

MIGUEL TASSINARI DE OLIVEIRA

BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – sub-área Processo Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

Mesmo consciente de que mereciam muito mais, dedico este humilde trabalho:

À Deus, Nosso Senhor, por tudo que sou e que tenho, principalmente, por me fazer nascer em “berço de ouro”.

À memória de Maria José Salomon Tassinari, a querida “Vovó Zezé”, de quem não esqueço jamais e a quem devo os melhores momentos de minha infância e início de juventude, principalmente aqueles vividos em Itajubá-MG.

À memória de Carlos Irahya de Oliveira, o inesquecível “Tio Carlinhos”, Promotor de Justiça incomparável, que incutiu em mim o amor incondicional pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

À Sidney Celso de Oliveira e Maria de Lourdes Tassinari de Oliveira, pais inigualáveis, exemplos de abnegação em favor dos filhos, por me ensinarem o caminho do bem.

À Luiz Carlos Tassinari de Oliveira, verdadeiro irmão, que, sem hesitar, se pôs ao meu lado sempre que precisei.

À Heloisa Helena Barros Soares de Oliveira, a minha “Lena”, eterna detentora do monopólio do meu amor, com quem constitui a família que tanto prezo e da qual adveio o que há de mais importante para mim, meus filhos.

A Maria Júlia e Miguelzinho, filhos que amo com intensidade imensurável e que constituem a fonte inesgotável da energia que me habilita para a luta do dia-a-dia.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, que conhece em profundidade as Ciências Criminais, pela precisa orientação e constante incentivo.

À Carlos Renato Ferreira Zanini e Célio Silva Castro Sobrinho, amigos no verdadeiro sentido da palavra, que não mediram esforços para suprir minha ausência na Promotoria de Justiça de Itapetininga durante a frequência às aulas e demais atividades do Mestrado.

RESUMO

A presente pesquisa visa delinear os limites impostos à atividade legiferante no que toca a elaboração de normas penais incriminadoras.

O fim almejado é alcançado mediante a formatação de um conceito material de crime, que tem por essência a noção bem jurídico penal, enquanto bem, valor ou interesse indispensável à manutenção da vida em sociedade.

O crime se mostra, sob o aludido aspecto material, como a violação ou a exposição a perigo de um bem jurídico penalmente tutelado.

A Constituição do Estado é apresentada como único instrumento apto a revelar os bens jurídicos dignos de tutela penal, porque é nela que, explícita ou implicitamente, se consagram os bens, valores ou interesses imprescindíveis à preservação do corpo social e ao adequado desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Também porque se a pena implica a restrição de bem constitucionalmente consagrado (liberdade ou patrimônio) é razoável, até por uma questão de proporcionalidade, que só seja utilizada como instrumento de tutela de um bem que igualmente ostente relevância constitucional.

Mas a mera dignidade penal do bem jurídico, revelada por sua consagração constitucional, não se apresenta como suficiente para autorizar o legislador ordinário à promover a sua tutela através do Direito Penal, exigindo-se, ainda, a verificação da carência da intervenção do Estado por meio da proibição ou imposição de uma conduta mediante a cominação de pena, o que, em regra, é feito caso a caso pelo legislador. Em regra porque há hipóteses de imposições constitucionais de criminalização de condutas que afrontem determinados bens jurídicos, nas quais o constituinte chama para si a incumbência não só de proclamar a dignidade penal do bem como de atestar a carência de sua tutela pelo Direito Penal.

Analisa-se tais hipóteses de imposições constitucionais de criminalização, bem como as consequências e os meios de coibir o desrespeito do legislador ordinário a elas.

ABSTRACT

To present research it seeks to delineate the limits imposed to the make law activity in what plays the elaboration of criminal laws.

It is reached the end longed for by the formatting of a material concept of crime, that has well for essence the notion juridical penal, while well, value or indispensable interest to the maintenance of the life in society.

The crime comes, under mentioned it material aspect, as the violation or the exhibition to danger of a juridical good protected by the criminal law.

It comes the Constitution of the State as only instrument to be able for revealing the juridical goods worthy of penal protection, because it is in itself, explicit or implicitly, the goods, values or indispensable interests are established to the preservation of the social body and the appropriate development of the personality of their members. Also because if the feather implicates the restriction constitutionally of well established (freedom or property) it is reasonable, even for a proportionality subject, that is only used as instrument of protection of a good that even shows constitutional relevance.

But the simple penal dignity of the juridical good, revealed by its constitutional establishment, it doesn't come as enough to authorize the lawmaker to promote his protection through the criminal law, being demanded, still, the verification of the lack of the intervention of the State through the prohibition or imposition of a conduct by the threat of punishment, which, in rule, it is made case to case by the lawmaker. In rule because there are hypotheses of constitutional impositions of criminalization of conducts to confront certain juridical goods, in which the constitutional lawmaker calls for himself the incumbency not only of proclaiming the penal dignity of the as well as of attesting the lack of her protection by the criminal law.

Such hypotheses of criminalization constitutional impositions are analyzed, as well as the consequences and the gears for cohibiting the disrespect of the lawmaker to them.

BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 01 |
| 1. – <u>O bem jurídico como essência do conceito material de crime</u> | |
| 1.1. – Considerações preliminares | 05 |
| 1.2. – Evolução histórica do conceito de bem jurídico | |
| 1.2.1. – O iluminismo penal e o conceito material de crime | 12 |
| 1.2.2. – O bem jurídico na concepção de Johan Michael Franz Birnbaum | 19 |
| 1.2.3. – O bem jurídico no pensamento de Karl Binding e Franz Von Liszt | 26 |
| 1.2.4. – O conceito metodológico na visão de Honig | 34 |
| 1.2.5. – Teorias sociológicas sobre o bem jurídico | 37 |
| 1.2.6. – O Estudo do Bem jurídico no Brasil | 45 |
| 1.3. – Conceito e funções do bem jurídico | 50 |
| | |
| 2. – <u>Bem jurídico-penal e Constituição</u> | |
| 2.1 – Considerações Preliminares | 57 |

| | |
|---|-----------|
| <i>2.2 – Concepção Constitucional de Estado, função do Direito Penal e determinação dos bens jurídicos penais</i> | <i>63</i> |
| <i>2.3. – Princípios constitucionais fundamentais relacionados à teoria do bem jurídico-penal</i> | <i>66</i> |
| <i>2.31. – Princípio da intervenção mínima: fragmentariedade e subsidiariedade</i> | <i>69</i> |
| <i>2.3.2. – Princípio da ofensividade</i> | <i>74</i> |
| <i>2.4. – Teorias constitucionais do bem jurídico-penal</i> | <i>79</i> |
| <i>2.5. – A constituição como limite negativo do Direito Penal</i> | <i>81</i> |
| <i>2.6. – A constituição como limite positivo do Direito Penal</i> | <i>88</i> |

3.– Imposições constitucionais de criminalização

| | |
|--|------------|
| <i>3.1.– Considerações Preliminares</i> | <i>101</i> |
| <i>3.2.–Determinações constitucionais expressas de criminalização</i> | <i>109</i> |
| <i>3.3.–Determinações constitucionais implícitas de criminalização</i> | <i>121</i> |

4. – A questão do controle de constitucionalidade nos casos de descumprimento dos mandados de criminalização

| | |
|---|------------|
| <i>4.1 – Considerações preliminares sobre as formas de inconstitucionalidade, os sistemas e critérios de controle, e os efeitos da declaração da afronta à Constituição</i> | <i>129</i> |
| <i>4.2. – As inconstitucionalidades por ofensas aos mandados de criminalização e as consequências de sua declaração</i> | <i>139</i> |
| CONCLUSÕES | 148 |

INTRODUÇÃO

Já se foi o tempo em que o legislador gozava de total liberdade para definir as condutas humanas, positivas ou negativas, que constituiriam o complexo das normas penais incriminadoras.

Os ventos do liberalismo que impregnaram o movimento da ilustração revelaram a exigência de se estabelecer, a par da garantia delineada pelo aspecto formal do princípio da legalidade, o conteúdo das normas penais incriminadoras, de modo a delimitar as fronteiras do Direito Penal.

Um Estado de Direito Material, que vele intransigentemente pelos direitos fundamentais, não pode admitir a utilização do Direito Penal, arma mais forte de que se vale o Estado para o controle social, de forma indiscriminada.

Estado que adote tal modelo não se satisfaz mais com a conceituação de crime como sendo tudo aquilo que, através de lei, o Poder Legislativo descreve como tal. Portanto, não se discute mais a insuficiência de um conceito puramente formal de crime.

Daí o inevitável estabelecimento de um conteúdo material para o conceito de crime, consubstanciado na violação ou exposição a perigo concreto dos bens, valores ou interesses indispensáveis para a convivência social, sob pena de se admitir uma ofensa injustificada a direitos fundamentais da pessoa a quem se atribui a prática da infração penal, eis que a imposição de pena, invariavelmente, acarreta restrição à liberdade ou ao patrimônio do sujeito ativo do crime, quando não de ambos.

Estes bens, valores ou interesses indispensáveis para a manutenção da coexistência, chamados de bens jurídicos, constituirão a essência do conceito material de crime, que, como elementos antecedentes à formação do Direito e extraídos pelo legislador do meio social, terão a função de limitar e fundamentar a atuação legiferante no âmbito penal.

No entanto, considerando que a mera colocação de tais idéias no campo abstrato seria insuficiente para alcançar o objetivo pretendido, ou seja, evitar a criminalização de comportamentos que não constituam, ao menos, um perigo a tais pressupostos de convivência em comunidade ou a descriminalização daqueles que ostentem tal potencial lesivo, a proposta do presente trabalho é encontrar, cientificamente, o caminho para a precisa definição destes bens, interesses ou valores dignos de tutela penal.

Com a presente pesquisa buscou-se tratar o bem jurídico penal, enquanto essência do conceito material de crime, em estreita correlação com a Constituição Federal, apresentada aqui como sua única fonte.

Foi nosso intento analisar em que medida a Constituição Federal limita e impõe ao legislador ordinário a atuação no âmbito penal, bem como ressaltar os métodos que devem ser seguidos por ele para a individualização dos bens jurídicos que mereçam tutela penal.

E tal limite ou imposição estão estreitamente ligados aos pressupostos da dignidade penal do bem jurídico, de definição exclusiva da Constituição, e da necessidade de sua proteção pelo Direito Penal, cuja verificação, em regra, ficará a cargo do legislador ordinário.

Pretendemos demonstrar no curso da exposição que a regra da verificação da carência de tutela penal pelo legislador será excepcionada nos casos das imposições constitucionais de criminalização, em que o próprio constituinte atesta a dignidade penal do bem jurídico e a carência de sua tutela pelo Direito Penal, antecipando-se, no que toca a este último pressuposto, ao Poder Legislativo.

O estudo das teorias constitucionalistas do bem jurídico se desenvolveu no presente trabalho em subordinação aos princípios constitucionais ligados à matéria, mais precisamente os da fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade, derivados da concepção

de um Direito Penal de intervenção mínima, tentando demonstrar que mesmo o enfoque da Constituição como fundamento da atuação criminalizadora não risca os aludidos postulados.

No entanto, para que se chegasse a tal conclusão, longo percurso teve de ser vencido, partindo da imprescindibilidade de se cunhar um conceito material de crime, transistemático e com função crítica, e que apresentasse o bem jurídico como sua essência, até alcançar as teorias constitucionalistas do Direito Penal.

E esse itinerário foi percorrido em três capítulos.

No primeiro capítulo, depois de ressaltarmos a exigência de um conceito material de crime, como limite e fundamento da atuação legislativa no campo penal, sustentamos a tese de que a essência do aludido conceito repousa na noção de bem jurídico.

Ainda no primeiro capítulo desenvolvemos detida análise da evolução histórica do conceito de bem jurídico, desde o iluminismo penal até as modernas teorias sociológicas do Direito Penal, trazendo sinteticamente as posições adotadas por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, Johan Michael Franz Birnbaum, Karl Binding, Franz von Liszt, R. Honig, Knut Amelung, Jürgen Habermas, Günther Jakobs e Winfried Hassemer.

Em seguida, discorremos sobre o desenvolvimento dos estudos a respeito do tema encetados por juristas brasileiros e encerramos o capítulo inicial esboçando o conceito e as funções do bem jurídico.

No segundo capítulo defendemos a referência obrigatória à Constituição, que se apresenta como fonte exclusiva dos bens jurídicos penalmente tuteláveis.

Analisa-se os princípios da intervenção mínima, do qual decorrem os da fragmentariedade e subsidiariedade, e da ofensividade, fundamentos de uma teoria do bem jurídico que se assente na Constituição.

Antes de encerrarmos o Capítulo 2 destrinchamos as teorias constitucionalistas do bem jurídico, ponto central da pesquisa, em suas vertentes mais amplas, que conferem à Constituição apenas o atributo

de limite negativo do Direito Penal, bem como naquelas mais restritas, que apresentam a Lei Maior como limite positivo daquele ramo do Direito.

Ato contínuo, no Capítulo 3, desenvolvemos o estudo relacionado às imposições constitucionais de criminalização, tanto no que concerne àquelas previstas expressamente na Lei Fundamental quanto às que decorrem do próprio modelo de Estado adotado constitucionalmente e de uma ordem de valores estabelecida hierarquicamente na Constituição, cuja inobservância, que também se revela na eleição de meios de proteção excessivos ou deficientes, se apresenta como hipótese de afronta ao princípio da proporcionalidade.

Também aqui, discorreremos sobre a questão da vinculação do legislador às normas constitucionais que veiculam os mandados de penalização.

Ao final, acrescenta-se ao trabalho um capítulo destinado à análise de tema instrumentalmente conexo ao objeto do estudo.

No Capítulo 4 se encerra a pesquisa com o debate relacionado ao controle de constitucionalidade da atuação legislativa que descumpra as determinações de criminalização, quer mediante a revogação de leis editadas em obediência aos aludidos mandamentos constitucionais, quer através do desatendimento de tais mandados, por mera inércia legislativa. Analisa-se neste capítulo a eficácia prática das decisões tomadas pelo Poder Judiciário nas ações constitucionais intentadas para coibir tais comportamentos do legislador maculados pela inconstitucionalidade.

Embora não se trate de tema inédito, no Brasil ou no estrangeiro, pois já constitui objeto de primorosas monografias, que encararam o tema sob os mais diversos enfoques, é indiscutível a importância do estudo, ainda mais no momento em que vivemos, de proliferação desordenada da legislação penal, decorrente, inclusive, dos novos riscos nascidos com a modernização da sociedade.

Mais do que nunca, se exige a atenção dos estudiosos, dos criadores e dos aplicadores do ordenamento jurídico-penal para evitar tanto uma excessiva e arbitrária atuação legislativa no âmbito penal, como também uma atuação deficiente que deixa ao desamparo de proteção idônea bens jurídicos que se revistam de inegável importância para a manutenção da vida em sociedade.

1. - O bem jurídico como essência do conceito material de crime

1.1. - Considerações preliminares

Quid est crimen?

É tudo e só aquilo que o legislador considera como tal?

O simples fato do legislador cominar uma pena à prática de determinada conduta indesejada é suficiente para transformá-la em criminosa?

Ainda que se reconheça que tais indagações foram respondidas afirmativamente durante um longo lapso temporal no curso da história, mais precisamente durante todo o período em que vigoraram as concepções do positivismo legalista¹, é inevitável a conclusão de que, no atual estágio do desenvolvimento do Direito Penal, não se admite mais um conceito puramente formal de crime.

Se é certo que a aludida concepção estritamente formal de crime, que concebia como tal todo e qualquer comportamento proibido pelo legislador mediante descrição típica e cominação de pena, era perfeitamente compatível com as características políticas e metodológicas próprias de um Estado de Direito, meramente formal e individualista, não é menos verdadeiro que um Estado Democrático de Direito, como aquele em que se constitui a República Federativa do Brasil², que, acima da mera legalidade formal, busca a realização de justiça material, não pode compactuar com visão tão simplista da questão.

¹ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p. 106.

² Artigo 1º, “caput”, da Constituição Federal.

É evidente que tal assertiva não busca menoscar da relevância fundamental ostentada pelas garantias formais derivadas do conceito de Estado de Direito, principalmente no que concerne ao princípio da legalidade³, pilar de sustentação da segurança jurídica e da liberdade individual.

Pelo contrário, o que se busca é a complementação de tais garantias mediante a vinculação do Estado a obrigação de realização de justiça material.

Jorge de Figueiredo Dias nos lembra de que o princípio *nullum crimen sine lege* está político-criminalmente fundado e integra a específica teleologia do sistema⁴.

No mesmo sentido sustenta Claus Roxin a necessidade de “partir da tese de que um moderno sistema jurídico-penal deve estar estruturado teleologicamente, ou seja, construído atendendo a finalidades valorativas”⁵.

Nestes termos, é necessário concluir que a decisão do legislador penal de criminalizar determinada conduta deve estar orientada pela finalidade legítima que o Direito Penal deve desempenhar na sociedade.

É indiscutível que a pena é a sanção mais severa contida no ordenamento jurídico, pois restringe direitos fundamentais do sujeito ativo do crime, dentre os quais a liberdade e o patrimônio.

³ Ademais, Alberto Silva Franco salienta que dentre as garantias derivadas do princípio da legalidade, encontra-se a criminal, consistente na exigência “de prévia descrição, sem cláusulas gerais ou conceitos porosos ou, mesmo indefinidos, de uma conduta humana lesiva (ou que ponha em perigo) a bens de vital importância para a vida societária ou para o pleno desenvolvimento da pessoa humana”. Prossegue o aludido mestre asseverando que “o princípio da legalidade (...) não se exaure, contudo, na sua dimensão formal. O conceito material de crime não está superposto à área de significado do princípio da legalidade, como se fosse verso e reverso da mesma moeda”. Agora com base no pensamento de Jorge de Figueiredo Dias (Questões fundamentais do direito penal revisitadas, São Paulo: RT, 1999, p. 55.) dá continuidade à sua linha de raciocínio mencionando que “o crime, na sua angulação material, não pode, portanto, ser confundido com o fato punível, não permite identificar ‘quais as qualidades que o comportamento deve assumir para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais’. O conceito material do crime traz, portanto, à colocação do problema da função e dos limites do Direito Penal, conduzindo à formulação de um questionamento que se situa exteriormente ao próprio ordenamento penal legalmente constituído e que permite determinar as características materiais da conduta criminosa e das conseqüências jurídicas dela decorrentes, além de estabelecer os limites do Direito Penal diante de outros controles sociais formais”. Franco, Alberto Silva. Crimes Hedionodos, p. 53/54.

⁴ Dias, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais, p. 36.

⁵ Roxin, Claus. Derecho Penal, § 7 nm. 51, p. 217.

Janaína Conceição Paschoal ainda nos lembra de que, fora a liberdade, o Direito Penal ainda priva o sujeito ativo da infração penal de outros interesses que lhe são caros, como o convívio familiar e os direitos políticos, além de submeter seus parentes mais próximos a restrições financeiras derivadas do encarceramento daquele a quem cabe a manutenção do lar⁶.

Em razão de tais circunstâncias, a pena deve ser reservada àqueles fatos que ofendem de forma mais intensa as condições de sobrevivência em sociedade.

Afinal, Francesco Carrara⁷ já apontava a tutela jurídica como a principal razão de ser da pena.

O jurista italiano apresentava o delito como ente jurídico e advertia que não se confundiam objeto do delito e objeto da ação, eis que o mesmo não é punido como fato material, mas como fato jurídico. Afirmava Carrara que “a ação material terá por objeto a coisa ou o homem; o ente jurídico não pode ter por objeto senão uma idéia, o direito violado, que a lei protege com sua proibição”⁸.

Assim, apenas estes fatos que transgridem de modo mais grave aqueles pressupostos mínimos para a manutenção do corpo social e das condições indispensáveis para o regular desenvolvimento da personalidade de cada um de seus componentes poderão ser adjetivados de criminosos.

Nesta linha de raciocínio, Hans-Heinrich Jescheck afirma que “todas as normas jurídico-penais estão embasadas em um juízo de valor positivo sobre bens vitais que são imprescindíveis para a convivência das pessoas na comunidade e que, por isso, devem ser protegidos através da coação estatal mediante o recurso da pena pública”⁹.

Essas condições indispensáveis à convivência em sociedade e ao desenvolvimento adequado da personalidade de cada cidadão são chamadas de bens jurídicos, que, na precisa visão de Claus Roxin, constituem “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias

⁶ Paschoal, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, p. 25.

⁷ Carrara, Francesco. Programa de Direito Criminal, p. 36.

⁸ Idem, §§ 35 e 36, p. 56/57.

⁹ Jescheck, Hans-heinrich e Weigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal – Parte General, p. 7/8. “*Todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública*”.

para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento do sistema estatal que se baseia nestes objetivos”¹⁰.

Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, percorrendo um caminho bem mais longo para chegar à mesma conclusão, explicam que “o direito é um instrumento de viabilização da existência humana, entendendo por existência, em poucas palavras, a relação de cada homem com o seu ser, isto é, a escolha que cada qual faz do que quer ser e chegar a ser, assim como a realização desta escolha. A existência humana não pode ser senão na forma de coexistência, de existir com outros que também existem. O asseguramento das existências simultâneas (coexistência) se cumpre com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos, fazendo mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode auto-realizar-se. Estes entes são os bens jurídicos ou direitos. A função de segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não da proteção de bens jurídicos (direitos) como forma de assegurar a coexistência”¹¹.

O bem jurídico, portanto, apresenta-se como a essência do conceito de crime, permitindo a sua definição material, que servirá de limite e fundamentação da intervenção punitiva do Estado.

Jorge de Figueiredo Dias salienta que “quando se pergunta por um conceito material de crime procura-se uma resposta, antes de tudo, à legitimação material do direito penal, isto é, à questão de saber qual a fonte de onde promana a legitimidade para considerar certos comportamentos humanos como crimes e aplicar aos infratores sanções de espécie particular”¹².

Portanto, sob o enfoque material, o crime só pode ser visto como a violação ou a exposição a perigo de um bem jurídico penalmente tutelado.

Por isso, Alberto Silva Franco deixa claro que “embora o conteúdo do conceito de crime tenha sido analisado sob diversas perspectivas, prevalece, na atualidade, a perspectiva teleológica-funcional

¹⁰ Roxin, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. p. 18/19.

¹¹ Zaffaroni, Eugênio Raúl e Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal, p. 86.

¹² Dias. Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p. 106.

pela qual ‘o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal’(...)”¹³.

Fatos que não ostentem ao menos esta potencialidade lesiva de um bem jurídico jamais poderão ser criminalizados.

Ademais, Luiz Regis Prado observa que “na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos”¹⁴.

De outro lado, é importante lembrar que a aludida definição material de crime deve revelar um conceito transistemático, ou seja, que se encontre fora do direito positivo, mesmo porque, enquanto responsável pelo desenho das fronteiras que circunscrevem o Direito Penal, constitui padrão crítico do direito legislado e daquele a se constituir.

Destinado a legitimar e limitar a intervenção penal do Estado, o conceito material de crime deve apontar ao legislador as matérias passíveis de criminalização e aquelas que devem permanecer distantes da repressão penal.

Nesta linha de raciocínio, em que se concebe o bem jurídico-penal como essência do conceito material de crime, Maurício Antonio Ribeiro Lopes o aponta como identificador de objetos concretos de tutela penal¹⁵.

E não é de hoje que se busca um padrão crítico, transistemático, que possa servir de norte ao legislador penal. Note-se que, ao cunhar um conceito natural de crime, ao seu tempo, Rafael Garófalo já ostentava tal intenção¹⁶.

¹³ Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 55.

¹⁴ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 31.

¹⁵ Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. Teoria Constitucional do Direito Penal, p. 287.

¹⁶ Dizia Garófalo “que o elemento de moralidade necessário para que a consciência publica qualifique de criminosa uma acção, é a ofensa feita á parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de *piedade* e de *probidade* – não, bem entendido, á parte mais commum, á que se considera patrimonio moral indispensável de todos os individuos em sociedade. Essa ofensa é precisamente o que nós chamaremos de *delicto natural*” (Criminologia, p. 59). A definição de Garófalo, apesar de ter dado seu contributo a política e a dogmática criminal, recebeu severas críticas da doutrina, que apontavam a impossibilidade de forjar um conceito universal de crime, sem que se considerasse o aspecto histórico, ou seja, sem que fossem observadas as condições sociais, econômicas e culturais de cada sociedade. Sob este aspecto, Maria da Conceição Ferreira da Cunha ensina que “apesar das tentativas feitas para se encontrar um conceito natural de crime, apesar de eventuais “constantes” (ou “constantes evolutivas”, se assim pudermos designar), a definição dos bens jurídicos penais depende sempre das condições sociais,

Jorge de Figueiredo Dias recorda “que na mesma linha se poderá referir a construção posterior de Durkheim que, todavia, começando por determinar os sentimentos cuja violação constituiria o crime não em termos de comunidade civilizacional, mas nos parâmetros mais circunscritos de uma formação social concreta, politicamente organizada, acabava por abandonar a tentativa de determinação material dos sentimentos violados e por optar por uma sua caracterização formal: serem comuns à consciência coletiva, *fortes e precisos*”¹⁷.

Mas não basta o estabelecimento de um conceito vago de bem jurídico, de forma meramente abstrata, como até agora se fez, para que a definição material de crime alcance sua finalidade de limitação e fundamentação do poder punitivo estatal.

A questão maior, no entanto, é a fixação concreta dos critérios pelos quais se deve proceder a seleção dos valores sociais indispensáveis para a vida comunitária e que, portanto, merecerão tutela penal.

Quais são esses valores fundamentais? Como se deve proceder a seleção dos mesmos?

Maria da Conceição Ferreira da Cunha assevera que “é inquestionável que criminalizar ou descriminalizar implica juízos de valor. Só que, todo o labor em torno de um conceito de bem jurídico com sentido crítico, teve sempre em vista reduzir o campo de arbítrio ou, talvez melhor, de subjetivismo do legislador, limitando-o por um critério simultaneamente legítimo e eficaz”¹⁸.

Este limite legítimo e eficaz ao legislador de que nos fala a autora só aparecerá mediante a concretização da referida noção abstrata de bem jurídico, o que deve se dar através de um instrumento mediatizador, que, na ótica da doutrina majoritária, à qual aderimos neste trabalho, só pode ser a Constituição.

econômicas e culturais, do ambiente valorativo de cada sociedade, em cada época histórica. Os valores essenciais para o Homem (e são estes de que o Direito Penal se ocupa), podendo embora apresentar algo de comum, não há dúvida de que variam com o tempo e o lugar; assim, o crime terá de ser, necessariamente, histórico-espacialmente situado. O tipo de criminalidade modifica-se no espaço e no tempo, em qualidade e em quantidade. Tal é condicionado pelo contínuo fluir, sobrevir e pela configuração das modalidades e das formas sociais e estruturais” (“Constituição e Crime” – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, p. 14/16).

¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p. 108.

¹⁸ Cunha, Maria da Conceição Ferreira. “Constituição e Crime” – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, p. 110/111.

Há uma indissolúvel relação entre bem jurídico-penal e Constituição, apresentando-se esta como única fonte daquele, em uniformidade com as exigências de um Estado Democrático de Direito.

No entanto, para que a teoria do bem jurídico alcançasse tal patamar de evolução foi necessário percorrer um sinuoso caminho, marcado por progressos e retrocessos.

Com base em tal constatação e acentuando a abstração do conceito de bem jurídico, Manuel da Costa Andrade nos alerta que “a impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenômenos de revolução no sentido etimológico (*revolutio*) de retorno ao que se julgava já irrepetivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir os conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinômicos¹⁹”.

Deixando mais clara a sua constatação no sentido de que as teorias formadas em torno do bem jurídico no curso de sua história conferiram a ele os mais diversos significados, muitos deles evidentemente contraditórios, Manuel da Costa Andrade diz que “já se definiu o bem jurídico como de índole extra-jurídica e, a par disso, como conceito puramente jurídico; como puramente espiritual e imaterial e, a par disso, como meramente empírico-naturalista; como entidade consistentemente substancial ou como essência puramente relacional; como imanente ao sistema e acrítico e, simultaneamente como transistemático e crítico; como de sentido liberal, garante da liberdade e da tolerância, e como fundamento da criminalização e, mesmo, como instrumento de legitimação do direito penal mais totalitário”²⁰.

É o que restará delineado através da digressão histórica que adiante se verá.

¹⁹ Andrade, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia, p. 391.

²⁰ Idem, p. 391.

1.2. – Evolução histórica do conceito de bem jurídico

1.2.1. – O iluminismo penal e o conceito material de crime

Embora historicamente a criação do termo bem jurídico seja atribuída a Johan Michael Franz Birnbaum, foi Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach o primeiro penalista a limitar o âmbito de intervenção do Direito Penal.

Ainda que, no período iluminista, não se veja empregar o termo “bem jurídico”, que só aparece no século XIX, conforme faz consignar Sina, “houve uma linha directa que conduziu das idéias liberais do Iluminismo ao conceito de bem jurídico”²¹.

José Cerezo Mir esclarece que “os filósofos da Ilustração ao criticarem as instituições políticas do Antigo Regime, da Monarquia absoluta, haviam assentado as bases do Direito Penal moderno”²².

Opondo-se às arbitrariedades praticadas durante o período do absolutismo monárquico a pretexto de realização de justiça penal, o Iluminismo Criminal, representado, dentre outros, por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, lançou a semente do conceito de bem jurídico, estabelecendo limites ao *ius puniendi*, mediante a formatação de um conceito material de crime.

Sob o aspecto material, identificava-se o crime como a lesão a um direito subjetivo do indivíduo ou do Estado, afastando-se da proteção penal a moral e a religião²³, quando a ofensa a estas não

²¹ Sina, P. Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs, “Rechtsgut”, 1962, p. 89, apud Roxin, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal, p. 61.

²² Mir, José Cerezo. Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Volume I, p. 82. “*Los filósofos de la Ilustración al criticar las instituciones políticas del Antiguo Régimen, de la Monarquía absoluta, habían sentado las bases del Derecho penal moderno.*”

²³ Ao assegurar que a noção de progresso racional da humanidade é característica marcante do iluminismo, Danilo Marcondes escreve que este movimento de pensamento europeu, em contrapartida, busca identificar os elementos que impedem este progresso, dentre eles a religião, que subordina o homem a crenças irracionais e a uma autoridade, a Igreja, baseada na submissão e nas superstições.

provocasse, simultaneamente, a violação de um interesse da pessoa ou do ente estatal.

Em caso de violação de um direito subjetivo do Estado teríamos um delito público (*delictum publicum*). Ao contrário, se a lesão atingisse um direito subjetivo individual, caracterizado estaria um delito privado (*delictum privatum*).

Segundo Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, “quem ultrapassa as fronteiras da liberdade legal, comete a violação de um direito, uma ofensa. Quem viola a liberdade garantida pelo contrato social e garantida pelas leis penais comete um crime. Em sentido amplo, crime é, assim, a ofensa sancionada por uma lei penal, uma ação que contraria o direito de outro²⁴”.

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach deixa claro através de seu pensamento que a única finalidade perseguida pelo Estado com a imposição de uma pena é a tutela da liberdade e jamais a defesa da moralidade.

Sinteticamente é possível concluir que seu pensamento delineia os marcos que separam o Direito da moral, o Direito da religião e o crime do pecado.

Afinal o Estado só deve intervir para a tutela da liberdade no exercício de direitos subjetivos e não para a proteção da moral ou da religião.

Neste período, liberta-se o Direito Penal da influência do Direito Canônico, garantindo-se a liberdade religiosa.

A este respeito, Luiz Regis Prado consigna que “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 violada e a pena era concebida somente como medida preventiva²⁵”.

Prosegue o aludido autor mencionando que “o pensamento iluminista é assim fortemente laico e secular, e até mesmo, em alguns casos, abertamente anticlerical” (Iniciação a História da Filosofia, p. 202).

²⁴ Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal, p. 55. “*Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crimen es, em el más amplio sentido, una injuria contenida em uma ley penal, o uma acción contraria al derecho del outro, conminada em uma ley penal*”.

²⁵ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 28.

Inclusive, ao elaborar o Código Penal da Baviera (1813) Feuerbach externa de forma clara tal ponto de vista, deixando de criminalizar condutas imorais como a heresia, a blasfêmia, a bigamia e o incesto²⁶.

Na mesma esteira, com o idêntico propósito de distanciar da intervenção penal legítima aquelas condutas que se limitam a afrontar a moralidade ou a religião, Hommel, outro representante do período do Iluminismo Penal, assegurava que “o jurista e o político que pensa por si mesmo não deve deixar-se influenciar, através de práticas morais e palavras sonantes, pelo erro de procurar a magnitude do crime em algo que não seja única e exclusivamente o dano que do mesmo resulta para a sociedade²⁷”.

Cesare Beccaria, outro expoente do *século das luzes*, também não se afasta desta linha de pensamento quando apregoa que “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito de salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conserva aos súditos²⁸”.

As idéias penais iluministas, inspiradas na filosofia de Hegel²⁹, concebem a pena como o mal que anula aquele malefício causado pela violação de um direito subjetivo individual ou do Estado, ou seja, pela prática do crime.

²⁶ Muito embora Feuerbach tenha deslocado tais infrações para o campo das contravenções de polícia. Aliás, no artigo 2 daquele Estatuto Feuerbach deixa expressa a diferença entre crimes, delitos e contravenções de polícia. “Art. 2 [B. Distinción entre crímenes, delitos y contravenciones de policía] – Las acciones punibles pueden ser crímenes, delitos o contravenciones de policía. Todas las lesiones jurídicas dolosas que, por calidad y cantidad del mal del hecho, se conminen con pena de muerte, pena de cadena, pena de presidio, pena de casa de trabajo, pena de fortaleza, com pérdida de función o declaración de incapacidad para todas las dignidades funcionales estatales y honoríficas, se llaman crímenes. Por delitos se entenderán todas las lesiones jurídicas no dolosas, como también las dolosas que, por su escasa punibilidad, sean castigados con prisión, castigo corporal, multa y otros males menores. Las acciones u omisiones que, pesa a no lesionar em si ni por si mismas, derechos del Estado o de um súbdito, pero que se prohíban o penen por su peligro para el orden y la seguridad jurídica, como también las pequeñas esiones jurídicas cuya investigación y punición se transfiera por leyes especiales a las autoridades de policía, se llamarán contravenciones de policía” (Tratado de Derecho Penal, p. 335/336).

²⁷ Notas de Hommel ao texto de Beccaria, p. 49 da reedição, apud Roxin, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal, p. 60.

²⁸ Beccaria, Cesare. Dos Delitos e das Penas, p. 18.

²⁹ “A tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: ‘a pena é a negação da negação do Direito’. A fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – mais jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de estabelecer a vigência da ‘vontade geral’, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquentes”. Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, p. 86.

O cometimento do crime gera um dano social, eis que viola um direito subjetivo individual ou estatal, o que exige e justifica a aplicação da pena.

Tudo gira em torno da violação de um direito subjetivo, da danosidade social e da necessidade de pena.

Porém, como bem colocado por Manuel da Costa Andrade, “levando ao extremo o ideário do individualismo liberal, FEUERBACH afasta-se de outros individualistas que, à semelhança de HOMMEL ou BECCARIA, sublinhando igualmente a vertente objetiva, reconheciam um significado autônomo à danosidade social, *qua tale*³⁰”.

É fácil notar, principalmente pela posição assumida por Feuerbach, que as tendências penais reveladas no *período das luzes* sofreram forte influência do contratualismo, na vertente delineada por Locke³¹.

Através de um *pacto social*, o homem abdica da liberdade total que o estado de natureza lhe conferia, cedendo parte dela ao Estado para que este lhe garanta a liberdade possível em sociedade.

Com isso torna possível ao Estado a proteção da liberdade de seus cidadãos.

Daí deriva o direito de punir. A pena aparece como instrumento do Estado para proteger os direitos subjetivos individuais ou do próprio Estado de ataques, que, sob o aspecto material, configuram crimes.

³⁰ Andrade, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito penal*, p. 50.

³¹ Muitos foram os adeptos do contratualismo (Hobbes, Locke, Rousseau). No entanto, cada um deles atribui contornos distintos ao chamado pacto social. Locke, diversamente de Hobbes e Rousseau, salvaguarda a autonomia individual. Porém, tanto Locke quanto Rousseau concebem o homem livre enquanto ser social, ou seja, conferindo-lhe liberdade limitada pelo direitos dos outros. Por isso, Manuel da Costa Andrade não hesita em afirmar que “também Feuerbach parte do dogma de que ao Estado cabe exclusivamente a tarefa de assegurar o exercício da liberdade de cada um, no respeito da Liberdade dos outros (*Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 44/45). A este propósito, salienta Maria da Conceição Ferreira da Cunha que “para certas concepções do contrato social, este deixa de ter um cunho individualista, na medida em que os indivíduos abdicam de sua vontade individual em favor da Vontade Geral. Estamos a pensar na formulação da renúncia total de Hobbes, que legitimou o absolutismo, mas também (na opinião de alguns autores) na de Rousseau. Já assim não terá sido na de Locke que perfilhou a tese da renúncia parcial, e que se preocupou com a defesa da autonomia privada” (*Constituição e Crime*, p. 36). Daí porque, citando posição de Pietro Nuvolone (exposta em *I limiti taciti della norma penale*,. *Palermo: Priulla, 1947, p. 24*), Janaína Conceição Paschoal taxa a concepção de Feuerbach de privatista (*Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, p. 26).

O Estado estará autorizado a intervir legitimamente no âmbito da liberdade individual mediante a imposição de pena só quando se constatar a violação de um direito subjetivo e apenas na medida do indispensável para a sua tutela.

A concepção material de crime, vista sob esta ótica, demonstra estreito alinhamento não só com o contratualismo, como também com o individualismo, com o racionalismo e até com o utilitarismo.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha assinala que “de individualismo e racionalismo se pode falar, pois pretende elevar a posição do Homem, de cada Homem, e da Razão humana, da sua dignidade e autonomia. Afirma-se a prioridade do indivíduo face ao Direito e ao Estado – o Homem é a medida de todas as coisas³²”.

