

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Frederico Moretto Lorenzon

**CRISE DE BENS JURÍDICOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: Da
proporcionalidade à coerência endonormativa**

Porto Alegre
2012

FREDERICO MORETTO LORENZON

**CRISE DE BENS JURÍDICOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: Da
proporcionalidade à coerência endonormativa**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para a colação de grau na
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul (UFRGS).

**Orientador: Prof. Doutor Danilo
Knijnik.**

**Coorientadora: Prof^a. Mestre
Raquel Lima Scalcon.**

Porto Alegre

2012

FREDERICO MORETTO LORENZON

**CRISE DE BENS JURÍDICOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: Da
proporcionalidade à coerência endonormativa**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para a colação de grau na
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul (UFRGS).

Aprovada em 19 de dezembro de 2012.

Conceito: A

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor Danilo Knijnik

Prof. Doutor Odone Sanguiné

Prof. Mestre Marcus Vinícius Aguiar Macedo

A meus pais, Renato e Maristela, exemplos de amor e virtude, por terem me ensinado a acreditar em meus próprios passos;

Ao meu irmão, Jonas, exemplo de generosidade, pelas demonstrações diárias de um inabalável amor fraternal;

À minha namorada, Giselle, exemplo de superação, por ter me mostrado que é possível apaixonar-se pela vida.

Agradeço a todos aqueles que colaboraram para que o presente estudo fosse realizado, especialmente à minha família, pelas semanas de convívio furtadas.

Registro, também, minha gratidão aos professores Danilo Knijnik e Raquel Lima Scalcon, pela atenciosa e diligente orientação realizada.

“E nunca perguntei o caminho sem me sentir contrariado. Sempre fui contrário a isso. Sempre preferi interrogar e submeter à prova os próprios caminhos”

– Friedrich Nietzsche

RESUMO

Este trabalho monográfico foi desenvolvido com o intento de investigar a congruência atual da escala global de penas encerrada no bojo da normativa penal brasileira e oferecer uma resposta à problemática relativa à proporcionalidade entre as sanções cominadas aos mais diversos tipos penais e a ordem axiológica constitucional. Para tanto, foram analisadas, na primeira parte deste estudo, primeiramente, as conexões entre a Teoria do Estado e o Direito penal, dando-se primazia às transformações no modo de conceber o Estado e os efeitos que, a partir daí, se fizeram sentir no tocante à incidência do poder punitivo estatal. Em segundo momento, deu-se ênfase aos diálogos travados entre Constituição e Direito penal, enfocando-se, principalmente, as limitações formais e materiais que a ordem axiológica constitucional impõe a este. Assentadas as bases mínimas para uma devida compreensão acerca da teoria dos bens jurídicos, optou-se por traçar o seu desenvolvimento histórico e seus fundamentos, para, adiante, estruturar sua dinâmica, bipartida em dois grandes grupos de bens jurídicos – individuais e transindividuais -, e, assim, trasladar referida doutrina para o cenário constitucional brasileiro atual. Já na segunda parte do trabalho, dissertou-se, inicialmente, acerca dos critérios político-criminais legislativo-dogmáticos de seleção penal dos bens jurídicos e, após, a respeito do complexo problema de saber se existe uma escala de importância de valores penalmente tuteláveis a orientar o legislador penal em sua atividade, salientando-se, ainda, a crise que toma conta do conceito de bem jurídico na atualidade. Prosseguiu-se a análise com o recurso ao postulado normativo aplicativo da proporcionalidade em matéria de fixação de pena, a fim de delinear os contornos de uma correta expressão do bem jurídico-penal. No derradeiro capítulo deste estudo, manejou-se todo o instrumental até então colhido para averiguar a coerência endonormativa do direito penal brasileiro, tomando como pano de fundo a ordem axiológica constitucional brasileira e como base a teoria proporcionalista de Andrew Von Hirsch. Por fim, concluiu-se pela incoerência do sistema penal brasileiro, bem como pela inexistência, *a priori*, de superioridade entre bens jurídicos individuais e transindividuais a orientar a atividade do legislador, que deverá arrimar-se na dignidade da pessoa humana para cumprir seu múnus.

Palavras-chave: Bem jurídico. Critérios legislativos. Ordem de valores. Proporcionalidade. Proibição de excesso. Proibição de insuficiência. Coerência endonormativa.

