de uma visão metodológica própria e da peculiar *natureza* do bem jurídico-penal, numa *enformação* que se compatibiliza com os modernos postulados da ciência do Direito Penal e da política criminal.

---

1 ROXIN, C. Op. cit., p. 27-28.

2 Cf. RUDOLPHI, H. J. Op. cit., p. 162 e ss. Sintetiza o autor, *ipsis verbis:* "Rechtsgut der verschiedenen die Rechtspflege vor Störingen und Beeinträchtigungen schützenden Straflatbestände ist die Rechtspflege als für unsere verfassungsgemässe Gesellschaft notwendige und deshalb werthafte Funkionseinheit" (cit. p. 163).

3 RUDOLPHI, H. J. *Systematischer Kommentar zun StGB*, t. I, p. 2-5, apud CUELLO, J. Op. cit., p. 463.

4 Cf. GONZALEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 24.

5 BRICOLA, F. Teoria generale del reato. *Noviss. Dig. It.*,1973, 9, p. 14 e ss.

6 BRICOLA, F. Op. cit., p. 15-16.

7 GONZÁLEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 27.

8 BRICOLA, F. Op. cit., p. 16. "Porém - afirmam Dolcini e Marinucci -, o esquema da pressuposição necessária é de todo inidôneo para legitimar a existência de normas incriminadoras – unanimemente julgadas indispensáveis – que tutelam de forma autônoma bens não mencionados na Constituição: normas que tutelam tais bens *in se* e *per se*, sem reclamar o concreto pôr em perigo outros bens constitucionalmente relevantes" (Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista portuguesa de ciência criminal*, v. 4, 2, 1994, p. 167).

9 GONZÁLEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 31. Justificando a sua adoção, conclui que "De qualquer forma, uma concepção deste gênero, nem se pretende nem deve ser entendida como meio mágico que resolve todos os problemas, senão que, pelo contrário, conta com numerosas limitações e dificuldades. Constitui, todavia, uma posição crítica pouco rigorosa se exigir que solucione 'tudo', e descartá-la, por ineficaz, para voltar a elaborações menos frutíferas e às quais se pede, desde o início, o cumprimento de menos encargos" (Op. cit., p. 32).

10 GONZÁLEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 43-45.

11 CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho Penal:* concepto y principios constitucionales, p 27-31. Por relevância constitucional, entende este autor "que o bem há de estar concreta e explicitamente proclamado pela Norma Fundamental" (p. 35).

12 BARBOSA CASTILLO, G.; GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. *Bien jurídico y derechos fundamentales*, p. 91-92.

13 DOLCINI, E.; MARINUCCI, G. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista portuguesa de ciência criminal,* 4, 2, 1994, p. 191.

14 Ibidem, p. 198 (grifos no original).

15 De modo similar, ROMANO, M. *Commentario sistemático del Codice Penale,* I, p. 263.

16 HIRSCH, H-J. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: *Modernas tendências em la ciência del Derecho Penal y en la criminología*, p. 371-387; PRIETRO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, p. 282. Todavia, tais autores dão maior ênfase à pena, legitimada através dos princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*, como limite à lei penal, do que propriamente ao bem jurídico – que teria importância em sua função imanente ao sistema no direito positivo (HIRSCH, H-J, cit., p. 387).

17 Cf. DONINI, M. *Teoria del reato*, p. 120; PRIETRO SANCHÍS, L. Op. cit., p. 283.

18 Vide FERREIRA FILHO, M. G. *Ėstado de Direito e Constituição*, p. 1 e ss.; PRADO, I

R. A dialética juspositivista em torno da noção de Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, p. 283-84; BASILE, S . *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas,* p. 267; LEGAZ Y LACAMBRA. *Humanismo, Estado y Derecho*, p. 72-73.

19 BOBBIO, N. *Liberalismo e democracia*, p. 17-18. De modo similar, GARCÍA PELAYO M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 52.

20 "No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o estado dos cidadãos" (BOBBIO, N. *A era dos direitos*, p. 61).

21 Cf. DÍAZ, E. *Estado de Derecho y legitimidad democrática*, p. 75.

22 MIRANDA, J. Op. cit., p. 178-179.

23 Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 81-88.

24 GOYARD-FABRE, S. *L'état*, p. 84.

25 Ibidem, p. 85.

26 MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, v. I, p. 84.

27 Cf. PÉREZ LUÑO, A-E. *La tercera generación de derechos humanos*, p. 52.

28 Ibidem, p. 56 (citando Zagrebelsky).

29 Cf. GARCÍA PELAYO, M. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*, p. 3029-3030.

30 Cf. PÉREZ LUÑO, A-E. *La tercera generación de Derechos humanos*, p. 75-77.

31 Ibidem, p. 77.

32 Ibidem, p. 28.

33 Ibidem, p. 42-43.

34 MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, v. I, p. 85.

35 Cf. CHEVALLIER, J. *L'état de droit*, p. 72.

36 Ibidem, p. 94-95.

37 Cf. GARCÍA PELAYO, M. Op. cit., p. 54.

38 Ibidem, p. 54.

39 Cf. BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. *Manual de Derecho*

Constitucional, p. 490.

40 Ibidem, p. 491.

41 Ibidem, p. 491.

42 GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 95.

43 A democracia compreende todo sistema político que permite a participação livre e esclarecida dos cidadãos na gestão dos negócios públicos (JEANNEAU, B. *Droit Constitutionnel et institutions politiques.* p. 15). A propósito, assevera Radbruch que "a democracia é certamente um bem precioso, mas o Estado de Direito é como o pão de cada dia, como a água potável e o ar que se respira; e o melhor da democracia é precisamente isto: que é a única forma de governo apropriada para garantir o Estado de Direito" (Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, SCHIMIDT & WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, p. 21).

44 Vide a crítica sobre o chamado Estado de Direito democrático, de inspiração marxista, feita por FERREIRA FILHO, M. G. *Estado de Direito e Constituição*, p. 63-64.

45 SILVA, J. A da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 102. Tem como tarefa primordial "superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realiza a justiça social", subordinando-se aos princípios seguintes: princípio da constitucionalidade, princípio democrático, sistema de direitos fundamentais, princípio da justiça social; princípio da igualdade, princípio da divisão de poderes; princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica (Ibidem, p. 111).

46 DÍAZ, E. Op. cit., p. 54.

47 BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE & HEYDE

48 Cf. PECES-BARBA, G. Op. cit., p. 61.

49 Com detalhes, vide BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. Op. cit., p. 219 e s:

50 FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo.* Madrid, 2008, p. 25 (ed. de Miguel Carbonell).

51 Ibidem, p. 26. "A idea de democracia implica ausência de chefes" (citando Kelsen)

52 MIRANDA, J. Op. cit., p. 95.

53 Pelo art. 1.º da Constituição Francesa de 1946, define-se o país como uma "República indivisível, laica, democrática e social".