Ademais, não poderia ser de outra forma, pois como nos lembra Danilo Marcondes, “o grande instrumento do Iluminismo é a consciência individual, autônoma em sua capacidade de conhecer o real; suas armas são, portanto, o conhecimento, a ciência, a educação”³³.

Prossegue o mesmo autor, assegurando que “o pressuposto básico do Iluminismo afirma, portanto, que todos os homens são dotados de uma espécie de luz natural, de uma racionalidade, uma capacidade natural de apreender, capaz de permitir que conheçam o real e ajam livre e adequadamente para a realização de seus fins³⁴”.

No mesmo diapasão declara Luiz Regis Prado sobre o iluminismo que “mais que uma corrente de idéias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos”³⁵.

Resta claro, portanto, do conceito material de crime forjado no período iluminista seu caráter individualista e pré-jurídico, pois fundado na violação de direitos subjetivos do indivíduo ou do Estado, preexistentes ao direito positivo e reconhecidos posteriormente por ele, de modo a servir de padrão crítico ao legislador.

³² Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime” – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, p. 33.

³³ Marcondes, Danilo. Iniciação à História da Filosofia, p. 202.

³⁴ Idem.

³⁵ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 28.

Sob tal aspecto, o bem jurídico se estabelece objetivamente e, nas palavras de Knut Amelung, “tudo se reconduz a um problema de verdade e nunca de decisão de valor”³⁶.

Aliás, tal constatação torna-se clara quando Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach diz que “há direitos que independem do exercício de qualquer ato de governo e do reconhecimento do Estado (ou seja, direitos dos súditos do Estado ou do Estado mesmo). Estes direitos, assegurados pelas leis penais, dão base ao conceito de crime em sentido estrito”³⁷.

De tudo isso se extrai que o conceito material de crime elaborado no período iluminista exerce nítido papel limitador do legislador penal.

No entanto, ainda que paradoxalmente, as idéias iluministas sobre o conceito material de crime podem assumir feições extremamente utilitaristas, caso não se estabeleça limites para o alcance dos fins a que o Direito Penal se propõe.

Estabelece-se a prevenção geral, a defesa social, como fim do Direito Penal e, em conseqüência, a punição penal legitimar-se-á quando destinada ao alcance de tal desiderato.

Mas, de nada adianta tentar conceber um conceito material de crime como limite do *ius puniendi*, se, de outra banda, admite-se a ilimitada intervenção penal para garantir os direitos subjetivos daquelas violações que constituiriam infração penal.

A concepção de um Direito Penal nestes moldes pode levar a instrumentalização do homem, uma vez que, em franca afronta a dignidade da pessoa humana, cada indivíduo pode ser utilizado como exemplo, como fator de intimidação dos demais membros da sociedade, desde que isso se faça para a obtenção da defesa social (prevenção geral negativa).

A dignidade da pessoa humana jamais pode ser aniquilada a pretexto de garantir a defesa social.

³⁶ Amelung, K. Rechtsgüterschutz, p. 50, apud Andrade, Manuel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 36.

³⁷ Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal, p. 55/56. “*Hay derechos que son independientes del ejercicio de cualquier acto de gobierno y del reconocimiento del Estado (o sea, derechos de los súbditos del Estado o del Estado mismo). Estos derechos, asegurados por las leyes penales, dan base al concepto de crimen em sentido estricto.*”

Daí a necessidade do estabelecimento de um limite ético, consubstanciado na exigência de em um juízo de reprovabilidade (o que hoje se faz através da culpabilidade), destinado à graduação da responsabilidade penal, capaz de evitar a superposição do interesse de defesa social àquele relacionado à verdadeira justiça.

Sob este aspecto temos a arguta observação de Guilherme Gouvêa de Figueiredo, no sentido de que, “noutros termos, apesar do pensamento penal iluminista procurar impor limites materiais ao direito penal, elegendo a proteção do indivíduo e da sociedade como fim único e legítimo, a busca em atingir esta finalidade acaba por ser perversa quando desmedida e carente de limites mais precisos”³⁸.

É bom consignar também que, para os fins a que se destina a concepção material de crime cunhada no movimento iluminista, ou seja, a limitação do *ius puniendi*, não basta afirmar a existência de direitos inatos, pré-jurídicos, que legitimamente poderiam receber a tutela penal do Estado e que são reconhecidos e não criados por ele. Caso não se estabeleça claros critérios objetivos de concretização de tais direitos, a declaração dos mesmos pelo Estado poderá ocultar verdadeira constituição daquilo que será objeto de tutela penal, que é exatamente o que se pretende evitar. Sem contar que tal vício acabaria por afastar função crítica do Direito vigente e daquele a constituir que se pretende obter com um conceito material de crime.

Percebe-se assim que não foi pequena a contribuição prestada pelo iluminismo penal para a confecção de um conceito material de crime, dotado de conteúdo transistemático, que servisse de padrão crítico ao legislador penal, ainda que se reconheça que não alcançasse o nível de concretização ideal para que fosse atingida de forma adequada a finalidade a que se propôs (a limitação do *ius puniendi* estatal) e que uma aplicação deturpada desta linha de pensamento poderia levar a um utilitarismo exacerbado, de conseqüências negativas.

Mesmo assim, garante Janaina Conceição Paschoal que “o recurso ao direito subjetivo, enquanto objeto de tutela penal, impede que sua aplicação ocorra de forma arbitrária, independentemente de qualquer lesão, tendo constituído, à época, uma reação do Iluminismo ao arbítrio anterior”³⁹.

³⁸ Figueiredo, Guilherme Gouvêa de. Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal, p. 42/63.

³⁹ Paschoal. Janaina Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, p. 28.

No curso do trabalho veremos que a evolução histórica do conceito de bem jurídico tendeu a aparar as aludidas arestas.

1.2.2. – O bem jurídico na concepção de Johan Michael Franz Birnbaum

Vimos no item 1.2.1. que o iluminismo criminal lança a semente do conceito de bem jurídico, o que muito contribuiu para a conformação de um conceito material de crime apto a servir de padrão crítico a orientar o legislador penal em suas atividades de criminalização e descriminalização.

Questiona-se, portanto, se a evolução do aludido conceito com base nas idéias que sucederam as de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach se deu de forma linear, contínua e ininterrupta.

Referimo-nos no item anterior, inclusive citando expressamente o pensamento de Manuel da Costa Andrade a este respeito, que o processo de definição do conceito de bem jurídico foi marcado por progressos e retrocessos.⁴⁰

O mesmo autor português afirma que “a publicação em 1834 do artigo de BIRNBAUM, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, assinala o início da história doutrinal e político-criminal do conceito de bem jurídico”⁴¹

Johan Michael Franz Birnbaum “foi o responsável por uma primeira materialização do objeto de proteção do Direito Penal,

⁴⁰ Com base em tal constatação e acentuando a abstração do conceito de bem jurídico, Manuel da Costa Andrade nos alerta que “a impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenômenos de revolução no sentido etimológico (*revolutio*) de retorno ao que se julgava já irrepetivelmente abandonado. Não menos vinculada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir os conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinômicos” (Andrade, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia, p. 391).

⁴¹ Andrade, Manuel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 51.

sendo, por essa razão, muitas vezes, considerado o precursor do conceito de bem jurídico penal”⁴².

Mas, de início, é importante ressaltar que não há um consenso na doutrina quanto ao fato do pensamento de Johan Michael Franz Birnbaum sobre o conceito de bem jurídico constituir uma linha de continuidade daquele que revelou o conceito material de crime durante o *século das luzes*.

Se é certo que a doutrina tradicional e majoritária apresenta o primeiro conceito de bem jurídico, de autoria de Johan Michael Franz Birnbaum, como “emanação directa ou pelo menos uma continuação da doutrina iluminista”⁴³, não é menos verdadeiro que outra parte da doutrina assegura que existira uma evidente e irreconciliável ruptura entre as duas correntes de pensamento.

Manuel da Costa Andrade argumenta que “não faltam autores – v.g., FRANK, SCHAFFSTEIN ou SINA – segundo os quais as correcções formais introduzidas por BIRNBAUM não chegam para por em causa a continuidade doutrinal e político-criminal (*máxime* no *ethos* liberal) entre a sua concepção e a tese iluminista da lesão do direito subjetivo”⁴⁴.

P. Sina, por exemplo, nos garante que “o conceito de bem jurídico era real e inequivocamente uma continuação da vertente sistemática e liberal do movimento filosófico-iluminístico no sentido da determinação de um conceito material de crime”⁴⁵.

Ainda no sentido de uma continuidade do pensamento de Johan Michael Franz Birnbaum em relação às idéias iluministas se projeta o ensinamento de Winfried Hassemer.

Winfried Hassemer escreve que “o conceito de bem jurídico deve-se à idéia de bem do iluminismo. Ele foi formulado e fundamentado por Paul Johann Anselm Feuerbach por volta do século XIX, como uma arma contra uma concepção moralista do Direito Penal. A infração contra uma norma (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de

⁴² Paschoal, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, p. 28/29.

⁴³ Angione, Francesco. *Contenuto e Funzion de Concetto di Bene Giurídico*, p. 18, nota 26 apud Cunha, Maria da Conceição Ferreira, *Constituição e Crime*, nota 69, p. 42.

⁴⁴ Andrade, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 54.

⁴⁵ Sina, *Die Dogmengeschichte des Strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”*, p. 31, apud Andrade, Manuel da Costa, *A nova lei dos crimes contra a economia*, p. 392.

que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente ‘bens jurídicos’⁴⁶.

Em outra passagem, o consagrado penalista alemão adverte que “o pensamento da violação do direito e o pensamento de bem jurídico não implicam do ponto de vista político-criminal, resultados alternativos, constituindo antes diferentes formulações da mesma realidade político-criminal”⁴⁷.

Não é outra a linha de raciocínio de Frederico Stela, que fazendo referência à teoria do bem jurídico, menciona ser ela “nascida no século passado com uma clara inspiração liberal e com o declarado intento de estabelecer um limite à tarefa do legislador penal, circunscrevendo o elenco de factos mercedores de pena somente aos (factos) socialmente danosos, ofensivos de entidades ‘reais’ (‘empírico-naturais’) do mundo externo”⁴⁸.

No entanto, perfilhando entendimento situado em campo diametralmente oposto aparece Knut Amelung, para quem “com a doutrina do bem jurídico BIRNBAUM antecipa e consoma já a ruptura com as representações jusracionalistas e iluministas e, sobretudo, com as concepções filosóficas e sociológicas subjacentes e relativas à polaridade entre o indivíduo e o sistema social”⁴⁹.

Haveria para os adeptos desta segunda corrente a assunção de um novo paradigma.

De violação de um direito subjetivo, o crime passaria a ser visto como a ofensa a um bem jurídico, que ostentaria espectro conceitual mais amplo, de modo a permitir a criminalização de atentados contra a moral e a religião.

Note-se que esta ótica da questão confronta realmente o conceito que, segundo ela, se dá ao bem jurídico com aquele emprestado ao conteúdo material do crime pelo iluminismo, que tinha por base estabelecer a distinção entre o Direito e a moral, o Direito e a religião.

⁴⁶ Hassemer, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, p. 56.

⁴⁷ Hassemer, Winfried. Theorie und Sociologie des Verbrechens. p. 41 e ss. e 51, apud Cunha, Maria da Conceição Ferreira, Constituição e Crime, nota 69, p. 43.

⁴⁸ Stela, Frederico. La Teoria del Bene Giuridico e I.C.D. Fatti Inoffensivi Conformi al Tipo, p 4., apud Cunha, Maria da Conceição Ferreira, Constituição e Crime, p. 43.

⁴⁹ Andrade, Manuel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 54.

A este propósito, inclusive, Johan Michael Franz Birnbaum chegou a afirmar que “na história do Direito Penal alemão, a punição do incesto e dos crimes contra a religião ter tido sempre lugar ao lado da punição do furto e do homicídio”⁵⁰.

Os opositores da idéia de continuísmo ainda ressaltam que o pensamento de Johan Michael Franz Birnbaum substitui a visão individualista, típica do movimento iluminista, por uma ótica sistêmico-social.

Afasta-se, segundo eles, um paradigma espiritual, consubstanciado na idéia do direito subjetivo, por uma referência empírico-naturalista, concretizada na noção de bem jurídico.

As filosofias jusnaturalista e jusracionalista são trocadas pelo positivismo e no lugar de um padrão crítico da legislação vigente busca-se a legitimação das leis.

“O bem jurídico seria não mais uma noção crítica, trans-sistemática, apta a impor limites à intervenção penal – como fora a conceituação do crime como lesão de direitos subjetivos - ; mas sim um conceito cujo surgimento teria servido, opostamente, para fundamentar a elevação dos valores relacionados à religião e à moral a objetos do crime”⁵¹.

Na leitura de Knut Amelung, a concepção de Johan Michael Franz Birnbaum pouco se alinharia com o conceito material de crime talhado no período da ilustração, pois ela apareceria como produto do positivismo.

Daí porque Manuel da Costa Andrade assevera que, segundo Knut Amelung, “em BIRNBAUM estaria já claramente assumido o novo paradigma; caracterizado pelo positivismo e pela prevalência, senão mesmo a exclusividade, da referência sistêmico-social que com Binding viria a conhecer a sua mais acabada expressão”⁵².

Consignando adesão às posições de Manuel da Costa Andrade⁵³ e Francesco Angioni⁵⁴, Maria da Conceição Ferreira da

⁵⁰ Cunha, Maria da Conceição Ferreira, Constituição e Crime, p. 44.

⁵¹ Figueiredo, Guilherme Gouvêa de. Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal, p. 46/47.

⁵² Andrade, Manuel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 54.

⁵³ “A obra de Birnbaum revela aquela equivocidade que constitui a marca de todo o pensamento situado em períodos de viragem: do mesmo passo que antecipam e anunciam o advento das realidades novas,

Cunha explica a razão da existência do conflito doutrinário acima apontado mediante assertiva de que tudo se deve ao fato do pensamento de Johan Michael Franz Birnbaum aparecer em um período de transição⁵⁵.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Manuel da Costa Andrade⁵⁶, salienta a aludida Professora lusitana que, na verdade, Johan Michael Franz Birnbaum jamais empregou o termo bem jurídico, mas uma série de outros que poderiam ser identificados à este conceito, motivo pelo qual a doutrina atribui a ele sua paternidade⁵⁷.

O certo é que, por constituir doutrina formulada em período de transição, o pensamento de Johan Michael Franz Birnbaum foi edificado sob influência de variadas tendências e para além das inovações, por vezes, buscou a conciliação de raciocínios opostos, até então inconciliáveis.

Acentuando as inovações, Maria da Conceição Ferreira da Cunha assevera que “ao conceito de ‘direito subjetivo’, ao Direito Penal centrado nos ‘homens e suas relações’, num ‘momento espiritual’, sucede-se uma concepção que coloca os ‘bens materiais’ em lugar de primazia”⁵⁸.

Há uma verdadeira transição da referência intersubjetiva para um paradigma objetivo, relacionado à objetos concretos, situados no mundo exterior. Da lesão de um direito subjetivo, de cunho pessoal, individual, volta-se à violação de coisas, que, em razão da importância que representam não só para o indivíduo como também para a coletividade, ganham a estatura de bens jurídicos, mercedores, portanto, da tutela estatal.

Ocorre que tal postura de Johan Michael Franz Birnbaum não deixa de ser contraditória com outros aspectos de sua teoria, demonstrando a veracidade da assertiva acima consignada de que seu

apresentam ainda os estigmas do ambiente em que vêm à luz do dia”. Andrade, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 52.

⁵⁴ Angioni, Francesco. *Contenuto e Funzion del Concetto di Bene Giuridico*, Milano, Ed. Giuffrè, 1983, p. 79, nota 19, apud Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*, p. 46.

⁵⁵ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*, p. 45.

⁵⁶ “Significativo, desde logo, que BIRNBAUM não tenha chegado a utilizar a expressão bem jurídico (*Rechtsgut*) cuja paternidade lhe é consensualmente atribuída pela historiografia. Isto apesar de ter utilizado um conjunto diversificado de expressões – v.g., *Gut, welches uns rechtlich zusteht* ou ‘conceito de um bem a ser definido pela lei’ – de conteúdo mais ou menos descritivo e cuja compreensão se identifica substancialmente com a de bem jurídico”. Andrade, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 52.

⁵⁷ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*, p. 45.

⁵⁸ *Idem*, p. 46.

pensamento buscou a conciliação de tendências opostas. Se por um lado, cedendo a uma visão naturalista dos bens, ele pretende centrar aquilo que merece tutela penal no mundo exterior, estabelecendo a natureza objetiva dos bens jurídicos, de outra banda, o referido autor refere-se a bens jurídicos imateriais, como a honra, os costumes e aos valores religiosos⁵⁹.

A teoria de Johan Michael Franz Birnbaum, ainda sob o aspecto da novidade em relação ao iluminismo criminal, confere extremada importância ao sistema social ao sustentar que a lei não visa apenas assegurar a livre coexistência dos cidadãos, vistos em sua individualidade, mas busca primordialmente fins sociais.

Mas é inolvidável também que, embora conferisse nítida primazia ao sistema social, Johan Michael Franz Birnbaum não deixou de lado o aspecto individual da proteção penal, não o abandonando por completo.

Aliás, neste sentido, estabelecendo uma classificação bipartida dos crimes (crimes naturais e crimes sociais), Johan Michael Franz Birnbaum chega a afirmar expressamente que “a consideração do elemento perigosidade comum, como dimensão essencial de todo o crime, poderia levar facilmente a acreditar que o dever de punição do homicídio que impende sobre o poder estadual, radicaria menos no dever de proteger a vida de cada homem individual do que no dever de preservar o estado como um todo. Por esta via, poderia ser-se levado a crer que os homens apenas existem para assegurar a subsistência do Estado, em vez de se considerar o Estado necessário por causa dos interesses do Homem”⁶⁰.

E ainda demonstrando este característico de transição, assumindo compromisso conciliatório, Johan Michael Franz Birnbaum não hesita em aglutinar em seu pensamento traços do jusnaturalismo com outros de positivismo-historicismo, como também uma postura crítica e transistemática com outra de legitimação do direito positivo.

Pois, se é verdade que ele define o bem jurídico como objeto material tutelado pelo Estado em razão de sua importância, externando uma visão positivista que nada tem de transistemática. E se é

⁵⁹ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 47.

⁶⁰ Birnbaum, Johan Michael Franz. “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, Archiv des Criminalrechts 1834, p. 177, apud Andrade, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 53.

inegável que, ao admitir a mutabilidade dos bens que merecem proteção do Estado segundo o desenvolvimento cultural, econômico e político do grupo social, ele homenageia o historicismo. Não é difícil verificar que em sua obra ele faz concessões ao jusnaturalismo quando reconhece serem os bens em parte dados já ao homem pela sua natureza e, noutra parte, o resultado do seu desenvolvimento social⁶¹. Da mesma forma é inocultável que confere ao seu raciocínio caráter transistemático quando “não deixa de ensaiar uma perspectiva do direito a partir do ‘fundamento jurídico e do fim do próprio Estado’”⁶².

Daí porque falar que Johan Michael Franz Birnbaum assume uma posição intermediária, de transição entre Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach e Karl Binding, uma vez que aquele autor impregna o conceito material de crime de matiz puramente individual, enquanto este confere a teoria do bem jurídico um aspecto exclusivamente sistêmico-social.

Por isso, Guilherme Gouvêa de Figueiredo menciona que “fácil é constatar que com Birnbaum ainda não existe uma expressão acabada do que se viria a entender, com contornos minimamente delineados, por bem jurídico”⁶³.

Teríamos sim, como lembrou Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “uma concepção compromissória, própria dos períodos de transição, influenciada ainda pelo iluminismo, mas também já pelo hegelianismo, pela escola histórica e pelo positivismo moderado de Mittermaier”⁶⁴.

Na verdade, como lembra a aludida Professora portuguesa, sem abandonar o jusnaturalismo e uma análise transistemática do tema, Johan Michael Franz Birnbaum se posta em direção ao objetivismo, à referência sistemático-social e ao positivismo, desembocando em uma visão intra-sistêmica⁶⁵.

⁶¹ Birnbaum, Johan Michael Franz. “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *Archiv des Criminalrechts* 1834, p. 177, apud Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Nota 35, p. 53.

⁶² Birnbaum, Johan Michael Franz. “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *Archiv des Criminalrechts* 1834, p. 177, apud Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Nota 37, p. 53.

⁶³ Figueiredo, Guilherme Gouvêa de. *Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal*, p. 45.

⁶⁴ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 50.

⁶⁵ *Idem*.

1.2.3 – O bem jurídico no pensamento de Karl Binding e Franz Von Liszt

Manoel da Costa Andrade recorda que “na segunda metade do século XIX a história do bem jurídico confunde-se praticamente com os nomes de LISZT e BINDING a cujos contributos aquele conceito ficou definitivamente a dever o lugar que hoje ocupa no centro da teoria da infracção penal”⁶⁶.

No entanto, Karl Binding e Franz Von Liszt optaram por linhas metodológicas distintas.

Seguindo a trilha aberta por Johan Michael Franz Birnbaum, Karl Binding rompe definitivamente os vínculos com o pensamento iluminista e, em uma perspectiva de estrito positivismo legalista, estabelece um novo conceito de bem jurídico.

Abandonando a idéia de direitos inatos, cuja existência independia de qualquer ato do Estado e que eram apenas reconhecidos e posteriormente protegidos pelo legislador, Karl Binding apresenta absoluta oposição ao conceito material de crime forjado no período da ilustração.

Com Karl Binding, o legislador terá absoluta liberdade para eleger os objetos de tutela do Direito Penal, o que representa maior intervenção do Estado, agora autorizado a criminalizar tudo o que lhe pareça adequado colocar sob as barras do sistema punitivo⁶⁷.

Já não se busca mais evitar condutas que coloquem em risco as condições de vida em sociedade, mas sim a proteção de bens jurídicos, cuja materialização fica ao livre arbítrio do legislador.

⁶⁶ Andrade, Manuel da Costa. A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia, p. 392.

⁶⁷ “Era o tempo do Estado de Direito formal. Um Estado que, por ser legítimo ‘em si mesmo’, não obedece senão a legalidade formal, aos processos estabelecidos pela lei, quedando-se alheio a quaisquer outras limitações de índole material, o que, para além disso e sobretudo, não poderia deixar de trazer implicações também (e precisamente) no plano jurídico-penal. Assim as coisas, a intervenção punitiva do Estado passa a carecer de qualquer limite material. Abandonado o compromisso com as teorizações iluministas, passa a ser digno de punição qualquer comportamento que o legislador assim entenda”. Figueiredo, Guilherme Gouvêa. Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal, p. 52.

Karl Binding “comete exclusivamente à lei a competência para definir – e *hoc sensu* criar – o bem jurídico e identificar as formas de agressão que reclamam a intervenção do direito penal”⁶⁸.

O bem jurídico passa a ser visto como “tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor para uma vida saudável dos cidadãos”⁶⁹.

“É bem jurídico tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se emprenha através das normas”⁷⁰.

Comentando o posicionamento de Karl Binding, Armin Kaufmann sustenta que “toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos e é inconcebível sem estes”⁷¹.

Haveria uma perfeita e integral correspondência entre a norma e o bem jurídico, pois aquela aparece como única fonte deste.

Assim, obrigatoriamente, o jurista deve se conformar com a opção do legislador.

“Para Binding, a norma é fundamento e a medida da existência do bem jurídico”⁷².

Torna-se clara, portanto, a concepção intra-sistemática que Karl Binding passa a conferir ao conceito de bem jurídico.

Karl Binding se afasta de qualquer ideário de legitimação material do Direito Penal ou de imposição de limites á liberdade de criminalização do legislador. Suas idéias não pretendem o

⁶⁸ Andrade, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 65.

⁶⁹ Andrade, Manuel da Costa. A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia, p. 392.

⁷⁰ Binding, Karl. Die Normen und ihre Übertretungen (I. Band, 4^a ed., Leipzig, 1922, apud Andrade, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 65.

⁷¹ Kauffman, Armin. Teoria de las normas. Trad. Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 14, apud Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 33.

⁷² Motta, Ivan Martins. Erro de Proibição e Bem jurídico-penal, p. 111.

estabelecimento de um padrão crítico a orientar o legislador na formação ou reformulação do ordenamento jurídico-penal.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, em oportuna observação, consigna que tal postura de Karl Binding se deve menos à confiança que o aludido jurista deposita no legislador do que em seu conformismo com a impossibilidade de se encontrar uma fonte segura de legitimação e limitação ao poder legiferante⁷³.

Mas é inegável que as idéias de Karl Binding encontram respaldo no pensamento filosófico que exala de sua época. O positivismo acomete todos os segmentos do conhecimento e da disciplina da vida social, inclusive o Direito.

Existe apenas aquilo que pode ser observado no mundo dos fatos. Afasta-se do Direito qualquer consideração filosófica, jusnaturalista e metafísica e, neste contexto, impossível se mostra a sustentação de paradigmas de legitimação do Direito Penal.

O Direito legitima a si mesmo, assim como o próprio Estado, o que repudia qualquer limite a atividade legiferante no âmbito penal.

“Consolida-se o conceito (puramente formal) de bem jurídico, justamente porque torna-se proeminente a forma positivista (e evidentemente acrítica, livre de todo juízo de valor e de toda a especulação metajurídica ou filosófica) de Estado de Direito, que passam a assumir outra posição histórica: já não são instrumento de tutela da pessoa e da liberdade (segundo a tradição do Iluminismo), senão que se transformam em um fim ‘em si mesmos’. O Estado (e o Direito) já não existem em função do indivíduo, senão o contrário”⁷⁴.

Na percepção de Luiz Flávio Gomes, é uma concepção abstracionista, pois adotada por Estados que abstraem a pessoa humana do centro do desenvolvimento do Direito Penal, e tendencialmente autoritária⁷⁵.

“Era completamente outra a impositação filosófica e o *ethos* político de LISZT, consabidamente empenhado no ideário do

⁷³ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 51/52.

⁷⁴ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem jurídico no Direito Penal, p. 76.

⁷⁵ Idem, p. 77.

Estado de Direito de modelo liberal e, por isso, na procura de um conceito material de crime”⁷⁶.

“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 a ação legiferante”⁷⁷.

Muito embora, na historiografia do bem jurídico, Franz Von Liszt acompanhe Karl Binding como adepto do positivismo, como acima mencionado, adota metodologia diversa, de característica naturalística-sociológica, que em muito se afasta do positivismo normativista de seu companheiro.

Franz Von Liszt “retira da norma a exclusividade de proteção do bem jurídico para colocá-lo como uma realidade, baseada na própria vida, que fornece os critérios e os limites para a intervenção do Direito”⁷⁸.

Enquanto Karl Binding sustenta uma absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico, Franz Von Liszt garante que tal pode não ocorrer, uma vez que, muitas das vezes, o que se apresenta é uma relação de incongruência e tensão⁷⁹.

Franz Von Liszt assevera que “todo o direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana”⁸⁰. A proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”⁸².

Franz Von Liszt define o bem jurídico como o “interesse juridicamente protegido”.

⁷⁶ Andrade, Manuel da Costa. A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia, p. 392.

⁷⁷ Prado, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 35.

⁷⁸ Liberati, Wilson Donizeti. Bem Jurídico-Penal e Constituição, in: Direito Penal e Constituição, p. 168.

⁷⁹ Cunha, Maria da Conceição Ferreira. “Crime e Constituição”, p. 55.

⁸⁰ Aqui é importante considerar que, para Binding, os bens jurídicos necessariamente constituirão bens da coletividade como um todo. Binding, ao contrário de Liszt, não faz a distinção entre bens jurídicos individuais e coletivos (da coletividade ou do Estado), pois ele só considera o indivíduo enquanto parte integrante do Estado. Por outro lado, como Liszt considera que todo o direito existe em função do homem, os bens jurídicos se apresentam sob a dicotomia de individuais e supraindividuais. Andrade, Manuel da Costa. Consentimento do Ofendido e Acordo em Direito Penal, p. 69.

⁸¹ Por outro lado, nítida se apresenta a preocupação de Liszt em extrair do significado de bem jurídico um conceito material de crime que legitime e oriente a intervenção do legislador penal.

⁸² Liszt, Franz Von. Tratado de Direito Penal, p. 139.

O aludido professor austríaco faz consignar ainda que “todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade”⁸³.

Prossegue afirmando que “é a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”⁸⁴.

Exemplificando, Franz Von Liszt assegura que “a liberdade individual, a inviolabilidade de domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero”⁸⁵.

Acrescenta que, ao contrário do sustentado por Karl Binding⁸⁶, “bem jurídico não é bem do direito ou ordem jurídica, mas um bem do homem que o direito reconhece e protege. A idéia do bem jurídico é, a nosso ver, mais ampla do que a do Direito Subjetivo. Mas, em todo o caso, não se compadece com o usar da língua falar em direito à vida, à liberdade, à honra, etc...”⁸⁷.

Nestes termos, acaba por conferir função transistemática ao conceito de bem jurídico.

⁸³ Liszt, Franz Von. Tratado de Direito Penal, p. 139.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Comentando a linha de raciocínio de Binding, baseada em um positivismo normativista, Costa Andrade assegura que “a expressão bem, só ou acompanhada de significativos como *rechtliche Gut* ou bem protegido, já vinha sendo utilizada por autores como BIRNBAUM OU HÄLSHNER. A expressão *Rechtsgut* terá sido, porém, cunhada e pela primeira vez utilizada por BINDING, no primeiro volume de *Die Normen* (1.ª ed., 1872), onde pode ler-se: ‘As proibições da produção causal de um resultado (*Verursachungsverbote*) só podem explicar-se pelo fato de o estado produzido pela ação proibida contrariar os interesses do direito, enquanto o estado preexistente à ação correspondia àqueles interesses. Todos os estados que não podem sofrer alterações assumem um valor para o direito: podem, por isso, designar-se *Rechtsgüter*’. Como facilmente se intui, a expressão – que se adequa à obra de BINDING em que o bem jurídico figura, em rigor, como um bem-do-direito – representa um certo retrocesso a conceitos anteriormente utilizados, esses sim precisamente traduzíveis por *bem jurídico* ou *bem juridicamente protegido*. A expressão *Rechtsgut* viria, contudo, a sofrer, ao longo da experiência doutrinal germânica, uma evolução semântica e político-criminal que a emanciparia dos limites que lhe foram consignados pelos primeiros textos de BINDING. E que a poria em consonância com as expressões e conceitos anteriores. Graduações conceituais e semânticas a que a expressão portuguesa de *bem jurídico* – por que igualmente se traduzem *Rechtsgut* e *rechtliche Gut* – não é diretamente sensível. Andrade, Manuel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal, nota 73, p. 64/65.

⁸⁷ Idem, Nota 175, p. 139.

Luiz Régis Prado assinala que para Franz Von Liszt “no limite entre Política Criminal e Direito Penal está o lugar onde se situa o bem jurídico – como ponto de união”⁸⁸.

Franz Von Liszt defende que “os interesses surgem das relações dos indivíduos entre si e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa”⁸⁹.

Na sua ótica o Direito se submete às necessidades da vida em sociedade e somente esta se apresenta com aptidão para lhe apresentar as hipóteses e impor os limites de sua intervenção.

Também não passa despercebido de Franz Von Liszt a diversidade de formas com que os interesses e bens jurídicos se apresentam na vida social⁹⁰, pois, conforme arguta ponderação de Manuel da Costa Andrade, “enquanto BINDING parecia acreditar na ‘plasticidade das coisas’ do mundo e da vida nas mãos do direito, LISZT confiava mais na plasticidade reflexiva do direito para responder às exigências de uma realidade múltipla e diferente”⁹¹.

O Direito só deverá imiscuir-se na vida daqueles que compõe o corpo social quando estiver em jogo um interesse digno de tutela, que não se fará satisfatoriamente sem a cominação de pena à conduta que o coloque em risco.

Com tais argumentos, observa Maria da Conceição Ferreira da Cunha⁹², Franz Von Liszt introduz na discussão o conceito de necessidade e dignidade penal, elementos que serão analisados no curso do presente trabalho.

As questões relacionadas à necessidade e idoneidade da pena, de fundamental importância para o Direito Penal moderno, foram introduzidas na discussão através da teoria de Franz Von Liszt sobre os fins da pena.

O aspecto “necessidade” mencionado por Franz Von Liszt acabou por constituir a gênese do atualmente denominado

⁸⁸ Prado, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 36.

⁸⁹ Prado, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 140.

⁹⁰ Neste ponto, Manuel da Costa Andrade recorda que “a par de bens jurídicos individuais, correspondentes a interesses pessoais, haverá bens jurídicos supra-individuais, correspondentes a interesses desta índole”. Andrade, Manuel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 69.

⁹¹ Andrade, Manuel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal, p. 69.

⁹² Cunha, Maria da Conceição Ferreira, “Constituição e Crime”, p. 54.

princípio da subsidiariedade do Direito Penal, segundo o qual o Estado só deve lançar mão da pena quando não tiver ao seu alcance sanção de menor gravidade, resguardada por outro ramo do Direito, que se mostre apta à salvaguarda do interesse em discussão.

O aspecto idoneidade da pena traduz a idéia de que, ainda que não haja forma diversa da pena para tutela suficiente do bem jurídico, só se deve utilizá-la quando ela se mostre realmente eficaz.

É importante consignar ainda que ao conferir ao Direito Penal a função de proteção de interesses humanos vitais e a salvaguarda das condições historicamente necessárias ao funcionamento e a sobrevivência de uma dada ordem nacional, Franz Von Liszt atribui à pena uma função estadual-social, refutando a tese de Karl Binding da autolegitimação do Direito e do Estado⁹³.

Sob tal fundamento também fica descartada a possibilidade da tutela da moral através do Direito Penal, salvo quando, além de afrontá-la, o comportamento criminalizado coloque em risco aquelas condições vitais para o convívio social⁹⁴.

Por tudo o que foi dito, resta claro que, embora Karl Binding e Franz Von Liszt sejam apresentados como adeptos do positivismo no estudo da evolução histórica do bem jurídico, as teorias sustentadas pelos aludidos juristas, nos pontos essenciais, tomam rumos diversos.

“Podemos então afirmar – de um jeito um tanto simplista, mas particularmente impressivo – que, se é com Binding que o bem jurídico assume ‘cidadania’ dogmática, é, por seu turno, com Liszt que o conceito passa a fazer parte, como um momento privilegiado, de um novo discurso (crítico) político criminal”⁹⁵.

Em Karl Binding o conceito de bem jurídico é estritamente jurídico, intra-sistemático, subordinado à liberdade absoluta do legislador. Em Franz Von Liszt não há que se falar nesta irrestrita liberdade

⁹³ Andrade, Manuel da Costa. A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia, p. 392.

⁹⁴ Neste sentido, ao tratar dos crimes contra a moral, Listz ensina que “a moral sexual não é um bem jurídico da coletividade protegido em atenção a ela (a moral) própria”, mas, que, pelo contrário, ao Estado só interessa a vida sexual extramatrimonial “enquanto interferir de modo lesivo na esfera jurídica dos particulares”. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21ª e 22ª eds., 1919, p. 374, apud Roxin, Claus. Franz von Liszt e a Concepção Político-Criminal do Projecto Alternativo, in: Problemas Fundamentais de Direito Penal, p. 62.

⁹⁵ Figueiredo, Guilherme Gouvêa. Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal, p. 54.

do legislador, pois o bem é extraído das relações sociais, é um interesse vital do indivíduo ou da sociedade, que o Estado se limita a tutelá-lo, para erigi-lo a condição de bem jurídico.

No entanto, também não é correto dizer que entre as duas linhas de raciocínio não existam pontos de contato, ao menos no que concerne a representação do bem jurídico.

“As consideráveis diferenças que separam entre si os dois autores – *máxime* a nível da impositação político-criminal e da relevância acordada ao direito positivo – não prejudicam a convergência a propósito da representação do bem jurídico: uma realidade do mundo exterior que conta com a proteção do direito penal”⁹⁶.

Aliás, a referida aproximação com Karl Binding, acaba ofuscando o empenho de Franz Von Liszt na busca de um conceito material de crime, uma vez que sua abordagem formal de bem jurídico, própria do positivismo, termina por conferir ao próprio legislador a palavra final sobre o que verdadeiramente se reveste de dignidade penal.

Ora, se aquele interesse humano, individual e coletivo, só alcança contornos de juridicidade após a tutela estatal conferida pelo legislador penal, caberá a este a decisão sobre o que ingressará no universo dos bens jurídicos.

Em outras palavras, Hernán Hormazábal Malarée chega a mesma conclusão ao dizer que a tese de Franz Von Liszt “conduz, ainda que por uma via oblíqua, objetivamente, à mesma situação que a de Binding quanto ao objeto de proteção do Direito Penal (...) O Estado, conforme a tais teses, constitui-se no árbitro absoluto regulador da conduta dos indivíduos e no conformador e defensor de um modelo social”⁹⁷.

⁹⁶ Andrade, Manuel da Costa. Consentimento do Ofendido e Acordo em Direito Penal, p. 80.

⁹⁷ Malarée, Hermán Hormazábal. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal. 2.ed. Santiago de Chile: Conosur, 1992, p. 57, apud Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 78.

1.2.4. – O conceito metodológico na visão de Honig

É fácil verificar que, no curso da história, não foram raras as vezes em que se tentou menoscabar do conceito de bem jurídico, enquanto limite e fundamento da atividade legiferante no âmbito penal.

“Em geral, esses eclipses da teoria do bem jurídico coincidem com momentos autoritários da História”.⁹⁸.

À exemplo disso, logo no início do século XX, ganha força e adesão de muitos um novo método de se focar o estudo do bem jurídico, em franca afronta ao antigo ideal iluminista de conferir a ele um conteúdo material.

Foi em 1919, com a obra “O consentimento do Ofendido” (*Die Einwilligung des Verletzten*), que R. Honig marca a virada na direção que até então vinha sendo tomada na conceituação do bem jurídico.