ABSTRACT

This monograph was developed with the intent to investigate the congruence of current global scale of sanctions enclosed in Brazilian criminal law and to offer an answer to the problem of the proportionality between the penalties assigned to crimes and axiological constitutional order. Therefore, in the first fraction of this study, the connections between the state theory and the criminal law were studied, giving primacy to the transformations suffered by the way of conceiving the state and the effects thereafter felt in regarding the incidence of the state's punitive power. In the second place, emphasis was placed on the dialogues that took place between Constitution and criminal law, mainly on the procedural and substantial boundaries imposed to this. Once settled the foundations for proper understanding the theory of legal interests, it was chosen to trace its historical development and its grounds, for, further, structure its dynamic, split into two groups of interests – individual and communitarian – and thus translate this doctrine to current Brazilian scenario. In the second part of this treatise, the politician-criminal legal-dogmatic criterias of selection of legal interests were discussed, and, thus, about the complex issue of whether there is a scale of importance of values criminally protectable capable of being a guide to the legislature in criminal subjects, stressing also the crisis that takes the concept of legal interests today. The analysis continued by handling the proportionality postulate in fixing penalties in order to delineate the correct expression of legal interests criminally protectable. In the final fraction of this treatise, the instrumental above was handled to determine the congruence of Brazilian criminal law, taking as background the axiological constitutional order and as base the theory of Andrew Von Hirsch. It was possible to conclude by the inconsistency of Brazilian criminal law internal coherence, as well as the absence of a superiority between the individual legal interests and the communitarian ones. Finally, in criminal subjects, the legislator should stow on the dignity of the human person to fulfill his duty.

Key-words: Legal interests. Legislative standards. Value order. Proportionality. Prohibition of excess. Prohibition of scanty protection. Internal coherence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 SISTEMA CONSTITUCIONAL E DIREITO PENAL	14
1.1 CONTORNOS HISTÓRICOS DA DÍADE ESTADO DE DIREITO E DIREITO PENAL	14
1.2 O DIÁLOGO LIMITADOR ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL	26
1.2.1 Constituição e limites formais ao Direito penal	28
1.2.2 Constituição e limites materiais ao Direito penal	30
2 DOCTRINA DO BEM JURÍDICO	38
2.1 ELEMENTOS GERAIS	38
2.1.1 Histórico e fundamentos	38
2.1.2 Dinâmica de bens jurídicos	54
2.1.2.1 Bens jurídicos individuais	56
2.1.2.2 Bens jurídicos transindividuais	56
2.1.2.3 Titularidade dos bens jurídicos	57
2.2 BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO DE 1988	60
3 TUTELA PENAL DOS BENS JURÍDICOS	65
3.1 SELEÇÃO PENAL DE BENS JURÍDICOS	65
3.1.1 Dignidade penal	65
3.1.2 Carência de tutela penal	68
3.2 EXISTIRÁ UMA ESCALA DE VALORES PENALMENTE TUTELÁVEIS?	70
3.3 A PENA PROPORCIONAL COMO EXPRESSÃO DA RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO	75
3.3.1 Proibição de excesso (<i>übermassverbot</i>)	80
3.3.2 Proibição de proteção deficiente (<i>üntermassverbot</i>)	82
3.4 SÍNTESE CONCLUSIVA	84
4 COERÊNCIA ENDONORMATIVA DO SISTEMA PENAL	86

4.1 TEORIA PROPORCIONALISTA DE HIRSCH	86
4.2 COERÊNCIA ENDONORMATIVA E DIREITO PENAL BRASILEIRO.	89
4.2.1 Artigos 129, §1º, do Código Penal/40 e 97, parágrafo único, e 99, §1º, da Lei nº 10.741/03	91
4.2.2 Artigos 1º da Lei nº 8.137/90 e 313-A e 313-B do Código Penal/40	94
4.2.3 Artigos 289, <i>caput</i> e §1º, do Código Penal/40 e 4º da Lei nº 7.492/86	96
4.2.4 Artigos 135 do Código Penal/40, 29, §4º, III, da Lei nº 9.605/98 e 131, 132, 393 e 394 do Projeto de Lei nº 236/12	98
4.2.5 Breve diagnóstico do sistema penal pátrio	100
CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105

INTRODUÇÃO

A evolução do Estado liberal para o Estado social, consolidada na segunda metade do século XX, redundou em profundas alterações na mecânica de coordenação da incidência do poder punitivo estatal. Da simples concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa perante o Estado passou-se aos direitos fundamentais de cunho prestacional, e, com isso, houve o alargamento da missão do Direito penal, que deixou de tutelar apenas valores individuais para abarcar, também, valores de matiz transindividual.

Como consequência, a doutrina do bem jurídico, cujas origens remontam a Birnbaum, viu-se obrigada a adaptar-se a essa nova realidade, aparentemente paradoxal: deve-se, por um lado, garantir as liberdades individuais, mas, por outro, promover a proteção dos direitos sociais, muitas vezes com acentuado prejuízo àquelas. Surge, assim, a problemática em torno de saber em que medida deve-se proteger esses valores transindividuais sem causar demasiadas restrições aos valores individuais.