54 A Itália é conceituada como uma "República democrática, fundada no trabalho" (art. 1.º da Constituição de 1947).

55 A Lei Fundamental alemã estabelece que a "República Federal da Alemanha [Alemanha] é um Estado federal, democrático e social" (art. 20.1).

56 A Carta lusitana de 1976 dispõe em seu art. 2.º, *ipsis litteris*, o que se segue: "A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e de organização política democráticas, que tem como objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa".

57 De seu turno, a Constituição espanhola de 1978 declara de modo emblemático: "Espanha constitui-se em um Estado Social e Democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político" (art. 1.1).

58 A Constituição da República Federativa do Brasil proclama solenemente em seu Preâmbulo: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)".

59 Cf. GONZÁLEZ MORENO, B. *El Estado social*, p. 28-29.

60 A fórmula do Estado social de Direito vem a ser um princípio constitucional que obriga e legitima o legislador e a administração para o exercício de tarefas de cunho social em prol da comunidade, conforme a legalidade democrática. Assim, a Constituição alberga as realidades do desenvolvimento técnico, econômico e social, normatiza o exercício de encargos dele resultantes, e o coloca sob o manto do Estado de Direito (HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 173).

61 Ibidem, p. 96.

62 BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 304.

63 LUCAS VERDÚ, P. *La lucha por el Estado de Derecho*, p. 84; vide, ainda, BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 203 e ss.; DÍAZ, E. *Estado*

de Derecho y sociedad democrática, p. 95-106.

64 BONAVIDES, P. Op. cit., p. 233.

65 Cf. ĠONZÁLEZ MORENO, B. Op. cit., p. 43-44.

66 PECES-BARBA, G. *Los valores superiores*, p. 59.

67 Cf. BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*, p. 557-559.

68 PECES-BARBA, G. *Los valores superiores*, p. 58.

69 A respeito, acentua-se que "o binômio 'Rechtsstaats/Sozialstaatsprinzip' encontra-se na base das indicações constitucionais relativas ao conteúdo da lei penal, vale dizer, da influência que as Constituições exercem não somente sobre os aspectos formais e estruturais do sistema de tutela penal, mas sobre a matéria objeto da precitada tutela, penetrando, assim, em território originalmente de domínio exclusivo da política criminal, e escandindo, analiticamente, o vínculo constitucional do legislador" (PALAZZO, F. *Valores constitucionais e Direito Penal,* p. 77)

70 PÉREZ LUÑO, A.-E. *Los derechos fundamentales*, p. 150-151.

71 Ibidem, p. 152.

72 PECES-BARBA, G. Op. cit., p. 62-63.

73 BARBOSA MELO. Democracia e utopia – Reflexões. *Rev. Humanística e Teologia*, 1980, p. 17-18, vide, ainda, ARON, R. *Ėstudos políticos.* v. 18, p. 225 e ss.; FIGUEIREDO JR., C. *A liberdade no Estado contemporâneo, especialmente*, p. 75 e ss. De um ponto de vista fenomenológico-existencialista, vide NUNES, L. A. *Liberdade*, p. 30 e ss.

74 BETTIOL, G. Op. cit., p. 78-79.

75 MARTÍN-RETORTILLO, L.; OTTO Y PARDO, I. *Derechos fundamentales y Constitución*, p. 125-126.

76 Vide MAIHOFER, W. *Ėstado de Derecho y dignidad humana*, p. 23-13.

77 CEREZO MIR, J. Direito Penal e direitos humanos: experiências espanhola e europeia. *RBCCRim*, 6, p. 26-27.

78 Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, E. La Constitución como norma jurídica. In: *La Constitución Española de 1978*, p. 144-149; DÜRING, G. *Introducción a la ley fundamental. Law and State*, p. 51 e ss.; BASILE, L. Op. cit., p. 263 e ss.; PALAZZO, F. Op. cit., p. 531 e ss.

79 PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* p. 288-289.

80 Ibidem, p. 298

81 Ibidem, p. 299

82 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Op. cit., p. 149; GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*, p. 244-249.

83 Sobre o pensamento tópico, VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência*, p. 17 e ss.

84 PÉREZ LUÑO, A. E. Op. cit., p. 315.

85 Para o conceito jurídico-penal de ambiente, PRADO, L. R. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. *Rev. de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 50, 2008, p. 133 e ss.; *Direito Penal ambiental*. São Paulo: RT, 1992. p. 65 e ss.

86 GOMES CANOTILHO, J. J. Op. cit., p. 282.

87 Cf. MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático del Derecho*, p. 13 e ss.

88 FIGUEIREDO DIAS, J. Direito Penal e Estado de Direito Material. *RDP*, 31, p. 31-39

89 Cf. ZIPF, H. *Kriminalpolitik*, p. 31; LUCAS VERDÚ, P. Op. cit., p. 84-94; DÍAZ, E. Op cit., p. 95-97; BONAVIDES, P. Op. cit., p. 210-228 e 233.

90 GOMES CANOTILHO, J. J. Op. cit., p. 269.

91 Os princípios do Estado de Direito, Estado social e democracia devem estar fundados e justificados a partir da garantia constitucional da dignidade humana, como razão simultânea de sua origem e fim (MAIHOFER, W. Op. cit., p. 39).

92 Cf. BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*, p. 278.

93 Cf. ŻIPF, H. Op. cit., p. 36; DÜRING, G. Op. cit., p. 52; JESCHECK, H-H. Op. cit., p. 16.

94 ROXIN, C. Op. cit., p. 27.

95 Fiandaca e Musco admitem diretrizes constitucionais como orientação de tutela potencialmente vinculante, dependendo do legislador ordinário sua concretização: "Il limite, peraltro evidente, di una impostazione siffatta consiste nell'incapacità di fornite criteri di individualizzazione del bene giuridico così univoci, da potere – al meno potenzialmente – incolare il legislatore nelle scelte degli oggetti tutelabili: è enfatti troppo generica e perció priva di sufficiente idoneità seletiva" (Op. cit., p. 27). Na Itália, a doutrina majoritária, seguida da jurisprudência, "defende que o

modelo de crime como ofensa a bens jurídicos tem a categoria e a força vinculante de um princípio constitucional" (DOLCINI; MARINUCCI. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*, 4, p. 151).

96 Cf. GONZALEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 23 e ss.

97 O Direito possui a particularidade de regular sua própria criação. "A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas" (KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*, p. 310. Também, PREDIERI, A. El sistema de las fuentes del Derecho. *La Constitución Española de 1978*, p. 176-90; BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Derecho Constitucional*, p. 153).

98 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Op. cit., p. 147.

99 Cf. ROMANO, M. Op. cit., p. 9.

100 Cf. ROXIN, C. Op. cit., p. 27.

101 A respeito da restrição imposta por diretrizes constitucionais ao legislador infraconstitucional, vide também COELHO, Y. C. *Bem jurídico-penal*, p. 96-97; GOMES, L. F. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*, p. 88; BIANCHINI, A. *Pressupostos materiais mínimos de tutela penal*, p. 43.