Afastando-se de qualquer tendência empírico-naturalista, que conferia ao bem jurídico natureza material, bem como daquela intenção de se estabelecer um padrão crítico a ser observado pelo legislador, é tomado o rumo da espiritualização, volatilização e normatização do bem jurídico.

“Sob a influência direta da filosofia neo-kantiana vai assistir-se ao triunfo duma concepção metodológico-teleológica do bem jurídico, doravante identificado com o *telos* ou a *ratio legis* das normas incriminatórias”⁹⁹.

⁹⁸ Gomes, Luiz Flávio; Molina, Antonio García-Pablos de; Bianchini, Alice. Direito Penal, Volume 1, p. 413.

⁹⁹ Andrade, Manuel da Costa. A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia, p. 392.

“O bem jurídico já não revela a essência do delito, seu *substractum*, senão exclusivamente a *ratio* da lei”¹⁰⁰

Na concepção de R. Honig, “o bem jurídico consiste na síntese categorial, através da qual o pensamento jurídico se esforça por compreender em fórmulas mais curtas o sentido e o fim dos diversos preceitos penais”¹⁰¹. É “o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve”¹⁰².

“Mas, precisamente porque síntese, o objeto da tutela é apenas um produto da reflexão especificamente jurídica. Isto é: os objectos da tutela não existem como tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objecto do escopo das disposições penais”¹⁰³.

Daí se extrai a conclusão de que o bem jurídico ostenta natureza exclusivamente normativa. Fulmina-se a idéia de preexistência do bem jurídico à prescrição penal.

Em razão de tal circunstância Luigi Ferrajoli não hesita em afirmar que “se para Jhering, Liszt ou Binding o conceito de bem jurídico encerra ainda uma entidade que é tal ‘aos olhos do legislador’, mas sempre externa ao direito e independente dele, após as sucessivas orientações autoritárias de tipo teleológico, formalista ou tecnicista, esse conceito acaba por plasmar-se sobre o da norma jurídica, passando a designar ‘o fim’ ou a *ratio* da lei penal, ou, inclusive, ‘o direito do Estado à ações ou omissões impostas sob ameaça de pena’, dilatando-se, indefinidamente, até compreender as situações mais vagas de ‘perigo abstrato’ ‘ou presumido’”¹⁰⁴.

A aludida teorização inova ao estabelecer a distinção entre objeto da tutela penal e objeto da ação, o que não havia sido feito até então.

No entanto, enquanto produto da irrestrita discricionariedade do legislador, desprendido de qualquer capacidade crítica, tal concepção do bem jurídico serviu de instrumento de sustentação

¹⁰⁰ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico Penal, p. 79/80.

¹⁰¹ Honig, R.. *Die Einwilligung des Verletzten*, Berlim, 1919, apud Cunha, Maria da Conceição Ferreira. “Constituição e Crime”, p. 65.

¹⁰² Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 65.

¹⁰³ Honig, R.. *Die Einwilligung des Verletzten*, Berlim, 1919, apud A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia, p. 393.

¹⁰⁴ Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal, p. 375.

dos ideais de Estados totalitários, como, por exemplo, a Alemanha nazista e a Itália fascista.

Neste sentido, Luigi Ferrajoli assegura que “esta concepção idealista de bem jurídico fornece a base da classificação dos delitos no Código fascista de 1930, até o ponto de, ao comentar sua parte especial, o mais prestigioso dos penalistas italianos de nosso século identificar o objeto dos delitos de homicídio, lesões, coações, furtos e semelhantes já não com a vida humana, a integridade pessoal, a liberdade individual ou a propriedade privada, senão que, dando um giro de cento e oitenta graus, identifica-o com o ‘interesse do Estado na segurança das pessoas físicas, especialmente na vida humana’ ou ‘na integridade física’, com o ‘interesse do Estado em garantir a liberdade individual na sua forma concreta de liberdade psíquica’, ou com o ‘interesse público na inviolabilidade dos bens patrimoniais’, etc.”¹⁰⁵.

Perde, porém, o conceito de bem jurídico a sua função de garantia, de imposição de limites ao legislador penal, eis que se vê esvaziado o seu conteúdo material, reduzindo-se a mero corpo sem alma.

O próprio conceito de delito se vê amesquinhado a mera violação da norma ou de um dever, pois o que importa para tal concepção não é aquilo que reside no âmago da norma, mas sim a própria vigência desta.

“Para esta concepção, o bem jurídico não exprime pura e simplesmente um determinado interesse ou valor que se visou tutelar através da norma penal, pois não foi este o único elemento que presidiu a elaboração da norma”¹⁰⁶.

O bem jurídico perde toda autonomia em relação à norma.

O bem jurídico, sob esta ótica, não passaria de um meio de interpretação das normas penais, identificado com a *ratio* desta, o que permitiria a adaptação de seu conceito a qualquer ideologia.

Aliás, Maria da Conceição Ferreira da Cunha adverte que a referida linha de raciocínio teve por base uma fundamentação política.

¹⁰⁵ Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, p. 375.

¹⁰⁶ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 69.

Visava conter os ataques engendrados por juristas nacional-socialistas¹⁰⁷, contra a idéia de tutela objetiva que se extraía do conceito de bem jurídico, tendo em mira uma subjetivação do conceito de bem jurídico.

No entanto, ao identificar o bem jurídico com o conteúdo da norma penal, como já dito antes, a aludida teorização serviu de instrumento utilizado por Estados autoritários para a sustentação de seus ideais¹⁰⁸.

Somente após a Segunda Guerra Mundial são retomadas as discussões a respeito de um conceito de bem jurídico, de natureza crítica e garantista, em oposição a uma visão moralizante do Direito Penal, até que na década de setenta do século XX o aludido debate atinge o seu ponto maior através da construção das teorias constitucionalistas do bem jurídico-penal.

Antes de analisá-las, no entanto, é conveniente fazer uma breve incursão nas teorias de cunho sociológico.

1.2.5. – Teorias sociológicas sobre o bem jurídico

Durante o desenvolver da história do bem jurídico, outras contribuições aportaram na tentativa de precisar o seu significado e extensão.

Dentre as concepções mais modernas aparecem as de fundo sociológico, defendidas, dentre outros, por Knut Amelung, Jürgen Habermas, Günther Jakobs e Winfried Hassemer.

¹⁰⁷ “Especialmente a Escola de Kiel (Kieler Schule), que refutou, num primeiro momento, o dogma do bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, para admiti-lo posteriormente, quando perdeu sua identidade e não passava de instrumento inócuo. Essa Escola – representada, principalmente, por Schaffstein e G. Dahnm – sustentou o chamado Direito Penal da vontade (*Willensstrafrecht*) ou Direito Penal do Autor (*Taterstrafrecht*)”. Prado, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, nota 39, p. 39.

¹⁰⁸Cunha, Maria da Conceição Ferreira. “Crime e Constituição”, p. 69/70.

É traço comum entre as diversas vertentes das teorias sociológicas a pretensão de uma aproximação do Direito ao sociológico, em uma visão daquele enquanto redutor da complexidade e garante da funcionalidade e eficácia dos sistemas sociais¹⁰⁹.

Embasado pelas idéias do sistema social de T. Parsons e Niklas Luhmann¹¹⁰, Knut Amelung aparece como defensor de uma teoria funcionalista da danosidade social, dentro da qual a sociedade aparece como um complexo de interações, que deve ser estabilizado pelo Estado através do Direito, com o escopo de alcançar-se a funcionalidade do sistema.

Note-se que as teorias sistêmicas defendem que, para conferir estabilidade e funcionalidade ao sistema social, a sociedade, através da criação de estruturas, distribui funções a cada um dos integrantes do corpo social, de modo a gerar expectativas de cumprimento nos demais membros da coletividade, expectativas estas que se vêem frustradas quando da violação da norma.

Daí a utilização da sanção como instrumento de reafirmação da vigência da norma, através do qual se restabelece a funcionalidade do sistema.

De início, Knut Amelung propugna pela substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social, enquanto manifestação de disfuncionalidade, pois segundo ele, “o delito não é tanto um fato que lesiona ou põe em perigo um bem, senão um comportamento danoso”¹¹¹.

“Socialmente danoso é, neste sentido, uma manifestação de disfuncionalidade, um fenômeno social que impede ou

¹⁰⁹ Carvalho, Américo A. Taipa de. Condicionabilidade Sócio-Cultural do Direito Penal, Separata do Número Especial do “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz”, Coimbra, 1985, p. 80 e ss, apud Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime, p. 91..

¹¹⁰ Eduardo Montealegre Lynett ensina que “o direito, na concepção de Niklas Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas. A configuração fundamental da sociedade se produz através do direito, e a missão do Direito Penal é garantir essa configuração. As expectativas sociais se estabilizam através das sanções. Na teoria dos sistemas, as sociedades modernas se caracterizam por sua complexidade, porque se trata de um mundo onde tudo é possível, onde tudo pode ocorrer. Precisamente, para facilitar a orientação do homem no mundo devem-se criar mecanismos que permitam a redução da complexidade, e um deles é a criação de sistemas sociais, dentro dos quais o direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma a sociedade e que a caracteriza de uma determinada maneira”. Introdução à obra de Günther Jakobs, p. 13.

¹¹¹ Gomes, Luiz Flávio; Molina, Antonio García-Pablos de; Bianchini, Alice. Direito Penal, Volume 1, p. 415.

dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. Tais fenômenos sociais podem revestir as formas mais diversificadas (...). O crime é apenas uma forma especial dos fenômenos disfuncionais e, em geral, raramente o mais perigoso. O crime é disfuncional enquanto violação de uma norma institucionalizada (*deviance*), indispensável para a solução dos problemas de subsistência da sociedade (...). O seu perigo reside fundamentalmente no facto de impedir a solução dos problemas do sistema, já que põe em questão a vigência de normas que podem contribuir de alguma forma para esta tarefa. A função do direito penal, como mecanismo de controlo social é, assim, a de contrariar o crime”¹¹².

Busca-se um conceito de danosidade social pré-jurídico, que sirva de padrão crítico ao legislador, como servia o conceito material de crime cunhado no iluminismo, o que, na concepção de Knut Amelung, não se via na teoria do bem jurídico.¹¹³

Porém, diversamente do carácter individualista que assumiram as posições forjadas durante o período das luzes, as idéias de Knut Amelung conferem proeminência ao sistema social, como não poderia deixar de ser, eis que fundamentada na teoria do sistema social¹¹⁴.

Sob a ótica de Knut Amelung, a teoria sistêmica não se opõe a funcionalização da pessoa, desde que isso se mostre indispensável para a estabilização do sistema¹¹⁵.

Aliás, a instrumentalização da pessoa humana é uma das principais deficiências da teoria de Knut Amelung. Nela, a pessoa

¹¹² Amelung, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz de Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, p. 361, apud Andrade, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 97.

¹¹³ Conforme mencionamos no item 1.2.2. Amelung defendia a tese de que, ao teorizar a doutrina do bem jurídico, Birnbaum rompia com os ideais iluministas, tomando o rumo do positivismo.

¹¹⁴ Neste sentido, Manuel da Costa Andrade adverte que, no que concerne as relações entre o indivíduo e a comunidade, “o autor considera serem ostensivas as vantagens da teoria sistêmica, de modelo cibernético, face às tradicionais e conservadoras teorias do organismo (social), de modelo biológico. Para estas últimas, o indivíduo só tem sentido enquanto membro da coletividade, estatuto que de alguma forma implica a dissolução da sua individualidade. Diferentemente, a teoria sistêmica não encara a pessoa – ao contrário do que sucede, por exemplo, com as normas, instituições, papéis, sub-sistemas, estes sim, membros da sociedade – como membro do sistema social. É precisamente aqui que radica a diferença fundamental entre os dois modelos teóricos: a teoria do sistema social é um produto da alienação entre o indivíduo e a coletividade, enquanto as doutrinas do organismo procuram superar esta alienação, se bem que de forma meramente ideal. Em qualquer caso, a teoria do sistema social investiga em primeira linha ‘não as necessidades da pessoa individual, mas antes as exigências da interação entre uma maioria de pessoas’ (sendo o último trecho extraído da obra de Amelung “*Rechtsgüterschutz und Schutz de Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, p. 363)”. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 97/98.

¹¹⁵ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 93.

humana é vista apenas como um dos elementos que contribuem para a funcionalização do sistema¹¹⁶.

O indivíduo passa a ter valor não como pessoa em si, mas apenas como componente do sistema, que coopera para a sua estabilização.

Outra deficiência desta linha de pensamento reside em sua neutralidade política.

A aludida teoria muito se preocupa com a funcionalidade do sistema social, com a preservação de suas estruturas e das funções que estas cometem aos componentes da coletividade.

Porém, nada diz a respeito dos valores em que devem se assentar a organização social, cuja funcionalidade se pretende manter, o que a torna desprovida de conteúdo.

Enfim, acaba por não dizer o que, sob o aspecto material, deve ser considerado socialmente danoso.

Tal característica que impregna a construção teórica de Knut Amelung traz perigo, na medida em que também pode ser aproveitada por qualquer ideologia e, portanto, como instrumento de sustentação tanto de um Estado democrático, que preza pelos direitos fundamentais de seus cidadãos, quanto de um Estado totalitário, em que os referidos valores não são tão caros.

Assim, é fácil constatar que cai por terra a pretensão inicial que movia Knut Amelung no sentido de formatar uma base material na qual seria sedimentado o conceito de crime.

Na tentativa de sanar os vícios que acometem sua teoria, contrariando outra vez o propósito inicial de construir um conceito de danosidade social desvinculado daquele que atribui ao bem jurídico, Knut Amelung se socorre deste último, em sua concepção positivista, concluindo que apenas os problemas fundamentais relacionados à organização social antecedem o Direito posto, pois a sua solução só pode ser determinada por este.

¹¹⁶ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 93.

Nestes termos, o conceito de danosidade social não ganha autonomia em relação ao de bem jurídico. Ao contrário, se torna seu complemento.

Como na sua concepção, o conceito de bem jurídico tem caráter positivista, quem acaba definindo aquilo que pode ser objeto de tutela do Direito Penal é o próprio legislador penal.

Assim, a mencionada linha de pensamento peca pelos mesmos vícios apresentados pelas teorias defendidas por Karl Bindig e R. Honig, apresentando enorme capacidade de adequação as mais diversas ideologias, podendo ser utilizada como sustentação de regimes autoritários.

No campo do Direito Penal, adotando uma concepção funcionalista sistêmica extremada Günther Jakobs conclui que “a contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma dada e na exigida legalmente, não se dêem por perdidas caso resultem defraudadas. Por isso - ainda contradizendo a linguagem usual – se deve definir como o bem a proteger a firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção, firmeza frente às decepções que tem o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática; este bem se denominará a partir de agora *bem jurídico-penal*”¹¹⁷.

“O centro de proteção do Direito Penal, no pensamento de Günther Jakobs, deixa de ser os bens jurídicos em si, mas o reconhecimento da validade das normas e a confiança que deve inspirar nos cidadãos que a elas aderiram”¹¹⁸.

Neste contexto, a infração penal aparece como fator de confronto à prescrição normativa, que é contrariado pela pena, como medida destinada ao restabelecimento da obediência à norma¹¹⁹.

¹¹⁷ Jakobs, Günther. Derecho Penal, p. 45. “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal”.

¹¹⁸ Camargo, Antonio Luis Chaves. Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal, p. 56.

¹¹⁹ Sobre a pena, Jakobs afirma que “su misión es mas bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equiparar-se, a tal efecto, vigencia y reconocimiento” . Derecho Penal, p. 13/14.

Por tudo isso, Antonio Luís Chaves Camargo escreve que “Jakobs, a partir de uma teoria sistêmica, de cunho normativo, atribui à pena, não uma função retributiva, negativa, mas, de modo positivo, se apresenta como uma demonstração da vigência da norma por conta de um responsável, e tem por finalidade estabilizar a norma lesionada”¹²⁰.

Note-se que a sanção penal não terá por fim a prevenção de um dano a um bem jurídico ou a reparação a este dano, mas pura e simplesmente a reafirmação da vigência da norma.

Günther Jakobs sustenta que “a pena, como resposta à violação da norma, situa-se no mesmo contexto de significado que esta, e simboliza, por sua vez, a contradição desta violação ou, dito em termos positivos, que a norma infringida continua sendo, apesar de sua violação, a regra de comportamento em que se pode continuar confiando”¹²¹.”

No que toca a concepção de Günther Jakobs, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira pontua que “é possível verificar grande influência da teoria hegeliana, uma vez que ao aplicar a pena há a negação da negação do ordenamento, que funciona como sua afirmação, na toada do que afirmava o filósofo, embora a nova leitura traga como foco os efeitos externos da imposição da sanção”¹²².

Segundo Eduardo Montealegre Lynett “se trata de uma nova leitura de Hegel através da concepção do direito de Niklas Luhmann”¹²³

No entanto, as mesmas críticas tecidas contra a teoria de Knut Amelung podem ser dirigidas à visão de Günther Jakobs do Direito Penal, de nítido caráter funcionalista.

Impulsionar o Direito Penal neste sentido é extremamente perigoso, em razão da evidente instrumentalização da pessoa humana.

¹²⁰ Camargo, Antonio Luis. Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal, p. 55.

¹²¹ Ramos, Enrique Peñaranda; González, Carlos Suárez; Meliá, Manuel Cancio. Um Novo Sistema do Direito Penal, p. 08.

¹²² Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. Finalidades da Pena, p. 70/71.

¹²³ Lynett, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs, p. 12.

Aliás, ao dissertar sobre os inconvenientes da adoção de uma teoria nestes moldes, Antonio Luís Chaves Camargo menciona que outra crítica que se faz a ela “refere-se à manipulação do homem, já referida por Kant, quando negava qualquer possibilidade de o homem ser um meio para atingir-se um fim¹²⁴”.

Segue a mesma trilha Luigi Ferrajoli ao assegurar que “claro está que esta doutrina, ao reduzir o indivíduo à condição de ‘subsistema físico-psíquico’, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, é inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa”¹²⁵.

O mesmo que foi dito em relação à Knut Amelung cabe à Günther Jakobs, no que toca a neutralidade política de seu pensamento e a perigosa possibilidade de utilizá-lo como instrumento de sustentação de regimes autoritários.

Winfried Hassemer, por sua vez, estabelece como exigência fundamental para a intervenção do legislador penal a verificação de um dano social, mas deixa clara a sua preocupação em impregnar o bem jurídico penal de conteúdo político-criminal.

“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”¹²⁶.

Winfried Hassemer ressalta a importância de assinalar no Direito Penal sua natureza de ciência social, de modo que dele se extraia uma feição humanista¹²⁷.

Para Winfried Hassemer “a humanização do Direito Penal é atingida quando seus instrumentos cumprem seu objetivo, ajudando a garantir a proteção formalizada dos interesses fundamentais”¹²⁸.

“O princípio da humanidade é o retor do Direito Penal e da política criminal, pois uma teoria personalista do bem jurídico e

¹²⁴ Camargo, Antonio Luis. Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal, p. 57.

¹²⁵ Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão, p. 222.

¹²⁶ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 40.

¹²⁷ Camargo, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro, p. 34.

¹²⁸ Idem, p. 34.

o controle formalizado da desviação são os caminhos para atingir-se as metas exclusivas de proteção dos interesses humanos”¹²⁹.

“O pensamento de Hassemer é no sentido de que a pena, como instrumento mais violento de controle social, pela ausência de outros, não tem apenas um fim intimidatório, mas para assegurar as normas, influenciando em outros processos de controle social. Há a presença sociológica nestas propostas, pois o Direito Penal, depois de adotar as orientações das ciências naturais, volta-se para um momento empírico de seu pensamento com orientação para as ciências sociais. A esta mudança de conceito justifica a afirmativa de que as normas, ao convencer as pessoas, atuam no sentido de demonstrar a idoneidade para uma melhor convivência. Por estas razões, não podem ser excessivamente gravosas, mas como meios de garantia dos bens jurídicos e para possibilitar a liberdade humana”¹³⁰.

Jürgen Habermas condensa seu pensamento no que denomina de teoria do consenso, segundo a qual seria o consenso social que legitimaria as decisões, defendendo que para a verificação de tal consenso seria indispensável o estabelecimento de uma situação ideal de diálogo, consubstanciada na possibilidade de todos os destinatários das normas participarem de sua elaboração, com o único propósito de alcançar uma decisão racional¹³¹.

Ao Direito caberia proporcionar a situação ideal de diálogo.

Através do consenso social Jürgen Habermas busca possibilitar a exteriorização da identidade racional de cada sociedade, o que, no seu entender, seria um critério válido para a criação do bem jurídico.

Jürgen Habermas conclui que nas sociedades atuais o consenso deve ser atingido através de um processo de comunicação fundado na argumentação racional, que, segundo ele, constitui o filtro da tradição, e, portanto, de preconceitos, motivo pelo qual é capaz da confecção de estruturas valorativas e normativas novas¹³².

¹²⁹ Camargo, Antonio Luís Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro, p. 35.

¹³⁰ Camargo, Antonio Luís Chaves. Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal, p. 52/53.

¹³¹ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 97/98.

¹³² Idem, p. 98.

Nestes termos, só seria possível falar em criminalização legítima quando houvesse um racional consenso intersubjetivo ou, ao menos, a possibilidade de suscitá-lo, tudo porque o consenso constituiria um critério de verdade, depurado de emoções e motivações particulares¹³³.

Ocorre que é difícil senão impossível concretizar o ideal de Jürgen Habermas, uma vez que se mostra inviável visualizar no plano concreto a criação da situação ideal de diálogo, bem como a participação dos destinatários da norma isentos de seus interesses pessoais.

Na verdade, conforme pondera Luiz Regis Prado, “nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, porque uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros”¹³⁴.

Assim, nenhuma delas atingiu o desiderato que se deseja alcançar através das idéias que compõe o objeto deste trabalho, ou seja, a concretização de um padrão crítico, transistemático, apto a orientar o legislador penal no exercício de sua atividade precípua, através de um conceito material de bem jurídico.

1.2.6. – O Estudo do Bem jurídico no Brasil

Embora no Brasil o estudo do bem jurídico não tenha alcançado a profundidade que a importância do tema impõe não se pode negar que, com preciosas contribuições, juristas pátrios também enriqueceram o debate sobre tema.

Os penalistas brasileiros não fizeram “vistas grossas” à necessidade da fixação de um limite material para as normas penais incriminadoras, consistente na exigência de que as mesmas

¹³³ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 99.

¹³⁴ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 44.

destinem-se apenas a proteção de valores fundamentais à convivência social.

Longe da intenção de reproduzir o pensamento de todos os aqueles que no Brasil se dedicaram ao estudo da questão, é bom lembrar que, ao tecer comentários sob a faceta material do delito, Basileu Garcia afirmava que “as definições substanciais de crime põem, em relevo, sem uniformidade, aspectos particulares da noção de crime: o seu caráter danoso ou, pelo menos, perigoso, a perturbação que acarreta às condições vitais da sociedade (...)”¹³⁵.

Deste modo, Basileu Garcia deixa claro que não é tudo que pode ser objeto de tutela penal, mas, segundo uma definição substancial do crime, somente aquilo que implique em lesão, ou ao menos, exposição a perigo dos pressupostos indispensáveis à convivência em sociedade.

Nelson Hungria, por outro lado, salientava a importância do aspecto material do crime quando aduzia que “o direito penal não protege interesses jurídicos do indivíduo (ainda quando constitui direitos subjetivos) porque sejam tais, mas somente *per accidens*, isto é, somente quando e enquanto coincide sua proteção com interesses socialmente relevantes”¹³⁶.

A mesma trilha seguiu José Frederico Marques ao lembrar que, além da definição estritamente formal, o crime apresenta um conteúdo revestido de aspectos éticos e que revela o que há de finalístico na ordem normativa do Direito Penal¹³⁷.

Aníbal Bruno, por sua vez, proclamava que o “fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais”¹³⁸.

Dando continuidade à sua linha de raciocínio, e adotando a concepção de Franz Von Liszt, o mencionado autor ressaltava que se entende por bem jurídico “tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. São interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes

¹³⁵ Garcia, Basileu. Instituições de Direito Penal, p. 193.

¹³⁶ Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, Vol. V, p. 9.

¹³⁷ Marques, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Vol. 2, p. 2.

¹³⁸ Bruno, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, p. 28.

elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal”¹³⁹.

Sintetizando, Aníbal Bruno assevera que “o bem jurídico é o elemento central do preceito punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito”¹⁴⁰.

Heleno Cláudio Fragoso também conferiu relevância ao estudo da objetividade jurídica do delito, assegurando que se trata de tema fundamental para a determinação do conceito e essência do crime¹⁴¹.

Meticulosamente, depois de tecer longo e detalhado comentário sobre a evolução histórica do conceito de bem jurídico, Heleno Cláudio Fragoso estabelece a distinção entre objeto material do crime e seu objeto formal, mencionando que aquele “constitui o objeto corpóreo (coisa ou pessoa), incluído na definição do delito sobre o qual recai a ação punível”¹⁴², enquanto este constituiria um direito público subjetivo do Estado à observância do preceito penal, violado pela ação delituosa¹⁴³.

Menciona que se a norma penal impõe um dever, o crime constitui a violação do mesmo. Continua, dizendo que “evidentemente, o estabelecimento ou a imposição de um dever jurídico, que surge com a norma penal, não significa que tal dever seja um fim em si: a violação de um dever é, por assim dizer, o modo de ser da infração penal, que somente adquire sentido como meio para a obtenção de uma conduta socialmente útil, vale dizer, como meio de tutela de um valor social”¹⁴⁴.

Edgard Magalhães Noronha não fugiu do debate e dissertando sobre o conceito de crime garantiu que “a definição formal não esgota o assunto. Há nele sempre uma petição de princípio. Por que essa conduta transgride a lei? Qual a razão que levou o legislador a puni-la? Qual o critério que adotou para distingui-la de outras ações também lesivas?”¹⁴⁵.

¹³⁹ Bruno, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, p. 28/30.

¹⁴⁰ Idem, p. 30/31.

¹⁴¹ Fragoso, Heleno Cláudio. Direito Penal e Direitos Humanos, p. 34.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem, p. 53.

¹⁴⁴ Idem, p. 58.

¹⁴⁵ Noronha, Edgard Magalhães. Direito Penal, p. 93.

Mais adiante, Edgard Magalhães Noronha assevera que a finalidade das normas legais é tutelar bens-interesses necessários a coexistência social, sendo que bem seria tudo o que satisfaz as necessidades da existência do indivíduo na vida em sociedade e interesse a representação psicológica desse bem, a sua estima.¹⁴⁶

Acrescenta que, em razão da fundamental relevância de alguns deles, o Estado os protege com a sanção mais severa, que é a pena.

Conclui, finalmente, que “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a ofensa ao bem jurídico, pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela”¹⁴⁷.

Note-se que a doutrina mais recente não passou a distância da questão.

Francisco de Assis Toledo, por exemplo, foi claro ao subordinar a intervenção penal à lesão de um bem jurídico, esclarecendo, no entanto, que não será qualquer ofensa que legitimará a incidência da norma penal e, muito menos, qualquer bem jurídico que poderá contar com a tutela do Direito Penal¹⁴⁸.

Juarez Tavares, a seu turno, estabelece o significado de tipo de injusto como “a descrição legal da conduta criminosa”¹⁴⁹. Prossegue, afirmando que “tipicidade vem a ser a configuração concreta desse tipo de injusto através da realização de determinada conduta ou, dito de outro modo, a conformidade entre a descrição legal da conduta criminosa e a prática de um fato concreto, que ofenda um bem jurídico alheio”¹⁵⁰.

Discorrendo sobre a missão do Direito Penal, Nilo Batista menciona que cabe a ele “a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”¹⁵¹.

Miguel Reale Júnior também se ocupou com o tema da concepção material do crime, deixando clara sua percepção de que

¹⁴⁶ Noronha, Edgard Magalhães. Direito Penal, p. 94.

¹⁴⁷ Idem, p. 93.

¹⁴⁸ Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, p. 13/14.

¹⁴⁹ Tavares Juarez. Teoria do Injusto Penal, p. 126.

¹⁵⁰ Idem, p. 126.

¹⁵¹ Batista, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, p. 116.

os bens jurídicos são extraídos da própria sociedade e que antecedem a elaboração da norma, conferindo a ele um caráter transistemático¹⁵².

Adverte, ainda, que “a idéia de Estado de Direito é inseparável, contudo, da idéia de limites”¹⁵³.

A este propósito, Miguel Reale Júnior acrescenta ainda que o primeiro deles a ser examinado “é o limite material da norma incriminadora, que deve visar a proteção de valores fundamentais à convivência social”¹⁵⁴.

Prossegue, aduzindo que “a intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, para a afirmação do valor violado, e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social”¹⁵⁵.

Seguindo a mencionada ordem de idéias, Miguel Reale Júnior arremata seu pensamento dizendo que “o bem jurídico exerce, na esfera da Política Criminal, importante função ao orientar o legislador na decisão de qual conduta deva ser reprimida por meio de ameaça penal”¹⁵⁶.

Há autores ainda, dentre os quais se destacam, Luiz Luisi¹⁵⁷, Luiz Régis Prado¹⁵⁸, Luiz Flávio Gomes¹⁵⁹, Maurício Antonio Ribeiro Lopes¹⁶⁰, Luciano Feldens¹⁶¹, Márcia Dometila Lima de Carvalho¹⁶², Railda Saraiva, Janaína Conceição Paschoal¹⁶³ e Guilherme Gouvêa de Figueiredo¹⁶⁴, que procuram conferir ao tema uma ancoragem constitucional, debatendo questões como a exigência ou não da consagração constitucional dos valores para que eles possam ostentar

¹⁵² “O direito institucionaliza, via comandos normativos, o proibido e o permitido, que inconscientemente e em latência já atuavam de certo modo no meio social. O Estado (legislador) como centro de poder, ao estabelecer as normas, sofre o impulso das influências sociais e históricas, mas instaurando os seus comandos, nestes as absorve e supera, definindo-as em função de situações concretas (...)”. Reale Júnior, Miguel. Teoria do Delito, p. 17.

¹⁵³ Reale Júnior, Miguel. Instituições de Direito Penal, Volume I, p. 20.

¹⁵⁴ Reale Júnior, Miguel. Instituições de Direito Penal, Volume I, p. 21.

¹⁵⁵ Idem, p. 21/22.

¹⁵⁶ Idem, p. 29

¹⁵⁷ Luisi, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais.

¹⁵⁸ Prado, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição

¹⁵⁹ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal.

¹⁶⁰ Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. Teoria Constitucional do Direito Penal.

¹⁶¹ Feldens, Luciano. A Constituição Penal.

¹⁶² Carvalho, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal.

¹⁶³ Paschoal, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo.

¹⁶⁴ Figueiredo, Guilherme Gouvêa de. Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal.

dignidade penal, bem como temas relacionados às imposições constitucionais de criminalização, tópicos estes que serão devidamente analisados no curso do presente trabalho.

1.3. – Conceito e funções do bem jurídico.

A síntese evolutiva elaborada até o momento nos parece suficiente, ao menos para demonstrar a polêmica e as incertezas que cercaram as tentativas de elaboração de um conceito de bem jurídico, bem como o seu potencial para fundamentar e limitar o direito de punir do Estado.

Se é indiscutível que a grande maioria dos doutrinadores, de forma pacífica, acolhem o postulado de que, sob o aspecto substancial, o crime consiste na violação, ou ao menos exposição a perigo, de um bem jurídico, observa-se que não existe a mesma concordância no que toca a elaboração do conceito de bem jurídico.

Mas, qualquer que seja a configuração que se dê ao bem jurídico, é inevitável consignar que o objeto jurídico do crime não se confunde com seu objeto material (que em alguns casos sequer existe - crimes de mera conduta), embora ambos os conceitos se relacionem entre si.

O objeto material do crime é aquele elemento do tipo penal, de natureza corpórea ou incorpórea, sobre o qual incide a conduta que constitui o seu núcleo.

Portanto, o objeto material, por consistir elemento da própria estrutura típica, não é comum a todo e qualquer crime, apresentando-se somente quando a sua consumação exigir uma modificação do mundo exterior, provocada pela conduta estampada na definição abstrata da infração penal, contida na lei.

O objeto jurídico por sua vez se reveste de caráter axiológico, representando aquilo sobre o que recai a tutela penal. Assim, não há que se falar em crime sem objeto jurídico, eis que, se é possível a existência de crime sem resultado naturalístico (de mera conduta), é inconcebível crime sem resultado jurídico, ou seja, sem lesão ou exposição à perigo do bem jurídico penalmente tutelado.

“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”¹⁶⁵.

Também são inconfundíveis as noções de bens jurídicos e funções (motivos ou razões da tutela), pois a tutela penal deve restringir-se àqueles e jamais estender-se a estas.

A função é axiologicamente neutra e, por isso, diversamente do que ocorre com o bem jurídico, que é puro juízo de valor, não pode ser objeto de proteção penal.

Contudo, no que diz respeito a conceituação do bem jurídico, deve ser ressaltado que, de início, sob influência do neokantismo, em um enfoque meramente espiritualista, o mesmo foi concebido como valor cultural, baseado em necessidades individuais, que, quando socialmente dominantes, transformam-se em valor de cultura, que, por sua vez, torna-se bem jurídico quando se verifica que a confiança na sua existência exigiria a proteção jurídica¹⁶⁶.

De outra banda, num aspecto objetivo, Hans Welzel conceitua o bem jurídico como “um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”¹⁶⁷.

Segundo ele, “bem jurídico é todo o estado social desejado que o Direito quer resguardar de lesões”¹⁶⁸.

Em sua concepção, o significado de bem jurídico não deve ser analisado de forma isolada, mas em conexão com toda a ordem social, mesmo porque a missão do Direito Penal se circunscreve a

¹⁶⁵ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 56.

¹⁶⁶ Idem, p. 44.

¹⁶⁷ Welzel, Hans. Derecho Penal Aleman, p. 5. “*Bien jurídico es um bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente*”.

¹⁶⁸ Idem. “(...) *bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones*”.

tutela de bens jurídicos, mediante a proteção de elementares valores ético-sociais da ação¹⁶⁹.

Estabelecendo a importância tanto do desvalor da ação quanto o do resultado, Welzel explica que o Direito Penal busca evitar este mediante a proibição daquela, de forma a assegurar a vigência dos valores de ação ético-sociais, em que se assentariam os bens jurídicos¹⁷⁰.

Sem descurar do desvalor do resultado, Hans Welzel eleva a importância da valoração ético-social da ação.

Observe-se que a estabilização dos valores ético-sociais da ação através da intervenção penal somente é admissível quando se verifique a ofensa ou a potencialidade de lesão à um bem jurídico.

Por isso que Luiz Regis Prado, embasado no pensamento de Winfried Hassemer e de Francisco Muñoz Conde, deixa claro que, segundo a posição de Hans Welzel, a intervenção penal está subordinada a obediência não só do princípio da legalidade, como também do da exclusiva proteção de bens jurídicos¹⁷¹.

Firmando a distinção entre objeto jurídico e objeto material do crime e adotando uma vertente ético-valorativa, Giuseppe Bettiol acaba por externar o seu conceito de bem jurídico, assinalando que o objeto jurídico do crime “é a posse ou a vida, isto é, o “valor” que a norma jurídica tutela, valor que nunca pode considerar-se como qualquer coisa de material, embora tenha a ligação com a matéria”¹⁷².

Hans-Heinrich Jescheck assevera que os bens jurídicos constituem “bens vitais imprescindíveis para a convivência das pessoas na comunidade e que, por isso, devem ser protegidos através da coação estatal mediante o recurso da pena pública”¹⁷³.

Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán sustentam que “bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa

¹⁶⁹ Welzel, Hans. Derecho Penal Aleman, p. 5

¹⁷⁰ Idem, p. 2.

¹⁷¹ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 45/46.

¹⁷² Bettiol, Giuseppe. Direito Penal, p. 323.

¹⁷³ Jescheck, Hans-Heinrich e mWeigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal, p. 07/08. “(...) bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública”.

necessita para sua auto-realização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”¹⁷⁴.

Hans-Joachim Rudolphi assegura que os bens jurídicos constituem “interesses funcionais valiosos constitutivos da nossa vida em sociedade, na sua forma concreta de organização”¹⁷⁵.

Para Miguel Polaino Navarrete bens jurídicos são “os bens e valores mais sólidos da ordem de convivência humana em condições de dignidade e desenvolvimento da pessoa em sociedade”¹⁷⁶.

Claus Roxin, por sua vez, em sua última manifestação sobre o tema, ensina que “os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema”¹⁷⁷.

Jorge de Figueiredo Dias define bem jurídico como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹⁷⁸.

Note-se que a doutrina pátria não se mostrou imune às divergências conceituais acima apontadas.

Aníbal Bruno deixa claro que os bens jurídicos “são valores, valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura, que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos quanto morais”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Conde, Francisco Muñoz e Arán, Mercedes Garcia. Derecho Penal – Parte General, p. 59.

¹⁷⁵ Rudolphi, Hans-Joachim. Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. In: Festschrift für Richard M. Honig. Göttingen: Verlag, 1970, p. 166, apud Prado, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 46.

¹⁷⁶ Navarrete, Miguel Polaino. El Bien Jurídico em el Derecho Penal, Universidad de Sevilla, 1974, p. 356, apud Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 83.

¹⁷⁷ Roxin, Claus. Derecho Penal, p. 56. “*los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.

¹⁷⁸ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p. 114.

¹⁷⁹ Bruno, Aníbal. Direito Penal, p. 31.

Edgard Magalhães Noronha ao tecer comentários sobre o objeto jurídico do crime revela o seu conceito de bem jurídico como sendo o “bem-interesse protegido pela norma penal”¹⁸⁰.

Heleno Cláudio Fragoso consigna que o bem jurídico “é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito”¹⁸¹.

Evidenciando o aspecto objetivo que confere ao seu conceito, Heleno Cláudio Fragoso salienta que “bem 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”¹⁸².

Endossando a perspectiva lançada por Hans Welzel, Francisco de Assis Toledo acaba por redigir o conceito de bem jurídico nos seguintes termos: “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”¹⁸³.