Na sociedade atual, marcada pelo risco, tal quadro conduz à verdadeira crise da teoria dos bens jurídicos, a qual - concebida com o intuito de estabelecer um conceito material ao injusto e assim limitar e legitimar a intervenção do poder punitivo do Estado - apercebe-se em meio a uma progressiva desmaterialização do próprio bem jurídico, em muito causada por uma intensa atividade legislativa de cunho meramente simbólico, que privilegia a edição de normas penais incriminadoras de alto rigor punitivo.

Os reflexos dessa verdadeira esquizofrenia legislativa se fazem sentir, hoje, na coerência endonormativa do sistema penal: proliferam tipos penais de perigo meramente abstrato com sanções que em muito superam aquelas destinadas aos crimes de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Do mesmo modo, crimes contra bens transindividuais vêm recebendo penas superiores àquelas

destinadas às ofensas praticadas com o desprezo a bens jurídicos de índole individual, sem que se atente para a efetiva danosidade social encerrada nas condutas perpetradas. Recorre-se ao *jus puniendi* não mais como *ultima ratio*, mas, sim, como *sola ratio*, com a certeza, ainda, de que somente o recrudescimento das penas é capaz de refrear a crescente criminalidade.

Entretanto, tal disparate é levado a cabo com a completa inobservância dos ditames constitucionais. Há completa e generalizada inversão da pauta axiológica constitucional, que se antes servia como forma de limitação e vinculação do poder punitivo, hoje, aos olhos do legislador, serve exclusivamente como fundamento desse poder.

Um claríssimo exemplo de incriminação ao arrepio dos preceitos constitucionais retira-se do Projeto de Lei nº 236/12, que, buscando substituir o vigente e vetusto Código Penal, consigna, por um lado, pena de prisão de um a seis meses àquele que deixa de prestar socorro a outrem, quando possível fazê-lo sem perigo à própria vida, e, por outro, sanciona essa mesma conduta com pena de um a quatro anos de prisão quando se tratar de vida de animais.

Outrossim, o mesmo Projeto de Lei incrimina a conduta de abandono de animal doméstico com sanção que varia de um a quatro anos de prisão, mesma pena reservada àquele que abandona uma pessoa idosa ou uma criança.

Essa evidente desproporcionalidade apenas reflete o grau de incoerência que hoje assola a normativa penal. Vários são os exemplos de inversões valorativas, excessos punitivos e deficiências de proteção, os quais, curiosamente, ao invés de provocarem uma reflexão em torno dos mecanismos de coordenação do poder punitivo, acabam servindo de motivo para uma atuação cada vez mais interventiva.

Urge, portanto, realizar uma análise introspectiva acerca do direito penal vigente, perpassando pelo Código Penal e pelas leis penais especiais, com o intuito de verificar seus pontos sensíveis e, a partir disso, melhor orientar o legislador em sua atividade.

Propondo-se, de forma singela, a realizar tal mister, o presente estudo busca, primeiramente, retomar os diálogos travados entre a Constituição e o Direito penal, enfatizando a necessidade de este encontrar naquela seus limites formais e materiais.

Em segundo momento, recorre-se à doutrina do bem jurídico, esquadrinhando-se suas origens e fundamentos, bem como sua dinâmica, para traçar o modo como os bens jurídicos estão dispostos na Constituição Federal de 1988.

A terceira parte tratará da tutela penal dos bens jurídicos, ressaltando os critérios político-criminais legislativo-dogmáticos que serpeiam a atividade do legislador penal, bem como procurará enfrentar as questões acerca da existência ou não de uma escala de valores penalmente tuteláveis e da aplicação do postulado normativo-aplicativo da proporcionalidade como forma de garantir a devida expressão ao bem jurídico.

A derradeira parte, a seu turno, será voltada para o manejo combinado do instrumental coligido ao longo do trabalho com a teoria proporcionalista de Andrew Von Hirsch, a fim de identificar eventuais pontos sensíveis na legislação penal brasileira e, assim, verificar se tal construção teórica seria útil ou não à reformulação e readequação da ordem legal de bens jurídico-penais à ordem axiológica constitucional.

1 SISTEMA CONSTITUCIONAL E DIREITO PENAL

A fim de estabelecer uma metodologia que permita ao leitor a correta inteligência do estudo que ora propõe-se realizar, bem como fornecer-lhe todo o trajeto hermenêutico percorrido – condição não apenas de credibilidade, mas, também, de validade para qualquer procedimento que ostente pretensões científicas¹ -, insta delimitar, dentro dos marcos do extenso universo jurídico brasileiro, os diálogos atuais firmados entre Sistema Constitucional e Direito penal, porquanto aquele ramo do saber jurídico-político informa os alicerces deste, ao fundamentar e regulamentar as intervenções estatais na esfera de liberdade de cada indivíduo, com vistas à consecução de fins gerais insculpidos no estatuto inaugural da ordem jurídica.