102 Cf. POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 271-73; GONZALEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 2 e ss.; ROMANO, M. Op. cit., p. 10.

103 Cf. ANGIONI, F. Op. cit., p. 140-141.

104 É de uma concepção material e ética da liberdade, inspirada na ideia integral do homem, que deriva uma sociedade aberta e democrática.

105 Nessa linha, ainda que mais restrita, BRICOLA, F. Op. cit., p. 15, GONZALEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 23 e ss.; ESCRIVÁ GREGORI, J. Algunas consideraciones sobre el Derecho Penal y Constitución. *Papers,* p. 141 e ss. Também, apesar de reconhecer o papel da Constituição como marco do sistema, Bustos Ramirez critica uma postura estrita, dizendo que a Constituição não pode fechar o sistema, sob pena de incongruência com suas bases democráticas. E entende que o bem jurídico implica uma determinada realidade – relação social entre os sujeitos entre si e com o Estado (BUSTOS RAMIREZ, J. *Control social y sistema penal*, p. 192-193).

106 Cf. BRICOLA, F. Op. cit., p. 16.

107 Cf. BRICOLA, F. Op. cit., p. 16-17.

108 Cf. POLAINO NAVARRETE, M. op. cit., p. 290.

109 Tem-se que o princípio da necessidade se firma sobre o caráter autônomo da construção penal, daí a peculiaridade de seu objeto de tutela em relação a outros ramos do Direito. Vem expressado na fórmula seguinte: *nulla lex poenalis sine necessitate*, que se desdobra em *nullum crimen sine necessitate/nulla poena sine necessitate* (FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*, p. 465).

110 ROXIN, C. Op. cit., p. 61.

111 ANGIONI, F. Op. cit., p. 144.

112 POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 271-72. Ainda, ROMANO, M. Op. cit., p. 10; GONZALEZ RUS, J. J. Op. cit., p. 29.

113 Cf. ŻIPF, H. Op. cit., p. 94.

114 STRATENWERTH, G *Derecho Penal*, p. 6.

115 PRADO, L. R. *Direito Penal do Ambiente*

116 PASCHOAL, J. C. Op. cit., p. 81. Esta última autora assevera, ainda, que a obrigatoriedade de criminalização determinada pela Constituição rompe com os princípios informadores do Direito Penal mínimo e do Estado democrático de Direito (p. 88).

117 Tais valorações político-criminais decorrem da experiência histórica, dos projetos e objetivos tidos por ocasião da elaboração da Carta (DOLCINI, E.; MARINUCCI, G. Op. cit., p. 173). O que não poderia ser diferente, já que uma Constituição democrática deve ser fruto da experiência e dos anseios sociais.

118 POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit., p. 277-278.

119 BETTIOL, G. *Direito Penal*, p. 229-230. Também, POLAINO NAVARRETE, M. Op. cit. p. 280; CEREZO MIR, J. C. Op. cit., p. 18-19; WELZEL, H. Op. cit., p. 15-16.

120 Sobre a noção de ideologia, BOBBIO, N. *et al*. *Dicionário de política*, p. 585 e ss.; CHRISTENSON, R. M; *et al*. *Ideologias e política moderna*, p. 11 e ss.; FERRAZ JR., T. S. Perversão ideológica dos direitos humanos. *Ciência penal*, vide 3.

121 ZIPF, H. Op. cit., p. 95. Também, ROMANO, M. Op. cit., p. 10-11. Ainda que partindo de concepção diversa, Baratta adverte que "o cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estado de Direito é ser coerente com seus próprios princípios 'garantistas': princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com

aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política 'alternativa' com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas 'simbólicas' oferecidas pelo sistema de justiça criminal. Durante todo esse tempo, o 'uso alternativo do direito penal' significará usar o direito como instrumento para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil das penas. Isso implica numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena" (BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. *RBCCrim*, 5, p. 23-24).

122 FIGUEIREDO DIAS, J. Op. cit., p. 44.

123 A respeito dos princípios penais, PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. P. G., I, p. 160 e ss.; CERNICCHIARO, L. V.; COSTA JR., P. J. *Direito Penal na Constituição*, p. 9 e ss.; LUISI, L. *Os princípios constitucionais penais*, p. 13 e ss.; BACIGALUPO, E. *Principios constitucionales de Derecho Penal*, p. 43 e ss.*;* FERRA-JOLI, L. *Derecho y razón*, p. 91 e ss.*;* JAÉN VALLEJO, M. *Princípios constitucionales y Derecho Penal moderno*, p. 19 e ss.

124 É indiscutível a influência dos princípios e valores constitucionais sobre a forma e o conteúdo do Direito Penal contemporâneo. Também, não se discute que esses princípios e valores estão acondicionados pela cultura peculiar de cada sistema jurídico.

125 Como exposto, são qualidades do objeto (*v.ġ.* norma).

126 Cf. PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* p. 288. Aduz ainda este último autor que "os valores constitucionais supõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade" (p. 288-289)

127 GARCIA ENTERRIA, E. La constitución como norma jurídica. In: PREDIERI, A.; GARCIA ENTERRIA, E , p. 106.

128 Cf. MADRID CONESA, F. *La legalidad del delito*, p. 37

129 NAVARRO FRÍAS, I. *Mandato de determinação y tipicidad penal,* p. 61.

130 Vide, por exemplo, FERRAJOLI, L. *Derecho y razón,* p. 382 e ss.; MADRID CONESA, F. *La legalidad del delito,* p. 29 e ss.; JIMÉNEZ DEASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, II, 383 e ss.; LOPES, M. A. R. *Princípio da legalidade*, p. 41 e ss.

131 Feuerbach, na teoria da coação psicológica, assevera que tão somente a ameaça anterior de uma pena implica efeitos preventivos gerais "I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. II) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. III) O fato legalmente cominado (c pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada" (VON FEUERBACH, P. A. *Tratado de Derecho Penal*, p. 63).

132 "Nenhum homem pode ser acusado, detido ou encarcerado, senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela exigidas" (art. 7.º) e "a lei só deve estabelecer penas, de forma estrita, e necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de lei estabelecida e promulgada com anterioridade ao delito e legalmente aplicada" (art. 8.º).

133 Art. 5.º XXXIX, da CF: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena ser prévia cominação legal".

134 Cf. FERRAJOLI, L. Op. cit, p. 95.

135 Cf. PALAZZO, F. *Introduzione ai princìpi del Diritto Penale*, p. 217 e ss.

136 Cf. ARROYO ZAPATERO, L. Princípio de legalidad y reserva de ley en matéria penal *REDC*, 8, p. 17.

137 Cf. FIANDACA, G.; DI CHIARA, G. *Una introduzione al sistema penale*, p. 71 e ss.

138 Cf. PALAZZO, F. *Il principio di determinatezza nel Diritto Penale,* p. 170.

139 Cf. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español*, I, p. 169.

140 BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*, XXVII, p. 316.

141 Cf. REALE, M. *Questões de Direito Público,* p. 4.

142 Cf. PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* p. 318.

143 Cf. CEREZO MIR, J. Culpabilidad y pena. *Problemas fundamentales del Derecho*

Penal, p. 195.