Em linha similar, Cezar Roberto Bitencourt escreve que “o bem jurídico pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”¹⁸⁴.

Luiz Régis Prado conceitua o bem jurídico como “um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Noronha, Edgard Magalhães. Direito Penal, p. 112.

¹⁸¹ Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, p. 266.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, p. 16.

¹⁸⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, p. 7.

¹⁸⁵ Prado, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1, p. 257.

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, concebe o bem jurídico como “bens existenciais (pessoais) valorados *positivamente* e protegidos dentro e nos limites de uma determinada ‘relação social conflitiva’ por uma norma penal”¹⁸⁶.

A menção a vários conceitos, confeccionados por doutrinadores estrangeiros e pátrios sob óticas diversas do tema, que no presente trabalho sucedem a uma síntese da evolução histórica dos mesmos, demonstra a exatidão do pensamento de Manuel da Costa Andrade, anteriormente mencionado, no sentido de que “já se definiu o bem jurídico como de índole extra-jurídica e, a par disso, como conceito puramente jurídico; como puramente espiritual e imaterial e, a par disso, como meramente empírico-naturalista; como entidade consistentemente substancial ou como essência puramente relacional; como imanente ao sistema e acrítico e, simultaneamente como transistemático e crítico; como de sentido liberal, garante da liberdade e da tolerância, e como fundamento da criminalização, mesmo, como instrumento de legitimação do direito penal mais totalitário”¹⁸⁷.

Mas, o certo é que, concebendo o bem jurídico como bem material ou imaterial, valor ou interesse, a quase unanimidade da doutrina já não discute mais a imprescindibilidade de uma idéia substancial de crime, a limitar e fundamentar a intervenção estatal no âmbito penal.

“O essencial reside no caráter de fundamentalidade de que os bens se devem revestir para a realização humana em comunidade e não na sua natureza material ou imaterial. Assim, essencial é que as valorações feitas pelo legislador tenham em conta a vida do Homem em sociedade, naquela sociedade em concreto, de uma forma realista e global, ou seja, atentando aos pressupostos (condições) vitais para a sua realização, pressupostos estes que incluem, necessariamente, bens materiais e valores ideais (bens imateriais), pois nem só os bens com *abstracto material*, apreensível pelos sentidos, são postos em perigo ou lesionados, os susceptíveis de causarem danos sociais...”¹⁸⁸.

“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

¹⁸⁶ Gomes, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*, p. 133.

¹⁸⁷ Andrade, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes contra a economia*, p. 391.

¹⁸⁸ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 88.

generalização, através da discussão racional e o consenso, e sua concreção em postulados axiológicos materiais”¹⁸⁹.

Daí resulta a função de garantia ou limitadora que o bem jurídico exerce sobre o direito de punir do Estado.

Sob esta ótica, de nítido matiz político-criminal, que é a que nos interessa no presente trabalho, o bem jurídico se apresenta como a dimensão material da norma penal incriminadora, limitando e legitimando a atividade legiferante no que diz respeito à criminalização e descriminalização de condutas.

Sem prejuízo da função garantista acima alinhavada, é interessante lembrar que o bem jurídico desempenha outros papéis no Direito penal, seja como critério de interpretação dos tipos penais, seja como parâmetro de individualização da pena, seja como elemento de sistematização da matéria.

No entanto, não nos debruçaremos sob estes outros aspectos, pois os mesmos se afastam do objetivo a que nos propusemos de início, ou seja, o estudo do bem jurídico, enquanto essência de um conceito material de crime, apto a fundamentar e limitar a atuação legislativa no âmbito penal.

¹⁸⁹ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 49/50.

2. – Bem Jurídico-penal e Constituição

2.1. – Considerações preliminares

Conforme restou evidenciado no capítulo anterior, num Direito Penal assentado nas bases de um Estado Democrático de Direito, quase não se discute mais sobre a imprescindibilidade de um conceito material de crime, que ostente o bem jurídico como essência, para fundamentar e limitar o poder punitivo estatal¹⁹⁰.

Vimos também que inúmeros foram os esforços empreendidos na tentativa de se estabelecer um conceito unívoco de bem jurídico, não se obtendo êxito em tal intento, eis que a questão foi posta pelos juristas sob diversas óticas e o seu significado acabou assumindo contornos diversos.

No entanto, todos consentem que, no fundo, qualquer que seja o conceito que se estabeleça para o objeto do nosso estudo, ele deverá traduzir aqueles bens, valores ou interesses fundamentais, que representam os pressupostos indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade.

¹⁹⁰ Aliás, de encontro com o tal posicionamento, Alberto Silva Franco ensina que “o *ius puniendi* do Estado Democrático (e Social) de Direito não é, nem poderia ser, um direito estatal, de caráter arbitrário, sem freios nem limites”. Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 50.

Porém, neste estágio, ainda tudo é muito abstrato e se não nos preocuparmos em transportar essas idéias para um nível de maior concretude, de nada valerá o esforço até então empreendido¹⁹¹.

Em poucas palavras, é dizer que, qualquer que seja o conceito talhado para o bem jurídico, é indispensável concretizá-lo, o que somente será possível através de um instrumento mediatizador, que, através do estabelecimento de parâmetros, vincule o legislador penal na escolha do objeto de tutela.

A este propósito, também é certo que a doutrina majoritária, à qual aderimos no presente trabalho, vem apontando a Constituição de cada Estado, como o único instrumento legítimo para concretizar a aludida mediatização.

Mas, por qual razão seria a Constituição a eleita como o instrumento adequado para delinear as fronteiras dentro das quais o Direito Penal poderá incidir legitimamente?

Por que seria a Constituição a responsável pela mediatização de um conceito crítico de bem jurídico?

É de indagar-se também sobre a forma como a Constituição procederá a aludida mediatização.

Ora, se é a Constituição de um Estado que alberga os valores mais caros da sociedade organizada por ele, é exatamente nela, seja de forma explícita ou implícita, que o legislador encontrará aqueles fundamentais e indispensáveis para a manutenção da vida em comunidade.

Conforme precisa constatação de Luiz Flávio Gomes, “o ponto de partida da tese de que a Constituição exerce direta influência no conteúdo das normas penais consiste em considerar que os valores básicos constitucionalizados constituem os elementos axiológicos, de natureza ético-jurídica, que conferem unidade, fundamento e

¹⁹¹ Por isso, ao referir-se aos diversos enfoques que foram dados ao conceito de bem jurídico, Luiz Luisi menciona que “seja os que encaram o bem jurídico enquanto preexistente à próprio ordem jurídica, como os que acentuam a sua natureza funcional ou sistêmica, primam pela carência de concretude, posto que não definem conteúdos, ou seja, não dizem, por exemplo: quais as unidades sociais de função ou quais das disfunções afetam a conservação do sistema, e o *quantum* de nocividade social das mesmas. Em verdade, como acentuou Fernando Mantovani, o bem jurídico tem sido reduzido à categoria formal que os diferentes Estados usam para tutelar os bens que entendem, na ótica ideológica de cada um, mais relevantes e necessários de preservação. Não exerce, por essa razão, a função limitadora da criminalização para tornar-se tudo o que o legislador pretende tutelar”. Luisi, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, p. 171/172.

legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política da comunidade, são valores que estão em permanente inter-relação e que acabam conformando um autêntico sistema axiológico constitucional, vertebrado ao redor do valor-síntese que é o da *dignidade da pessoa humana*”¹⁹².

Prossegue o aludido autor asseverando que “o sistema axiológico subscrito pela norma fundamental do Estado supõe uma verdadeira ‘referência material’ para qualquer norma integrante do ordenamento jurídico”¹⁹³.

Maria Conceição Ferreira da Cunha nos lembra de que “quando falamos em Constituição, convirá precisar, referimo-nos à Constituição material¹⁹⁴, enquanto conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, atendendo ainda à própria realidade constitucional, mesmo que não estejam expressamente positivados no texto Constitucional (...)”¹⁹⁵.

É importante deixar claro também que fazemos referência a uma Constituição rígida¹⁹⁶, pois, caso contrário, inviável seria pensar em vinculação do legislador infraconstitucional a ela.

¹⁹² Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 87.

¹⁹³ Idem, p. 88.

¹⁹⁴ Jorge Miranda nos ensina que “há duas perspectivas por que pode ser considerada a Constituição: uma perspectiva material – em que se atende ao seu objeto, ao seu conteúdo ou a sua função; e uma perspectiva formal – em que se atende à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico. A estas perspectivas vão corresponder diferentes sentidos, não isolados, mas interdependentes. De uma perspectiva material, a Constituição consiste no estatuto jurídico do Estado ou, doutro prisma, no estatuto jurídico do político, estrutura o Estado e o Direito do Estado (...). A perspectiva formal vem a ser a de disposição das normas constitucionais ou do seu sistema diante das demais normas ou do ordenamento jurídico em geral. Através dela, chega-se à Constituição em sentido formal como complexo de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força jurídica superior à de quaisquer outras normas”. Miranda, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, p. 321/322. Embora discordando da aludida distinção, eis que, no seu entender, não se coaduna com a compreensão das dimensões do Direito Constitucional contemporâneo, José Afonso da Silva explica que “a ampliação do conteúdo da constituição gerou a distinção, já vista, entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal. Segundo a doutrina tradicional, as prescrições das constituições, que não se refiram à estrutura do Estado, à organização dos poderes, seu exercício e aos direitos do homem e respectivas garantias, só são constitucionais em virtude da natureza do documento a que aderem; por isso, diz-se que são constitucionais apenas do ponto de vista formal”. Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 43. No mesmo sentido se projetam os ensinamentos de Alexandre de Mores quando diz que a “Constituição material consiste no conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento; enquanto a Constituição formal é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário”. Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, p. 3.

¹⁹⁵ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 116.

¹⁹⁶ Ao classificar as Constituições quanto a sua estabilidade, José Afonso da Silva menciona que “rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formatação das leis ordinárias ou complementares. Ao contrário, a constituição é flexível quando pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Na verdade, a própria lei ordinária contrastante muda o texto

Fala-se em Constituição enquanto “a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior do ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e observância como norma superior directamente vinculante em relação a todos os poderes públicos”¹⁹⁷.

Mas este não é o único argumento que fundamenta a ideia de que os bens jurídico-penais devem ser extraídos do texto constitucional.

É importante ponderar também, como já fizemos no capítulo anterior, que o Direito Penal constitui a arma mais poderosa de que dispõe o Estado para promoção do controle social.

Vimos que a aplicação da sanção penal, instrumento através do qual atua o Direito Penal, necessariamente implica na restrição da liberdade ou do patrimônio do sujeito ativo do crime, quando não de ambos.

Se a liberdade e o patrimônio constituem direitos fundamentais do cidadão, cuja tutela encontra-se plasmada no texto constitucional, nada mais justo, até por uma questão de proporcionalidade, que o bem jurídico em relação ao qual se pretende conferir a tutela penal, também goze de relevância constitucional¹⁹⁸.

Daí os motivos que levaram Janaína Conceição Paschoal a escrever que “tal assertiva leva a dizer que, se a liberdade é um bem constitucionalmente relevante, o bem cujo ferimento pode ensejar a privação da liberdade, necessariamente, há de ter relevância constitucional, ou, como se vem asseverando pela doutrina, o bem há de merecer tutela penal ou ser digno dela”¹⁹⁹.

E Manuel da Costa Andrade define a dignidade penal como “a expressão de um *juízo qualificado de intolerabilidade*

constitucional. Semi-rígida é a constituição que contém uma parte rígida e a outra flexível (...). Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 42.

¹⁹⁷ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 888.

¹⁹⁸ Neste sentido, tomando por base o artigo 13 da Constituição da República Italiana, Franco Bricola, menciona que “a sanção penal pode ser adotada somente em presença da violação de um bem, o qual, senão de igual grau relativamente ao valor (liberdade pessoal) sacrificado, seja ao menos dotado de relevância constitucional”. Bricola, Franco. Teoria generale del reato. Novissimo digesto italiano, 1973, p.08 (da separata), apud Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p.415.

¹⁹⁹ Paschoal, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, p. 50.

social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade”²⁰⁰.

Anote-se, desde logo, que a dignidade penal do bem jurídico não é suficiente para a deflagração de sua tutela através da intervenção do legislador penal.

A proteção através do Direito Penal deve se mostrar necessária e, salvo nos casos de imposições constitucionais de criminalização, a verificação da aludida necessidade se insere no âmbito da discricionariedade do legislador, que encetará a avaliação em cada caso concreto.

De tal circunstância decorre a assertiva de Luiz Regis Prado no sentido de que “os bens dignos ou mercedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto a necessidade”²⁰¹.

Explicitadas as razões pelas quais a Constituição se apresenta como o instrumento mais legítimo para atender a finalidade a que buscamos, ou seja, fundamentar e limitar ao poder punitivo estatal, resta ainda verificar de qual forma e em que sentido a Constituição incidirá sobre o Direito Penal.

Se o que se busca é legitimar e limitar o Direito Penal, tal desiderato deverá ser alcançado através de princípios ou valores constitucionais que delimitem a matéria que pode e aquela que não pode ser objeto de criminalização.

Aliás, ao criticar a tentativa de extrair-se de um único preceito constitucional a conclusão de que a matéria passível de criminalização deve ser deduzida da Carta Maior, Giovanni Fiandaca assevera que “este tipo de abordagem não pode deixar de olhar para o conjunto dos princípios constitucionais que delineiam os traços típicos do nosso ordenamento: dos princípios clássicos com fundo ‘garantístico’, àqueles inspirados numa perspectiva ‘solidarística’, cujo concurso serve para caracterizar o nosso Estado²⁰² como Estado Social de Direito”²⁰³.

²⁰⁰ Andrade, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, p. 184.

²⁰¹ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 95.

²⁰² É evidente que suas considerações tomam por base a República Italiana.

É o que Francesco Palazzo chama de princípios influentes em material penal²⁰⁴, que, segundo o magistério de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “vão desde a consagração do tipo de Estado e seus fins até o catálogo de direitos fundamentais, quer os que exprimem a dimensão do Estado de Direito (*Rechtsstaatprinzip*) – os tradicionais direitos, liberdades e garantias pessoais -, quer os que exprimem a inovadora face do Estado, a sua dimensão social (*Sozialstaatprinzip*) – os direitos sociais, econômicos e culturais -, não se limitando, de acordo com a perspetivação da Constituição em sentido material, ao texto escrito, mas atendendo a realidade constitucional e aos valores ínsitos na consciência comunitária”²⁰⁵.

Assim, torna-se evidente que os mencionados direitos e liberdades individuais, bem como as suas garantias exercem influência sobre a matéria a criminalizar, como também os direitos sociais, eis que estes, como aqueles, externam valores fundamentais da comunidade, que o Estado se obriga não só a respeitá-los como também a protegê-los da ofensa de terceiros.

Sinteticamente, estas são as bases em que se assentam as teorias constitucionais do bem jurídico-penal, que serão dissecadas em tópicos próprios.

No entanto, antes de passarmos às minúcias das teorias constitucionais, não podemos prescindir de uma análise a respeito

²⁰³ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 421.

²⁰⁴ Francesco Palazzo observa que “para uma melhor avaliação da influência dos valores constitucionais no direito penal, deve-se levar em conta uma primeira distinção entre ‘princípios de direito penal constitucional’ e ‘princípios (ou valores) constitucionais pertinente à matéria penal. Os primeiros apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime da pena, individualização da responsabilidade etc.) e, sem dúvida, delineiam a ‘feição constitucional’ de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do direito penal. Os outros, vale dizer, ‘os princípios (ou valores) pertinentes à matéria penal’, se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio e família), da qual traçam, frequentemente, os grande rumos disciplinadores. Embora sejam princípios de condição obviamente constitucional, seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característico do direito penal; impõe-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervir – não raro de forma necessária – na respectiva matéria. O fenômeno de sua influência no direito penal moderno pressupõe o caráter ‘sancionatório’, em certo sentido, do direito penal em si, enquanto – diferentemente dos princípios de direito penal constitucional – condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística”. Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 22/23.

²⁰⁵ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 123/124.

da influência do modelo de Estado sobre a estruturação do sistema penal, bem como dos princípios constitucionais que mais de perto se relacionam com aquelas teorias.

Em razão de tais circunstâncias, no próximo tópico, veremos como o modelo de Estado adotado pela Constituição que servirá de paradigma terá decisiva influência sobre a intensidade da intervenção penal na tutela de cada um daqueles valores, individuais ou sociais²⁰⁶.

2.2. - Concepção Constitucional de Estado, função do Direito Penal e determinação dos bens jurídicos penais.

É inquestionável que o modelo de Estado consagrado na Lei Fundamental reflete sobre a formatação de seu sistema jurídico-penal.

Obviamente, o Direito Penal cunhado sob a ideologia de um Estado totalitário ostentará características distintas daquele forjado num Estado que preza pelos valores democráticos.

O primeiro certamente admitirá a imposição ou proibição de condutas, com escopo diverso da tutela de bens jurídicos, enquanto valores indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade, o que será inadmissível no segundo, que, invariavelmente, dentro dos limites da compatibilidade da liberdade individual com a preservação dos

²⁰⁶ Aliás, neste ponto, ao lembrar a distinção entre o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*) e o princípio do Estado Social (*Sozialstaatsprinzip*), Francesco Palazzo esclarece que “a influência desses princípios generalíssimos sobre o direito penal se, em certo sentido, se pode dizer mediata, enquanto tendem a incidir sobre a fisionomia do sistema, revelam os princípios de direito penal constitucional ou os valores constitucionais influentes em matéria penal, os quais, com efeito, são os primeiros a ressentirem de uma acepção, ora em sentido *rechtsstaatlich*, ora em sentido *sozialstaatlich*. Ademais, deve-se recordar que não existe – como poderia parecer a primeira vista – uma conincidência perfeita entre o superior *Rechtsstaatsprinzip* e os princípios de direito penal constitucional, de um lado, e o *Sozialstaatsprinzip* e os valores constitucionais influentes, de outro. Existe, tão só, uma prevalência de influência, respectivamente, do primeiro sobre os princípios de direito penal constitucional, e do segundo sobre os demais. E, inequivocamente, faz-se cristalina a prevalente matriz liberal-garantidora de princípios como os da legalidade ou da culpabilidade, tanto quanto é evidente que o *Sozialstaatsprinzip* faz sentir os seus efeitos sobretudo quanto ao conteúdo do direito penal”. Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 25.

pressupostos mínimos de sobrevivência social, zelará por maior tolerância na atuação do cidadão.

O aludido traço distintivo poderá ser notado com nitidez naquilo que concerne à criminalização de ofensas exclusivas à ideologia política dominante, à moral e a preceitos religiosos e que não importem em nenhuma danosidade social, revelada pela lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, o que não compraz com regimes democráticos.

O mesmo se diga em relação à punição, a título de crime, de meras intenções não materializadas através de condutas encetadas no mundo dos fatos, em franca censura indevida a liberdade de consciência individual.

Portanto, seguindo a aludida linha de raciocínio, é fácil concluir que, num Estado de Direito que se diga democrático, os referidos valores só poderão auferir tutela penal quando a lesão dos mesmos implicarem em simultânea ofensa a outros, indispensáveis a manutenção da vida em comum.

De outra banda, é indiscutível também que não será o mesmo o Direito Penal que assenta suas bases sobre um modelo de Estado de Direito, meramente formal, e aquele que adere as características de um Estado de Direito de cunho material, pois o primeiro se contentará com a busca da liberdade e igualdade meramente formais, enquanto o segundo perseguirá a concretização da liberdade e igualdade substanciais²⁰⁷.

E ainda dentro de uma concepção material de Estado de Direito, a visão da dignidade penal do bem jurídico submetido à tutela assumirá contornos distintos.

²⁰⁷ Ao estabelecer as bases da formação do Estado Moderno, com fundamento na idéia contratualista, Fábio Roque Sbardelotto apresenta as características essenciais do Estado de Direito. Ensina o referido autor que se caracteriza o Estado de Direito “pela existência de uma ordem jurídica definindo os limites de atuação dos cidadãos e delimitando o poder político do Estado, bem como pela existência de um controle judicial, indispensável para a realização do Estado de Direito e para a aplicação das regras estabelecidas”. O Estado de Direito significaria então uma limitação do poder do Estado pelo Direito. No entanto, prossegue o mencionado professor gaúcho advertindo que o Estado de Direito pode apresentar duas dimensões, uma de caráter formal – Estado formal de Direito –, que se preocupa apenas com a forma de atuação do Estado, ou seja, com a redução de seus atos à lei ou à Constituição, sem atenção ao conteúdo daquelas espécies normativas, e outra de cunho material, que confere maior atenção aos conteúdos valorativos da disciplina normativa da relação Estado-cidadão, com fundamento em certos critérios materiais de justiça. Finaliza dizendo que “é sob esta ótica do Estado material de Direito que se pode dividi-lo em três ambientes históricos, identificando-o em razão de seu aspecto qualitativo como Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito”. Sbardelotto, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, p. 30/32.

É claro que um Estado Liberal, fundado numa ética individualista de uma sociedade patrimonialista, conferirá preponderância àqueles valores individuais, como a liberdade e o patrimônio privado, sobre aqueles de natureza coletiva ou difusa, implementados mediante intervenção estatal, para que se torne viável a plena fruição dos direitos fundamentais por todos os componentes da sociedade.

Ao inverso, um Estado material, de matiz social, inevitavelmente direcionará as baterias de seu Direito Penal a estes últimos valores²⁰⁸.

Conciliando ambas as tendências, um Estado Democrático de Direito procurará um equilíbrio na defesa de bens individuais e transindividuais²⁰⁹.

Em face de tais circunstâncias, Maria Conceição Ferreira da Cunha ensina que “fazem pleno sentido as concepções daqueles autores que, no intuito de fundamentar e limitar o poder punitivo estadual, fazem derivar a função do Direito Penal (e, assim, os fins das penas e a finalidade última, a razão de ser da pena), dos fins estaduais, os quais estão dependentes da concepção de Estado constitucionalmente consagrada e,

²⁰⁸ Sob a questão da relevância do modelo de Estado sobre formatação do ordenamento jurídico que disciplinará a sociedade por ele organizada, Luiz Luisi ensina que “as Constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do *Rechtsstaats* e, ao mesmo tempo do *Sozialstaats*. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais”. Prossegue dizendo que a tônica dos primeiros “é a afirmação dos direitos do homem e do cidadão e a limitação do papel do Estado à garantir a efetivação e eficácia dos mencionados direitos, principalmente no que concerne a inviolabilidade da liberdade individual e da propriedade”. Aduz que “o *Sozialstaats* traduz normativamente as ideologias que preconizam a presença do Estado para, superando as distorções desigualitárias geradas pelo Estado liberal, garantir a todos o indispensável ao atendimento das necessidades materiais básicas”. Menciona finalmente que, “ao incorporar os princípios do Estado liberal e do Estado social, e ao conciliá-los, as Constituições modernas, renovam de um lado as garantias individuais, mas introduzem uma séria de normas destinadas a tornar concretas, ou seja, ‘reais’, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, a saúde, a assistência social, a atividade econômica, o meio ambiente, a educação, a cultura, etc...”. Luisi, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, p. 11/12.

²⁰⁹ Fazendo menção à obra de Santiago Mir Puig (El Derecho Penal em el Estado social y democrático de derecho, Barcelona: Ariel, 1994, p. 31) Silva Franco pondera que dentre os modelos de Estado, ocupa especial destaque, no mundo atual, o Estado Social e Democrático de Direito, que representa uma ‘concepção sintética de Estado, produto da união dos princípios próprios do Estado liberal e do Estado social. Como toda síntese, a imagem resultante do Estado pressupõe uma superação de seus componentes básicos isoladamente considerados, o que permite acrescentar a terceira característica da fórmula constitucional: a democracia”. Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 46.

assim, acentuam a íntima relação entre mudança Constitucional – necessidade de reforma penal”²¹⁰.

Confirmando tal afirmativa, Jorge de Figueiredo Dias deixa claro que “a correta determinação da função do Direito Penal só é possível no horizonte da concepção de Estado e do modelo valorativo jurídico-Constitucional em que ela se traduz”²¹¹.

Por isso, Marco Antonio Marques da Silva deixa claro que “cada uma das formas de Estado concebe de modo particular uma função para a pena, o que só confirma a assertiva de que esta depende da função que se atribui ao Estado”²¹².

Afinal, o Direito Penal sempre se volta a determinadas finalidades, sujeitas a limitações formais e materiais, sendo que tanto os escopos quanto os limites estão plasmados na Lei Maior, em congruência com o modelo de Estado adotado.

Ora, se a Constituição se altera, certamente estes objetivos buscados pelo Direito Penal e conseqüentemente a sua função, bem como as limitações formais e materiais impostas à consecução dos primeiros também se modificam, o que impõe a reforma do sistema punitivo estatal.

De tudo o que foi dito até agora se extrai a segura conclusão de que as matérias passíveis de criminalização só podem ser deduzidas de um conceito de bem jurídico concretamente mediatizado pela Constituição de determinado Estado, cuja sociedade se pretende organizar.

2.3. – Princípios constitucionais fundamentais relacionados à teoria do bem jurídico-penal

Conforme salientado anteriormente, um Estado Democrático de Direito não se satisfaz com um conceito puramente formal

²¹⁰ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 132/133.

²¹¹ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito Material, p. 43.

²¹² Silva, Marco Antonio Marques. Juizados Especiais Criminais, p. 17.

de crime, exigindo que as condutas passíveis de criminalização tenham determinado conteúdo, que revele a lesão, efetiva ou potencial, a bens jurídicos fundamentais para a manutenção da vida em sociedade e que, por isso, as diferenciem daquelas que não poderão constituir objeto de tutela penal.

Dissemos também que os princípios²¹³ informadores do modelo de Estado exercem influência direta sobre o sistema jurídico-penal vigente na sociedade organizada por ele.

Assim, é inevitável a conclusão de que, num Estado Democrático de Direito²¹⁴, como aquele em que a República Federativa do Brasil²¹⁵ se constitui²¹⁶, determinados princípios decorrentes do aludido modelo de Estado mantêm direta e estreita relação como o objeto de nosso estudo, ou seja, o bem jurídico-penal, enquanto essência do conceito material de crime a que nos referimos.

Aliás, falando a este respeito, Marco Antonio Marques da Silva diz que “os princípios que norteiam o direito penal e o

²¹³ Adotamos aqui o conceito trazido por Celso Antonio Bandeira de Mello quando diz que “princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica que lhe dá sentido harmônico”. Prosegue o referido Professor asseverando que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. Curso de Direito Administrativo, p. 53.

²¹⁴ No mesmo diapasão se manifesta Luiz Luisi quando diz que “as Constituições que são expressão do *Rechtsstaats* as normas concernentes ao direito penal se traduzem em postulados que, em defesa das garantias individuais, condicionam restritivamente a intervenção penal do Estado. Nas Constituições de nossos dias estas instâncias de resguardo dos direitos individuais em matéria penal persistem vigorosas, mas nelas se encontram uma série de preceitos que implicam no alargamento da atuação do direito penal de moldes a ampliar a área de bens objeto de sua proteção. Ou seja: de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado se inserem do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado”. Luisi, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, p. 12.

²¹⁵ Artigo 1º, “caput”, da Constituição Federal.

²¹⁶ Alberto Silva Franco leciona que “A Constituição Federal de 1988 deu forma, na República Federativa do Brasil, a um tipo de Estado que recebeu a denominação de ‘Estado Democrático de Direito’. A conjugação dos três vocábulos – Estado, Democracia e Direito – poderá, à primeira vista, parecer que o Poder Constituinte só levou em conta, na formulação do modelo jurídico, o Estado liberal, não dando nenhuma relevância ao Estado social. Essa impressão inicial, decorrente da denominação dada ao modelo de Estado brasileiro, não é, contudo, correta. A simples leitura do Capítulo II, Título II da Constituição Federal é suficiente para demonstrar que o legislador constituinte, ao lado dos direitos e deveres individuais e coletivos, explicitou os direitos sociais, como direitos e garantias fundamentais. Destarte, a denominação ‘Estado Democrático de Direito’ diz menos do que a própria Constituição Federal enuncia em suas regras, pois o Poder Constituinte escolheu, na realidade, para o Brasil, um modelo de Estado que se acomoda, por inteiro, ao conceito de Estado Social e Democrático de Direito”. Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 48.

direito processual penal são as linhas mestras que estabelecem os limites da atuação do Estado na sociedade contemporânea”²¹⁷.

Prossegue o Professor assegurando que “o poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para criar e aplicar o direito penal, sendo a criação das normas competência exclusiva do poder legislativo, enquanto a aplicação é do poder judiciário. Entretanto, este conjunto de poderes não é ilimitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no artigo 1º da Constituição Federal de 1998”²¹⁸.

Ensina ainda que “o Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos²¹⁹ a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Embora todos reflitam na interpretação e aplicação das leis penais e processuais, destacam-se a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como os principais para modificar a forma de análise dos fatos de interesse jurídico penal”²²⁰.

É importante considerar ainda que a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, na expressão de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, constitui a “viga-mestra de todo o ordenamento jurídico”²²¹, o que nos autoriza dizer que dele decorrem todos os demais princípios constitucionais relevantes em matéria penal.

No entanto, em que pese a importância da matéria relacionada à influência dos princípios constitucionais em matéria penal, nos limitaremos a examinar aqueles que mantêm direta relação como o objeto do estudo que encetamos, ou seja, o bem jurídico como essência de um conceito material de crime, apto a fundamentar e limitar o poder de punir do Estado.

²¹⁷ Silva, Marco Antonio Marques da. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito, p. 5.

²¹⁸ Silva, Marco Antonio Marques da. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito, p. 06.

²¹⁹ Artigo 1º, “caput”, da Constituição Federal.

²²⁰ Idem, p. 05.

²²¹ Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. Princípios Políticos do Direito Penal, p. 242.

2.3.1. – Princípio da intervenção mínima: fragmentariedade e subsidiariedade

Desde o início defendemos que o Direito Penal deve limitar-se à tutela dos pressupostos indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade, consubstanciados em bens ou valores imprescindíveis para o adequado desenvolvimento da personalidade de todos que a compõem, o que se convencionou chamar de bem jurídico.

Considerando, porém, o caráter extremamente invasivo que ostenta o instrumento de que se vale o Direito Penal (pena ou medida de segurança) para a persecução de suas finalidades, a sua incidência deve ser reservada para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, quando submetidos à severa ofensa, e desde que a tutela dos mesmos não puder ser feita adequadamente por outro ramo do Direito menos agressivo (Direito Civil ou Administrativo), mesmo para que se resguarde a dignidade da pessoa humana e se obedeça razoável critério de proporcionalidade.

Inclusive, a este propósito, Reinhart Maurach já assinalava que “o ordenamento jurídico dispõe dos mais diversos recursos para conseguir autoridade e garantir sua prevalência. Porém desde o ponto de vista de política jurídica, a seleção e acumulação destas medidas se encontram submetidas ao postulado de que não está justificado aplicar um recurso mais grave quando se pode esperar o mesmo resultado de um mais suave: tanto reprovável e absurdo é aplicar penas criminais à infração de obrigações privadas contratuais, como querer impedir um assassinato ameaçando o autor com a simples imposição das custas do enterro ou com a privação da legítima que lhe corresponderia sobre a vítima. *Jure est civiliter utendum*: na seleção dos recursos próprios do Estado, o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar em luta só quando resulta indispensável para a manutenção da ordem

pública. A natureza secundária do direito penal não é mais que uma exigência ética dirigida ao legislador”²²².

É exatamente nisso em que consiste o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que, ao contrário do princípio da legalidade, destinado limitar o arbítrio judicial, impede a criação desnecessária de tipos penais, voltando-se diretamente ao legislador²²³.

Aliás, neste sentido projeta-se o ensinamento de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, para quem “o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais”²²⁴.

Salienta ainda que o princípio da intervenção mínima do Direito Penal “aparece como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito Democrático”²²⁵.

Com base no pensamento de Everardo da Cunha Luna²²⁶, Luiz Luisi escreve que “nas legislações constitucionais e penais contemporâneas o princípio em causa, em geral não se vê explicitado. Mas

²²² Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, p. 31. “*El ordenamiento jurídico dispone de los más diversos recursos para procurarse autoridad y garantizar su prevalencia. Pero desde el punto de vista de política jurídica, la selección y la acumulación de estas medidas se encuentran sometidas al postulado de que no está justificado aplicar un recurso más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más suave: tan reprobable y absurdo es aplicar penas criminales a la infracción de obligaciones privadas contractuales, como querer impedir un asesinato amenazando al autor con la simple imposición de las costas del entierro o con la privación de la legítima que le correspondería sobre la víctima. Jure est civiliter utendum: em la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la ultima ratio legis, encontrarse em último lugar y entrar solo em liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público. La naturaleza secundaria del derecho penal no es más que una exigência ética dirigida al legislador*”.

²²³ Falando sobre a finalidade do princípio da intervenção mínimo, Luiz Luisi leciona que “através do princípio da legalidade se impõem limites ao arbítrio judicial, mas como bem observou Gian Domenico Romagnosi, - escrevendo em 1791 – o Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar figuras delitivas iníquas e instituir penas vexatórias à dignidade humana. Impõe-se, para evitar uma legislação inadequada e injusta restringir, e mesmo, se possível, eliminar o arbítrio do legislador”. Luisi, Luiz. Os princípios Constitucionais Penais, p. 38.

²²⁴ Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. Princípios Políticos do Direito Penal, p. 92.

²²⁵ Idem.

²²⁶ Luna, Everardo da Cunha. Capítulos de Direito Penal, p. 30, apud Luisi, Luiz. Os princípios Constitucionais Penais, p. 39.

(...), é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de Direito se impõe ao legislador, e mesmo ao hermenêuta”²²⁷.

Exemplificando com o Estado brasileiro, o festejado autor diz que “a Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º *caput*), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa *Grundnorm*, tratando-se, de um postulado nela inequivocamente implícito”²²⁸.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes acentua que “o princípio da intervenção mínima aponta para um direito penal que só intervenha nos casos de real necessidade, com a missão de proteger os bens jurídicos fundamentais em face dos ataques mais graves, e apenas quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para tal proteção. Com base, ainda, na idéia de que o Estado não se vale apenas do direito penal para proteger os interesses da sociedade, mas, ao contrário, conta com uma enorme gama de outros ramos do direito que também se prestam a tutelar os interesses sociais, extraem-se duas características atreladas a este ramo do direito e que, pode-se dizer, representam duas faces da mesma moeda: são a subsidiariedade e a fragmentariedade da intervenção penal”²²⁹.

Portanto, como decorrência lógica da intervenção mínima do Direito Penal, aparece dois outros princípios, que também se relacionam com a fundamentação e limitação do poder punitivo estatal: o princípio da fragmentariedade e o princípio da subsidiariedade.

²²⁷ Luisi, Luiz. Os princípios Constitucionais Penais, p. 39.

²²⁸ Luisi, Luiz. Os princípios Constitucionais Penais, p. 40.

²²⁹ Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal, p. 85.

O Direito Penal ostenta caráter fragmentário²³⁰, ou seja, não se presta ou, ao menos, não deveria servir de instrumento de tutela de todo e qualquer bem jurídico.

A tutela penal, como já dito, deve ser reservada para os bens jurídicos mais relevantes para a manutenção da vida em sociedade.

Além disso, é ineludível que não basta a relevância do bem jurídico para que se autorize a intervenção penal na sua proteção.

Os bens jurídicos mais relevantes só devem ser defendidos mediante cominação de pena diante de ofensas revestidas de considerável gravidade, de ataques que, em razão da intensidade, se mostrem intoleráveis.

Nesse sentido, Alice Bianchini assegura que “(...) o direito penal não outorga proteção à totalidade dos bens jurídicos. Ele constitui um sistema descontínuo, protegendo apenas aqueles mais fundamentais, e somente em face de violação intolerável”²³¹.

Na mesma linha está o magistério de Paulo Queiroz quando observa que com o Direito Penal “não se protegem, portanto, todos os bens jurídicos, e sim os mais importantes, nem sequer se os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão só em face dos ataques mais intoleráveis”²³².

²³⁰ Alberto Silva Franco deixa claro que o princípio da fragmentariedade decorre do próprio princípio da legalidade, enquanto subordinação da criação de crimes e cominação de penas à lei. Explica que “o princípio da legalidade não se exaure, contudo, do ponto de vista formal, apenas nessas duas conseqüências. Há algo mais: é mister também que a lei *defina* o crime e também a pena. E a idéia de definição tanto pode significar a de demarcar ou de estabelecer limites, de sorte que uma coisa não se confunda com outra, como também a de expor ou explicar, de maneira exata, uma idéia, uma situação, uma conduta. Sob o primeiro enfoque, a definição do crime e da pena enfatiza o caráter fragmentário da disciplina penal. A lei penal delimita uma conduta lesiva ou idônea a pôr em perigo um bem jurídico relevante e prescreve uma conseqüência punitiva para quem a realiza. Ao fazê-lo, circunscreve a ilicitude penal ao comportamento descrito e não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. Cada figura típica constitui, em verdade, uma ilha no mar geral do ilícito e todo o sistema punitivo se traduz num arquipélago de ilicitudes. Daí a impossibilidade de o Direito Penal atingir a ilicitude na sua totalidade e de preencher, através do processo integrativo da analogia, eventuais lacunas”. Franco. Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 52.

²³¹ Bianchini, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, p. 53.

²³² Queiroz, Paulo. Direito Penal, p. 31.

“Este princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”²³³.

“Isso significa que o mecanismo penal não dá uma cobertura de proteção total e homogênea a todos os bens jurídicos, mas sim, uma proteção parcial e fragmentada”²³⁴.

De outro lado, é importante consignar que o recurso à pena não deve ser o primeiro a ser lembrado pelo legislador quando instado a promover a proteção do bem jurídico, pois o Direito Penal é a *ultima ratio*.

Daí a conclusão de Jorge de Figueiredo Dias, no sentido de que “a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”²³⁵.