Para tanto, porém, impõe-se, aprioristicamente, o exame, ainda que breve – e, até mesmo, perfunctório, tendo em vista a extensão e os limites impostos pelo tema -, da densa e permeada de reflexos jurídicos relação histórico-evolutiva entre *jus puniendi* e Estado, a fim de que se possam esboçar os moldes de uma configuração onde ambos estão sujeitos ao Direito, cuja adoção, no Brasil, vem chancelada pelo texto do artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal.

1.1 CONTORNOS HISTÓRICOS DA DÍADE ESTADO DE DIREITO E DIREITO PENAL

A noção de Estado de Direito é usualmente atribuída pela doutrina ao período da Filosofia europeia do Iluminismo, no qual almejava a insurgente burguesia, principalmente, erigir acuradas limitações a uma atuação estatal destinada a “*valer apenas para alguns homens e para alguns casos*”², autêntica característica da

¹ COELHO, Inocência Mártires. *Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133-135.

² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 265-273.

arbitrariedade e opressão comum aos Estados absolutistas ou de polícia, assentados na legitimação divina e na máxima concentração de poder por parte de seus soberanos.

Aludidas limitações tinham como pedra angular o manejo do instrumental jurídico para circunscrever a atuação do Estado, instituições políticas e seus agentes, com o fito de estabelecer uma proteção essencial aos cidadãos e garantir um padrão mínimo de segurança³ e estabilidade na relação destes com o Poder⁴, formando a moldura de um “*governo de leis e não de homens*”, como perpetuado no artigo XXX, da Declaração de Direitos de Massachusetts (1780).

Forçoso reconhecer, todavia, que as raízes de tais pretensões em torno de uma ordem jurídica sublime e rígida frente às alterações político-sociais comuns à história descem a estratos inferiores, situados em fases anteriores da história humana.

Nesse sentido, como bem salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵, já nos escritos de Sófocles, em sua afamada tragédia Antígona,

³ Manifestada como (i) determinação do Direito, expressada como uma certeza absoluta acerca das normas; (ii) imutabilidade do Direito, como forma de vinculação do direito passado ao direito futuro; e (iii) previsibilidade do Direito, consubstanciada na total capacidade de antecipar consequências jurídicas da conduta. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 128-132. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 8-9. “Os juízes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores. (...) Nada mais perigoso do que o axioma comum, de que é preciso consultar o próprio espírito da lei. (...) Com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime. (...) Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada pelo povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes da lei” In BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 29-33.

⁴ Robert Von Mohl, considerado o autor que primeiro fez uso do conceito de Estado de Direito, a este se referia como “o desenvolvimento mais humano possível de todas as forças humanas em cada um dos indivíduos”, onde “ninguém pode ser sacrificado como um meio ou como uma vítima à ideia de todo”. In MIRANDA, Jorge. *Op cit.* p. 71-72.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6-13.

na civilização romana e na tradição jusnaturalista medieval⁶, bem como na própria *common Law*, através da *rule of Law*, é possível identificar a busca por um direito superior à vontade dos homens, de inspiração celestial e obrigatória, imutável, perene, capaz de deslegitimar qualquer ato ou posituação que viesse a desbordar e ultrapassar seus limites naturais. Norberto Bobbio, robustecendo tal assertiva, sentencia que “desde a antiguidade o problema da relação entre direito e poder foi apresentado com esta pergunta: ‘é melhor o governo das leis ou o governo dos homens?’”⁷.

Concretizando essa demanda, o liberalismo, gerido no fervor cultural e ideológico verificado no bojo do Século das Luzes, calcado no progressivo fortalecimento do racionalismo e valorização do indivíduo – concebido, agora, sob influxo da Escola Tomista⁸, como *prius* face ao ente estatal –, o que possibilitou o reconhecimento de que a existência humana pressupõe prerrogativas próprias e conaturais, rompe fronteiras e materializa o conceito de sujeição do Estado, plasmando-o em parâmetros a ele exteriores e anteriores, desembocando na chamada supremacia do Direito, cujo epicentro passa a tocar a proteção inarredável da vida, liberdade, igualdade e patrimônio do ser (na formulação francesa, a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, ou, no traçado norte-americano, a vida, a liberdade e a busca da felicidade)⁹.

⁶ Arthur Utz refere que tal jusnaturalismo confere maior primazia ao ideal de justiça, e, por consectário, a normas morais anteriores, do que a normas sociais efetivamente eficazes, isto é, as fontes do direito. In MASSINI-CORREAS, Carlos. Org. ***El iusnaturalismo actual***. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 425-427.