144 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español.* P. G., I, p. 18.

145 FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*, p. 487-488. Também, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal,* V, p. 20.

146 JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal,* p. 24-25.

147 Assim, QUINTERO OLIVARES, G. *Curso de Derecho Penal*. p. 58.

148 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal español*, p. 225 e ss.

149 Na atualidade, porém, a presença de condições objetivas de punibilidade impróprias – ou de maior punibilidade – na legislação penal evidencia uma intolerável violação ao princípio da culpabilidade.

150 DONNA, E. *Derecho Penal.* P. G., IV, p. 14-15.

151 Cf. PANNAIN, R. Responsabilità oggetiva (diritto penale). *Noviss. Digesto italiano*, XV, p. 704 e ss.

152 Cf. CEREZO MIR, J. El "versari in re illicita" en el Código Penal español *Problemas fundamentales del Derecho Penal,* p. 60 e ss.

153 Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Op. cit., p. 156.

154 MARTOS NUÑEZ, J. A. Principios penales en el estado social y democrático de Derecho. *RDC,* 1, 1991, p. 217 e ss.

155 Nessa linha, BERDUGO GOMEZ DE LE TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOC, J. *Curso de Derecho Penal*. P. G., p. 72.

156 BECCARIA, C. Op. cit., p. 127.

157 Cf. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*, p. 464 e ss.

158 Cf. MARTOS NUÑEZ, J. A. El princípio de intervención penal mínima. *ADPCP*, 40, p. 99.

159 Cf. FIANDACA, G.; DI CHIARA, G. Op. cit., p. 128.

160 Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *A racionalidade das leis penais,* p. 151-152.

161 MARTOS NUÑEZ, J. A. Op. cit., p. 99.

162 Engloba o princípio da imputação subjetiva – denominado no texto fonte princípio de culpabilidade pessoal (SICURELLA, R. Op. cit., p. 28).

163 LUISI, L. *Princípios constitucionais penais*, p. 37.

164 BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional,* p. 66-67.

165 BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas,* p. 229.

166 Cf. MONTESQUIEU, C. *Oeuvres complètes,* p. 530-531.

167 AGUADO CORREA, T. *Ėl principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, p. 154.

168 AGUADO CORREA, T. Op. cit., p. 283.

169 GOMES, M. G. de M. Op. cit., p. 233.

170 Cf. ĊEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español.* Introducción, I, p. 26-27.

171 HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal,* p. 279.

172 Sobre o tema, COIMBRA, M. *Tratamento do injusto penal da tortura,* p. 107-147.

173 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal español.* P. G., p. 64. Jescheck e Weigend, de sua vez, registram que o princípio da humanidade é reitor da execução penal, ou, mais precisamente, "princípio diretor do Direito Penitenciário" (*Tratado de Derecho Penal,* p. 30).

174 TORIO LÓPEZ, A. La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes. *PJ*, 4, 1980, p. 69.

175 Cf. WELZEL, H. Op. cit., p. 143.

176 LUISI, L. *Princípios constitucionais penais,* p. 32 (grifo no original).

177 A respeito do delito de tortura na lei brasileira, por todos, COIMBRA, M. Op. cit., p. 148 e ss.

178 Vide, com detalhes, PRADO, L. R.; CARVALHO, É. M. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *RT*, 844, p. 435 e ss.

179 WELZEL, H. *Derecho Penal alemán,* p. 85.

180 WELZEL, H. Estudios sobre el sistema de Derecho Penal.*Estudios de Derecho Penal*, p. 50.

181 Idem, p. 51 (n. 39).

182 Cf. RUEDA MARTÍN, M. A. Op. cit., p. 235-236.

183 Cf. WELZEL, H. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista, p. 58-61; RUEDA MARTÍN, M. A. Op. cit., p. 243.

184 RUEDA MARTÍN, M. A. Op. cit., p. 250.

185 Cf. CEREZO MIR, J. Op. cit. p. 98; HIRSCH, H. J. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. In: HIRSCH, H. J. *Derecho Penal. Obras completas*, t. I, p. 31.

186 RUEDA MARTÍN, M. Á. Op. cit., p. 440.

187 Idem, p. 441.

188 Idem, Ibidem.

189 WELZEL, H. *Derecho Penal alemán*, p. 83.

190 Cf. WELZEL, H. *Estudios sobre el sistema de Derecho Penal*, p. 2 e ss., especialmente p. 68 e ss.

191 Cf. CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español.* P. G., II, p. 98; HIRSCH, H. J. Soziale Adäquanz und Unrechtslehre. *ZStW*, 1962, t. 74, fasc.1, p. 87 e ss., especialmente p. 133 e ss.; PRADO, L. R.; CARVALHO, É. M. de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. *RT*, 884, p. 435 e ss. Na doutrina nacional, Mayrink da Costa afirma que no que concerne à adequação social "o máximo que se pode admitir é constituir-se em um instrumento que, em casos concretos, dê uma interpretação restritiva dos tipos penais que possuam uma redação muito ampla na área de proibição" (COSTA, A. M. da. *Direito Penal.* P. G., 2, p. 737), o que, no entanto, não daria lugar à exclusão do tipo.

192 Vide WELZEL, H. *O novo sistema jurídico penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista, p. 31: "não existem, portanto, ações finais em si, ou 'em absoluto', mas apenas em relação às consequências compreendidas pela vontade de realização".

193 ROXIN, C. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, p. 53.

194 LUZÓN PEÑA, D.-M. Causas de atipicidad y causas de justificación. *In:* LUZÓN PEÑA, D.-M.; MIR PUIG, S. *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, p. 28.

195 Assim, por exemplo, ROLDÁN BARBERO, H. *Adecuación social y teoría jurídica de delito*, p. 111-112.

196 ROXIN, C. *Derecho Penal.* P. G., p. 296, nota 75.

197 Idem, p. 297.

198 Idem, ibidem.

199 Cf. ZIPF, H. *Introducción a la política criminal*, p. 106.

200 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español.* P. G., II, p. 99. Para se comprovar o averbado, é bastante compulsar algumas decisões de um único tribunal brasileiro, em relação à aplicação do princípio da insignificância. Assim, por exemplo, STJ: REsp 1.171.199/RS (Apropriação indébita previdenciária - Sempre que o valor do débito não for superior a R$ 10.000,00); STJ: REsp 1.179.690/RS (Furto, com abuso de confiança – Valor da coisa R$ 120,00); STJ HC 207.444/ MS (Tentativa de furto – Bicicleta avaliada em R$ 500,00).

201 Idem.

202 Vide, por exemplo, o conjunto de decisões jurisprudenciais relativas ao delito de descaminho – extinção da punibilidade (art. 334, CP).