Sintetizando, o consagrado autor lusitano assevera que “pode-se e deve-se afirmar, em definitivo, que a função precípua do direito penal – e conseqüentemente também o conceito material de crime – reside na tutela subsidiária (de “*ultima ratio*”) de bens jurídicos penais”²³⁶.

Nestes moldes, é fácil verificar que o Direito Penal assume caráter meramente subsidiário e será convidado a entrar em cena somente quando fracassarem na proteção do bem jurídico os demais ramos do direito, que apostem em instrumentos de controle social de menor agressividade que o penal.

Visa-se com o princípio da subsidiariedade evitar ao máximo a imposição desnecessária de pena, uma vez que ela marca de forma indelével a vida do cidadão.

No mesmo diapasão aparecem os ensinamentos de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, quando garantem que, segundo as atuais tendências do direito penal nos países centrais, não se quer associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viola normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a

²³³ Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. Princípios Políticos do Direito Penal, p. 93.

²³⁴ Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 66.

²³⁵ Dias, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas, p. 78.

²³⁶ Idem, p. 79.

paz social não poderá ser alcançada salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção *particularmente preventiva* ou *particularmente reparadora*, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas”²³⁷.

Neste sentido, também temos a segura constatação de Alberto Silva Franco no sentido de que “a intervenção penal tem limites materiais, isto é, não guarda pertinência quando os bens jurídicos podem ser garantidos por outros controles sociais formais menos gravosos. Neste caso, a atividade criminalizadora contraria o princípio da proporcionalidade, de inquestionável feição constitucional, traduzindo-se numa violação do princípio da proibição de excesso”²³⁸.

Extrai-se dos mencionados princípios a conclusão de que não basta que o bem jurídico se revista de dignidade penal para que possa ser protegido através do Direito Penal. Além disso, é imprescindível que o bem jurídico penalmente tutelável careça de tutela penal.

2.3.2. – Princípio da ofensividade

A partir do momento em que se conclui que a função ou missão do Direito Penal se restringe à proteção do bem jurídico, o que, salvo raríssimas exceções derivadas de algumas vertentes das teorias sociológicas, nos parece que é ponto pacífico, se torna indiscutível que a conduta descrita como crime pelo tipo penal deve corresponder a uma lesão ou, ao menos, a exposição à perigo concreto de um bem jurídico, que ostente dignidade penal e cuja proteção através daquele ramo do direito se mostre necessária²³⁹.

²³⁷ Zaffaroni, Eugênio Raúl e Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal, p. 92.

²³⁸ Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 55.

²³⁹ Nesse sentido, aliás, projetam-se os ensinamentos de Luiz Regis Prado, segundo o qual “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos –essenciais ao indivíduo e à comunidade – (...)”. Prossegue o referido professor alegando que “reveste-se tal orientação de capital importância, pois não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado” Explica que, “por influência sobretudo da doutrina italiana, esse aspecto (ofensa ou lesão) costuma ser autonomamente denominado princípio da *ofensividade* ou da *lesividade*”. Prado, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, p. 140/141.

Nisso consiste o princípio da ofensividade, também conhecido por princípio da lesividade (*nulla necessitas sine iniuria, nullum crimen sine iniuria*)²⁴⁰.

Da aludida constatação decorrem sérias conseqüências no âmbito da pesquisa que empreendemos, ou seja, da delimitação da matéria passível de criminalização.

Ora, se o Direito Penal se destina a exclusiva proteção de bens jurídicos e, em conseqüência, se não há crime sem a lesão ou exposição a perigo concreto de um bem jurídico, indispensável se mostra a determinação do bem jurídico protegido pela norma penal que proíbe ou impõe a conduta sob cominação de pena.

Não se admite a utilização do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos indetermináveis, o que Luiz Flávio Gomes denomina de bens jurídicos de “amplo espectro”²⁴¹.

Além disso, a forma de ofensa ao bem jurídico deve ser definida pelo tipo.

O pouco que foi dito é o suficiente para demonstrar que o princípio da ofensividade ostenta dupla função²⁴².

De matiz político-criminal e, portanto, intimamente relacionada com o objeto de nosso trabalho, a primeira função visa limitar o campo de atuação do legislador, eis que, no exercício de sua atividade típica, não poderá criminalizar condutas que não representem efetiva lesão ou perigo concreto de ofensa a um bem jurídico.

²⁴⁰ Luiz Flávio Gomes ensina que o princípio da ofensividade decorre da própria dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, em que se Constitui a República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Consigna o mencionado autor que “sendo a dignidade humana o fundamento máximo do modelo de Estado de Direito, parece não haver dúvida de que a sanção penal só deve incidir quando há uma concreta lesão ou perigo para o bem jurídico protegido pela norma. O princípio da ofensividade, destarte, dimana naturalmente dos fundamentos do Estado Constitucional e Democrático de Direito”. Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 87, nota 3.

²⁴¹ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 123.

²⁴² É certo que Nilo Batista confere quatro funções ao princípio da lesividade: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Batista, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, p. 92/96. No entanto, todas elas se concentram na primeira (político-criminal), das duas funções atribuídas por nós neste trabalho ao princípio da ofensividade.

Por isso, Luiz Flávio Gomes deixa claro que a opção por um Direito Penal informado pelo princípio da ofensividade representa a eleição de um modelo punitivo marcadamente “objetivista”, fundado em “dois pilares reciprocamente implicados – a proteção de bens jurídicos e a correspondente e necessária ofensividade”²⁴³.

O aludido princípio, segundo o referido autor, afasta qualquer possibilidade da adoção de um Direito Penal “subjetivista”, “seja ele de cunho repressivo ou voluntarístico (Direito Penal da vontade), seja ele de índole claramente preventiva ou da periculosidade”²⁴⁴.

Sob o primeiro aspecto, é inaceitável a criminalização da vontade de infringir a lei, por si mesma, ou a demonstração de hostilidade a ela, mediante a prática de meros atos preparatórios, que não representem sequer a concretização de perigo a um bem jurídico digno de tutela penal²⁴⁵.

Por isso Alberto Silva Franco afirma que “há, no princípio da lesividade, uma dimensão substancial, que não pode ser desprezada nem mantida num plano secundário. Uma pessoa só pode responder, penalmente, pelo que fez, não pelo que é. O mecanismo controlador, em nível penal, interessa-se tão somente pelas condutas que se exteriorizam em fatos, perceptíveis sensorialmente; nunca, pelas atitudes internas, pelos pensamentos ou pelos desejos que habitam o universo íntimo de cada um”²⁴⁶.

Além disso, não será admissível a incriminação de condutas indiferentes sob o ponto de vista da lesividade social ou, pura e simplesmente, para a salvaguarda de valores éticos e morais.

Sob o segundo aspecto, o princípio da ofensividade veda a antecipação da tutela penal.

Não se admite a incriminação de condutas que se encontrem distantes do momento em que se verifica o perigo concreto ou a

²⁴³ Gomes, Luiz Flávio. Princípio da Ofensividade no Direito Penal, p. 12.

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ Bem por isso, ao discorrer sobre o princípio da lesividade, Nilo Batista diz que “este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da *exterioridade e alteridade (ou bilateralidade)* do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo -, o direito ‘coloca face-a-face pelo menos, dois sujeitos’. No direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime – por isso chamado de objeto jurídico do crime)”. Batista, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, p. 91.

²⁴⁶ Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 64.

própria lesão do bem jurídico, o que tem se tornado freqüente no enfrentamento de questões relacionadas aos novos desafios decorrentes do processo de globalização, do avanço tecnológico, da sociedade de risco, da criminalidade organizada, etc.

A segunda função do princípio da ofensividade, de caráter dogmático-interpretativo, se volta ao magistrado, que deverá verificar não só se o tipo penal que serve de molde a conduta imputada ao sujeito ativo do crime exprime a descrição de uma lesão ou de uma exposição a perigo concreto de um bem jurídico, como também se, no caso concreto, ao menos, a conduta que se apura gerou perigo real para aquele bem penalmente tutelado.

Francesco Palazzo também faz menção a dúlice missão do princípio da ofensividade.

Menciona o jurista italiano que “o princípio da lesividade do delito, pelo qual o fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) do bem jurídico tutelado, responde a uma clara exigência de delimitação do direito Penal. E isso a dois níveis. A nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatos *indiferentes* e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e do interesse sociais, já foram consagrados como *inofensivos*. A nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação *do princípio da lesividade* deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma”²⁴⁷.

Como se nota, é íntima a relação do princípio da ofensividade com o da intervenção mínima do Direito Penal.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes chega a dizer que “a lesividade, como princípio, aproxima-se de uma justificativa doutrinária para o princípio da intervenção mínima – porquanto relacionada com o processo de seleção prévio de condutas, oferecendo um critério semântico e ontológico para ele”²⁴⁸.

²⁴⁷ Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, p.79/80.

²⁴⁸ Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. Teoria Constitucional do Direito Penal, p. 315.

Aliás, Luigi Ferrajoli atribui a ele “o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais”²⁴⁹.

Prossegue o Professor dizendo que ele “equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao *mínimo necessário* e, com isso, para reforçar sua legitimidade e credibilidade. 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 à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a ‘fraude de etiquetas’, consistente em qualificar como ‘administrativas’ sanções restritivas de liberdade pessoal que são substancialmente penais”²⁵⁰.

A este respeito Luiz Flávio Gomes manifesta-se no sentido de que “a ofensividade, como se vê, no plano político criminal, é uma exigência prévia à fragmentariedade e à subsidiariedade. Precisamente porque a intervenção mínima está voltada para a análise tanto do caráter intolerável do ataque como da existência de outros meios mais idôneos para a proteção do bem jurídico”²⁵¹.

Inconteste, portanto, que de um Estado material de Direito decorre a exigência de um conceito material de crime, que apresente o bem jurídico como essência, apto a limitar e fundamentar a atuação legislativa no campo penal, bem como afastada de qualquer dúvida a constatação de que nem todos os bens jurídicos devem ser tutelados pela cominação de pena, mas só aqueles fundamentais para a manutenção da vida em sociedade, quando lesionados de forma significativa, e quando os instrumentos de que se valem os demais ramos do Direito não se mostrarem eficazes na defesa daqueles valores, resta a nós estabelecer um critério de definição dos bens jurídicos com dignidade penal.

Assim, Luiz Regis Prado assinala que “para defini-lo, o legislador ordinário deve sempre ter 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

²⁴⁹ Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão*, p. 383.

²⁵⁰ *Idem*, p. 383/384.

²⁵¹ Gomes, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*, p. 45.

magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva”²⁵².

É o que observaremos através do estudo das teorias constitucionais do bem jurídico-penal.

2.4. – Teorias constitucionais do bem jurídico-penal

Conforme já assinalado no tópico 2.1., a finalidade da elaboração de um conceito material de crime é fundamentar e, ao mesmo tempo, delimitar as fronteiras dentro das quais o legislador penal poderá atuar na criminalização de condutas.

Vimos também no item 2.3.2 que o bem jurídico constitui a essência deste conceito, eis que, sob o aspecto material, o crime nada mais é do que a violação ou a exposição à perigo concreto de um bem jurídico revestido de dignidade penal e que necessita ser tutelado através da cominação de pena.

Restou claro ainda no item 1.1. que o desiderato de orientar e limitar a atuação do legislador através de um conceito material de crime, baseado na noção de bem jurídico, somente será possível se admiti-lo em uma concepção transistemática, que se posiciona fora e acima do direito positivado.

Daí a conclusão majoritária da doutrina de que o bem jurídico deve ser identificado pelo legislador nas relações sociais e, somente após o reconhecimento de sua dignidade penal e da carência de tutela pelo Direito Penal, protegido pela lei.

Conforme bem lembrado por Luciano Feldens “a atividade de identificação (reconhecimento) social dos bens (valores ou interesses) a serem juridicamente protegidos é lógica e temporalmente anterior a sua recepção normativa. Afinal, antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como

²⁵² Prado, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, p. 139.

tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por conseqüência, de suas necessidades”²⁵³.

Ora, mas, conforme já antecipado, de tudo o que foi dito surge o questionamento sobre qual seria o instrumento adequado para revelar estes valores fundamentais e indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade e assim viabilizar a concretização do conceito de bem jurídico, essência do conceito material de crime, que aparece como norte do legislador penal.

Respondendo a aludida indagação consignamos o aparecimento das teorias constitucionalistas do Direito Penal que apontam a Carta Magna de cada Estado como o repositório dos valores mais caros para determinada sociedade organizada por ele.

É a Constituição que servirá de paradigma para o legislador na eleição dos bens que legitimamente merecem a proteção do Direito Penal.

É em razão disso que Alice Bianchini ressalta que “o bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores da sociedade que a produz”²⁵⁴.

O constituinte identifica os valores fundamentais de determinado grupo social organizado por ela e o legislador ordinário, verificada a necessidade de tutela penal, os protege mediante a criminalização de condutas que impliquem em sua violação ou, ao menos, na exposição dos mesmos a um perigo concreto.

Referimo-nos também a outro fundamento das teorias constitucionais, consubstanciado na consideração da elevada valia dos bens jurídicos atingidos pela imposição de pena (liberdade ou patrimônio), ou seja, valores consagrados constitucionalmente como direitos individuais fundamentais, circunstância esta que, até por uma questão de proporcionalidade, exigiria que o bem jurídico tutelado penalmente também ostentasse relevância constitucional.

²⁵³ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 50.

²⁵⁴ Bianchini, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, p. 43.

No entanto, feitas essas considerações preliminares referentes às bases em que se assentam as teses que buscam na Constituição a referência inafastável da delimitação da matéria passível de criminalização, é preciso deixar claro que não há consenso doutrinário no que toca ao papel efetivamente desempenhado pela Lei Fundamental enquanto norte do legislador penal.

A Constituição expressará apenas um limite negativo ao legislador penal, sendo legítima toda incriminação de conduta que não afronte a Carta Maior direta ou indiretamente?

Ou será que, em linha diametralmente oposta, a Constituição aparecerá como fonte exclusiva daqueles bens jurídicos que merecerão a tutela penal, expressando um limite positivo a atividade legiferante no âmbito do Direito Penal?

As respostas às aludidas indagações, bem como os seus fundamentos, aparecem nas mais variadas vertentes das teorias constitucionalistas do bem jurídico, que serão alinhavadas com maiores detalhes nos tópicos que seguem.

2.5. – A constituição como limite negativo do Direito Penal

Uma das vertentes teóricas que busca legitimar e limitar a atuação do legislador penal através da Constituição²⁵⁵ apresenta a Lei Fundamental como mero limite negativo.

²⁵⁵ Maria da Conceição Ferreira da Cunha revela que “as várias posições que fazem derivar da Constituição o parâmetro de legitimidade da intervenção penal, se podem enquadrar em dois grandes grupos. O primeiro, vê na Constituição um quadro de referência a partir de princípios muito gerais, englobantes da unidade de sentido constitucional, como é o princípio do Estado de direito material, democrático e social. Ora, embora a partir daqui se possam fazer derivar conseqüências concretas muito importantes, limitadoras da criminalização, estes conceitos são vagos, sendo assim algo incerta a área em que o legislador está proibido de intervir. Ele está proibido de trair o espírito de um Estado de direito e está impedido de, com a criminalização, violar valores Constitucionais, mas fora desta área, fica-lhe uma ampla liberdade de decisão. Esta é a posição assumida pela maioria da actual doutrina alemã que, no entanto, apesar de se basear nos referidos princípios de fundo, tem conseguido influenciar decisivamente as reformas penais. O segundo, embora tenha também como ponto de partida estes princípios gerais, em especial a concepção de Estado constitucionalmente consagrada, vai mais longe, concretiza mais as potencialidades limitadoras da Constituição, exigindo uma harmonização entre os valores penais e valores Constitucionais, ao proibir a penalização de condutas que não lesem (ou, pelo menos, coloquem

Sob esse aspecto, que confere maior amplitude à discricionariedade do legislador na seleção da matéria que possa constituir objeto de tutela penal, é legítima a criminalização de qualquer conduta, ativa ou passiva, quando a confecção do tipo penal não consubstancie ofensa direta ou indireta ao texto constitucional, ainda que o objeto, valor ou interesse tutelado não esteja albergado na Constituição.

Nessa linha teórica, “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”²⁵⁶.

“Para os seguidores da teoria constitucionalista genérica (ampla ou elástica), a norma constitucional não constitui o fundamento *obrigatório* de dedução lógica dos bens jurídicos (obrigação de criminalização) senão unicamente um marco de referência”²⁵⁷.

“A Constituição seria utilizada como parâmetro de legitimação da lei penal, porém, sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela albergados. Nessa perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se, como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional”²⁵⁸.

Sinteticamente dizendo, significa que não é imprescindível o reconhecimento constitucional da dignidade penal do bem a que se outorga a tutela penal, bastando que a criminalização da conduta não afronte os valores constitucionais.

Encarando o problema de forma inversa, seria correto afirmar que da Constituição resultariam apenas proibições de incriminação, onde ela apareceria como limite material ao Direito Penal.

Seria o caso de citar como exemplo de inconstitucionalidade a incriminação do exercício de um direito reconhecido expressa ou implicitamente pela Constituição, como, por exemplo, a liberdade de expressão.

em perigo) valores Constitucionais. Assim, o legislador ficaria limitado pelas opções Constitucionais em sede de definição de bens jurídico-penais. Esta é a posição defendida por parte da doutrina Italiana e Portuguesa”. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 129/130.

²⁵⁶ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 63.

²⁵⁷ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 92.

²⁵⁸ Bianchini, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, p. 44.

Não é admissível, portanto, a transformação em crime do puro e simples exercício de um direito constitucionalmente consagrado.

Aderindo a esta linha de raciocínio, Giovanni Fiandaca menciona que “não podem legitimamente ser elevados a delitos fatos que correspondam ao exercício de liberdades fundamentais postas sob o manto da Constituição; a menos que não se trate de incriminações dirigidas à tutela de explícitos interesses-limite ou de outros interesses de qualquer modo dotados de relevância constitucional”²⁵⁹.

Por isso, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, referindo-se a aludida teoria, alerta que “a Constituição deixaria ampla margem de operatividade ao legislador penal, apenas lhe opondo limites formais e o limite material da não incompatibilidade com os seus princípios e valores, o qual determinaria a inconstitucionalidade da incriminação de condutas no exercício de um direito constitucional”²⁶⁰.

Por outro lado, também não seria possível a tutela penal de bens ofendidos no exercício de um direito, salvo se tratarem também de bens de relevância constitucional.

Giovanni Fiandaca escreve que, sob essa ótica, “o conjunto dos valores constitucionais funcionaria como limite intransponível para o legislador ordinário, no sentido de que jamais deveria haver contraste entre sistema constitucional de valores e sistema penal”²⁶¹.

“Para usar uma forma recorrente em doutrina, o legislador não pode custodiar com pena bens *incompatíveis com a Constituição*”²⁶².

Ferrando Mantovani, adotando tal posicionamento, assegura que “podem ser criminalizadas condutas que não atentem diretamente contra os valores pela Constituição adotados”²⁶³.

²⁵⁹ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 428.

²⁶⁰ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 190.

²⁶¹ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 412.

²⁶² Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p.164.

²⁶³ Mantovani, Ferrando. Il principio di offensività del reato nella costituzione. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: Scritti in onore di Costantino Mortati. Milano: Giuffrè, p. 457, apud Paschoal, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, p.57.

Na mesma linha de raciocínio, concluem Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci que “a Constituição não impõe um limite geral ao legislador ordinário na escolha discricionária dos bens a tutelar penalmente: o legislador não está vinculado nesta escolha ao âmbito dos *bens constitucionalmente relevantes*”²⁶⁴.

E, ratificando tudo o que foi dito, Pietro Nuvolone salienta que “se é indubitável que os bens expressamente tutelados pela Constituição (p. ex.: liberdade de manifestação do pensamento, liberdade artística, liberdade religiosa, liberdade de associação, direitos invioláveis, da personalidade, direito ao trabalho, direito de greve, direito à saúde, liberdade da iniciativa privada que não contraste com a utilidade social, os bons costumes, etc.) caracterizam interesses primários, também é verdade que não exaurem, por sua natureza, os interesses suscetíveis de tutela penal. É claro que a incriminação da lesão de tais interesses será constitucionalmente legítima, mas não será ilegítima a incriminação da lesão de outros interesses, desde que não esteja contrariando os garantidos pela Constituição”²⁶⁵.

Na doutrina pátria tal posicionamento é assumido por vários juristas.

Nilo Batista que declara expressamente que “o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador)”²⁶⁶.

Na mesma fileira se apresenta Luiz Luisi que presta adesão expressa a aludida linha de pensamento, mencionando que “a criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos das constituições”²⁶⁷.

²⁶⁴ Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p. 170.

²⁶⁵ Nuvolone, Pietro. O Sistema do Direito Penal. Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT, 1981, v. 1, p. 40.

²⁶⁶ Batista, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, p. 96.

²⁶⁷ Luisi, Luiz. Os princípios constitucionais penais, p. 174.

Mostrando sua simpatia por uma teoria constitucionalista do bem jurídico nos moldes acima vazados, Luiz Regis Prado assevera que “a caracterização do injusto material advém da proeminência outorgada à liberdade pessoal e à dignidade do homem na Carta Magna, 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”²⁶⁸.

Compartilhando do mesmo ponto de vista, Luiz Flávio Gomes faz consignar que, “de qualquer modo, *hic et nunc*, o que se depreende do debate constitucional em seu momento atual é que outros bens jurídicos, ainda que não contemplados expressamente na Constituição, podem ser objeto da tutela penal desde que não incompatíveis com seu quadro axiológico”²⁶⁹.

Para os adeptos de tal teoria não seria necessário que o bem jurídico penal encontrasse expressa ou implícita referência constitucional.

Tudo porque “hipóteses existem, e não podemos simplesmente ignorá-las, em que a tutela penal, conquanto voltada à proteção de um bem jurídico de inequívoca relevância social, não oferece, pelo menos de imediato, uma correlação constitucional”²⁷⁰.

Aliás, a este propósito, Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci afirmam que “a verdade é que a não menção de alguns bens na Carta Constitucional não reflete necessariamente uma sua desclassificação na escala de valores”²⁷¹.

Advertem-nos os consagrados autores italianos que toda Constituição encontra-se historicamente condicionada e “olhando para o passado, dá expresso relevo e mune de sólidas garantias bens, individuais e coletivos, que foram limitados ou violados pela legislação precedente; projetando-se para o futuro, menciona expressamente os bens ou princípios que deverão estar, mais do que no passado, no centro da ação futura dos poderes do Estado, como objectos a tutelar ou como objectivos a realizar. Aquilo que, portanto, no passado, não foi nem violado, nem privado de adequada tutela, não necessita de ser expressamente munido de

²⁶⁸ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 93.

²⁶⁹ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 98.

²⁷⁰ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 52.

²⁷¹ Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p. 169.

garantia constitucional: assim se explica como, não só a fé pública, mas até a vida – bens incontestavelmente primordiais e merecedores da mais ampla proteção – não tenham sido expressamente mencionados na Constituição italiana”²⁷².

E realmente é uma hipótese séria a ser analisada, principalmente em consideração aos novos riscos que surgem com o avanço tecnológico e a globalização, de modo a colocar em perigo bens que muitas vezes não foram valorados pela Constituição em razão das circunstâncias históricas e temporais que circundaram a sua formação.

Neste sentido, Luciano Feldens observa que “nem todas as Constituições são jovens a ponto de fazerem-se temporalmente consentâneas ao nascimento dos ‘novos direitos’, fruto das sempre crescentes necessidades sociais, circunstância que lhes impediu, pelo menos em um primeiro momento, de realizar um expresse reconhecimento dessas novas objetividades jurídicas.”²⁷³.

Sob esta ótica do problema, Alice Bianchini menciona que “estas teorias buscam acolher as rápidas transformações sociais que, face ao ineditismo, não foram contempladas na Constituição, evitando que se estabeleça um déficit na relação do direito penal com a realidade e sua mutabilidade”²⁷⁴.

Portanto, apresenta-se como a vantagem de encarar a Constituição como mero limite negativo ao legislador penal, a possibilidade de tutela penal de novos bens que surjam após a entrada em vigor do texto constitucional.

Afinal o legislador não estaria submetido a um catálogo fechado, que conferiria ao bem jurídico caráter estático.

Mas a inafastável necessidade de preservar a liberdade individual de restrições que não se apresentem com o signo da imprescindibilidade levanta sérios óbices a aceitação da Constituição como mero limite negativo da criminalização de condutas.

Se é certo que a adoção de tal concepção constitucionalista do bem jurídico traz os benefícios acima apontados, não

²⁷² Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p. 168.

²⁷³ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 60.

²⁷⁴ Bianchini, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, p. 45.

é menos verdadeiro que, em termos de garantia de direitos fundamentais, de limitação da atuação legiferante no âmbito penal, ela deixa a desejar.

Sob este aspecto indesejado Janaína Conceição Paschoal acentua que “considerar a Constituição como limite negativo do Direito Penal não o diferencia em nada dos demais ramos do Direito; pois também em sede de Direito Civil, Comercial, Tributário, etc. o legislador não pode elaborar leis que contrariem o texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade”²⁷⁵.

Em outras palavras seria dizer que a aludida teoria em nada contribuiria para o traçado de limites mais severos ao legislador penal, tendo em conta, inclusive, a gravidade do instrumento de que se vale o Direito Penal para a persecução de seus fins.

Além disso, Janaína Conceição Paschoal observa que os adeptos da aludida teoria, “apesar de enfocarem o Direito Penal à luz do texto constitucional, não podem ser partidários de uma teoria constitucionalista do bem jurídico penal, pois não admitem que a Constituição esgote (ou deva esgotar) os bens jurídicos passíveis de serem tutelados pela norma penal”²⁷⁶.

Ademais, a adoção de uma teoria constitucional mais restritiva, que estabeleça uma vinculação mais íntima entre os valores constitucionais e a seleção dos bens jurídicos revestidos de dignidade penal, além de mais garantista de valores de extrema relevância para o cidadão, não implica em “renúncia a satisfazer novas exigências de tutela surgidas do contínuo envolver-se da realidade social e, como tais, não subsumidas nem subsumíveis, no originário quadro da Constituição”²⁷⁷.

Observa Giovanni Fiandaca que “quando parece despontar na ribalta um novo bem merecedor de proteção, trata-se, freqüentemente, da exigência de proteger um bem já existente de uma nova forma de agressão, circunstância que parece caracterizar tipicamente as novas exigências de tutela emergentes do moderno desenvolvimento tecnológico. Enfim, mesmo a proposta de extensão da tutela a bens de relevância constitucional, ainda que implícita, poderia, em consequência do caráter não suficientemente definido da fórmula, fazer com que se

²⁷⁵ Paschoal, Janaína. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, p. 57.

²⁷⁶ Idem, p. 59.

²⁷⁷ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 420.

considere admissível a eventual tutela de bens ainda não emersos no período no qual a Constituição veio à luz”²⁷⁸.

De tais argumentos, surge a idéia da Constituição como limite positivo do Direito Penal.

2.6. – A constituição como limite positivo do Direito Penal

De outro lado se apresentam as teorias constitucionalistas que apontam a Carta Magna como limite positivo do Direito Penal.

De acordo com elas, o legislador penal só poderia tutelar através da cominação de pena aqueles bens jurídicos efetivamente reconhecidos pela Constituição.

Não basta que a descrição típica do comportamento criminoso não afronte o texto constitucional. É imprescindível para a legitimidade da atuação legiferante no âmbito penal que a tutela recaia sobre valores de relevância constitucional.

Luiz Regis Prado nos recorda que estas teorias constitucionalistas em sentido estrito “orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional”²⁷⁹.

²⁷⁸ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 420.

²⁷⁹ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 65.

Essa linha de raciocínio se desenvolve no seguinte sentido.

Ora, se o Direito Penal deve prestar-se a tutela dos bens, valores ou interesses fundamentais, indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade, e se estes são exatamente aqueles reconhecidos pela Lei Fundamental, somente eles poderão ser protegidos através do Direito Penal.

Aliás, tal concatenação de idéias é decorrência lógica dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do Direito Penal.

Ademais, a imposição de pena ao sujeito ativo do crime implicará, necessariamente, na restrição de sua liberdade ou de seu patrimônio, direitos que a Constituição reconhece como fundamentais, de modo que, até por uma questão de proporcionalidade, o bem jurídico que se pretende proteger mediante a cominação de pena também deve gozar de relevância constitucional.

“Todas as situações de criminalização contêm, assim, um problema de conflito de direitos – os direitos do agressor que vão ser restringidos (geralmente a liberdade ou a propriedade, mas, em qualquer dos casos, também a própria dignidade) de um lado; os direitos da vítima e da sociedade, de outro”²⁸⁰.

A aludida concepção constitucionalista surge na doutrina italiana a partir da interpretação, principalmente²⁸¹, do artigo 13 da

²⁸⁰ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 168/169.

²⁸¹ Em uma análise mais ampla da questão em face da ordem jurídica italiana, Maria da Conceição Ferreira da Cunha assegura que a tese de Bricola não teve por base apenas o artigo 13 da Constituição da República Italiana. Acentua que, além do aludido dispositivo constitucional, sua teoria se embasou no artigo 25º (reserva de lei), no artigo 27º, nº 1 (princípio da responsabilidade pessoal-subjetiva), no artigo 27º, nº 3 (finalidade reeducativa da pena), no artigo 3º (não discriminação) e no artigo 2º (princípio da dignidade), todos da Carta Maior. Assevera que, através do princípio da reserva de lei em matéria penal, do qual decorre o princípio da taxatividade, Bricola extrai uma restrição da matéria criminalizável, pois ao restringir a intervenção penal incriminadora à lei, ressalta a importância dos valores restringidos através dela (principalmente a liberdade), de modo a limitar a lei penal ao mínimo indispensável. Por outro lado, da consagração do caráter pessoal da responsabilidade penal, Bricola deduz que a utilização da sanção penal deverá ser descartada quando outros meios, cuja utilização prescindia de requisitos mais rigorosos, forem satisfatórios para a proteção almejada, como p. ex. a responsabilidade civil. Da função reeducativa da pena, Bricola retira outra restrição a matéria criminalizável, pois num Estado pluralista, fundado na liberdade individual e na dignidade humana, não será admissível tentar-se conformar o comportamento dos cidadãos em determinado sentido, “reeducando-o”, salvo com o escopo de proteção dos valores mais caros à vida em sociedade. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 169/173.

Constituição da República²⁸² daquele país, ao acentuar a importância da liberdade pessoal, que, enquanto valor constitucionalmente reconhecido, só poderia ser afetada pelo Estado, mediante supressão ou restrição, na tutela de bem de valor similar, ou seja, que também goze de relevância constitucional.

Daí os motivos que ensejaram a assertiva de Franco Bricola no sentido de que “a sanção penal pode ser adotada somente em presença da violação de um bem, o qual, senão de igual grau relativamente ao valor (liberdade pessoal) sacrificado, seja ao menos dotado de relevância constitucional”²⁸³.

Dando continuidade à sua linha de raciocínio Franco Bricola explica que a relevância constitucional deve ser compreendida não simplesmente como “não *antitetività* do bem com respeito à Constituição, mas sim como assunção dele dentre os valores explícita ou implicitamente garantidos pela Carta constitucional”²⁸⁴.

Nestes termos, sob o aspecto substancial, Franco Bricola conceitua o crime como “fato lesivo de um valor constitucional cuja *significatività* se reflete na medida da pena”²⁸⁵.

No mesmo sentido trilha o pensamento de Juan Carlos Carbonell Mateu, que assevera que “porque o poder punitivo nasce precisamente do pacto constituinte não é ousado afirmar que os direitos fundamentais só podem ver-se limitados para salvaguardar outros que, ao menos, tenham relevância constitucional”²⁸⁶.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha deixa claro que “não se trata para todos os defensores da necessária relevância

²⁸² Artigo 13 da República Italiana: “A liberdade pessoal é inviolável. Não é permitida forma alguma de detenção, inspeção ou perquirição pessoal, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal, senão por ato motivado pela autoridade judiciária e somente nos casos e modos previstos em lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados taxativamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias que devem ser comunicadas, dentro de quarenta e oito horas, à autoridade judiciária e, se esta não os convalida nas sucessivas quarenta e oito horas, entendem-se revogadas e privadas de todo efeito. Será punida toda violência física e moral sobre as pessoas de qualquer maneira submetidas a restrições da liberdade. A lei estabelece os limites máximos das encarcerações preventivas.

²⁸³ Bricola, Franco. “Teoria generale del reato”, *Novissimo Digesto italiano*, 1973, p. 15, apud Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 415.

²⁸⁴ Idem, p. 16, apud, p. 415.

²⁸⁵ Idem, p. 17, apud, p. 416.

²⁸⁶ Mateu, Juan Carlos Carbonell. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, 3. ed., Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999, cit., p. 36. “(...) *porque el poder punitivo nace precisamente del pacto constituyente no es aventurado afirmar que los derechos fundamentales sólo pueden verse limitados para salvaguardar otros que, al menos, tengan relevância constitucional*”, apud Feldens, Luciano. *A Constituição Penal*, p. 51.

constitucional do valor penalmente protegível, da exigência de uma equiparação ‘total’ entre valor ofendido pelo agressor – valor restringido pela sanção penal, mas pelo menos, de uma não profunda desproporção; da garantia de que só se restringirão valores fundamentais do agressor face a uma ofensa de valores também muito importantes para a vida em comum”²⁸⁷.

No entanto, evidentemente, seguindo as pegadas de Franco Bricola, como decorrência lógica do próprio princípio da proporcionalidade, “o grau de significatividade Constitucional do valor deveria condicionar a medida da pena, o que pressuporia a existência de uma ‘hierarquia de valores dedutível da Constituição”²⁸⁸.

É nítido que a perspectiva adotada por esta vertente da teoria constitucionalista do bem jurídico concretiza limites mais rigorosos à discricionariedade legislativa na eleição da matéria passível de tutela penal.

“A tarefa do legislador, portanto, não seria outra senão a de incorporar ao ordenamento *jurídico-penal* os valores mais importantes plasmados de modo vinculante na *Grundnorm*”²⁸⁹.

De acordo com a observação de Alice Bianchini, “dois são os valores colocados em causa: liberdade de opção legislativa e concreção constitucional. A opção é pela restrição daquela em favor desta (...)”²⁹⁰.

“Deste modo, o legislador penal passa a estar mais estritamente limitado pelas opções valorativas constitucionais, não podendo recorrer às sanções penais, sem que tal vise a protecção destes valores. Aqui reside a garantia de que apenas se tutelem penalmente bens de fundamental relevo para a comunidade”²⁹¹.

Para a concepção constitucionalista estudada o Direito Penal representaria um potencial espelho da Constituição, de modo que “todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de protecção penal, independentemente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de valores constitucionais”²⁹².

²⁸⁷ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 169.

²⁸⁸ Idem, p. 175.

²⁸⁹ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 90.

²⁹⁰ Bianchini, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos de Tutela Penal, p. 48.

²⁹¹ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 167.

²⁹² Paschoal, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, p. 60.

Esta vertente da teoria constitucionalista do bem jurídico penal recebeu adoção expressa da Constituição da República Portuguesa em seu artigo 18, n.º 2²⁹³.

É bom consignar que aqui também vale aquela noção de que não basta a dignidade penal do bem jurídico, ou seja, a sua relevância constitucional, consagrada explícita ou implicitamente pela Carta Maior, para que se deflagre a sua tutela pela via do Direito Penal. Para tanto, imprescindível se mostrará a carência de tutela, verificação esta que, salvo no que toca as imposições constitucionais de criminalização, fica a cargo da discricionariedade do legislador infraconstitucional. Daí porque falar-se que o Direito Penal é *potencial* espelho da Constituição.

No entanto, dentro da teoria que encara a Constituição como um limite positivo do Direito Penal, existe uma subdivisão que restringe ainda mais o campo de liberdade de atuação do legislador no que concerne a criminalização de condutas.

Existem autores que sustentam que nem todos aqueles interesses, valores ou bens consagrados constitucionalmente estão revestidos de dignidade penal.

Os adeptos da aludida concepção entendem imprescindível que o bem objeto de tutela penal ostente a natureza de direito fundamental, tudo porque o bem que será sacrificado mediante a imposição de pena reveste-se de tal característica.

Partidário desta vertente mais rigorosa Jorge de Figueiredo Dias revela que “entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de ‘identidade’ ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista de sua tutela – de fins”²⁹⁴.

²⁹³ Artigo 18, n. 2, da Constituição da República Portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

²⁹⁴ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p. 120. Analisando o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias, Maria da Conceição Ferreira da Cunha retrata a nítida preocupação daquele autor em deixar patente a absoluta distinção entre a relação de “analogia substancial” ou de “mútua referência” que sempre deverá existir entre os bens jurídico-penais e a ordem axiológica constitucional e uma relação de “identidade” ou de “recíproca cobertura” entre estes dois campos, que de forma alguma consubstancia exigência constitucional. Tudo porque, além do Direito Penal dever ser a *ultima ratio*, enquanto estatuto fundamental, a Constituição sempre trará preceitos genéricos e indeterminados, ao contrário do Estatuto

Conclui o consagrado autor português que “os bens jurídicos protegidos pela direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica”²⁹⁵.

Em linha de pensamento semelhante, Francesco Angioni²⁹⁶ e Sérgio Moccia²⁹⁷, mediante consideração inflexível do critério da proporcionalidade, “defendem que só seria constitucionalmente legítimo prever restrição da liberdade, pela aplicação de uma pena detentiva, quando se tivessem posto em causa valores do mesmo nível da liberdade e o mesmo raciocínio valeria também para os outros tipos de penas – só seria possível restringir penalmente um valor Constitucional, quando estivesse em causa a proteção de um bem de grau semelhante ao que seria afectado pela intervenção penal”²⁹⁸.

Enzo Musco também se opõe a amplitude da tese de Franco Bricola, defendendo que nem todos os valores constitucionais podem se objeto de tutela penal, mas somente aqueles que representarem

Repressivo que, para garantir a segurança jurídica, deverá ser preciso e concreto. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 204.