⁷ BOBBIO, Norberto. ***Estado, governo, sociedade***: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 95-97. O autor, por oportuno, recorre, em referida passagem, às percepções de Platão e Aristóteles, nas quais é possível evidenciar a preocupação destes com a apropriação das leis pelos governantes (Platão), culminando no paradoxo filosófico de saber se é “*mais conveniente ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores*”, ao qual chega Aristóteles.

⁸ Tomas de Aquino, principal expoente do cristianismo medieval, elevava, em seu “*Summa Teologica*”, a noção de ser – para ele dotado de uma perfeita razão - a tal ponto que aduzia haver uma analogia entre este e o ser supremo, diferenciando-se ambos apenas quanto à essência. Cf. MONDIN, Battista. ***Introdução à Filosofia: problemas, sistemas, autores, obras***. 10ª ed. São Paulo: Paulus, 1980. p. 199.

⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. ***Estado de Direito e Constituição***. 4ª

A forma da qual primeiro se socorrem os liberais para submeter o Estado ao Direito consiste nas Declarações de Direitos, as quais, dirigidas especialmente ao constituinte, não criavam, mas tão só declaravam direitos, como concebidos pelo ideário iluminista. É dizer: tais documentos tinham como cerne os direitos individuais, extensíveis a todo ser humano, de forma universal, sem qualquer vinculação ao povo de um território específico. São exemplares centrais as declarações de direitos da Virgínia¹⁰ e de Independência dos Estados Unidos, ambas de 1776, assim como a lapidar declaração dos direitos do Homem e do Cidadão¹¹, de 1789.

Em segundo momento, recorre-se à edição, por meio de um poder¹² emanado do povo (em fluxo ascendente, portanto), de um pacto fundamental que venha a instituir, atribuir competências e limites, bem como regulamentar e legitimar o funcionamento do Estado em linhas rígidas, ou, noutros termos, um documento que o constitua, a Constituição. Esta reveste-se do condão de garantir aqueles direitos até então apenas enunciados nas Declarações¹³, deixando de designar qualquer organização básica do Estado e passando a designar uma

ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16-17.

¹⁰ Art. 1º: “*Todos os homens são, por natureza, livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o direito à vida e à liberdade, tal como os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar obter a felicidade e a segurança*”.

¹¹ Art. 1º: “*Os homens nascem e são livres e iguais em direitos, as instituições políticas só podem fundar-se na utilidade comum*”. Art. 2º: “*O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”.

¹² Poder no sentido material e não formal, i.e., entendido como “*a capacidade de escolher entre um ou outro rumo*”, constituindo “*o conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), porquanto soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico*”, conforme lição de MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 519.

¹³ “*Não é por mera coincidência que as primeiras constituições foram precedidas de Declarações – o Bill of Rights da Virgínia, de 12 de junho de 1776, precede a Constituição desta, de 29 de junho de 1776; a Declaração de Independência, de 4 de julho de 1776, que contém uma declaração de direitos, a Constituição americana; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição francesa de 1791*”. In FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

verdadeira e determinada organização deste, necessariamente estabelecida por escrito e solenemente declarada, visando a resguardar os direitos naturais, com o fim de impedir a opressão e o arbítrio por parte dos que detêm o poder - constituição como constituição-garantia.

À lei, portanto, concebida na cosmovisão liberal como expressão da vontade geral, à qual todos estão submetidos com a mesma intensidade¹⁴ e cujo conteúdo apresenta-se alinhado à razão, restava reservada uma dupla função, consistente, por um lado, na demarcação da extensão das liberdades individuais¹⁵, a fim de compatibilizá-las e viabilizar o convívio social, e, por outro, na fixação da pauta de atuação dos órgãos estatais. Em síntese, na concepção liberal, *“a lei é o meio por excelência de articulação entre a liberdade e a sociedade política, entre a liberdade natural do indivíduo e a liberdade de cada um e de todos os indivíduos, integrados na vida social”*¹⁶. Dessas considerações decorre a consagração dos princípios da legalidade, igualdade e justicialidade¹⁷, como apanágios conseqüentários da inflexão do Poder perante o Direito.

Completa-se, deste modo, a conformação do Estado liberal mínimo como a representação (constituída por um poder anterior, residente no povo) de uma ordem jurídica concretizada na Lei e na Constituição e orientada para a restrição interna (separando os poderes, segundo a fórmula de Montesquieu) e externa do poder político (reduzindo ao mínimo as funções governamentais), assegurando, com isso, a limitação da liberdade individual na medida única da manutenção da coesão do corpo social, onde caberia a cada um buscar, de forma livre e segura, a própria felicidade. O assento de

¹⁴ Vide art. 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *“A Lei é a expressão da vontade geral. (...) Ela deve ser a mesma para todos (...)”*.