203 STF – HC 84.412/SP.

204 PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro.* 1. ed., 2014, 1, p. 160-198.

205 A respeito de sua etimologia, MAIER, J. *Derecho Procesal Penal.* I – Fundamentos, p. 595-596.

206 Cf. QUERALT JIMÉNEZ, J. "Ne bis in idem": significados constitucionales. *Política criminal y Reforma penal.* Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, p. 887.

207 Cf. JAÉN VALLEJO, M. Principio constitucional *ne bis in idemEl Derecho Penal del siglo XXI:* homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba, p. 759.

208 Cf. ESCUCHURI AISA, E. *Teoría de concurso de leyes y de delitos*, p. 147 e ss.

209 Assim, QUERALT JIMÉNEZ, J. Op. cit., p. 886; CARO CORIA, D. C. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *RBCC*, n. 66, p. 9-52, mai.-jun. 2007, p. 12.

210 Cf. ESCUCHURI AISA, E. Op. cit., p. 433-434.

211 Vide CARVALHO, É. M. de; CARDOSO, S. L. de M.; SANTIAGO, N. E. A. A duplicidade de sanções ambientais e o princípio *non bis in idem*. *Revista Pensar*, v. 18, n. 2, 2013.

212 O Supremo Tribunal Federal se pronunciou a esse respeito em matéria administrativa, em específica referência à punição de servidor público: Súmula 19: "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira".

213 REALE JR., M. Ilícito administrativo e o *ius puniendi* geral. *In:* PRADO, L. R. (coord.). *Direito Penal contemporâneo:* estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir, p. 93.

214 ESCUCHURI AISA, E. Op. cit., p. 130.

215 J. VALLEJO, M. Op. cit., p. 760-761.

216 Como a proliferação legislativa (= degradação das normas) pode atingir a segurança jurídica, vide sobre a questão: PALMA FERNÁNDEZ, J. L. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, p. 19 e ss.

217 Cf. PÉREZ LUÑO, A.-E. Seguridad jurídica. *In:* VALDÉS, E. G.; LAPORTA, F. J. (ed.).

El Derecho y la Justicia, p. 481.

218 MEDAUAR, O. Segurança jurídica e confiança legítima. *In:* ÁVILA, H. (org.). *Fundamentos do Estado de Direito:* estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva, p. 115.

219 FERRAJOLI, L. *Ėl garantismo y la filosofía del derecho*, p. 66-67.

220 PÉREZ LUÑO, A.-E. Seguridad Jurídica. *In:* VALDÉS, E. G.; LAPORTA, F. J. (ed.). *El Derecho y la Justicia*, p. 483.

221 PÉREZ LUÑO, A.-E. Op. cit., p. 483.

222 Assim, SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional,* n. 57, 2006, p. 10.

223 Cf. PALAZZO, F. I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, p. 461 e ss.; idem. Principi costituzionale, beni giuridici e scelte di criminalizzazione, p. 11.

224 Idem. I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, p. 464-468.

225 Ibidem, 478-480.

226 Ibidem, p. 480.

227 Cf. CEREZO MIR, J. *Ċurso de Derecho Penal,* I, p. 41.

228 PALAZZO, F. I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, p. 481.

229 Cf. MIR PUIG, S. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *jus puniendo*, p. 205 e ss.

230 Ibidem, p. 208-209.

231 Ibidem, p. 209.

232 Não obstante, deve ele ser acompanhado de outras orientações especificamente dirigidas a uma finalidade político-criminal (por exemplo: no momento de amparar certo interesse social, pode ser importante a comparação com os bens jurídico-penais que integram o núcleo do Direito Penal, ou os que perduram há séculos ou estão enraizados na consciência social).

233 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Ċontrol social y sistema penal,* p. 199.

234 LACRUZ LÓPEZ, J. M. In: GIL GIL, A.; LÁCRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M.;

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal.* P. G., p. 10-11.

235 MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro,* p. 71 e ss.

236 Cf. MARCONI. La tutela degli interessi collettivi in ambito penale. *RIDPP*, p. 1.053.

237 Vide FERRAJOLI, L. *Il Diritto Penale mínimo. Dei delitti e delle pene*, 3, p. 493 e ss.

238 O Direito Penal deve ser mínimo no sentido da redução máxima quantitativamente na intervenção penal; da mais ampla extensão de seus vínculos e limites de garantia, e da mais rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva (FERRAJOLI, L. Op. cit., p. 521).

239 PRADO, L. R. *Direito Penal do ambiente*. 2. ed., p. 103.

240 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y sistema penal*, p. 196-197.

241 Cf. SANTANA VEGA, D. M. *La protección de los bienes jurídicos colectivos*, p. 78-96.

242 CARBONELL MATEU, J. C. Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos. Intereses difusos y Derecho Penal, *CDJ*, p. 16.

243 GONZALEZ RUS, J. J. *Los intereses económicos de los consumidores,* p. 84-85.

244 MIR PUIG, C

245 Ibidem, p. 214-215.

246 A propósito, adverte-se que o princípio da ofensividade se "equipara a um princípio de tolerância de desvio, idôneo a reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário, e, com isso, reforçar sua legitimidade e fiabilidade. Se o Direito Penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda a relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis, e ao ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, tão somente em abstrato, presumidamente perigosos, evitando assim o 'estelionato de etiquetas', consistente em qualificar como administrativas sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais" (FERRAJOLI, L. *Derecho y razón,* p. 479).

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

AGUADO CORREA, T. *El principio de proporcionalidade en derecho penal.* Madrid: Edersa, 1999.

AMELUNG, K. El concepto *"*bien jurídico*"* en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ANGIONI, F. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Chiarella: Sassari, 1980.

ANTOLISEI, F. Il problema del bene giuridico. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, v. XVII, 1939.

ARON, R. *Estudos políticos.* Brasília: EdUnb, 1972. v. 18.

AROSO LINHARES, J. M. Habermas e a universalidade do Direito. *Ėstudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia,* Coimbra, v. 2, 1984.

ARROYO ZAPARETO, L. Princípio de legalidad y reserva de ley em matéria penal. *REDC – Revista Española de Derecho Constitucional.* Madrid, 8, 1983.

BACIGALUPO, E. *Principios constitucionales de Derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Rev. Bras. de Ciências Criminais,* São Paulo: RT, n. 5, 1994.

BARBOSA CASTILLO, G.; GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. *Bien jurídico y derechos fundamentales*. Bogotá: Univ. Externado, 1996.

BARBOSA DE MELO. Democracia e utopia – Reflexões. *Rev. Humanística e*

Teologia, 1980.

BARROSO, L. R. *Temas de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2002.

BASILE, S. Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y liberdades públicas. *La Constitución Española de 1978.* Madrid: Civitas, 1981.

BATTAGLINI, G. *Direito Penal.* P. G. Trad. Paulo José da Costa Jr., Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 1.