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ Aprofundando na análise da tese de Francesco Angioni no que concerne a concretização do princípio da proporcionalidade, Maria da Conceição Ferreira da Cunha ensina que, segundo o aludido autor, só seria possível recorrer a pena detentiva para tutelar bens de valor superior ou equivalentes (bens primários) e à pena pecuniária para a tutela de bens primários e secundários. Salieta que tal conclusão o jurista italiano extrai da função reeducativa da pena, consagrada constitucionalmente, pois “só uma pena proporcionada ao facto cometido conteria virtualidades reeducativas”. Acentua que o referencial para a identificação de bens primários e secundários seria o valor liberdade pessoal, nitidamente apontado pela Constituição como primário. Acrescenta que “os bens primários poderiam ser de carácter individual – aqueles sem os quais o indivíduo não pode realizar-se, nas mínimas formas existenciais, ou cuja falta seria atentatória da dignidade do homem, ou colectivo – aqueles que são necessários para que o indivíduo se possa realizar nas ‘mínimas expressões sociais’ e ‘os bens institucionais...que configuram o tipo de Estado delineado na Constituição’”. Segundo ele, seriam bens primários, a vida, a liberdade moral, a honra, o trabalho, o domicílio, etc. Maria da Conceição Ferreira da Cunha enfatiza a fragilidade da aludida teoria ao tentar separar os bens em primários e secundários, uma vez que, salvo raras exceções relacionadas a bens que invariavelmente ocupariam o primeiro grupo, tal critério permaneceria condicionado historicamente, ou seja, determinados bens que, em dado momento histórico, valorativamente poderiam ser equiparados à liberdade individual, não alcançariam tal patamar de importância alteradas as circunstâncias histórico-temporais. Daí a posição da autora na defesa de uma proporcionalidade mais flexível, nos termos da tese de Franco Bricola. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 178/183.

²⁹⁷ Moccia, Sérgio. *Aspetti Problematici del Rapporto tra Funzione della Pena e Struttura dell’Illicito*, in *Benie Tecniche della Tutela Penale. – Materiali per la Riforma del Codice a cura del CRS*, Milano, Franco Angeli, p. 102/103, apud Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 174.

²⁹⁸ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 174.

“as condições mínimas de vida em comum, cuja violação se traduz em termos de danosidade social”²⁹⁹.

No Brasil, defensora tenaz desta tese que restringe aos direitos fundamentais o objeto de proteção penal é Janaína Conceição Paschoal, que, depois de rebater as críticas que pesam sobre esta vertente mais restrita da Constituição como limite positivo do Direito Penal, afirma que não resta “prejudicada a idéia de que somente os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição podem ser objeto de tutela penal, ou seja, podem ser considerados bens jurídicos penais”³⁰⁰.

Menciona que “se se pretende realizar um Direito Penal mínimo, o mesmo rigor com que é tratado o princípio da legalidade, com relação à legislação penal propriamente dita, deve ser dispensado ao texto constitucional”³⁰¹.

Portanto, para ela, adotados “os princípios da mínima intervenção, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da lesividade, deve-se apontar ser mais coerente a concepção segundo a qual a Constituição exerce uma limitação positiva sobre o Direito Penal, devendo-se, ainda mais restritivamente, limitar a tutela penal àqueles bens de natureza fundamental, já que, pelo menos formalmente, tudo pode ser alçado ao nível constitucional”³⁰².

É inegável que a tese da Constituição como limite positivo do Direito penal, em sua vertente mais restrita, não deixa de ser sedutora quando analisada apenas no campo teórico e sob a ótica da mais efetiva proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, conforme assevera Luiz Flávio Gomes, “a verdade é que a doutrina constitucionalista *inflexível* não assegurou grande ressonância na *práxis*”³⁰³.

Adotá-la sem reservas significaria desconsiderar o condicionamento histórico de toda Constituição.

Seria fechar os olhos para o inexorável aparecimento de outros bens, valores ou interesses, de extrema relevância,

²⁹⁹ Musco, Enzo. *Bene Giuridico e Tutela dell’Onore*, Milano, Editora Giuffrè, 1974, p. 127, apud Cunha, Maria Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 184.

³⁰⁰ Paschoal, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, p. 65.

³⁰¹ *Idem*, p. 67.

³⁰² Paschoal, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, p. 68.

³⁰³ Gomes, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico em Direito Penal*, p. 91.

decorrentes do progresso social, cultural, tecnológico, econômico, etc, que, desconsiderados pela Constituição em razão de sua inexistência ou pouca relevância à época de sua promulgação, posteriormente pudessem exigir a proteção mais eficaz do Direito Penal.

Na exata constatação de Mariângela Gama de Magalhães Gomes a respeito da vertente mais estrita desta concepção, “a complexidade e a velocidade com que ocorrem as transformações nas relações sociais impõem novas exigências e a necessidade de que se atente aos valores emergentes, o que acarretaria a constante defasagem do rol de bens jurídico-penais, ainda que este fosse absolutamente completo no momento da promulgação do texto constitucional”³⁰⁴.

Exemplificando, a autora declara que, a propósito, “podem ser lembradas algumas novas formas de criminalidade que têm se tornado bastante numerosas e que representam fenômenos de elevada gravidade para o desenvolvimento das relações sociais”³⁰⁵.

Continua, dizendo que, “como conseqüência da globalização econômica, são frequentes as condutas desviadas no *mundo dos negócios*, em que se verifica, por exemplo, falsificação nos balanços de empresas, informações inverídicas sobre a situação econômica da sociedade, e a criação de ‘fundos negros’ à disposição de administradores gananciosos ou mesmo desonestos, que constituem verdadeiros atentados à confiança dos investidores”³⁰⁶.

Sem contar os desafios opostos às ciências criminais surgidos com a criminalidade moderna, mais especificamente o crime organizado, principalmente na sua versão do terrorismo político.

A vertente mais restritiva da teoria que vê na Constituição um limite positivo ao Direito Penal também recebe as críticas de Maria da Conceição Ferreira Cunha.

“Que se procure limitar a liberdade do legislador, numa área tão delicada como a penal, tentando garantir que não se criminalizem comportamentos que não afectem valores importantes, fundamentais, parece-nos de louvar. Mas, contendo a Constituição, por essência, valores fundamentais para a comunidade, já nos parece excessivo querer comprimir ainda mais o âmbito de decisão do legislador,

³⁰⁴ Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal, p. 96.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal, p. 96.

delimitando de entre o conjunto destes valores um núcleo mais restrito, único onde este se poderia mover, até pela relativa mutabilidade de importância dos valores, em cada momento histórico”.³⁰⁷

Por tudo isso, na tentativa de amenizar tais aspectos negativos da teoria que vê na Constituição um limite positivo do Direito Penal, principalmente no que se refere a derivação acima delineada, seus adeptos a redimensionam mediante a inserção de critérios de temperança.

Primeiramente, asseguram então que “a tutela penal pode-se legitimamente estender-se a bens que encontram na Constituição um reconhecimento somente implícito (...)”³⁰⁸.

É o caso do bem vida, que na Constituição da República Italiana não conta com previsão expressa, sem, contudo, deixar de ser reconhecido como constitucional, em razão do *status* proeminente que se confere ao ser humano na Lei Maior daquele país.

Por outro lado, “o ilícito penal pode lesar um valor privado de relevo constitucional, mas ligado a um valor constitucional por uma relação de pressuposição necessária; de forma que a lesão do primeiro seja necessária e inequivocamente idônea a colocar em perigo o segundo (e se oferece o exemplo da segurança do tráfego relativamente à proteção do bem vida e da incolumidade dos cidadãos)”³⁰⁹.

“Serão valores numa relação de pressuposição necessária aqueles que, não estando previstos na Constituição, têm um valor instrumental em relação à defesa de um valor constitucional explícito, de tal modo que a sua lesão colocaria em perigo este valor explícito”³¹⁰.

A proteção penal do bem jurídico exige dele relevância constitucional, o que não se confunde com previsão constitucional expressa, ou seja, a relevância constitucional do bem jurídico digno de tutela penal ainda poderá derivar de sua consagração implícita pela Carta Maior ou de uma relação de pressuposição necessária, nos termos acima expostos.

³⁰⁷ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 188.

³⁰⁸ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico”, como problema teórico e como critério de política criminal, p. 418.

³⁰⁹ Bricola, Franco. Bricola, Franco. “Teoria generale del reato”, Novíssimo Digesto italiano, 1973, p. 16, apud Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 418/419.

³¹⁰ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 194.

Note-se que, na hipótese da relação de pressuposição necessária, na verdade, ainda que de forma mediata, o que se protege pela via do Direito Penal é um bem jurídico consagrado constitucionalmente, expressa ou implicitamente.

Aliás, Luiz Flávio Gomes deixa expresso em sua obra que “os autores que seguem essa orientação constitucionalista também admitem a possibilidade de configurar como bens jurídico-penais não só os consagrados *explicitamente* na Constituição, senão também os *implícitos* (teoria dos bens jurídicos implícitos)”³¹¹.

“Desta forma, são aceitos como objetos de tutela penal não apenas os bens expressos na Constituição, mas ao legislador é permitido conferir tal proteção também aos bens que estejam postos em nível constitucional, ainda que apenas de maneira implícita. Isto não significa, todavia, que a Carta Constitucional permita a contemplação de qualquer interesse como sendo sujeito à tutela penal, mas impõe que todas as possíveis incriminações sejam enquadráveis em suas diretrizes, o que há de ser valorado a partir de argumentação *a fortiori* ou analógica”³¹².

Mesmo assim, em que pese o esforço de seus adeptos na tentativa de suavizar os entraves provocados pelas teorias constitucionalistas mais estritas, os partidários das teorias constitucionalistas genéricas ou amplas não se mostram satisfeitos.

São exemplos dessa irresignação as palavras de Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci.

Os referidos juristas italianos ponderam que “o esquema de pressuposição necessária é de todo inidóneo para legitimar a existência de normas incriminadoras – unanimemente julgadas indispensáveis – que tutelam de forma autônoma bens não mencionados na

³¹¹ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 92.

³¹² Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal, p. 98. Neste ponto esclarece a autora que, “com relação ao raciocínio analógico, de maneira especial, cabe observar que ele também pode ser corretamente empregado para ampliar o rol de bens jurídicos aptos a serem tutelados penalmente, uma vez que se considera a sinteticidade do texto constitucional e o dever de seu intérprete de aferir seu inteiro sentido e alcance. Esse tipo de procedimento (...) não deve ser recusado com base no princípio de proibição de analogia (*in malam partem*) em matéria penal. Embora seja verdade que a utilização da analogia para a ampliação do rol dos bens jurídicos constitucionalmente aptos a serem tutelados pelo direito penal consista numa analogia *in malam partem*, não se pode admitir que seja este o sentido de sua proibição: tal proibição vale para o juiz que interpreta e aplica a norma, e não para o legislador, já que aqui se trata da configuração de limites à sua tarefa”.

Constituição: normas que tutelam tais bens *in se e per se*, sem reclamar o concreto pôr em perigo outros bens constitucionalmente relevantes”³¹³.

Exemplificam através da menção à tutela penal da fé pública e do meio ambiente, que não está subordinada ao “pôr-em-perigo de um bem constitucional”³¹⁴.

Concluem os autores mencionando que “por outro lado, se (...) se defendesse que o esquema da pressuposição necessária (ou outro esquema argumentativo) seria idóneo para dar consistência à categoria de bens *implicitamente* garantidos pela Constituição, seguir-se-ia a prática *infecundidade* da tese: ‘não há crime sem ofensa a bens constitucionalmente relevantes’. Como de fato tem sido francamente reconhecido por um defensor da tese em exame, ‘a distinção entre bens de relevância constitucional e bens simplesmente não incompatíveis com a Constituição resultou por fim mais esbatida do que parece à primeira vista, e o seu âmbito selectivo muito limitado, visto que poucos são os bens dos quais se possa afirmar que não são reclamados pela Constituição, pelo menos implicitamente’”³¹⁵.

Na mesma dimensão vem a assertiva de Luiz Flávio Gomes no sentido de que “outra crítica que é feita à teoria estrita da configuração constitucional do bem jurídico-penal consiste na ‘incerteza e polivalência da Constituição’, que não permitiria, muitas vezes, delinear com segurança a natureza do bem jurídico e tampouco autorizaria concluir que a realidade social, ainda que seja em seus aspectos mais relevantes, esteja explícita ou integralmente contemplada na Carta Constitucional”³¹⁶.

Com todo o respeito que merecem as críticas lançadas por estes defensores da idéia da Constituição como limite negativo do Direito Penal, parece-nos que não lhes cabe razão.

A flexibilização da teoria que defende a Constituição como limite positivo do Direito Penal, nos termos em que acima foi exposta, é suficiente para, adequadamente, atender os reclamos de delimitar e fundamentar a atuação do legislador penal, conforme se pretende com o presente trabalho.

³¹³ Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p. 166/167.

³¹⁴ Idem, p. 167. É evidente que a análise dos autores toma por base a Constituição da República Italiana que não consagra expressamente a tutela ao meio ambiente.

³¹⁵ Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p. 167/169.

³¹⁶ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 92.

Note-se que a fé pública encontra-se na perfeita relação de pressuposição necessária com valores constitucionais como o patrimônio, a economia e a administração da justiça.

No que concerne ao meio ambiente, bem em relação ao qual muitas Constituições³¹⁷ não externam consagração expressa, também se pode vislumbrar relação de pressuposição necessária com a vida e a integridade física não só de todos que habitam o planeta como também daqueles que integrarão as gerações futuras.

Portanto, não é correto dizer que, nestas hipóteses, não haveria a tutela de um bem plasmado na Constituição, ainda que de forma indireta.

É inegável, por outro lado, não obstante as críticas destes consagrados juristas, que esta solução no sentido do bem jurídico penalmente tutelado dever ostentar ao menos relevância constitucional, é a única razoável, sob o prisma da proporcionalidade, para concretizar um balanceamento adequado entre o bem, valor ou interesse protegido pela norma penal e aquele sacrificado pela imposição da pena.

É a única a estabelecer um limite adequado e razoável ao legislador penal no âmbito de matéria tão relevante como a criminalização de condutas.

Ora, a restrição estabelecida pelas teorias constitucionalistas mais amplas, ou seja, a satisfação com a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e os princípios constitucionais, externa um poder seletivo muito limitado e extremamente vago.

Ademais, conforme já ficou consignado, nenhum ramo do Direito pode contrariar a Constituição, de modo que o legislador penal não estaria submetido a controle diverso daquele que se impõe a legislação que disciplina outros setores das relações sociais.

Correto, portanto, o raciocínio de Mariângela Gama de Magalhães Gomes no sentido de que “pode-se dizer que, em relação à Constituição, os bens jurídicos dividem-se, em termos gerais, em bens incompatíveis e bens compatíveis, de modo que estes últimos podem ser explicitamente mencionados em seu texto, implicitamente deduzíveis ou nem mesmo implicitamente deduzíveis. Assim, enquanto os bens

³¹⁷ A Constituição da República Federativa do Brasil, no Capítulo VI, do Título VIII (Da Ordem Social), consagra expressamente o meio ambiente como bem constitucionalmente valorado (artigo 225).

incompatíveis (ou seja, inconstitucionais) não podem ser tutelados por nenhuma norma jurídica, os compatíveis podem ser tutelados pelas normas penais apenas se explicitamente mencionados ou implicitamente deduzidos da Constituição, e os restantes bens compatíveis, embora nem sequer deduzíveis do texto constitucional, podem ser protegidos apenas por normas relativas a outros ramos do ordenamento jurídico, como o direito administrativo ou o direito civil, por exemplo”³¹⁸.

Somente assim se torna possível enfrentar a questão relacionada ao condicionamento histórico da Constituição, que impede a formatação de um catálogo fechado e explícito de bens jurídicos, sem que se menoscabe do valor liberdade, direito fundamental invariavelmente atingido pela imposição da pena.

É bem por isso que Maria da Conceição Ferreira da Cunha assegura que, “de fato, sempre que se recorre a um conceito material de Constituição – tal acontece também como problema dos valores implícitos – perde-se em certeza. Só que, parece-nos que tal se afigura indispensável, para que a Constituição não se desligue da realidade; na verdade, só essa concepção material de Constituição corresponderá à sua essência; poder-se-á dizer até não se tratar mais do que de uma sua correcta interpretação; de uma interpretação dos seus preceitos que não perca a adaptabilidade ao momento histórico, a visão de conjunto e o espírito da Constituição”³¹⁹.

Finalizando e aderindo a faceta mais ampla da tese da Constituição como limite positivo ao legislador penal, a autora portuguesa faz consignar que, no seu entender, esta tese é a que expressa um “melhor equilíbrio entre vinculação constitucional/liberdade do legislador, garantindo que só se protejam penalmente valores dignos de tal protecção, mas não asfixiando a capacidade de apreciação legislativa, nem a adaptabilidade do Direito Penal à mutabilidade das condições sócio-culturais”³²⁰.

É o que nos parece também.

³¹⁸ Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal, p. 100.

³¹⁹ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 211.

³²⁰ Idem, p. 195.

3. – Imposições constitucionais de criminalização

3.1. Considerações Preliminares

Outra questão tormentosa envolvendo as relações entre a Constituição e o Direito Penal, que tem suscitado intensos debates doutrinários, é a relacionada às imposições constitucionais de criminalização.

Conforme a análise desenvolvida nos tópicos anteriores, verificamos que, em regra, as Constituições se limitam a conferir dignidade penal (ou merecimento de pena) aos bens jurídicos nela plasmados, explícita ou implicitamente, em razão da importância atribuída a eles.

Porém, também em regra, a mera dignidade penal conferida pela Constituição a determinado bem jurídico é insuficiente para que se legitime sua tutela através do Direito Penal.

“A configuração como ilícitos penais dos fatos lesivos dos valores constitucionais é, para o legislador (...), ‘objeto de uma situação subjetiva não obrigatória’³²¹.”

É necessário que a proteção por meio do instrumento mais agressivo de que dispõe o Estado para o controle social se mostre necessária, ou seja, o bem jurídico deverá apresentar-se carente de tutela penal.

Aliás, neste sentido se posta a orientação de Manuel da Costa Andrade, que assevera que “hoje é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide, só por si e de forma definitiva, a questão da criminalização. À *legitimação negativa*, mediatizada pela dignidade penal, tem de acrescer a *legitimação positiva*, mediatizada pelas decisões em matéria de *técnica de tutela*

³²¹ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 433.

(*Schutztechnik*). É a redução desta complexidade sobrance que se espera do conceito e do princípio de carência de tutela penal”³²².

A Constituição nestas hipóteses traria meras indicações de criminalização, ou seja, apontaria aqueles bens jurídicos, que diante de sua importância, mereceriam tutela penal, quando esta se mostrasse necessária.

E a verificação desta indispensável necessidade³²³ cabe, normalmente, ao legislador, caso a caso.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha registra que “a determinação da carência de tutela penal também engloba, necessariamente, *uma margem de avaliação e opção para o legislador, bastante alargada até*”³²⁴.

Até então a Carta Magna aparece como um limite ao legislador penal e toda a preocupação se volta à máxima preservação dos direitos fundamentais do sujeito ativo da conduta incriminada, principalmente a liberdade e o patrimônio, alvos atingidos pela imposição de pena.

Aqui a Constituição aponta um quadro máximo, dentro do qual o legislador poderá movimentar-se, para, em caso de necessidade, criminalizar comportamentos que violem ou exponham à perigo bens que se encontrem em seu interior. A Constituição traça a área da criminalização legítima.

Porém, além de configurar um limite à atuação legiferante na esfera penal, a Constituição, em relação a determinados bens jurídicos por ela valorados positivamente, impõe a criminalização de

³²² Andrade, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, p. 186.

³²³ Discorrendo sobre o assunto, Manuel da Costa Andrade menciona que “a carência de tutela penal dá expressão ao princípio da *subsidiariedade* e de *ultima ratio* do direito penal. O direito penal só deve intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade. A afirmação da carência de tutela penal significa ‘que a tutela penal é também *adequada e necessária (geeignet und erforderlich)* para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do direito penal no caso concreto *não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos*’. A carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de *idoneidade (Geeignetheit)* do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade”. Andrade, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, p. 186.

³²⁴ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime, p. 290/291.

ofensas a eles dirigidas, de modo a fundamentar e exigir a atividade do legislador na seara penal.

Aqui a Carta Maior não deixa qualquer margem de liberdade para o legislador concretizar uma ponderação sobre a necessidade deste tipo de proteção.

Neste caso, excepcionalmente, o constituinte efetua a análise de ambos os pressupostos da criminalização, ou seja, não só confere dignidade penal a determinado bem jurídico, como também atesta a necessidade de sua proteção por intermédio da cominação de pena, determinando a atuação legislativa neste sentido³²⁵.

Esta é a direção tomada por Maria da Conceição Ferreira da Cunha quando assinala que “no caso de imposições expressas, a Constituição como que implicitamente declara não só a dignidade, mas também a carência de tutela penal”³²⁶.

Na mesma trilha segue Jorge de Figueiredo Dias ao deixar claro que “onde o legislador constitucional aponte *expressamente* a necessidade de intervenção penal para a tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (...)”³²⁷.

³²⁵Quais seriam os motivos que levariam o constituinte, em alguns casos, a antecipar a completa valoração político-criminal, que, na maioria dos casos, fica a cargo do legislador ordinário? Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci explicam que a resposta a tal indagação “emerge, não só da experiência histórica, mas também dos projectos e dos objetivos que os vários países se propunham no momento em que se outorgavam uma nova Constituição”. Os autores mencionam que “algumas dentre as normas constitucionais que impõe obrigações expressas de incriminação estão voltadas para o *passado*, e, por vezes, para trágicas experiências do passado, cujo retorno se quer impedir para sempre”. Exemplificam, com a Constituição Alemã, que respondeu às situações vividas durante o período do nacional-socialismo, com a determinação de criminalização das atividades preparatórias de uma guerra de agressão. Lembram também da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, ao determinar a punição de atentados às liberdades e aos direitos fundamentais, da prática de tortura, da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e contra a democracia, demonstra o nítido receio do retorno a ditadura militar que dominou o país entre 1964 e 1985. Garantem que outras normas constitucionais que impõem a defesa, com uma pena, da integridade de específicos bens reflectem a nova ou acrescida importância dos bens e a previsão de que no futuro poderão ser objeto de *agressões* sempre mais graves e freqüentes: e é precisamente o possível intensificar destes fenómenos que torna o bem *cada vez mais precioso* aos olhos da colectividade e do legislador constituinte, impondo o recurso à *pena* como instrumento *irrenunciável* de prevenção e repressão. Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p.173/174.

³²⁶ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, nota 872, p. 316.

³²⁷ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p. 129.

No Brasil, Luciano Feldens menciona que “situações existem em que esse merecimento e essa necessidade (do recurso a pena) decorrem, explícita ou implicitamente da Constituição, hipótese a traduzir, portanto, uma obrigação dirigida ao legislador no sentido de que se *construa* os respectivos tipos penais, ou, se já o fez, que *deles não se desfaça* sem mais”³²⁸.

Ao fazer referência às imposições constitucionais de criminalização, Luiz Regis Prado também externa tal ponto de vista, dizendo que “o motivo dessa constitucionalização é a relevância dada ao bem que se quer proteger e a necessidade de se utilizar do instrumento sancionatório criminal”³²⁹.

Nilo Batista comunga do mesmo entendimento e consigna que, “além das funções de fundamento e controle, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso “imposição constitucional de tutela penal”³³⁰.

Não é outra a postura adotada por Alberto Silva Franco que marca sua adesão a tal posicionamento, quando diz que, nestas hipóteses, levado por fatos sociais, políticos, econômicos e as valorações político-criminais que cercaram a elaboração da Lei Fundamental, “o legislador constituinte substituiu-se ao legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora e tomou para si tanto o critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido – critério que lhe é próprio, na medida em que a Constituição arrola os bens jurídicos dignos de proteção penal – como o da necessidade da pena, que é vinculado ao legislador ordinário, no processo de criminalização”³³¹.

Aqui estamos em face da área de criminalização imposta pela Constituição, que, nos termos da lição de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, não se sobrepõe àquela da criminalização legítima.

Segundo observa a aludida professora lusitana, “podemos dar por assente que área de criminalização legítima e área de criminalização imposta terão de ser distintas, só podendo esta última (a existir), situar-se como que núcleo da outra. Se tentarmos visualizar dois

³²⁸ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 74.

³²⁹ Prado, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, p. 97.

³³⁰ Batista, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, p. 90.

³³¹ Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 73.

círculos concêntricos, o mais amplo (...) será o da legitimidade, um hipotético círculo interior (...) seria o das imposições, sendo certo que, quanto mais nos afastamos do centro, mais indefensável será a afirmação de imposições de criminalização. O espaço que medeia entre o círculo interior e o exterior seria o espaço de liberdade legislativa”³³².

Com base em tudo o que foi dito é correto afirmar que, “a idéia das obrigações constitucionais de penalização encerra uma *relação de complementaridade* entre as funções delimitadora – tradicionalmente colocadas em primeiro plano – e fundante do Direito Penal, as quais não podem, sob tais circunstâncias, ver-se dissociadas”³³³.

“É que o Direito Penal apresenta uma dupla faceta. Por um lado, ele é a arma mais terrível nas mãos do Estado, não só por conter as sanções que, em princípio, mais interferem com valores fundamentais da pessoa, como pelos efeitos sociais que inevitavelmente desencadeia, e precisa, assim, de ser legitimado e limitado na sua actuação; legitimado e limitado não só quanto à forma de actuação, oferecendo garantias de imparcialidade e certeza jurídica, mas também quanto ao próprio conteúdo. Mas, por outro lado, ele é imprescindível para a própria defesa dos valores essenciais à vida do homem em sociedade”³³⁴.

Tendo por objeto de análise o texto constitucional brasileiro, Rilda Saraiva também revela as duas faces da questão, enfatizando que “se por um lado privilegia a vigente Constituição o *jus libertatis* definindo, em vários preceitos, regras tendentes a evitar abusos contra a liberdade individual, por outra parte indica condutas que deverão ser definidas pelo legislador ordinário como criminosas, recebendo a necessária tipificação, e dispensando tratamento especialmente rigoroso a certos crimes que reputa de maior gravidade, deixando transparecer, nitidamente, a intenção de impedir sua impunidade”³³⁵.

Nestes termos, os valores constitucionais aparecem “não só como limite negativo da intervenção penal, mas como pressuposto de uma concepção promocional e propulsiva do direito, acrescentando à função tradicionalmente protetiva e repressiva do Direito

³³² Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 299.

³³³ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 74.

³³⁴ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 272.

³³⁵ Saraiva, Rilda. A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro, p. 4.

Penal, o papel de instrumento que concorre à realização do modelo e dos objetivos de promoção social prefigurados pela Constituição”³³⁶.

Na verdade, o que se vislumbra neste duplo enfoque é um conflito de bens, valores ou interesses constitucionalmente consagrados.

De um lado se apresentam os bens do sujeito ativo do crime, que experimentarão restrição diante da imposição da pena. Do outro, encontram-se os bens da vítima ou da própria sociedade que exigem proteção do Estado, muitas vezes, como nos casos de imposições constitucionais de criminalização, através da cominação de pena.

A solução do conflito inevitavelmente aparecerá como restrição de um em favor do outro e, no caso das obrigações de criminalização impostas pela Lei Fundamental, deverá prevalecer a tutela do bem pertencente ao sujeito passivo do crime (imediate ou mediate)³³⁷.

É possível lembrar aqui do que José Joaquim Gomes Canotilho chama de *cláusula da comunidade*, “nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre ‘limitados’ desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários a existência da comunidade”³³⁸.

Luciano Feldens assegura que a questão relacionada as imposições de criminalização não se faz presente nas ordens constitucionais de todos os Estados, mesmo porque se apresenta intimamente relacionada com a fórmula política do Estado e o seu modelo constitucional³³⁹.

E ao tratarmos da influência do modelo de Estado na formatação do sistema penal, verificamos as conseqüências da assunção

³³⁶ Neppi Modona, “Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale”, Dem. e dir., 1977, p. 682, apud Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 429.

³³⁷ Aqui é bom lembrar a lição de Alexandre de Moraes, no sentido de que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal (...) não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas*). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. Moraes, Alexandre. Direito Constitucional, p. 28.

³³⁸ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1280.

³³⁹ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 72.

dos contornos de um Estado Democrático de Direito, enquanto síntese das características dos modelos de Estado liberal e social.

Ora, o próprio enfoque que se dá a proteção dos direitos fundamentais assume outras dimensões num Estado Democrático de Direito, absolutamente diversas daquelas que transparecem num Estado Liberal.

Resta claro que, num Estado Democrático de Direito, vocacionado a intervir para garantir a real efetivação e fruição dos direitos fundamentais, estes não são vistos mais como instrumentos de exclusiva proteção do indivíduo face à atuação estatal, principalmente no que concerne ao âmbito penal, mas também como ferramenta apropriada para a tutela do indivíduo em face de ataques de terceiros.

“Digamos que se deixa de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento ou, numa outra expressão desta mesma idéia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos *através* do Estado. Esta concepção já pressupõe (...) o abandono de uma visão liberal-pura de Estado e da contraposição total de Estado/Sociedade”³⁴⁰.

Por isso, depois de discorrer sobre a dimensão dos direitos fundamentais enquanto geradores de direitos subjetivos do cidadão frente o Estado, Suzana de Toledo Barros acrescenta que “as normas de direitos fundamentais influem também na relação cidadão x cidadão e, assim, possuem efeitos sobre terceiros, ou, como denominado pela doutrina alemã, um efeito horizontal”³⁴¹.

Inclusive, Robert Alexy deixa claro que “atualmente a idéia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, tem um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita”³⁴².

Nestes termos, “assume relevo a assim denominada (...) perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo

³⁴⁰ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 274.

³⁴¹ Barros, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 171.

³⁴² Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 528.

seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais”³⁴³.

De tal assertiva é perfeitamente dedutível a obrigatoriedade do Estado de proteger os particulares contra ataques a seus direitos fundamentais provenientes de outros indivíduos ou entidades privadas³⁴⁴.

“Se na época liberal a relação que se estabelecia era entre particular/Estado (relação bilateral e vertical, de omissão), agora, ao lado desta, estabelece-se a relação particular (agressor)/particular (ofendido)/Estado (protector) – relação triangular, horizontal e de omissão (entre os particulares)/vertical e de acção (em relação ao Estado) – e a relação particular/Estado (bilateral, vertical, de acção, em especial no domínio dos direitos económico-sociais, mas também nalguns direitos, liberdades e garantias)”³⁴⁵.

Impõe-se ao Estado, além da mera proibição de interferência nos bens, valores ou interesses consagrados na Constituição, uma verdadeira obrigação de proteção, de modo a tornar eficazes aqueles, bens valores e interesses, para que os mesmos não permaneçam como letras mortas na frieza do texto constitucional³⁴⁶.

“Uma perspectiva de expansão de tutela, ao longo dessa nova direção indicada, é certamente desejável e, de resto,

³⁴³ Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 378.

³⁴⁴ Ao analisar a estrutura dos direitos fundamentais sob o aspecto do direito à algo, Roberto Alexy exemplifica com o direito à vida, consagrado pelo artigo 2º, § 1º, 1, da Constituição Alemã, assegurando que dele resulta não só que o seu titular tem em face do Estado um direito de que este não o mate, mas, principalmente, um direito a que o Estado proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros. O autor assegura que a distinção entre aqueles direitos se faz exclusivamente através de seu objeto. No primeiro deles, o objeto do direito se restringe a uma ação negativa de seu destinatário (o Estado), enquanto no outro constitui uma ação positiva. Na primeira hipótese se fala, na lição do autor, em ‘direitos de defesa’ e na última em ‘direitos à prestação’ Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 193/196.

³⁴⁵ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 286.

³⁴⁶ Na Constituição da República Portuguesa, tal dever imposto ao Estado vem expresso em seu artigo 9º. “São tarefas fundamentais do Estado: a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam; b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático; c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais; d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território; f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa; g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira; h) Promover a igualdade entre os homens e as mulheres”.

corresponde a uma mais moderna concepção das tarefas do Direito Penal, já largamente aceita pela doutrina mais conscienciosa³⁴⁷.

E, caso não atue desta forma, o Estado não estará conferindo proteção suficiente àqueles bens, valores e interesses.

Do aludido raciocínio decorrem deveres de proteção do Estado, imanentes da própria forma do Estado Democrático de Direito, que consubstanciam a própria fundamentação da existência de obrigações constitucionais de criminalização de condutas, para a tutela de determinados bens jurídicos.

3.2. - Determinações constitucionais expressas de criminalização

Muitas Constituições que adotam como modelo o Estado Democrático de Direito exprimem estas imposições de criminalização através de cláusulas expressas, algumas mais abundantemente que outras.

No Direito comparado, em seleção por amostragem, podemos elencar as Cartas Constitucionais da Espanha, Itália, França e Alemanha, que, ainda que parcimoniosamente, contemplam determinações expressas de criminalização.

A Constituição espanhola, de 27 de dezembro de 1978, a que mais se valeu de tal forma de intervenção no poder de conformação do sistema penal conferido ao legislador dentre as Constituições estrangeiras acima mencionadas, estabelece três hipóteses de mandados explícitos de criminalização.

Em um primeiro momento, depois de consagrar o direito fundamental a um meio ambiente adequado ao desenvolvimento pessoal e impor aos poderes públicos o dever de velar pela utilização racional dos recursos naturais para viabilizar melhor qualidade de vida, determina a

³⁴⁷ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 429.

criminalização de condutas que afrontem aquele bem jurídico, sem prejuízo das sanções administrativas e da obrigação de reparar os danos³⁴⁸.

Logo em seguida, após determinar aos poderes públicos a conservação e a promoção do enriquecimento do patrimônio histórico, cultural e artístico dos espanhóis, determina que a lei penal sancionará os atentados contra os aludidos bens jurídicos³⁴⁹.

Derradeiramente, em tutela da liberdade individual, determina a criminalização do abuso das faculdades de restrição a direitos na hipótese de investigação de grupos armados e terroristas, impõe a tipificação penal de condutas caracterizadoras de tais excessos³⁵⁰.

Na Itália, no seu artigo 13, a Constituição, de 22 de dezembro de 1947, determina a criminalização de qualquer conduta que implique em violência física e moral contra pessoas a quem tenham sido impostas medidas restritivas de liberdade³⁵¹.

A Constituição Francesa, de 04 de outubro de 1958, em seu artigo 68-1, de forma expressa, impõe a definição dos crimes

³⁴⁸ Artigo 45 da Constituição Espanhola: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de um medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el dano causado”.

³⁴⁹ Artigo 46 da Constituição Espanhola: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

³⁵⁰ Artigo 55 da Constituição Espanhola: “1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18 apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

³⁵¹ Artigo 13 da Constituição da República Italiana: La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione e perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva”.

de responsabilidade cometidos pelos membros do governo, no exercício de suas funções³⁵².

E, finalmente, a Constituição da República Federal Alemã, de 23 de maio de 1949, ainda sob o impacto das atrocidades cometidas no período da Segunda Grande Guerra, determina a criminalização de condutas que sejam suscetíveis de atentar contra a convivência pacífica entre os povos e sejam realizadas com tal intenção, em especial aquelas destinadas à guerra de agressão³⁵³.

A Constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, foi pródiga na adoção de cláusulas expressas que contêm imposições de edificações de tipos penais descritivos de condutas que atentem contra bens jurídicos especialmente valorados por ela.

O extenso rol de obrigações de penalização inicia no artigo 5º, inciso XLI, da Lei Fundamental brasileira, que determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Nesta primeira hipótese a Constituição, através de cláusula extremamente genérica, determina a confecção de tipos penais destinados a coibir condutas que expressem a indesejada discriminação atentatória.

No entanto, a amplitude do aludido dispositivo, que dificulta a sua recondução à concretude dos fatos à que pretendia referir-se, recebeu severas críticas da doutrina.

Luciano Feldens deixa claro que a abertura normativa de tal dispositivo constitucional dificulta especificar seus domínios essenciais, obstando um controle mais criterioso sobre sua normatividade³⁵⁴.

Tal circunstância não passou despercebida de Alberto Silva Franco, que, justificando-a em razão das circunstâncias em

³⁵² Artigo 68 da Constituição Francesa: “Le Président de la République n’est responsable des actes accomplis dans l’exercice de ses fonctions qu’em cas de haute trahison. Il ne peut être mis em accusation que par lês deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres lês composant; il est jugé par la Haute Cour de justice”.

³⁵³ Artigo 26.1. da Constituição da República Federal Alemã: “São inconstitucionais os atos que sejam suscetíveis de atentar contra a convivência pacífica entre os povos e sejam realizados com essa intenção, em especial aqueles que se destinem a uma guerra de agressão. Esses atos deverão ser penalizados”.

³⁵⁴ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 81.

que a Constituição foi promulgada, ou seja, ao término de uma ditadura militar que não hesitou em comprimir, quando não suprimir, direitos fundamentais, lançou-lhe a pecha de carente de técnica³⁵⁵.

Porém, ao que nos parece, a mencionada cláusula de imposição de criminalização seria o gênero que abrangeria todas as demais como suas espécies, eis que, logo depois dela, o legislador constituinte passou a delimitar campos específicos e obrigatórios da atuação legislativa na seara criminal, que não deixam de ser formas singulares de atentados a direitos e liberdades fundamentais.

Assim, no inciso XLII do mesmo dispositivo constitucional encontramos outra determinação de criminalização nos seguintes termos: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”.

Cumprindo um dos objetivos a que se propôs o Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, consubstanciado na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal), coerentemente, o constituinte determinou ao legislador ordinário que definisse como crime a conduta que atentasse contra aquele bem jurídico, que apresentava como essência a igualdade entre todos os seres humanos, independentemente das circunstâncias acima mencionadas.

Atendendo a aludida imposição constitucional, o legislador brasileiro, através da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

No inciso XLIII, do mesmo artigo 5º, o constituinte determinou a criminalização da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos por lei como crimes hediondos, mediante a seguinte redação: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de 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”.