¹⁵ Vide art. 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *“(...) o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”*.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

¹⁷ FERREIRA FILHO, *op. cit.* p.23.

tal modelo é a noção de pacto social, tido como a união entre Constituição e Declaração de Direitos.

No ventre dessa nova conjuntura liberal, o Direito penal passa a ser também visualizado por uma perspectiva arrimada nas teorias contratualistas - as quais tiveram em Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau seus maiores expoentes -, razão pela qual, conforme assevera com propriedade Winfried Hassemer, “o fortalecimento das fronteiras da recíproca renúncia à liberdade, conforme a fundamentação do contrato social”¹⁸, passa a ser tarefa do Direito penal, que, secularizado, não mais cumpre a função de defesa de uma ordem pretensamente transcendental e absoluta de valores¹⁹, própria à etapas anteriores da história ocidental.

O Direito penal é, destarte, transformado em uma ferramenta a serviço das liberdades individuais, sendo imprescindível para o desenvolvimento da sociedade, mas devendo ser mantido acorrentado, não podendo adquirir vida própria²⁰. Nessa perspectiva, a existência de todo crime torna-se condicionada à expressa previsão normativa, em atendimento às exigências sociais de subjugação do Estado ao Direito para condicionar o poder repressivo, bem como o próprio conteúdo do delito é alterado, deixando de ser um *mala in se* para consubstanciar um *mala qui prohibita*²¹, dando forma e sentido ao adágio liberal de que “*mais vale absolver um culpado do que condenar um inocente*”²².

Em suma, conforme define Zaffaroni, o Direito penal liberal, enquanto sinônimo do Direito penal do Estado de Direito ou de Direitos

¹⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 35.

¹⁹ Vale, aqui, a máxima de Georges Burdeau, para quem, no Estado de Direito, “a ideia de direito não é (...) o equivalente de uma concepção filosófica de princípios superiores tais como justiça e solidariedade”. In **O Estado**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41-42.

²⁰ BURDEAU, *op. cit.*, p. 248.

²¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 277-281.

²² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**. Parte geral. 3º Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 57.

Humanos, em contraposição ao Direito penal do Estado gendarme, caracteriza-se pelo respeito “à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis²³, a previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidades das penas (...)”²⁴.

Em vista disso, tem-se que os princípios mais caros e basilares da Ciência penal constituem evidentes frutos desse período de grande fervor ideológico-cultural, consistindo eles - na esteira das lições do magistério sempre atual de Luiz Luisi -, no princípio da legalidade e seus três postulados (reserva legal, determinação taxativa e irretroatividade), no princípio da intervenção mínima, no princípio da humanidade e nos princípios da personalidade e individualização da pena²⁵.

É, ainda, com inspiração nessa concepção enciclopedista de pacto social e, principalmente, nas ideias utilitaristas²⁶ de Claude-Adrien Helvétius, que vem a lume, em 1764, um dos principais escritos da ciência conjunta ou global do Direito penal²⁷, o opúsculo “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria. Nele, o jovem filósofo lombardo

²³ Cf. 2.1, infra.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 292.

²⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 13-40.

²⁶ Conforme se depreende do seguinte excerto da correspondência enviada por Beccaria a Morellet: “A segunda obra que completou a revolução do meu espírito foi a do Sr. Helvetius. (...) Devo à leitura do ‘Espírito’ uma grande parte de minhas ideias...”. in BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 136. Outrossim, a respeito da possibilidade de coexistência entre as teses contratualista e utilitarista, na estrutura teórica da obra “*Dos delitos e das penas*”, Alexander de Castro justifica que, para Beccaria, “a ideia de contrato social funciona apenas como fundamento legitimador das instituições políticas e jurídicas”, ao passo em que “o bom governo e a boa política legislativa (...) fundam-se nas teorias utilitaristas que ofereceriam um conhecimento dos princípios que orientam a ação humana (...)”. In DAL RI JÚNIOR, Arno. **Iluminismo e Direito Penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 59.

²⁷ Tal qual concebida nas linhas de Von Liszt e, assim, composta pela dogmática jurídico-penal, criminologia e política criminal. Cf. LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Vol. 1. Trad. José H. D. Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. p. 1, 104 et seq.

condensa sua compreensão de que os agrupamentos humanos surgiram como uma forma de resistência a outros grupos organizados e de satisfação de necessidades naturais, alargando, assim, até mesmo de forma contraditória²⁸, a concepção de estado natural hobbesiana.

Para a formação dessas coletividades, porém, era necessário que cada um de seus integrantes sacrificasse – e aqui fica clara a influência de Locke - uma pequena porção de sua liberdade “*para gozar do resto com maior segurança*”²⁹. Todas as liberdades sacrificadas, assim, seriam acostadas em um depósito e o conjunto das mesmas caracterizaria o fundamento do direito de punir, daí exsurgindo a conclusão de que todo exercício de poder que se afastasse de tal formulação, isto é, cujo fim não fosse a salvaguarda de aludido depósito de liberdades, seria “*abuso e não justiça; um poder de fato e não de direito; uma usurpação e não mais um poder legítimo*”³⁰.