BLACKBURN, S. *Dicionário Oxford de Filosofia.* Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene.* Torino: Torinese, 1765.

BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BENOIT, J. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Dalloz, 1975.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *ėt al. Lecciones de derecho penal.* Parte general. Barcelona: Praxis, 1996.

BETTIOL, G. *Direito Penal.* Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, v. 1.

_____. *Instituições de Direito e Processo Penal.* Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974.

BIANCHINI, A. *Pressupostos materiais mínimos de tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

BIRNBAUM, J. M. F. *Sobre la necesidad de una lesíon de derechos para el concepto de delito*. Trad. e Estúdio premilinar de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: Ibdef, 2010, p.17.

BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Derecho Constitucional.* Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1973.

BOBBIO, N. *Liberalismo e democracia.* Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. El analisis funcional del Derecho: tendencias y problemas. In: RUIZ MIGUEL, A. (Coord.). *Ċontribución a la teoria del Derecho.* Valencia: Fernando Torres, 1980.

_____. *O positivismo jurídico.* Trad. Márcio Pugliese *et al.* São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política.* Trad. Carmen Varriale *et al.* Brasília: EdUnb, s/d., v. l.

BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social.* Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Ċurso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Teoria do Estado.* São Paulo: Malheiros, 1995.

BOUDON, R.; BOURRICAUD, F. *Dicionário Crítico de Sociologia.* Trad. Maria Letícia G. Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática.

BRICOLA, F. Teoria generale del reato. *Novíssimo Digesto Italiano.* Turim: Utet, 1973. t. 9.

_____.Constituição e escolha de bens jurídicos. Trad. Faria Costa. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Aequitas, v. 4, 2, 1994.

BRUNO, A. *Direito Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, t. 1.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y sistema penal.* Barcelona: PPU, 1987.

CARO CORIA, D. C. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *RBCC.*, n. 66, p. 9-52, mai.-jun. 2007.

CARBONELL MATEU, J. C. Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos. Intereses difusos y Derecho Penal, *CDJ,* 1994.

_____. *Derecho Penal*: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant-lo-blanch, 1996.

CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal.* Bogotá: Temis, 1977. t. I.

CARVALHO, É. M. de. Las *"*condiciones objetivas de punibilidad impropias*"*:

vestigios de responsabilidad objetiva en el Código Penal español. *RDPC*, 2006.

CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español*. P. G. Madrid: Tecnos, 1985. v. 1.

_____. Culpabilidad y pena. *Problemas fundamentales del Derecho Penal.* Madrid: Tecnos, 1982.

_____. Direito Penal e Direitos Humanos: experiências espanhola e europeia. *Rev. Bras. C. Crim.* São Paulo: RT, n. 6, 1994.

_____. *Problemas fundamentales del Derecho Penal.* Madrid: Tecnos, 1982.

CERNICCHIARO, L. V., COSTA JR., P. J. *Direito Penal na Constituição.* São Paulo: RT, 1990.

CHEVALIER, J. *L'état de droit.* Paris: Montchrestien, 1999.

CHRISTENSON, R. M. *et al. Ideologias e política moderna.* Trad. Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 1974.

COELHO, Y. C. *Bem jurídico-penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COIMBRA, M. *Tratamento do injusto penal da tortura. São Paulo: RT, 2002.*

COPI, I. M. *Introdução à lógica.* São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CORDOBA RODA, J. *Culpabilidad y pena.* Barcelona: Bosch, 1977.

COSTA JR., P. J. *Comentários ao Código Penal.* São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1.

CUELLO, J. Presupuesto para una teoria del bien jurídico protegido en Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Madrid, 1981.

CUNHA LUNA, E. da. Bem jurídico. *Enciclopédia Saraiva de Direito.* São Paulo: Saraiva, 1978. v. 10.

DÍAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Edicusa, 1975.

_____. *Derecho Penal español. Parte general en esquemas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. *Revista Jueces para la Democracia*, v. 30, 1997.

_____.*Derecho penal español.* Parte general en esquemas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. *Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.*

_____. *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. L-H al profesor doctor do n José Cerezo Mir.

DOLCINI, E., MARINUCCI, G. Constituição e escolha de bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Lisboa: Aequitas, 1994. v. 4.

DONNA, E. *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, t. II, III e IV, 2008.

DONINI, M. *Teoria del reato.* Padova: Cedam, 1996.

DUFOUR, É. *Les néokantiens*. Paris: Vrin, 2003.

DÜRING, G. *Introducción a la ley fundamental. Law and State.* Tübingen: J. C. B. Mohr, 1988.

ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

ESCRIVÁ GREGORI, J. M. Algunas consideraciones sobre el Derecho Penal y Constitución. *Papers.* Barcelona, 1980. v. 13.

ESCUCHURI AISA, E. *Teoría de concurso de leyes y de delitos.* Granada: Comares, 2004.

FABRO, C. Bene. *Enciclopedia Cattolica Città del Vaticano*. Firenze: Sasoni, 1949. v. 2.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón.* Trad. Perfecto Andrés Ibañez *et al.* Madrid:

Trotta, 1997.

_____. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

_____. Il diritto penale mínimo. *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1985.

FERRATER MORA, J. *Diccionario de filosofia.* Buenos Aires: Sudamérica, 1975. t. I.

_____. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Loyola, 1999. t. I.

FERRAZ JR., T. S. Perversão ideológica dos direitos humanos. *Ciência Penal.* São Paulo: Bushatsky, 1974. v. 3.

_____. *Conceito de sistema no Direito.* São Paulo: Edusp/RT, 1976.

FERREIRA DA CUNHA, M. da C. *Constituição e crime*. Porto: Univ. Católica Ed., 1995.

FERREIRA DOS SANTOS, M. *Dicionário de filosofia e ciências culturais.* São Paulo: Maltese, 1963. v. 1.

FERREIRA FILHO, M. G. *Estado de Direito e Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1989.

FIANDACA, G.; MUSCO, E. *Diritto Penale.* Bologna: Zunichelli, 1994.

FIANDACA, G.; DI CHIARA, G. *Una introduzione al sistema penale*: per la lettura costituzionalmente orientata. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, J. Direito Penal e Estado de Direito Material. *RDP.* Rio de Janeiro: Forense, v. 31, 1982.

FIGUEIREDO JR., C. C. *A liberdade no Estado contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 1979.

FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. P. G. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal.* São Paulo: Max Limonad, 1982. v. 1, t. 1.

GARCIA DE ENTERRIÁ, E. La Constitución como norma jurídica. *La Constitución Española de 1978.* Madrid: Civitas, 1981.

GARCÍA-PELAYO, M. *Las transformaciones del estado contemporâneo.* Madrid: Alianza Universidad, 1995.

GAROFOLI, R. *Manuale di Diritto Penale.* Milano: Giuffrè, 2003.

GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional.* Ċoimbra: Almedina, 1983.

GOMES, L. F. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2002.