Nos termos da referida imposição o legislador ordinário editou as Leis nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que, além

³⁵⁵ Franco. Aberto Silva. Crimes Hediondos, p. 73.

estabelecer o rol dos crimes hediondos (avolumado pelas Leis n° 8.930, de 06 de setembro de 1994, n° 9677/98 e n°9.695/98) estatuiu as conseqüências penais e processuais decorrentes da prática dos mesmos e daqueles a eles equiparados, e n° 9.455, de 07 de abril de 1997, que tipificou os crimes de tortura.

Quando do advento da ordem constitucional vigorava a Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976, que continha os tipos penais que descreviam os crimes de tráfico ilícito e o uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinam dependência física ou psíquica. O aludido diploma legal foi revogado pela Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, que passou a descrever aqueles comportamentos delituosos e a eles cominar penas.

Em razão de tal circunstância, ou seja, a preexistência de diplomas legislativos que já davam concretude aquele mandamento constitucional, no que toca ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o texto da Carta Maior impôs ao legislador ordinário apenas uma conduta omissiva, consubstanciada na não descriminalização de tais comportamentos.

No que concerne ao crime de terrorismo, resta divergência doutrinária quanto ao fato do legislador ordinário ter dado ou não cumprimento a imposição constitucional de criminalização.

Para Luciano Feldens no que toca a tipificação penal do crime de terrorismo resta um hiato no ordenamento jurídico pátrio³⁵⁶.

Alberto Silva Franco comunga da mesma opinião, mencionando que “ao contrário do que sucede no Código Penal de Portugal (arts. 288 e 289) e no Código Penal espanhol (arts. 260 *usque* 264), o legislador brasileiro não incluiu, na codificação penal comum o delito de ‘terrorismo’ e as figuras que lhe são afins”³⁵⁷.

O mencionado professor entende que a tipificação do crime de terrorismo também não ocorreu em nenhuma lei penal especial³⁵⁸.

³⁵⁶ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 82.

³⁵⁷ Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 109.

³⁵⁸ Idem.

Antonio Scarance Fernandes diverge de tal posicionamento, sustentando que, quando da entrada em vigor do texto constitucional brasileiro a Lei n° 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), em seu artigo 20³⁵⁹, já descrevia como crime a prática de tortura³⁶⁰.

Alberto Silva Franco critica tal ponto de vista, asseverando que o legislador, no referido artigo 20 do mencionado diploma legal, ao deixar de estabelecer o exato significado da expressão “atos de terrorismo”, abstraindo a definição exata do que consistiria tais atos, afrontou o princípio da taxatividade, faceta do princípio da legalidade, de modo a contaminar o aludido dispositivo legal, no que toca a descrição do crime de terrorismo, com o estigma da inconstitucionalidade³⁶¹.

Aderindo às críticas de Alberto Silva Franco, Antonio Lopes Monteiro assevera que “utiliza a lei um discutido *nomen iuris* como definição legal do tipo. Ora, essa forma legislativa não é possível pela ausência de tipo autônomo definido como crime”³⁶².

No inciso XLIV, do artigo 5º, o constituinte brasileiro impôs ao legislador ordinário a criminalização das ações de grupos armados, civis ou militares, que atentem contra a ordem constitucional e o Estado democrático, da seguinte forma: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”.

Ao entrar em vigor, o texto constitucional, através de tal mandamento, recepcionou os tipos penais insertos na Lei n° 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional) que tutelam os bens jurídicos valorados positivamente naquele dispositivo da Carta Magna.

No artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal foi imposto ao legislador ordinário a criminalização da retenção dolosa do salário do trabalhador (Artigo 7º. “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: X –

³⁵⁹ Artigo 20. “Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Parágrafo único. Se o fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo”.

³⁶⁰ Fernandes, Antonio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 – Crimes Hediondos, p. 261.

³⁶¹ Franco, Alberto Silva. Crimes Hediondos, p. 109.

³⁶² Monteiro, Antonio Lopes. Crimes Hediondos, p. 94.

proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;”.

O artigo 225, § 3º, da Constituição Federal obrigou o legislador ordinário a definir como crime as condutas lesivas ao meio ambiente, prescrevendo que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Neste caso, além de trazer imposição expressa de criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente, o aludido dispositivo constitucional deflagrou intenso debate no que concerne a possibilidade da pessoa jurídica figurar como sujeito ativo do crime, tema no qual não adentraremos, eis que o mesmo não se vincula ao objeto do presente trabalho.

Aqui o constituinte determina a tutela penal de um bem jurídico transindividual, imposição que foi atendida pelo legislador ordinário através da edição da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que descreveu os crimes ambientais, concretizando, inclusive, a possibilidade aberta pela Constituição da pessoa jurídica tornar-se sujeito ativo de infração penal.

Finalmente, a Constituição Federal, no parágrafo 4º, do artigo 227, determina a penalização das condutas que constituam abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, mencionado que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Neste tópico, além de impor a tutela penal da vida, da integridade física e da liberdade da criança e do adolescente, o constituinte exige que a punição seja severa, o que afasta qualquer questionamento sobre o fato da Constituição referir-se realmente a utilização do Direito Penal para a consecução de tal objetivo.

O legislador desincumbiu-se de tal obrigação mediante a edição da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que tipificou as condutas ofensivas aos referidos bens jurídicos.

Anote-se que o Código Penal, através de diversos tipos penais, já encetava proteção aos aludidos bens jurídicos titularizados por crianças e adolescentes, sendo que a referida tutela, no que concerne a

coibição da exploração sexual, ganhou reforço com a edição da Lei n° 12.015 de 07 de agosto de 2009, que alterou o Título VI da Parte Especial do Estatuto Repressivo.

Em que pese a clareza das expressões utilizadas pelos constituintes nas hipóteses acima mencionadas, indicando nitidamente a existência de imposições que vinculam o legislador ordinário a uma atuação positiva (criminalização) ou negativa (não descriminalização), autores existem que contestam tal posicionamento para sustentar que aqueles dispositivos trazem consigo nada mais do que meras indicações de criminalização, que apenas revelam a dignidade penal de determinado bem jurídico, conferindo ao legislador ordinário a liberdade de verificação da necessidade de tutela penal através da criminalização de comportamentos.

Adepta de tal posicionamento que afasta do legislador ordinário a vinculação a uma atuação positiva ou negativa nos casos de determinações expressas de criminalização, Janaína Conceição Paschoal assevera que “assumir que o constituinte já avalia o merecimento e a necessidade da tutela penal, estando, portanto, o legislador obrigado a criminalizar, significa voltar as costas ao necessário caráter material da lei e da própria Constituição, importando ainda a desconsideração dos princípios informadores do Direito Penal mínimo, que, em última instância, pauta-se na necessidade efetiva e não meramente formal da tutela penal”³⁶³.

Sustenta a mencionada autora que a adoção de posicionamento diverso resultaria em menoscabo do princípio da intervenção mínima e, em consequência, do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal³⁶⁴.

Partidário das mesmas idéias, Luiz Flávio Gomes consigna que “a sinalização da Constituição no sentido da criminalização ou penalização de determinadas condutas, de qualquer modo, não significa, *sic et simpliciter*, que a imposição de sanções penais seja uma operação legisferante automática. Recorde-se que o legislador goza, dentro dos limites estabelecidos na Constituição, de uma ampla margem de liberdade que deriva de sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática”³⁶⁵.

³⁶³ Paschoal, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, p. 84.

³⁶⁴ Idem, p. 85.

³⁶⁵ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 106.

Prossegue o ilustre penalista assegurando que “não existe, portanto, uma obrigação de criminalização ou penalização automática, senão uma indicação do valor do bem jurídico referido. Elevado ‘merecimento de pena’ não significa ‘necessidade de pena’. Por isso, o não cumprimento pelo legislador das obrigações de criminalização não está sancionado com nenhuma consequência jurídica”³⁶⁶.

Arremata seu ponto de vista lançando dúvidas sobre a coerência da tese de vinculação do legislador diante das imposições expressas de criminalização, sob o argumento de que “se, em virtude das mudanças sociais, desaparece a necessidade de tutela penal, poderia ser inconstitucional manter a criminalização”³⁶⁷.

Ratificando integralmente esta última consideração de Luiz Flávio Gomes, Janaína Conceição Paschoal acrescenta que “da constatação de que as determinações expressas de criminalização estão relacionadas não à necessidade de tutela penal, mas a fatores históricos e/ou reclamos sociais predominantes quando da elaboração da carta” se extrai a conclusão de que “estes fatores ou reclamos podem não ser suficientes para justificar uma criminalização em momento posterior ao do advento da Constituição”³⁶⁸.

Sem a pretensão de questionar a respeitabilidade dos autores que sustentam a inexistência de uma vinculação positiva ou negativa do legislador ordinário às imposições constitucionais de criminalização, cremos que o posicionamento adotado por eles não é o melhor, motivo pelo qual refletem a expressão da minoria da doutrina.

É bom salientar que a recepção das determinações constitucionais de criminalização como obrigações impostas ao legislador ordinário de atuar positivamente, no sentido de criminalizar condutas que violem ou coloquem em perigo aqueles bens jurídicos apontados pelo constituinte como dignos e merecedores de tutela penal, ou negativamente, no sentido de impedir a descriminalização daqueles ataques, em nada contraria os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal.

Como visto antes, o postulado da intervenção mínima coloca o Direito Penal como instrumento hábil apenas para a tutela

³⁶⁶ Gomes, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 106/107.

³⁶⁷ Idem, p. 107.

³⁶⁸ Paschoal, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, p. 83.

de bens jurídicos fundamentais, que se mostrem imprescindíveis para a manutenção da vida em sociedade.

Daí decorre que o Direito Penal é fragmentário, ou seja, não se destina a tutela de todo e qualquer bem jurídico, mas somente daqueles de fundamental importância e quando submetidos à agressão de considerável monta.

Da intervenção mínima também deriva o caráter subsidiário do Direito Penal, isto é, a tutela penal deve ser necessária e tal necessidade aflora da circunstância dos demais ramos do Direito se apresentarem como ineficazes para a proteção adequada de determinado bem jurídico.

Tomando uma concepção estrita da subsidiariedade do Direito Penal, pode-se dizer que “o recurso ao instrumento penal é, sem dúvida, supérfluo todas as vezes nas quais o escopo da disciplina (ou seja, o impedimento da lesão do bem) já é alcançável através de sanções de natureza extrapenal (...)”³⁶⁹.

Em uma acepção mais ampla do aludido princípio, “a sanção penal seria, de qualquer modo, preferível também nos casos de não ‘estritíssima’ necessidade, quando sua função ‘estigmatizante’ resulte indispensável para uma mais enérgica reafirmação do valor tutelado”³⁷⁰.

Volto a repetir: as imposições constitucionais de criminalização em nada se contrapõem aos aludidos postulados.

Nestas hipóteses, o constituinte, que se encontra em patamar hierárquico superior àquele em que se posta o legislador ordinário, antecipou-se a este na análise de todos esses pressupostos da intervenção penal, ou seja, já constatou tratar-se de um bem jurídico digno de tutela penal e, portanto, de fundamental importância, bem como da necessidade de proteção de tal porte.

É evidente que se a análise relacionada à carência de tutela penal pode ser feita pelo legislador ordinário, com muito maior razão poderá ser feita pelo constituinte, responsável pela determinação do quadro axiológico dentro do qual deve transitar o legislador penal.

³⁶⁹ Fiandaca, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 435.

³⁷⁰ Idem.

Pensar de forma diversa implicaria em admitir que quem pode o mais não pode o menos.

Ora, se cabe ao constituinte dizer quais bens jurídicos são passíveis de tutela penal, evidentemente, dentre estes, ele poderá dizer quais, necessariamente, deverão receber esta espécie de proteção.

Também não merece prosperar a crítica relacionada ao indiscutível condicionamento histórico do texto constitucional, uma vez que as imposições constitucionais de criminalização se referem a um núcleo essencial e imutável do Direito Penal.

Tais determinações exaradas na Constituição visam tutelar bens jurídicos que mantêm sua fundamentalidade intacta, independentemente da alteração das condições sociais, políticas, econômicas e culturais que cercaram a elaboração da Lei Fundamental.

De tal circunstância decorre a viabilidade do constituinte antecipar a análise da necessidade de tutela penal daqueles bens que entendeu dignos de constituírem objeto de disciplina das normas penais incriminadoras.

Nestes termos, posiciona-se Maria Conceição Ferreira da Cunha ao asseverar que o âmbito de uma possível obrigação de criminalização “não poderá abranger a totalidade dos valores constitucionais, nem se poderá confundir com o âmbito de uma legítima tutela penal. Ela só se poderá reconduzir à condutas de *inequívoca e elevada* dignidade penal (onde se inclui uma elevada danosidade social) e carecidas de intervenção penal, *de tal modo* que se possa considerar controlável constitucionalmente uma não intervenção”³⁷¹.

“Com este raciocínio, convirá reafirmar, não se estaria a pôr em causa a característica do Direito Penal como a ‘ultima ratio’ da política social, nem a necessidade de um espaço de liberdade para o legislador, mas a verificar a existência de *áreas de intensa interpenetração* das duas categorias fundamentais da criminalização, o que tornaria evidente que a imposição constitucional de protecção iria ao ponto

³⁷¹ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 307.

de exigir a tutela penal. Tal concepção criaria um núcleo (muito embora restrito) de constitucionalmente obrigatória intervenção penal”³⁷².

Ademais, “entender diferentemente seria ‘reduzir a zero’ a normatividade exurgente dessas disposições constitucionais. Seria desprezá-las por inteiro, pois que seu único objeto é exatamente esse, e que delas não se pode retirar, qual seja: uma imposição (...) dirigida ao legislador penal para que construa os tipos penais em consonância ao mandado constitucional e, ao mesmo tempo, uma vedação a que proceda uma radical despenalização de condutas que culmine por retirar integralmente a proteção ao bem jurídico objeto do mandado de criminalização”³⁷³.

Aliás, no que toca ao tema, é irrefutável a ponderação de Clémerson Merlin Clève no sentido de que a Constituição, como norma jurídica de superior hierarquia, não é sede adequada para o abrigo de “*lembretes, avisos, conselhos ou regras morais*”³⁷⁴.

A este respeito, no mesmo sentido se pronuncia José Joaquim Gomes Canotilho quando ensina que “não obstante se apontar ainda hoje um ‘momento utópico’ a certas imposições constitucionais, estamos já longe dos ‘simples programas’, ‘proclamações’, ‘exortações morais’, ‘declamações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘determinações programáticas’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade”³⁷⁵.

É óbvio que as normas constitucionais através das quais veiculam as imposições de criminalização “não são dotadas de uma espécie de ‘eficácia criminalizadora de *per se*’”, mesmo porque a adoção de posicionamento diverso chamuscaria o princípio da legalidade, constitucionalmente consagrado³⁷⁶.

Portanto, da exigência da intervenção legislativa para impedir a possibilidade de punição com base direta no texto constitucional, confere-se ao legislador ordinário um grau de liberdade face às imposições constitucionais de criminalização, ainda que limitado.

³⁷² Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Crime e Constituição”, p. 347.

³⁷³ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 78.

³⁷⁴ Clève, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

³⁷⁵ Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 298/299.

³⁷⁶ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 77.

Através da edição de lei penal incriminadora, caberá com exclusividade ao legislador ordinário descrever as condutas aptas a lesionar ou colocar em risco aquele bem jurídico em relação ao qual a Constituição exigiu a proteção penal, bem como individualizar, qualitativa e quantitativamente, dentro de limites mínimo e máximo, a sanção penal adequada à reprovação do crime e idônea à prevenção da prática de outros.

Sinteticamente, é possível dizer que “a imposição de criminalização (...) não seria estabelecida em termos precisos – não se imporá a forma de protecção penal, molduras penais e tipo de pena (...)”³⁷⁷, matéria esta que ficaria adstrita ao âmbito de liberdade do legislador ordinário.

Esta é a correta interpretação que deve ser feita a respeito da natureza jurídica das imposições constitucionais de criminalização.

São verdadeiros mandados de penalização, que vinculam o legislador ordinário a uma atuação positiva ou negativa, sob pena de caracterização de atuação inconstitucional.

3.3. - Determinações constitucionais implícitas de criminalização.

Questão mais complexa, no entanto, diz respeito ao fato das determinações de criminalização se resumirem ou não àquelas expressas na Constituição.

O texto constitucional, além das determinações expressas de criminalização, traria também mandados implícitos de penalização?

Aprofundando no tema sob indagação seria de perguntar: das imposições expressas de criminalização poderiam ser

³⁷⁷ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime”, p. 430.

extraídas obrigações implícitas de tipificação penal dirigidas ao legislador ordinário?

Não existe consenso doutrinário a respeito do tema, que ganha sustentação teórica a partir de decisões proferidas por Tribunais Constitucionais de países europeus nas décadas de setenta e oitenta do século passado³⁷⁸.

Parte dos juristas entende que, se em determinados casos o constituinte impôs expressamente ao legislador ordinário uma atuação no sentido de criminalizar condutas que, ao menos, colocassem em risco bens jurídicos valorados positivamente, é porque nos demais teria deixado inteira liberdade a ele.

Outros, no entanto, defendem que de um modelo de Estado Democrático de Direito, da hierarquia dos valores constitucionais e do princípio da proporcionalidade derivariam as determinações implícitas de penalização³⁷⁹.

Na defesa da primeira corrente, depois de sustentar a existência de normas constitucionais que expressamente determinam a criminalização de certas condutas, Jorge de Figueiredo Dias assevera que “onde inexistam tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamental não é legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam”³⁸⁰.

³⁷⁸ A admissão de determinações implícitas de tutela penal de determinados bens jurídicos ganha luz a partir da famosa decisão do BVerfG, de 25 de fevereiro de 1975, que declarou a inconstitucionalidade da Lei de Reforma do Código Penal (5. StRG, de 18 de junho de 1974), que, no que toca ao aborto, se adotava a chamada solução “a termo”, de modo a possibilitar a interrupção da gravidez nos primeiros três meses de gestação. “À ocasião, operando uma indisfarçável relação entre proporcionalidade e o tema dos direitos fundamentais, decidiu aquela Corte sobre a eventual obrigatoriedade, sob determinados pressupostos, de conferir-se proteção jurídico-penal à vida intra-uterina (...)”. Entendeu a mencionada Corte Constitucional que “o direito à vida – aí incluída a vida intra-uterina – como valor fundamental, se encontra *determinantemente protegido* pela Lei Fundamental. De tal sorte, e segundo a dicção do Tribunal Constitucional, não apenas direitos, mas *também valores constitucionais fundamentais podem converter-se em bens jurídicos a exigirem proteção por meio de normas penais*”. Dez anos depois, a Corte Constitucional espanhola decretou a inconstitucionalidade de lei orgânica que despenalizava o aborto sob determinadas circunstâncias, entendendo que estas afrontariam exigências constitucionais insertas no artigo 15 da Lei Fundamental daquele país. Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 95/96.

³⁷⁹ Sobre a indagação da existência de mandados implícitos de penalização, Francesco Palazzo ensina que “a resposta parece ser positiva, não apenas porque a presença de clausula expressa não autorizam, por certo, e fundamentalmente, o argumento do *ubi lex voluit dixit...* mas, de modo especial, pelo papel que podem representar na observância do princípio generalíssimo da *ragionevolezza*”. Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 105/106.

³⁸⁰ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p. 129/130.

O autor português sustenta seu posicionamento na premissa de que, salvo nos casos de imposições constitucionais explícitas, onde o constituinte anteciparia o juízo de carência penal, indispensável se mostra a constatação concreta da necessidade de tutela penal, o que cabe com exclusividade ao legislador ordinário, caso a caso³⁸¹.

No entanto, nos parece que o posicionamento contrário é mais acertado e se revela mais condizente com uma adequada e eficaz proteção dos direitos fundamentais.

Já vimos anteriormente que atualmente se mostra indiscutível que a eficácia dos direitos fundamentais não se restringe à um aspecto negativo, consubstanciado no direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, conforme propugnava a filosofia do liberalismo.

“Os direitos fundamentais não se fazem violentados unicamente pelo Estado, senão que também o são, e em grande escala, por entes privados”³⁸², como cotidianamente vemos nos casos de homicídio, lesões corporais, calúnia, difamação, injúria, furto, roubo, estupro, etc.

Por isso, dentro de um modelo de um Estado Democrático, enquanto síntese dos modelos liberal e social, expressando vetores diretivos da ordem jurídica, os direitos fundamentais exigem prestações estatais positivas no sentido de protegê-los, inclusive contra ataques provindos de particulares.

Embasado em tais premissas, Luciano Feldens defende que num Estado Social e Democrático de Direito as determinações implícitas de criminalização decorrem da própria assunção deste modelo político, que impõe ao Estado uma atividade de proteção ativa de determinados direitos reconhecidos como fundamentais³⁸³.

Por outro lado, considerando-se que a aludida proteção em muitos casos só é possível através do Direito Penal, adverte o autor que “não se pode dizer que a Constituição tenha exigido um Estatuto Penal – porque o fez, na medida em que previu a formatação de um regime sancionatório penal, criando regras de competência e impondo a

³⁸¹ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, p. 130.

³⁸² Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 105.

³⁸³ Idem p. 72/73.

penalização de algumas condutas – cujo único conteúdo dissesse respeito aos mandados expressos de criminalização”³⁸⁴.

“Uma análise contextual da Constituição indubitavelmente nos oferecerá solução distinta, para afirmar a existência de normas implícitas de penalização. Da plataforma penal estabelecida na Constituição são racionalmente dedutíveis outras zonas de obrigatória intervenção do legislador penal. Se constatarmos que em muitas vezes a Constituição chegou ao ponto de determinar aquilo que para alguns significa uma ‘antecipação do Direito Penal’ – assim considerada a utilização do Direito Penal para a proteção de bens jurídico-penais coletivos (ou secundários) – é-nos razoável admitir que a Constituição igualmente está a exigir a proteção não de todos, por certo, mas de determinados bens jurídicos que se revelem inequivocamente primários no âmbito de uma sociedade democrática submetida a um programa constitucional básico assentado na defesa da vida, da liberdade e da dignidade humana”³⁸⁵.

No contexto do que foi dito, torna-se claro, portanto, que a proteção dos bens jurídicos secundários serve de instrumento apto a evitar a lesão ou colocação em risco de alguns dos primários, de modo que da exigência constitucionalmente expressa de proteção daqueles, obviamente, se extrai uma determinação implícita de proteção destes. Só assim o Estado estaria cumprindo integralmente o seu dever de prestação ativa no sentido de tutela dos valores fundamentais.

De outra banda, sob um enfoque sustentado pelo princípio da proporcionalidade, é inolvidável também que aqueles bens, valores e interesses plasmados na Constituição e que se revestem, portanto, de dignidade penal não se encontram, hierarquicamente falando, em um mesmo patamar.

Evidentemente, a vida não pode ser equiparada a qualquer outro bem jurídico, mesmo porque ela constitui a base, a fonte de todos os demais, o que lhe confere posição de primazia.

Daí a inevitável conclusão de que os valores constitucionalmente consagrados se postam em uma ordem hierarquizada, onde aqueles que mais se aproximam da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, preponderam sobre os dispostos mais distantes.

³⁸⁴ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p.93

³⁸⁵ Idem, p. 94.

“Aceitando ser a dignidade da pessoa humana o princípio fundante e rector das actuais Constituições democráticas de cultura ocidental, é evidente que os valores mais intimamente ligados a esta dignidade são de primacial importância”³⁸⁶.

Assim, torna-se claro que bens como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, a honra, o patrimônio, etc., constituem interesses de extrema valia e que, em razão de tal circunstância, integram o núcleo essencial dos valores constitucionalmente consagrados e que, por isso, exigem uma prestação ativa estatal no sentido de garantir-lhes a incolumidade, inclusive, através do Direito Penal, que, para os casos de ofensas mais intensas, indiscutivelmente, se apresenta como único ramo do Direito apto a consecução de tal finalidade.

Observe-se que o carácter essencial de tais valores para o desenvolvimento da vida em sociedade subtrai os mesmos de um condicionamento histórico ou de qualquer outra natureza (político, econômico, social, cultural, etc), ou seja, sempre se mostrarão dignos e carentes de tutela penal.

Ninguém, em tempo algum, quaisquer que fossem as circunstâncias históricas, políticas, sociais ou culturais, ousaria defender a descriminalização do homicídio, da lesão corporal, do tráfico de drogas, do roubo, etc., sob o argumento da ausência de necessidade da tutela penal.

Repita-se: nestes casos, o indiscutível valor de tais bens torna incontestável não só a dignidade penal como também a necessidade de proteção através da cominação de pena.

Devemos admitir que “há uma tendencial convergência entre a elevada dignidade penal e carência de tutela penal, assim como, ao invés, entre reduzida ou duvidosa dignidade penal e inexistência de necessidade de tutela penal”³⁸⁷.

Ainda sob o enfoque da inevitável aceitação da existência de uma ordem hierárquica entre os valores constitucionais e a indispensável obediência ao princípio da proporcionalidade, é de se notar que aqueles bens jurídicos que constituem o objeto de proteção das determinações expressas de criminalização constantes dos dispositivos

³⁸⁶ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da Cunha. “Constituição e Crime”, p. 318.

³⁸⁷ Idem, p. 346.

constitucionais mencionados no item anterior não se encontram no cume desta escala valorativa.

E tal fato não passou despercebido de Luciano Feldens que em relação a ele fez consignar que “ao prescrever determinadas matérias sujeitas à necessidade de tutela penal, a Constituição teve em mente a magnitude desses bens. Todavia, isso não significa que esses bens ocupem, necessariamente, uma posição de primazia valorativa, nem mesmo na consciência do constituinte. O provável, aliás, seja o contrário. Quiçá por desconfiar do juízo de conveniência inerente ao legislador penal, a Constituição impôs a criminalização de condutas atentatórias a determinados bens jurídicos, os quais não se pode afirmar – pelo menos em tom de generalidade – sejam os mais valiosos previstos na própria constituição, sendo que não necessitava fazer o mesmo em relação à proteção da vida, por exemplo, certamente porque a necessidade de sua proteção se lhe afigurava, desde já, como uma evidência”³⁸⁸.

Em outras palavras é admissível dizer que os objetos de proteção dos mandados constitucionais expressos de penalização ocupam uma zona fronteira em termos de carência de tutela penal, o que poderia levar o legislador ordinário a afastá-lo da proteção do Direito Penal, caso o constituinte não lhe impusesse a criminalização das condutas que os submetam a dano ou a risco.

Assim, com o escopo de afastar eventual ausência, deficiência ou ineficácia de proteção estatal a bens de tal porte decorrentes da discricionariedade do legislador ordinário, o constituinte, nestes casos, expressamente impôs a ele a obrigação de criminalização, antecipando-se na análise da necessidade de proteção penal.

Ora, se nestes casos em que um bem jurídico que não ocupa posição de primazia na ordem constitucional necessita de tutela penal, e esta carência vêm expressa nos mandados explícitos de penalização, com maior razão estará o legislador ordinário obrigado a conferir tutela penal aos bens mais valiosos, quando submetidos à ofensas relevantes, até por uma questão de obediência ao princípio da proporcionalidade.

É certo que costumeiramente o princípio da proporcionalidade é relacionado à proibição de excesso, mas,

³⁸⁸ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 94.

inegavelmente, na atualidade, não se discute que ele apresenta uma outra faceta, consubstanciada na proibição de proteção deficiente³⁸⁹.

Neste sentido, aliás, se projeta o raciocínio de Ingo Wolfgang Sarlet quando diz que “o princípio da proporcionalidade, para além de sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal”³⁹⁰.

Se por um lado a tutela estatal de determinado bem jurídico não deve implicar em intervenção excessiva nos direitos fundamentais de seu agressor, por outro é inegável que a mencionada interferência Estatal não pode se afastar daquele mínimo ordenado constitucionalmente, de modo a expressar uma proteção deficiente.

Nesta linha de raciocínio, torna-se claro que a ausência de proteção ou o estabelecimento de uma proteção ineficaz àqueles bens jurídicos que compõe o núcleo essencial dos valores constitucionalmente consagrados também consistiria afronta ao princípio da proporcionalidade e, em conseqüência, inconstitucionalidade passível de constatação jurisdicional.

“Em essência, mediante o recurso à proibição de proteção deficiente pretende-se identificar um padrão mínimo das medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela. Padrão este que (...) também poderia ser exigido do legislador (penal), momento este que caracteriza o limite inferior de seu espaço de configuração”³⁹¹.

“O legislador, havendo de transitar entre um limite máximo (Übermassverbot) e um limite mínimo (Untermassverbot) na conferência de proteção normativa a um direito (ou valor) fundamental,

³⁸⁹ O termo “proibição de proteção deficiente foi talhado por Claus-Wilhelm Canaris e, posteriormente, adotado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, expressão esta que “engendrando matizes identificados ao mandado de proporcionalidade, se antagonizaria, com algumas adaptações, à tradicional proibição de excesso”. Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 98.

³⁹⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, p. 100.

³⁹¹ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 109.

encontra-se vinculado não apenas a disposições constitucionais expressas nesse sentido, senão que também haveria de submeter-se limitações implícitas, as quais, no limite, requereriam o recurso a normas penais”³⁹².

Evidentemente, também aqui, como nos casos de imposições expressas de criminalização, ficará ao critério do legislador a verificação das formas de agressão àqueles bens jurídicos, que a Constituição apresenta como dignos e carentes de tutela penal, que merecerão descrição em preceitos primários de normas penais incriminadoras.

Obviamente, só os ataques mais intensos àqueles bens, valores ou interesses deverão constituir o conteúdo dos tipos penais, sob pena de violação do princípio da fragmentariedade.

Em poucas palavras, é dizer que o significado de um mandado de penalização, seja ele explícito ou implícito, consiste na afirmação constitucional da dignidade penal de um bem jurídico e, simultaneamente, da necessidade de sua tutela através do Direito Penal, nos casos de ataques revestidos de maior intensidade, cujas definições permanecerão a cargo do legislador ordinário.

Embora obrigado a valer-se do Direito Penal para a tutela daquele bem jurídico especificado pela Constituição, o legislador ordinário “poderá fazê-lo em diferentes graus ou escalas, desde que o faça, evidentemente, dentro dos limites ditados pela proibição da proteção excessiva e da proibição da proteção deficiente”³⁹³.

³⁹² Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 97.

³⁹³ Idem, nota 179, p. 113.

4 – A questão do controle de constitucionalidade nos casos de descumprimento dos mandados de criminalização

4.1 – Considerações preliminares sobre as formas de inconstitucionalidade, os sistemas e critérios de controle, e os efeitos da declaração da afronta à Constituição

A superioridade hierárquica da Constituição exige que tudo no mundo jurídico se conforme a ela, mediante obediência de seus princípios e preceitos, sob pena da mácula da inconstitucionalidade, que, na consideração de Flávia Piovesan, “advém sempre uma relação de contrariedade com a Constituição: de um lado a Constituição e de outro um comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional”³⁹⁴.

Daí a alegação de José Afonso da Silva no sentido de que “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”³⁹⁵.

O vício da inconstitucionalidade pode advir de um comportamento ativo, bem como de mera omissão de atuação determinada pela Constituição e, por isso, a Lei Fundamental brasileira, como a de tantos outros países, prevê duas formas de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.³⁹⁶

A inconstitucionalidade por ação ou por atuação aparece quando atos legislativos ou administrativos afrontam normas ou princípios constitucionais.

“Corresponde a um comportamento ativo, a uma ação, a um *facere* violador e contrário à Constituição. Resume-se na conduta positiva incompatível com os princípios constitucionalmente assegurados”³⁹⁷.

³⁹⁴ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra as omissões legislativas, p. 86.

³⁹⁵ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 46.

³⁹⁶ Artigo 102, inciso I, alínea “a”, e III, alíneas “a”, “b” e “c”, e artigo 103 e seus §§ 1º a §º, da Constituição Federal

³⁹⁷ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra as omissões legislativas, p. 87.

Exemplificando, podemos citar o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que, ao dispor que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de 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”, impõe ao legislador ordinário a criminalização das referidas condutas.

Cumprindo a aludida determinação constitucional, através da Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, o legislador ordinário edificou os tipos penais que descrevem as condutas que caracterizam crimes de tortura.

Ora, se, posteriormente, o legislador viesse a editar nova lei revogando àquela, sua atuação legislativa externaria evidente afronta ao artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, caracterizando inconstitucionalidade por ação, passível de reconhecimento jurisdicional.

“O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição”³⁹⁸.

Assim, aqueles atos legislativos ou administrativos que entrarem em rota de colisão com o preceituado na Lei Maior serão inválidos, em razão da incompatibilidade vertical com ela, verdadeiro fundamento de validade daqueles.

“A inconstitucionalidade por ação resulta na norma jurídica inválida”, por isso se diz que ela “opera no plano da validade jurídica”³⁹⁹.

Esta incompatibilidade das leis ou dos atos administrativos com os preceitos constitucionais pode ocorrer tanto sob o aspecto formal quanto material.

Na primeira hipótese o ato terá sido formado por autoridade incompetente ou em desacordo com o procedimento de formação estabelecido pela própria Lei Maior.

³⁹⁸ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 47.

³⁹⁹ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra as omissões legislativas, p. 89.

Na segunda, a incongruência se verificará entre os conteúdos destas leis ou outros atos do Poder Público e os preceitos constitucionais. É o caso do exemplo acima mencionado.

“Isto significa que a inconstitucionalidade por ação pode resultar seja da afronta ao conteúdo consagrado pela Constituição, seja da afronta ao processo de produção normativa por ela previsto. Na primeira hipótese, a inconstitucionalidade por omissão é material, tendo em vista que o ato normativo produzido é inconstitucional na matéria, por ferir conteúdo constitucional. Na segunda hipótese, a inconstitucionalidade por ação é formal, posto que o vício não mais se encontra no conteúdo do ato normativo, mas no modo de produção normativa”⁴⁰⁰.

“Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, *como reunião das normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária*”⁴⁰¹, por isso, em defesa da Constituição, utilizam-se os instrumentos de controle de constitucionalidade, nela disciplinados.

A inconstitucionalidade por ação, abstratamente considerada, é controlável através de ação direta de inconstitucionalidade, prevista na Constituição brasileira, no artigo 102, inciso I, alínea “a”.

Essa espécie de vício de inconstitucionalidade ainda pode ser debelada em casos concretos, quando alegada incidentalmente por uma das partes de um processo ou reconhecida de ofício pelo juiz.

A inconstitucionalidade por omissão, conforme já mencionado, ocorrerá na hipótese de desobediência a imperativo constitucional de atuação dos Poderes Legislativo ou Executivo.

“Em tese, não deveria haver também obstáculo ao reconhecimento da omissão judiciária, a ser corrigida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, eis que isso pode redundar, em última análise, na negação da Justiça”⁴⁰².

⁴⁰⁰ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra as omissões legislativas, p. 88.

⁴⁰¹ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 47.

⁴⁰² Palu, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade, p. 288.

No entanto, “a interpretação literal do art. 103, § 2º, parece indicar que a Constituição preocupou-se exclusivamente com as omissões legislativas e executivas, como pressuposto para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, relevando as omissões judiciais”⁴⁰³.

“Só há a omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação. A inconstitucionalidade por omissão pressupõe a exigência constitucional de ação”⁴⁰⁴.

“A omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado”⁴⁰⁵.

“A omissão é relevante não no sentido *naturalístico* de não fazer, mas no sentido *normativo* de não fazer algo devido e *possível*”⁴⁰⁶.

Várias normas constitucionais exigem a edição de atos legislativos ou administrativos para que os direitos ou situações nela disciplinados tenham plena eficácia.

É o que José Afonso da Silva denominou de normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que não produzem todos os seus efeitos essenciais com a mera vigência do texto constitucional que as contêm, uma vez que o constituinte, pelas mais variadas razões, deixou de fixar sobre a matéria uma normatividade suficiente a atribuir à elas plena eficácia, relegando tal tarefa ao legislador ordinário⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Palu, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade, p. 288.

⁴⁰⁴ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 90.

⁴⁰⁵ Idem, p. 91.

⁴⁰⁶ Palu, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade, p. 286.

⁴⁰⁷ Desenvolvendo a teoria forjada por Vezio Crisafulli sobre a aplicabilidade das normas constitucionais e baseando-se na certeza de que todas as normas constitucionais, em maior ou menor grau, são dotadas de aplicabilidade, o mencionado autor elaborou uma teoria tricotômica sobre a eficácia das mesmas. O referido professor, no que toca ao grau de aplicabilidade, classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e, finalmente, normas de eficácia limitada. “Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”. Silva, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 82/83.

É o que ocorre, por exemplo, com os casos de mandados de penalização explícitos.

Ao dispor no artigo 225, § 3º, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão seus infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados”, a Constituição da República Federativa do Brasil impôs ao legislador ordinário o dever de editar lei contendo os tipos penais que descrevam as condutas lesivas ao meio ambiente e cominem penas à prática das mesmas, tudo para que se tornasse efetivo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conferido a todos no “caput” do aludido dispositivo constitucional.

O legislador ordinário deu cumprimento ao aludido mandado de penalização mediante a edição da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida por Lei dos Crimes Ambientais, onde, através de tipos penais, descreveu as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente.

Caso houvesse descumprido o aludido imperativo constitucional, deixando de tipificar os comportamentos ofensivos ao meio ambiente, o legislador ordinário incidiria em omissão inconstitucional, passível de reconhecimento jurisdicional, via ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal.

É importante consignar ainda que, no Brasil, o controle de constitucionalidade por omissão pode ser feito também através do mandado de injunção, estatuído no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, que dispõe que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Em relação ao mandado de injunção não teceremos maiores comentários em razão inexistência de relação com o objeto central do trabalho, mesmo porque o mesmo visa suprir a omissão legislativa que impede o gozo de direitos e liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas ligadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

É evidente que para que se considere caracterizada a omissão inconstitucional, a inércia do legislador deve

ultrapassar aquele prazo previsto pela Constituição ou, ante a inexistência deste, do escoamento daquilo que Jorge Miranda chama de “tempo útil”⁴⁰⁸, ou seja, o prazo razoável para a adoção da medida constitucionalmente imposta.