O modelo da filosofia política liberal perdurou com vigor por todo o século XIX e até os primeiros decênios do século XX, quando alterações sociais provocadas pela industrialização, em comunhão com a ampla liberdade no setor econômico, o caráter absoluto e inafastável da propriedade e o cego respeito ao positivismo legal, bem como a consolidação do ideal socialista, culminaram por conceber “*uma sociedade profundamente injusta, com evidentes e chocantes desigualdades*”³¹, revelando a intrujice burguesa da igualdade meramente formal e da liberdade circunscrita ao móvel econômico³². Isso conferiu novos impulsos aos limites conceituais do Estado de Direito, que foi redimensionado e ampliado em seu horizonte de configuração para abarcar duas novas exigências, quais sejam, a de

²⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 118-120.

²⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 26.

³⁰ *Ibidem*, p. 27.

³¹ LUISI, *op. cit.*, p. . 9.

³² SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37.

ser democrático e social, marcando o abandono do absentismo estatal e a adoção, consoante abalizado escólio de Marcílio Toscano Franca Filho³³, de novos princípios a serem somados àqueles originados no movimento setecentista, quais sejam, entre outros: (i) princípio democrático, que propugna pela adoção de um sistema pluralista, representativo e participativo na senda estatal, lastreado na soberania popular; (ii) princípio dos direitos fundamentais de segunda geração, os quais consistem em um apanhado de caráter intangível dos direitos sociais, coletivos e culturais; (iii) princípio da justiça social, como realização das atividades de seguridade e assistência social e azimute da ordem econômico-social; e (iv) princípio da segurança jurídica³⁴.

É, pois, no âmago de convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e alterações nos modelos e técnicas de produção que se consolida a fase do Estado social e democrático de Direito como fase seguinte à liberal, articulando-se direitos, liberdades e garantias individuais com direitos e liberdades sociais³⁵, para assegurar a transição do modelo de justiça formal para o de justiça material. Deixa-se no passado um sistema atrelado a uma rígida legalidade formal como método de subordinação do Estado (fase liberal) e acolhe-se outro que justamente atenua essa legalidade formal para promover o progresso social, mediante a *“valoração das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos e das intenções de justiça material”*³⁶ (fase social e democrática). Trata-se de duas fases que, apesar de sucessivas, não se excluem *in totum*, podendo coexistir,

³³ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A Alemanha e o Estado de Direito: apontamentos de teoria constitucional comparada**. Revista de Informação Legislativa, ano 34, nº 133, jan./mar., 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/200>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

³⁴ Aqui entendida como cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade do Direito. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 128-132

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 50.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 23.

segundo o aclamado constitucionalista português Jorge Miranda³⁷, por duas razões: (i) a limitação do poder político continua sendo um objetivo permanente e a liberdade individual segue como o valor básico da vida coletiva, a despeito do afastamento do individualismo característico ao período setecentista; e (ii) o fundamento do poder político reside, ainda, no povo, compreendido como a unidade e totalidade dos cidadãos.

A adjetivação do Estado de Direito pelo cariz democrático representa, a seu turno, por parte daquele, a assunção do dever de ultrapassar a mera garantia dos direitos primários do homem através do controle do Poder (marca do Estado liberal), para passar a compreender a legitimação do exercício do poder pela própria participação dos destinatários da ordem política no mesmo, por intermédio do conjunto de regras composto pelos direitos políticos³⁸, mantendo em equilíbrio o sistema social³⁹. É dizer, o dogma central do Estado Democrático de Direito reside na possibilidade de o povo eleger seus governantes, os quais, uma vez eleitos, estarão limitados em seu agir pela lei⁴⁰. Nesse sentido, a Lei Fundamental brasileira de 1988 contempla, em seu artigo 14, instrumentos indiretos (voto secreto, universal, direto e com igual valor para todos) e diretos (como, por exemplo, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis) para o exercício democrático do poder político⁴¹, além dos direitos políticos em si. Dando sustentação a esse quadro, a aludida Constituição também

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 81.

³⁸ José Afonso da Silva, abordando o tema, afirma que “os direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular”. In SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 344-345.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 118.

⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127.

⁴¹ Uma análise detalhada de tais mecanismos pode ser encontrada em LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman, In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (org.). **Tratado de direito constitucional**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 861-881.

garante a efetividade desses direitos e instrumentos ao afiançar a livre formação da vontade que se vai expressar, por meio da previsão das liberdades de reunião, de imprensa, de expressão do pensamento, entre outras.