GOMEZ BENITEZ, J. M. Sobre la teoria del bien jurídico. *Rev. da Fac. de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* n. 69, s/d.

GOMEZ, M. G. de M. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.* São Paulo: RT, 2003.

GONZÁLEZ MORENO, B. *El Estado social.* Madrid: Civitas, 2002.

GONZALEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución.* Madrid: Mach, Serie Univ. 201, s/d.

_____. *Los intereses econômicos de los consumidores.* Madrid: Ministério de Sanidad y Consumo, 1986.

GOYARD-FABRE, S. *L'état.* Paris: Armand Colin, 1999.

GRACIA MARTIN, L. Nuevas perspectivas del Derecho Penal Tributário. *Actualidad Penal*, n. 10, 1994.

_____. *Las infracciones de deberes contables y registrales tributários en Derecho Penal*. Madrid: Trivium, 1990.

_____. *Fundamentos de dogmática penal*. Madrid: Atelier, 2006.

GUZMÁN DALBORA, J. L. Estúdio preliminar à obra *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, de Birnbaum. Montevideo: Ibdef, 2010.

HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal.* Trad. Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *Theorie und Soziologie des Verbrechens.* Frankfurt: Atenäum Fischer/Verlag, 1973.

HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminologia y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores.* Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1980.

HIRSCH, H. J. Soziale Adäquanz und Unrechtslehre. *ZStW*, 1962, t. 74, fasc.1, 1962.

_____. Acerca del estado actual de la discusión sbre el concepto de bien jurídico. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología.* Madrid: UNED, 2001.

HORMAZABAL MALAREE, H. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: PPU, 1991.

JAÉN VALLEJO, M. Principio constitucional *ne bis in idem*. *El derecho penal del siglo XXI*: homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba. Argentina: Jurídicas Cuyo, 2005.

JAKOBS, G. *Derecho Penal.* Parte General. Trad. J. Cuello Contreras e J. L. S. Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal.* P. G. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch. v. 1.

JESCHECK, H.-H. *Tratado de Derecho Penal.* P. G. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares.

JESUS, D. E. de. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1991.

JIMENEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Losada, 1964. t.

1 e 3.

_____. *Tratado de derecho penal.* 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1964, t. II.

_____. *Tratado de Derecho Penal.* 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1963, t. III.

_____. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1963, t. V.

KAUFMANN, A. *Teoria de las normas.* Trad. Erique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito.* Trad. Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

LACAZE, M. *Réflecions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal.* Paris: L.G.D.J, 2010.

LACRUZ LÓPEZ, J. M. In: GIL GIL, A.; LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. *Curso de Derecho Penal*. Parte general. Madrid: Dykinson, 2011.

LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de philosophie*. Paris: PUF, 1988. v. I.

LAMPE, E. J., Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis. *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag.* Berlim Walter de Gryter, 1974.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do Direito.* Trad. José de Souza e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s/d.

LEÃO, Y. C. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal.* São Paulo: RT, 1993.

LOPES, M. A. R. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: RT, 1994.

LUCAS VERDÚ, P. *La lucha por el Estado de Derecho.* Madrid: Real Colegio de España, 1975.

LUHMANN, N. *Sistemi sociali*. Trad. Alberto di Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1984.

LUISI, L. *Os princípios constitucionais penais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

LUZÓN PEÑA, D.-M.; MIR PUIG, S. *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal.* Pamplona: Aranzadi, 1995.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1.

MAIER, J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. v. I.

MAIHOFER, Werner. *Ėstado de Derecho y dignidade humana*. Trad. J. L. Guzmán Dalbora. Montevideo: IBDEF, 2008.

MAINBERG, V. *et al.* Environmental crime – Economic and everyone's delinquency. In: *Crime and criminal law*. Freiburg, 1988. v. 36.

MANTOVANI, F. *Diritto Penale.* Pádua: Cedam, 1988.

MARTÍN-RETORTILLO, L.; OTTO Y PARDO, I. de. *Derechos fundamentales y Constitución.* Madrid: Civitas, 1988.

MARTOS NUÑEZ, J. A. Principios penales en el estado social y democrático de Derecho, *RDC. Madrid: Uned, n.*1, 1991.

_____. El principio de intervención penal mínima. *ADPCP.* Madrid, n. 40, 1987.

MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

MAURACH, R. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. 1.

MAURACH, R.; ZIPF, H. *Strafrecht.* Heidelberg: G. Verlag, 1983. t. 1.

MERLE, R.; VITU, A. *Traité de Droit Criminel* P. G. Paris: Cujas, 1979. v. 2.

MERQUIOR, J. G. A *natureza do processo.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal.* São Paulo: Atlas, 1990. v. 1.

MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoria del delito en el Estado social y democrático del derecho*. Barcelona: Bosch, 1979.

_____. Objeto del delito. *Nueva Enc. Jurídica.* Barcelona: F. SEIX, 1982. t. XVII.

_____. *Derecho Penal.* Barcelona: Bosch, 1985.

_____. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del *jus puniendi. Estudios penales y criminológicos.* Univesidad de Santiago de Compostela, 1991. t. 14.

MONTESQUIEU, C. *Oeuvres completes.* Paris: Seuil, 1964.

MUÑAGORRI, I. *Sanción penal y política criminal*. Madrid: Reus, 1977.

MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho Penal.* Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *Teoria geral do delito.* Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NAVARRO DÍAS, I. *Mandato de determinación y tipicidade penal.* Granada: Comares, 2014.

NÁJERA GONZÁLEZ, X. *Importancia de la integración del bien jurídico*. Mexico: Porrúa, 2007.

NUNES, L. A. *Liberdade.* São Paulo: RT, 1995.

ORTOLAN, J. *Élements de Droit Penal.* Paris: E. Plon, 1875. t. I.

OTTO, H. Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand. *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik.* Köln: Carl H. Verlag, 1971.

PALAZZO, F. Valori costituzionale e Diritto Penale. *L'influenza dei valori costituzionale sui sistemi giuridici contemporanei.* Milano: Giuffrè, 1985.

_____. *Introduzione ai principi del Diritto Penale.* Torino: Giappichelli, 1999.

_____. *Principi costituzionale, beni giuridici e scelte di criminalizzazione.* Firenze: Capponi, 1990.

_____. *Il principio di determinatezza nel Diritto Penale*. Pádua: Cedam, 1979.

_____. I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, *Ver. Ital. Dir. e Proc. Penale.* Milano: Giuffrè, n. 2, 1992.

_____. Diritto Penale e società tecnologica. *Rev. Il Ponte.* Vallechi, 1991.

_____. Tutela dei Diritti, Tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche. *Rev. Ital. Dir. e Proc. Penale.* Milano: Giuffrè, n. 2, 1988.

_____. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

PALMA FERNÁNDEZ, J. L. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo, RT, 2003.

PANNAIN, R. Responsabilità oggetiva (Diritto Penale). *Novissimo digesto italiano.* Torino: Utet, v. XV.