Ressalte-se, no entanto, “que, no tocante aos direitos e garantias fundamentais, a tolerância há de ser consideravelmente reduzida, ante o princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (...)”⁴⁰⁹, que no texto constitucional brasileiro vem expresso no artigo 5º, § 1º, raciocínio que se aplica, portanto, as imposições constitucionais de criminalização.

Vale lembrar, ainda, que a inconstitucionalidade desta espécie pode derivar tanto da omissão total da medida constitucionalmente determinada como também de sua omissão parcial, uma vez que “inconstitucionalidade por omissão corresponde à falta de ação ou a falta de ação nos termos exigidos”⁴¹⁰.

“Existe uma omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, quando o legislador não concretizar ou não concretizar completamente uma imposição constitucional concreta”⁴¹¹.

Jorge Miranda assinala que “é total a inconstitucionalidade por omissão que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional, e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários”⁴¹².

Exemplo de omissão parcial geradora de inconstitucionalidade é aquela reconhecida pela Corte constitucional italiana, na decisão nº 14, de 1973, que tinha por objeto o artigo 724 do Código Italiano, que descreveu o crime de blasfêmia, ao afirmar textualmente que para a plena atuação do princípio constitucional de liberdade de religião, o legislador deve estender a tutela penal contra o

⁴⁰⁸ Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo II, p. 313, 338 e 507, Coimbra: Editora Coimbra, 1991, apud Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 94.

⁴⁰⁹ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 96.

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 335.

⁴¹² Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo II, p. 339, Coimbra: Editora Coimbra, 1991, apud Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 96.

ultraje ao sentimento religioso dos indivíduos pertencentes a confissões religiosas diversas da católica”⁴¹³.

Nas hipóteses de inconstitucionalidades como a acima mencionada ou se declara a inconstitucionalidade das normas que veiculem as aludidas omissões, considerando ter havido inconstitucionalidade por ação, em decorrência de afronta ao princípio da igualdade, ou então, vislumbrando-se mera inconstitucionalidade por omissão, estende-se o âmbito de abrangência da norma objeto de exame.

No Brasil, os julgados do Supremo Tribunal Federal se dividem entre uma e outra posição, sendo majoritária a última delas, que privilegia a conferência de maior efetividade às normas constitucionais⁴¹⁴.

Traçadas as principais características da inconstitucionalidade por ação e aquela derivada de omissão é possível constatar que aquela atua no campo da validade normativa enquanto esta no da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Mas, voltando à questão da supremacia da Lei Fundamental sobre os demais atos normativos, de índole legislativa ou administrativa, observa-se que as constituições têm adotado três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.

No primeiro sistema o controle da compatibilidade vertical entre as normas inferiores e a Lei Fundamental é conferido à um órgão político, como o Poder Legislativo ou um órgão específico.

“Entre os países que optaram pelo controle político, entregando o controle da constitucionalidade ao Parlamento, pode-se lembrar os casos da Inglaterra, à vista de sua Constituição flexível, e aqueles que criaram órgão específico para tanto (de caráter político), caso da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e os países marxistas”⁴¹⁵.

No segundo sistema, o controle de constitucionalidade é entregue ao “Poder Judiciário comum (caso dos EUA), quer criando órgãos específicos (Tribunais Constitucionais) para

⁴¹³ Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 106.

⁴¹⁴ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 99/101.

⁴¹⁵ Palu, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade, p. 104.

exercer a função, mas inserindo-os também no Poder Judiciário (Alemanha), ou criando órgãos específicos para o controle, mas deixando-o fora dos poderes, caso da Itália”⁴¹⁶.

“O Controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional”⁴¹⁷.

No Brasil, a Constituição de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, e 103, § 2º, adotou o sistema judicial.

O Direito Constitucional, em geral, em relação ao sistema judicial, reconhece dois critérios de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado.

No primeiro, a competência para o controle de constitucionalidade é atribuída a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, enquanto no segundo a competência será do órgão de cúpula do Poder Judiciário ou de uma corte especial (Tribunal Constitucional).

No Direito Constitucional comparado é possível constatar, portanto, dentro do sistema judicial, a existência de três modos de exercício do controle de constitucionalidade: “a) controle de constitucionalidade por via de exceção, ou incidental, segundo o qual cabe o demandado argüir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele; por isso é também chamado controle concreto; b) por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo (ação popular); c) por iniciativa do juiz dentro de um processo de partes”⁴¹⁸.

A Constituição Brasileira adotou, conforme já mencionado, o controle jurisdicional, mesclando os critérios difuso e concentrado, o primeiro exercido por via de exceção ou por iniciativa do juiz e o segundo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, cujo processo e julgamento cabe ao Supremo Tribunal Federal.

⁴¹⁶ Palu, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade, p. 104.

⁴¹⁷ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 49

⁴¹⁸ Idem, p. 50.

No que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis ou outros atos do Poder Público, é importante lembrar que eles divergem conforme seja a via eleita para a persecução da decisão neste sentido.

Nos casos de controle difuso, via de exceção ou de iniciativa do juiz, a questão deve ser resolvida por meio de princípios processuais.

“Neste caso, a argüição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum* que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade”⁴¹⁹, nos termos do que dispõe o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Diversos serão os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em ação direta, que tem por objeto a própria questão da constitucionalidade. Neste caso, a decisão que declare a inconstitucionalidade de lei ou outro ato do Poder Público produzirá efeitos *erga omnes*.

Aliás, a Constituição brasileira, em seu artigo 102, § 2º, é expressa neste sentido, dispondo que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Até aqui tratamos dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por ação, mas questão de extrema relevância para o objeto do presente estudo e que mais adiante será analisada de forma mais detida em relação a ele refere-se aos efeitos produzidos pela decisão proferida em ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, em face do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

⁴¹⁹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 54.

O artigo 103, § 2º, da aludida Lei Fundamental dispõe que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Observa-se que “a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão”⁴²⁰.

José Afonso da Silva assegura que não se trata de efeito *erga omnes*, pois se tratando de hipótese de reconhecimento de inconstitucionalidade em caso concreto e não *in abstracto*, haverá determinação dirigida diretamente a um Poder⁴²¹.

Flávia Piovesan diverge de tal posicionamento, asseverando que “ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e em caso de procedência desta ação, caberia ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade por omissão e dar ciência ao órgão omisso para a adoção das providências necessárias. Como a declaração de inconstitucionalidade é feita em tese, seus efeitos são *erga omnes*, isto é, aproveitam a todos”⁴²².

Ainda é importante consignar que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão, além de declaratória, ostenta natureza mandamental, pois dela surte ulterior efeito consubstanciado na exigência do Poder competente da adoção das medidas cabíveis para o suprimento da omissão⁴²³.

No entanto, conforme observa José Afonso da Silva “esse sentido mandamental é mais acentuado em relação ao órgão administrativo. Mas ele existe também no tocante à ciência do Poder Legislativo”⁴²⁴.

Tal observação se deve ao fato de que, quando se trata de omissão administrativa, nos termos do artigo 103, § 2º, da Constituição brasileira, o órgão responsável pela omissão é compelido a

⁴²⁰ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 55.

⁴²¹ Idem, p. 55.

⁴²² Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 120.

⁴²³ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 55.

⁴²⁴ Idem.

supri-la em trinta dias, diversamente do que ocorre quando se trata de omissão legislativa, situação em que ao Poder Legislativo é dada mera ciência de sua inércia inconstitucional.

4.2. – As inconstitucionalidades por ofensas aos mandados de criminalização e as consequências de sua declaração

Conforme já mencionado no item anterior, as normas que veiculam as imposições constitucionais de criminalização explícitas gozam de eficácia limitada.

As aludidas normas constitucionais não descrevem qualquer comportamento delituoso cuja prática importará em imposição de pena, tarefa esta que, aliás, constitui o objeto da imposição ao legislador.

Portanto, os mandados expressos de criminalização não são auto-executáveis, dependendo de posterior atuação legislativa.

Aliás, neste sentido, ao manifestar-se sobre normas constitucionais desta espécie, José Joaquim Gomes Canotilho faz consignar que “um ponto essencial se pode detectar na descrição das imposições constitucionais: *elas não constituem direito ‘sef executing’, necessitando da ‘interpositio’ do legislador (ou de órgãos constitucionais) no sentido de sua transformação em direito actual*”⁴²⁵.

As normas pelas quais veiculam os mandados constitucionais de penalização são passíveis de violação tanto por ação quanto por omissão.

Vimos no tópico anterior que uma lei que fosse editada com a finalidade de revogar, pura e simplesmente, a Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, que, em cumprimento a imposição constitucional de criminalização expressa pelo artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição

⁴²⁵ Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 298.

brasileira, tipificou as condutas que caracterizam crimes de tortura e cominou à elas as respectivas penas, constituiria afronta ao aludido dispositivo constitucional empreendida por ação do legislador.

Nestes casos, a extirpação do vício de inconstitucionalidade do ordenamento jurídico não traria maiores problemas.

Através de uma ação direta de inconstitucionalidade, proposta por um dos legitimados elencados no artigo 103 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal poderia afastar do ordenamento jurídico a lei violadora do texto constitucional, impedindo que qualquer outro órgão jurisdicional viesse a aplicá-la, em razão dos efeitos *erga omnes* e vinculantes de tal decisão, estabelecidos no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal.

O aludido controle jurisdicional também poderia ser feito incidentalmente, em qualquer processo, deixando o juiz de aplicar a lei inconstitucional, a pedido das partes ou de ofício.

O mesmo aconteceria caso a hipotética lei, embora não descriminalizasse aquelas condutas caracterizadoras dos crimes de tortura, reduzisse ou alterasse as penas à elas impostas, de modo a conferir proteção insuficiente ao bem jurídico penalmente tutelado.

Aliás, no sentido do que foi dito posicionam-se Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci.

Assentando suas palavras sobre o ordenamento jurídico italiano, estes autores italianos proclamam que “poderá (...) acontecer que a legislação ordinária configure um ou mais crimes *em conformidade com a obrigação constitucional de incriminação* e que *sucessivamente* tais crimes venham a ser ‘abolidos’ porque transformados em ilícitos administrativos ou porque, verdadeiramente, expulsos de toda a categoria de ilícito. Nesta eventualidade – se, por exemplo, fosse despenalizada a norma do código penal italiano que incrimina o abuso de autoridade contra presos ou detidos (art. 608) – poderia ser denunciada, por desconformidade com a expressa obrigação constitucional de incriminação, a inconstitucionalidade da norma despenalizadora: a sua conseqüente declaração de inconstitucionalidade arrastaria também o efeito abrogativo

da precedente norma incriminadora, fazendo ‘reviver’ a disposição ilegítimamente abrogada’⁴²⁶.

No mesmo diapasão se pronuncia Francesco Palazzo ao assegurar que “a declaração de inconstitucionalidade da norma sucessiva, mais favorável, deverá conduzir a ‘revivescência’ de outra precedente normativa, mais severa, abrogada por norma inconstitucional ou que tinha por objeto a norma despenalizadora na parte em que descriminaliza (e, pois, ‘não exclui da despenalização’) uma determinada matéria (...).⁴²⁷”

Conclui-se, portanto, que neste caso, a lei posterior, revogadora daquela que cumpre o mandato de criminalização, se encontra maculada pelo vício da inconstitucionalidade e sua declaração terá efeito repristinatório em relação à norma criminalizadora.

No entanto, problema de mais difícil solução aparece quando se trata de debelar inconstitucionalidade consubstanciada em recusa do legislador em atender a obrigação derivada do mandato constitucional de penalização.

Evidentemente, em tais casos, com base no artigo 103, § 2^a, da Constituição Federal, os legitimados discriminados no “caput” do mesmo dispositivo, poderiam intentar ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ocorre que a decisão que declarasse tal vício de inconstitucionalidade não teria aptidão para suprir a inércia do legislador, pois, nos termos do aludido dispositivo constitucional, o órgão jurisdicional limitar-se-ia a dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessária.

Consignou-se no tópico anterior que, muito embora em hipótese de omissão legislativa a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão mantenha o seu caráter mandamental, tal efeito se apresenta enfraquecido, uma vez que o Judiciário não pode impor ao Legislativo o exercício da atividade legiferante, sob pena de interferência de um Poder no outro, em evidente afronta ao princípio da separação dos poderes, explicitado no artigo 2^o da Constituição brasileira.

⁴²⁶ Dolicni, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p. 176/177.

⁴²⁷ Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 110.

Obviamente, cientificado da inconstitucionalidade por omissão, a insistência do Poder Legislativo em não atender a determinação constitucional consistirá inconstitucionalidade ainda mais grave⁴²⁸.

Mesmo porque, de acordo com a adequada observação de José Joaquim Gomes Canotilho, “a mediação legislativa não é só um querer ou poder jurídico dos órgãos de legiferação, mas um verdadeiro dever jurídico imposto pelas normas hierarquicamente superiores da constituição”⁴²⁹.

Conforme preciosa ponderação de Luciano Feldens, “de uma eventual *omissão* legislativa resultaria, em primeira análise, que o legislador incide em nítida situação de ilicitude constitucional, porquanto sua passividade supõe, nesses casos, uma infração ao ordenamento jurídico, situação essa que se distingue da mera *inércia* legislativa. Na primeira hipótese (omissão), o legislador está vinculado a um dever jurídico que decorre da própria normatividade exurgente da Constituição, sendo sua atuação informada, em casos que tais, por um princípio da *irrenunciabilidade*”⁴³⁰.

Márcia Dometila Lima de Carvalho adverte que, nestas hipóteses, “há fraude à legalidade constitucional, expressa pela não tipificação, ou tipificação deficiente ou insatisfatória, de fatos naturalmente lesivos aos valores constitucionais, hierarquicamente protegidos pela Lei Magna. Tal ocorrência, a par de fraudar o Estado Democrático de Direito, solapa o princípio da legalidade, pela desmoralização, tornando-o insuficiente, enquanto norma máxima de segurança jurídica. Daí a inconstitucionalidade por omissão, já tratada pela doutrina jurídica e expressa nas Constituições modernas, inclusive a nossa”⁴³¹.

No entanto, mesmo diante da gravidade da aludida situação de inconstitucionalidade, praticamente nada poderá ser feito.

É que o ordenamento jurídico pátrio, como o português⁴³², no qual encontrou inspiração para a inserção no sistema

⁴²⁸ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 55.

⁴²⁹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 298.

⁴³⁰ Feldens, Lucino. A Constituição Penal, p. 79.

⁴³¹ Carvalho, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal, p. 55.

⁴³² O artigo 283, n. 2, da Constituição da República Portuguesa, impedindo a edição de sentenças com força normativa, dispõe que “quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará ciência ao órgão legislativo competente”.

constitucional brasileiro da ação de inconstitucionalidade por omissão, não prevê aquilo que Francesco Palazzo chama de decisão “manipulativa”, da espécie “aditiva”⁴³³.

Analisando tal deficiência do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento constitucional brasileiro, José Afonso da Silva diz que “foi tímida também a Constituição nas conseqüências da decretação da inconstitucionalidade por omissão. Não avançou muito mais do que a Constituição portuguesa. Apenas dispôs no § 2º do art. 103 que, *declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional*, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. É sem dúvida um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais”⁴³⁴.

Em que pese a preciosa contribuição prestada pelo consagrado constitucionalista com a transcrita crítica e sugestão, é inolvidável que, ainda que assim fosse, em termos de matéria penal, a aludida solução de nada adiantaria, pois ato jurisdicional que suprisse omissão legislativa relacionada à imposição constitucional de criminalização feriria de morte o princípio da reserva legal em matéria penal, também de estatura constitucional, eis que explicitado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Lei Fundamental brasileira.

Nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, confirmado pelo artigo 1º do Código Penal, a

⁴³³ Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 33. Ao fazer menção as decisões manipulativas, o autor subdivide-a em duas espécies: a) a redutiva, que é aquela “relativa à verdadeira e própria inconstitucionalidade parcial, ainda que – embora não necessariamente derogatória de alguma parte do material linguístico – retirando do tipo complexo, resultante da fórmula textual, um subtipo inconstitucional (...)”; e b) a aditiva, que é aquela que, ao afastar a inconstitucionalidade de uma omissão legislativa, cria um tipo não contido em lei. Analisando a questão da inconstitucionalidade por omissão, Jorge Miranda menciona que “na Alemanha, na Áustria, na Itália e na Espanha, apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização, os respectivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados muito semelhantes, através de técnicas apuradas de interpretação e integração, que resultam em sentenças aditivas, criativas ou apelativas”. Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional, t. II, p. 511, Coimbra: Editora Coimbra, 1991, apud, Piovesam, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 129.

⁴³⁴ Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 48/49.

descrição de condutas criminosas e a cominação das respectivas penas só podem advir de lei, em seu sentido mais estrito, de modo que, jamais, um ato jurisdicional poderia suprir tal omissão legislativa, usurpando competência que a Lei Maior atribui com exclusividade ao Poder Legislativo.

Daí porque Francesco Palazzo pontua que “a ‘penetração’ dos valores constitucionais no corpo do sistema penal (como, de resto, no de qualquer outro ramo do ordenamento) pode ocorrer mediante a ‘via legislativa’, por intermédio de leis de atuação constitucional, ou pela ‘via jurisdicional’, entendendo-se como tal não apenas o trabalho de adequação do magistrado a quanto se contenha nas malhas da lei, mas, principalmente, a decisiva atividade da Corte constitucional. Ora, se a primeira via não apresenta problemas particulares no campo penal, a segunda põe-se numa problemática relação a propósito do princípio fundamental de estrita legalidade dos delitos e das penas”⁴³⁵.

O exercício da atividade hermenêutica pelos órgãos do Judiciário sobre as normas postas deve ser norteado pelos princípios e preceitos constitucionais, o que não se confunde com a criação de normas abstratas e genéricas, nos casos de inatividade do Poder Legislativo, principalmente no que se refere a norma penal incriminadora que, por expressa disposição constitucional (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal) está submetida ao princípio da legalidade.

É evidente que a impossibilidade de forçar o Parlamento ao exercício de sua atividade fim enfraquece os mandados constitucionais de criminalização, porém não implica em admitir a inexistência dos mesmos ou considerá-los como mera indicação do constituinte ao legislador ordinário.

Ademais, José Joaquim Gomes Canotilho nos lembra que “o que caracteriza a específica vinculatividade das imposições constitucionais (...) não é a existência de uma ‘ordem de legislar’ em prazos estipulados; não é a possibilidade de ‘execução judicial’ das imposições; não é a natureza de execução dos actos legislativos, concretizadores das normas impositivas. É assim: (1) é a existência de uma ordem material permanente e concreta dirigida essencialmente ao legislador, no sentido de este emanar os actos legislativos concretizadores; (2) o dever do legislador regular positivamente as matérias contidas nas imposições; (3) o dever de o

⁴³⁵ Palazzo, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, p. 30.

legislador ‘actuar’ os preceitos impositivos, segundo as diretivas materiais nele formuladas”⁴³⁶.

Além disso, ainda que se leve em conta apenas o aspecto processual, consubstanciado na possibilidade impor judicialmente ao legislador o cumprimento da imposição constitucional, verificar-se-á que estas determinações terão enorme relevância quando se cuidar de ordens constitucionais já cumpridas.

Quanto a tal constatação, Emílio Doncini e Giorgio Marinucci extraem conclusão baseada no ordenamento constitucional italiano, mas que se aplica integralmente ao brasileiro. Os renomados juristas italianos asseveram que “as expressas obrigações constitucionais de incriminação são irrelevantes, no sistema jurídico italiano, nas hipóteses de *omissão, total ou parcial*, por parte do legislador ordinário. São, ao invés, *vinculantes*, nas hipóteses em que uma *pré-existente norma incriminadora*, conforme com a expressa obrigação constitucional, venha a ser posteriormente despenalizada: a norma despenalizadora poderá ser declarada inconstitucional por desconformidade com a norma constitucional que impõe a obrigação de incriminação”⁴³⁷.

E também deve se considerar que não é porque não há como compelir via jurisdicional o legislador ao cumprimento da imposição constitucional de criminalização que, quando omissos, ele ficará livre de responsabilidade, ao menos no campo político.

Sob este aspecto, observa Luciano Feldens que “caso a omissão legislativa se prolongue no tempo, o único efeito que dela resulta parece ser aquele que se faz inerente à *responsabilidade política* do Parlamento pelas conseqüências de sua inação (...)”⁴³⁸.

Transcrevendo o pensamento de Martín-Retortillo, Luciano Feldens observa que “a inatividade dos poderes constitui uma autêntica *contradictio in terminis* em um Estado Social de Direito que, por definição, é um Estado prestacional, não sendo desarrazoado sustentar-se que a ausência da norma aplicável pode gerar lesões a direitos individuais”⁴³⁹.

⁴³⁶ Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 316.

⁴³⁷ Dolcini, Emílio e Marinucci, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, p. 178/179.

⁴³⁸ Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 79.

⁴³⁹ Martín-Retortillo, em “Prólogo” à obra de Gómez-Puente, Marcos, *La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. XXI, apud Feldens, Luciano. A Constituição Penal, p. 79.

Atentos à brecha aberta ao descumprimento da Constituição, os juristas não medem esforços para sugerir soluções para o caso.

Adotando linha de raciocínio similar àquela desenvolvida por José Afonso da Silva, Flávia Piovesan sustenta que “mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em ‘regime de urgência’ que, nos termos do art. 64, § 2º, do texto⁴⁴⁰, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais”⁴⁴¹.

No entanto, conforme já mencionado anteriormente, a aludida solução não atende aos casos de omissão relacionada à imposições constitucionais de criminalização, uma vez que colide com o princípio constitucional da legalidade, inserto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Por isso, logo depois de lançar a referida sugestão, a própria autora excepciona os casos de indispensável atuação legislativa, mencionando que, “nas hipóteses em que a atuação do legislador fosse absolutamente insubstituível, não caberia ao Supremo dispor normativamente”⁴⁴².

Parece mais interessante a solução que era adotada pela jurisdição constitucional iugoslava.

⁴⁴⁰ Artigo 64 da Constituição da República Federativa do Brasil tem a seguinte redação: “A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º: O Presidente da República poderá solicitar urgência para a apreciação dos projetos de sua iniciativa. § 2º: Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. § 3º: A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior. § 4º: Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de Código”.

⁴⁴¹ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 126/127.

⁴⁴² Idem, p. 127.

“A jurisdição constitucional da então Iugoslávia entendia que os próprios tribunais podiam instaurar *ex officio* o processo de apreciação da constitucionalidade e, nos casos de omissão constitucional, não só ‘informar a Assembléia desse fato’, como também intervir com vistas ao suprimento de omissões legislativas, mediante a apresentação às Assembléias de propostas de elaboração ou modificação de leis ou de tomada de outras medidas que tenham por fim garantir a constitucionalidade e a legalidade, bem como a proteção de direitos e de outras liberdades dos cidadãos e das comunidades”⁴⁴³.

Obviamente, tal solução não garante totalmente o cumprimento da imposição constitucional, uma vez que o Legislativo pode não aprovar o projeto oriundo de iniciativa do Judiciário, mas, sem dúvida, está um passo a frente da mera ciência da omissão ao Parlamento.

Em síntese conclusiva, é dizer que, muito embora o sistema de controle de inconstitucionalidade dos atos do legislativo que descumpram as imposições constitucionais de criminalização seja deficiente, tal circunstância, de caráter nitidamente processual, não faz desaparecer aqueles mandamentos externados da Lei Maior, de evidente índole material.

⁴⁴³ Piovesan, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p. 130/131.

CONCLUSÕES

1. No atual estágio de desenvolvimento do Direito Penal, não se admite mais um conceito puramente formal de crime, que o define como tudo aquilo que o legislador descreve como tal.

2. Num Estado Democrático de Direito, como aquele em que se constitui a República Federativa do Brasil, que, acima da mera legalidade formal, busca a realização de justiça material, a decisão do legislador penal de criminalizar determinada conduta deve estar orientada pela finalidade legítima que o Direito Penal deve desempenhar na sociedade.

3. Se a pena é a sanção mais severa contida no ordenamento jurídico, uma vez que sua execução implica na restrição de direitos fundamentais do sujeito ativo do crime, dentre os quais a liberdade e o patrimônio, ela deve ser reservada àqueles fatos que ofendem de forma mais intensa as condições de sobrevivência em sociedade.

4. Os bens, valores e interesses que constituem as condições indispensáveis à coexistência e ao desenvolvimento adequado da personalidade de cada cidadão são chamados de bens jurídico-penais e, portanto, são passíveis de tutela pelo Direito Penal, que tem como função exclusiva a proteção dos mesmos.

5. O bem jurídico então se apresenta como a essência do conceito de crime, permitindo a sua definição material, que servirá de limite e fundamentação da intervenção punitiva do Estado. Portanto, neste enfoque material, o crime só pode ser visto como a violação ou a exposição a perigo de um bem jurídico indispensável para a manutenção da vida em sociedade.

6. Para que se alcance o objetivo de limitar e fundamentar a atuação legislativa no âmbito penal, indispensável se mostra a concretização desta noção de bem jurídico.

7. O instrumento mediatizador desta concretização só pode ser a Constituição, pois se é a Lei Maior que abriga os valores fundamentais de uma sociedade, somente ela terá aptidão para selecionar aqueles que ostentem dignidade penal, ou seja, que sejam

passíveis de tutela penal. Além disso, se a pena implica na restrição de direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, somente aqueles bens, valores ou interesses dotados de relevância constitucional poderão ser protegidos mediante a cominação de pena.

8. Assim, por uma questão de proporcionalidade entre o bem jurídico afetado pela imposição da pena e o que se visa tutelar através do Direito Penal, este, como aquele, deve ser dotado de relevância constitucional. Somente os bens dotados de relevância constitucional terão dignidade penal.

9. A relevância constitucional do bem jurídico decorrerá não somente da consagração expressa ou implícita do bem, valor ou interesse pela Constituição, mas também da relação de pressuposição necessária existente entre estes e outros não consagrados constitucionalmente.

10. A dignidade penal do bem jurídico não é suficiente para a deflagração de sua tutela através da intervenção do legislador penal. A proteção através do Direito Penal deve se mostrar necessária e, salvo nos casos de imposições constitucionais de criminalização, a verificação da aludida necessidade se insere no âmbito da discricionariedade do legislador, que encetará a avaliação em cada caso concreto.

11. A concretização da noção de bem jurídico mediatizada pela Constituição não se faz através de determinado dispositivo constitucional, mas dos denominados princípios influentes em matéria penal, que compreendem os delineadores do tipo de Estado e seus fins, os que constituem o catálogo de direitos fundamentais e os que exprimem a dimensão do Estado de Direito.

12. É inquestionável, portanto, que o modelo de Estado consagrado na Lei Fundamental reflete sobre a formatação de seu sistema jurídico-penal.

13. Num Estado Democrático de Direito, do Direito Penal não se extrairá a imposição ou proibição de condutas que não se destinam a proteção de bens jurídicos, enquanto valores indispensáveis à manutenção da vida em sociedade. Será inadmissível, portanto, neste modelo de Estado, a criminalização de ofensas exclusivas à ideologia política dominante, à moral e a preceitos religiosos e que não importem em nenhuma danosidade social, revelada pela lesão ou perigo de lesão a um

bem jurídico. O mesmo se diga em relação à punição, à título de crime, de meras intenções não materializadas através de condutas exteriorizadas no mundo dos fatos, em franca censura indevida a liberdade de consciência individual.

14. O Direito Penal que assenta suas bases sobre um modelo de Estado de Direito, meramente formal, difere daquele que adere as características de um Estado de Direito, de cunho material, pois o primeiro se contentará com a busca da liberdade e igualdade meramente formais, enquanto o segundo perseguirá a concretização da liberdade e igualdade substanciais, o que refletirá, inclusive, na atribuição de dignidade penal aos bens jurídicos. Enquanto síntese do Estado Liberal e do Estado Social, um Estado Democrático de Direito busca um equilíbrio na defesa de bens individuais e transindividuais.

15. Da definição material de crime acima alinhavada, consubstanciada na violação ou exposição a perigo de um bem jurídico indispensável para a vida em sociedade, se extrai o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Da intervenção mínima decorrem duas características do Direito Penal, que também se relacionam com a fundamentação e limitação do poder punitivo estatal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. O Direito Penal ostenta caráter fragmentário, ou seja, não é instrumento de tutela de todo e qualquer bem jurídico, mas só dos mais relevantes e quando submetidos a ofensas revestidas de considerável gravidade, de ataques que, em razão da intensidade, se mostrem intoleráveis. O Direito Penal apresenta também nítida feição subsidiária dos demais ramos do Direito, ou seja, só deverá ser empregado quando a tutela do bem jurídico feita por meio do Direito Civil ou Administrativo se mostrar ineficaz.

16. Da aludida definição material de crime ainda decorre o princípio da ofensividade ou lesividade (*nulla necessitas sine iniuria, nullum crimem sine iniuria*), segundo o qual a conduta descrita como crime pelo tipo penal deve corresponder a uma lesão ou, ao menos, a exposição à perigo concreto de um bem jurídico, que ostente dignidade penal e cuja proteção através daquele ramo do direito se mostre necessária.

17. O princípio da ofensividade apresenta dupla função. A primeira, de cunho político-criminal, impede o legislador de criminalizar condutas que não representem efetiva lesão ou perigo concreto de ofensa a um bem jurídico. Sob este aspecto, inaceitável a criminalização

da vontade de infringir a lei ou a demonstração de hostilidade a ela, mediante a prática de meros atos preparatórios, que não representem sequer a concretização de perigo a um bem jurídico digno de tutela penal. Ainda sob esta ótica, não será admissível a incriminação de condutas indiferentes sob o ponto de vista da lesividade social ou, pura e simplesmente, para a salvaguarda de valores éticos e morais. Também será inaceitável, sob este enfoque a antecipação da tutela penal, mediante a incriminação de condutas que se encontrem distantes do momento em que se verifica o perigo concreto ou a própria lesão do bem jurídico. A segunda função do princípio da ofensividade, de caráter dogmático-interpretativo, se volta ao magistrado, que deverá verificar não só se o tipo penal que serve de molde a conduta imputada ao sujeito ativo do crime exprime a descrição de uma lesão ou de uma exposição a perigo concreto de um bem jurídico, como também se, no caso concreto, ao menos, a conduta que se apura gerou perigo real para aquele bem penalmente tutelado.

18. Os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade e ofensividade não estão explicitados na Constituição. São princípios imanentes que por seus vínculos com outros postulados explícitos e com os fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador e mesmo ao hermeneuta.

19. Das relações reveladas entre a Constituição e o Direito Penal, decorre que a primeira se apresenta como limite e fundamento do segundo. Limita porque delinea um quadro máximo, apontando os bens jurídicos que se revestem de dignidade penal, dos quais o legislador ordinário não pode se afastar no exercício de sua atividade típica no âmbito penal, ou seja, torna ilegítima a criminalização de condutas que não se revelem ofensivas ou perigosas a bens jurídicos desprovidos de relevância constitucional. Fundamenta porque, em determinados casos, vai além de ressaltar a dignidade penal de determinado bem jurídico, para externar a necessidade de sua proteção por meio do Direito Penal, impondo ao legislador a criminalização das condutas que demonstrem potencial lesivo a eles.

20. Para a concretização da tutela penal exige-se que o bem jurídico seja dotado de relevância penal, o que não significa que ele venha expressamente mencionado pela Lei Maior. A tutela penal pode legitimamente estender-se a bens que encontram na Constituição um reconhecimento somente implícito. Além disso, o bem jurídico que diretamente auferir a tutela pode estar vinculado à Constituição apenas de forma indireta, ou seja, através de uma relação de pressuposição necessária com um valor constitucional.

21. Em regra, a Constituição se limita à análise da dignidade do bem jurídico penal, deixando à discricionariedade do legislador a verificação da necessidade de conferir a ele tutela penal, constatação esta que se dará caso a caso. No entanto, excepcionalmente, antecipando-se ao legislador ordinário, o constituinte chama para si o encargo de atestar não só a dignidade penal do bem jurídico, como também a necessidade de sua proteção através do Direito Penal. É o que ocorre nos casos de imposições constitucionais de criminalização, que vinculam o legislador ordinário a um comportamento ativo, consubstanciado na penalização dos comportamentos que, ao menos ofereçam perigo concreto aos mencionados bens jurídicos, e a uma conduta omissiva, consistente na não descriminalização daqueles.

22. Estas obrigações constitucionais de criminalização podem derivar de disposição expressa do Texto Maior ou, implicitamente, do modelo de Estado constitucionalmente adotado, da hierarquia dos valores constitucionais e do princípio da proporcionalidade.

23. A afronta do legislador as imposições constitucionais de criminalização, por meio de ação ou de omissão, dará ensejo à mácula da inconstitucionalidade. A atuação legislativa que revoga lei anterior que dava cumprimento a um mandado de penalização, constitui inconstitucionalidade por ação, que poderá ser coibida via ação direta de inconstitucionalidade por ação. A lei nova será declarada inválida e a decisão proferida na aludida ação direta de inconstitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, e reconstituinte em relação a lei inconstitucionalmente revogada. A omissão do legislador em edificar os tipos penais em obediência às imposições de criminalização também gera vício de inconstitucionalidade, que poderá ser coibido por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No entanto, na hipótese de omissão legislativa, o pronunciamento jurisdicional não se revestirá de qualquer relevância prática, uma vez que o Poder Judiciário se limitará a cientificar o Poder Legislativo da omissão inconstitucional. O Judiciário estará impossibilitado de impor a ele a atividade legislativa constitucionalmente exigida, sob pena de violação ao princípio de separação dos poderes, ou mesmo de suprir a inércia legislativa, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teológico-racional do crime. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Aequitas Editorial Notícias, ano 2, fascículo 2, abril-junho 1992.

_____ A nova lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei n° 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico, in.: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I – Problemas Gerais, Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

_____ Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra: Editora Coimbra, 2004 (Reimpressão).

ARÁN, Mercedes García. Derecho Penal – Parte General, 5ª edición, Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 3ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, 11ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas, Bauru-SP: Edipro, 1997 (2ª Reimpressão).

BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Lda., 1970.

BIANCHINI, Alice. Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais, Volume 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____ Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, 11ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal, São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2002.

_____ Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro, São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 2ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

_____ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARRARA, Francesco. Programa de Direito Criminal, Parte Geral, Vol. 1, São Paulo: Editora Saraiva, 1956.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CONDE, Frâncico Muñoz. Derecho Penal – Parte General, 5ª edición, Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. “Constituição e Crime” – Uma perspectiva da criminalização e descriminalização, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais - A doutrina Geral do Crime, 2ª edição portuguesa e 1ª edição brasileira, Coimbra e São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____ Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Direito Penal e Estado-de-Direito Material (sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime), Revista de Direito Penal, n° 31, Janeiro-Junho 1981, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

DOLCINI, Emílio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, Tradução: José de Faria Costa, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Aquitas Editorial Notícias, Ano 4, Fasc. 2, Abril-Junho, 1994.

FELDENS, Luciano. A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 – Crimes Hediondos, RT 660, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal, Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer, Buenos Aires: Hammurabi – José Luis de Palma Editor, 2007.

FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, Tradução: Heloisa Estellita Salomão, Revista dos Tribunais, ano 89, junho de 2000, vol. 776, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal – (Des) Criminalização, Redação Típica e (In) Ofensividade, São Paulo: IBCCRIM, 1ª edição, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal e Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Lições de Direito Penal, Parte Geral, 15ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. Volume I, Tomo I, São Paulo: Max Limonad, 1954.

GAROFALO, Rafael. Criminologia – Estudo sobre o delicto e a repressão penal, versão portuguesa traduzida por Julio de Mattos, Lisboa: Livraria Clássica editora, 1908.

GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____ Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais, Volume 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____ Princípio da Ofensividade no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GONZÁLES, Carlos Suárez. Um novo Sistema do Direito Penal – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs, Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Barueri: Editora Manole, 2003.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, Tradução da 2ª edição alemã, revista e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Volume V, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, Traducción: Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal – Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Editorial Comares, 5ª edición, 2002.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Finalidades da Pena, Barueri: Editora Manole, 2004.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem Jurídico-Penal e Constituição, in: Direito Penal e Constituição, coordenação: Lopes, Maurício Antonio e Liberati, Wilson Donizeti, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal, Tomo I. Tradução José Higinio Duarte Pereira, Campinas-SP: Russell, 1ª edição, 2003.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípios Políticos do Direito Penal, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____ Teoria Constitucional do Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, 2ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs, in: Direito Penal e Funcionalismo, Coord. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Trad. André Luís Callegari, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

MARCONDES, Danilo. Iniciação à História da Filosofia – Dos pré-socráticos a Wittgenstein, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 9ª edição, 2005.

MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, Tradução: José de Faria Costa, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Aequitas Editorial Notícias, Ano 4, Fasc. 2, Abril-Junho, 1994.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Volume 2, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1965.

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MELIÁ, Manuel Cancio. Um novo Sistema do Direito Penal – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs, Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Barueri: Editora Manole, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 25ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MIR, José Cerezo. Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Volume I, Introducion, Madrid: Editorial Tecnos, 5ª edición, 5ª reimpressão, 2002.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, 1ª edição, 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais, Volume 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes Hediondos, 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 21ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MOTTA, Ivan Martins. Erro de Proibição e Bem Jurídico-Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal, Volume 1, São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

NUVOLONE, Pietro. O Sistema do Direito Penal, Volume 1, Tradução de Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

PALAZZO, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal, Tradução: Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, Parte Geral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003.

_____ Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, volume 1, 7ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral, 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

RAMOS, Enrique Peñaranda. Um novo Sistema do Direito Penal – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs, Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Barueri: Editora Manole, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do Delito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____ Instituições de Direito Penal, Parte Geral, Volume I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2006.

_____ A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

_____ Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª edição, Lisboa: Editora Vega, 1998.

SARAIVA, Ráilda. A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____ Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 47, março-abril de 2004, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito – Perspectivas (re)legitimadoras, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais, 3ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____ Curso de Direito Constitucional Positivo, 30ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

_____ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal, 3ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal – Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Editorial Comares, 5ª edición, 2002.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman, Parte General, 11ª edicion/4ª edicion castellana, traducción: Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, Parte Geral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.