PECES-BARBA, G. *Los valores superiores.* Madrid: Tecnos, 1986.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. *Los derechos fundamentales.* Madrid: Tecnos, 1998.

POLAINO NAVARRETE, M. *Ėl bien jurídico en el Derecho Penal.* Sevilha: Public de la Universidad, 1974.

PORTILLA CONTRERAS, G. Princípio de intervención mínima y bienes jurídicos coletivos. *ĊPC*, 39, 1989.

PRADO, L. R. A dialética juspositivista em torno da noção de Estado de Direito. *Rev. de Direito Constitucional e Ciência Política.* Rio de Janeiro: Forense, n. 4, 1985.

_____. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, RT, 50, 2008.

_____. *Direito Penal ambiental.* São Paulo: RT, 1992.

_____. *Multa penal*: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Crimes contra o ambiente.* 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Comentários ao Código Penal.* 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, v. 1.

_____. *Curso de direito penal brasileiro.* 13. ed. São Paulo: RT, 2014. Volume único.

_____. *Direito Penal do ambiente.* Meio ambiente. Patrimônio cultural. Ordenação do território. Biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005). 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Tratado de Direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2014, v. 1.

PRADO, L. R.; BITENCOURT, C. R. *Elementos de Direito Penal.* Parte Geral. São Paulo: RT, 1995.

PREDIERI, A. El sistema de las fuentes del Derecho. In: *La Constitución Española de 1978.* Madrid: Civitas, 1981.

PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003

QUERALT JIMÉNEZ, J. "Ne bis in idem": significados constitucionales. In: *Política criminal y Reforma penal.* Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Unidas, 2000.

RADBRUCH, G. Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, SCHIMIDT e WELZEL. *Derecho injusto y Derecho nulo.* Trad. J. M. Rodriguez Paniagua. Madrid: Aguilar, 1971.

RANIERI, *S. Diritto Penale.* P. G. Milano: Ambrosiana, 1945.

REALE, M. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. *Questões de direito público.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

RECASENS SICHES, L. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 2013.

RENAUT, A. Les positivismes et le droit: du positivisme philosophique au positivisme juridique. *Cahiers de philosophie politique et juridique* Caen: Centre de philosophie politique et juridique de l'université de Caen, 13, 1988.

RIBEIRO BASTOS, C. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCCO, A. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal.* Trad. Gerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2001.

ROLDÁN BARBERO, H. *Adecuación social y teoría jurídica del delito.* Córdoba: Serv. Publicaciones. Universidad de Córdoba, 1992.

ROMANO, M. *Commentario sistematico del Codice Penale*. Milano: Giuffrè, 1987. t. 1.

ROSS, A. *Colpa, responsabilità e pena.* Trad. Birgit Bendixen e Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1972.

ROXIN, C. *Política criminal y sistema del Derecho Penal.* Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal.* Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, s/d.

RUDOLPHI, H. J. Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. *Festschrift für Richard M. Honig.* Göttingen: Verlag, 1970.

_____. El fin del derecho penal del Estado y las normas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, B. *El sistema moderno del Derecho Penal.* Trad. Jesús-María Silva Sanchez. Madrid: Tecnos, 1991.

RUEDA MARTÍN, M. Á. *La teoria de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción* (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídicos-penales en el ámbito de lo injusto). Barcelona: Bosch, 2001.

SANTANA VEGA, D. M. *La protección de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SICURELLA, R. *Nulla poena sine culpa:* um véritable príncipe commun européen. *RSCDPC*

SILVA FRANCO, A. *Temas de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1986.

SILVEIRA, R. de M. J. *Direito Penal supraindividual*: interesses difusos. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo: RT, 2003.

STRATENWERTH, G. *Derecho Penal.* Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

TAIPA DE CARVALHO, A. A. *Ċondicionalidade sociocultural do Direito Penal*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1985.

_____. *Direito Penal*. Parte Geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

TAVARES, J. *Teorias do delito*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEUBNER, G. *O Direito como sistema autopoiético*. Trad. José E. Antunes. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

TIEDEMANN, K. *Die Newordnung des Umweltstrafrechts*. Berlin: Gruyter, 1980.

_____. *Poder econômico y delito.* Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

VON FEUERBACH, A. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. E. R. Zaffaroni e Irmã Hagemeir. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

VON LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. Luís Jimenez de Asúa. 3. ed. Madrid: Reus. t. 2.

_____. *La teoria dello scopo nel Diritto Penale*

WELZEL, H. *Derecho Penal alemán*. P. G. Trad. Bustos Ramírez e Yánez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

_____. *O novo sistema jurídico-penal.* Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Estúdios de filosofia del Derecho y Derecho Penal*. Montevideo: Ibedf, 2004.

WELZEL, H. El problema de la validez del Derecho. In: RADBRUCH, G., SCHIMIDT, E.; WELZEL, H. *Derecho injusto y Derecho nulo.* Trad. J. M. Rodriguez Paniagua. Madrid: Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, E. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Ediar, 1982. v. 1 e 3.

ZIPF, H. *Kriminalpolitik.* Heidelberg: Verlag, 1980.

_____. *Introducción a la política criminal:* derecho natural y justicia material. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1979.

OBRAS DO AUTOR

Bem jurídico-penal e Constituição. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Comentários ao Código Penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

Crimes contra o ambiente. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

Curso de Direito Penal brasileiro. Parte Geral. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. v. 1.

Curso de Direito Penal brasileiro. Parte Especial. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. v. 2.

Curso de Direito Penal brasileiro. Parte Especial. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. v. 3.

Curso de Direito Penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2015 (v. único – em coautoria).

Direito de Execução Penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2011 (Coord.).

Direito Penal. Parte Geral. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

Direito Penal. Parte Especial. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. v. 2, 3 e 4.

Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007 (Coord.).

Direito Penal do Ambiente – Biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005); Meio ambiente; Ordenação do território; Patrimônio cultural. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

Direito Penal Econômico. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Direito Processual Penal. Parte I. São Paulo: RT, 2009, v. 1 (Coord.).

Direito Processual Penal. Parte II. São Paulo: RT, 2009, v. 2 (Coord.).

Elementos de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: RT, 2005, v. 1.

Elementos de Direito Penal. Parte Especial. São Paulo: RT, 2005, v. 2.

Execução Penal. Processo e execução penal. São Paulo: RT, 2009, v. 3 (Coord.).

Falso testemunho e falsa perícia. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

Leis Penais especiais. Parte I. Direito Penal. São Paulo: RT, 2009. v. 5. (Coord.).

Leis Penais especiais. Parte II. Direito Penal. São Paulo: RT, 2009. v. 6. (Coord.).

Multa penal: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: RT, 1993.

O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Hanz Welzel. (trad.). 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: RT, 2010 (Coord.).

Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. Coautoria com Érika Mendes de Carvalho (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 1).

Tratado de Direito Penal brasileiro. São Paulo: RT, 2014 (9 v.)