Noutro ângulo, a imposição da socialidade ao Estado de Direito traduz a exigência de correção das desigualdades geradas a partir da formação do Estado liberal, assegurando a busca pelo atendimento das necessidades materiais básicas de cada cidadão. Esse matiz social poderia revelar, em princípio, uma incompatibilidade com as cores do liberalismo clássico, em razão de retratar uma convocação dirigida ao Estado para que realize ações interventivas no seio social, em manifesta contraposição ao ideal de Estado mínimo, que nutria grande temor e desconfiança em relação a qualquer passo expansionista do poder público. No entanto, como salientado alhures, o prelúdio de crise verificado no século XX altera a dinâmica interventiva do Estado, agora compelido a atuar para corrigir ou atenuar distorções, propelindo o trato isonômico e o estímulo nos campos das relações sociais, econômicas e culturais. A Constituição, dessa forma, sob o influxo da socialidade, passa a positivizar valores que deseja sejam implementados e tutelados na maior medida possível, bem como consagra a necessidade de o Estado proteger o particular, inclusive em face de outros entes privados, identificando-se tais características, inclusive, na Lei Fundamental brasileira de 1988, que consagra⁴² *“tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação”*⁴³.

Esse novo modelo de Estado de Direito, erigido sobre as exigências da democracia e da socialidade, verificado primeiramente

⁴² Arts. 6º a 11 e 193 a 232.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 224-225.

nas constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 e adotado pela Constituição brasileira de 1988, provocou profundas mudanças no território do Direito penal⁴⁴, o qual foi largamente ampliado para entrar em consonância com inéditos vetores constitucionais positivos de persecução da justiça social/material, ao mesmo tempo em que mantinha bem delimitados seus contornos tradicionais herdados do Iluminismo. Surge, em consequência disso, um Direito penal não mais voltado apenas para valores inerentes ao indivíduo, mas, também, para as próprias relações - e valores - que este, durante sua vivência, inevitavelmente firma com seus pares, no contexto de uma estrutura socialmente organizada (“*porque o homem só existe coexistindo*”⁴⁵) e voltada para o desenvolvimento digno de todos os indivíduos nela envolvidos. Passa-se, desta forma, a um cenário de proteção a valores de índole transindividual, ao lado de valores tradicionais ligados ao ser, em uma coexistência que, embora tensa, ante a evidente contraposição entre os programas criminais do Estado liberal (eminente descriminalizante) e do Estado social (eminente interventivo), afigura-se perfeitamente possível⁴⁶. Disso deflui que a legitimidade da intervenção penal, dentro do painel do Estado social e democrático de Direito queda deslocada da mera metodologia da subsunção da lei para, além disto, uma filtragem por intermédio de “*critérios funcionais*

⁴⁴ Com muitas vantagens, é verdade, mas não sem dispêndios. Conforme anota, de modo bastante pertinente, Figueiredo Dias, sucede um “*divórcio da ciência social e da ciência jurídica, à custa desta última*”, que acaba por levar à substituição das relações entre a dogmática penal, a criminologia e a política criminal, “*por uma espécie de ligação direta de cada uma (...) ao sistema social como tal*”. Compreende-se, assim, em notável avanço, que “*a política criminal não é uma simples ciência auxiliar do direito penal e da sua dogmática, que só atuaria dentro dos limites que lhe são assinados pelas normas jurídicas aprovadas no Parlamento*”, mas que se trata de autêntica ciência autônoma, cujo objeto “*é de todo o ponto diverso do objeto da dogmática jurídico-penal*”. Isto, contudo, suplanta a “*desejável cooperação entre as ciências integrantes da antiga ‘ciência conjunta’ do direito penal*”, dando espaço a uma verdadeira “*ignorância mútua*” entre elas. In ***Direito penal***. Parte geral. Tomo I. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24-6.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. ***Manual de Direito Penal Brasileiro***. Vol. 1. Parte Geral. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 233.

⁴⁶ LUISI, Luiz. ***Os princípios constitucionais penais***. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 10.

de necessidade (e de conseqüente utilidade) social”⁴⁷ encartados na Carta Constitucional.

Resta assente, diante do que foi desenvolvido até o presente ponto, que o papel delegado ao Direito penal, enquanto instrumento imprescindível para regular a convivência humana em seus aspectos mais importantes⁴⁸, somente pode ser alcançado no interior da extensão da concepção do Estado (de Direito) em que se insere, variando sua fisionomia conforme as diversas manifestações deste⁴⁹. É certo, ainda, que a compreensão de referido papel depende, também, do “*modelo valorativo jurídico-constitucional*”⁵⁰ em que ele se traduz, o que conduz ao próximo ponto deste estudo.

1.2 O DIÁLOGO LIMITADOR ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL

As considerações tecidas no tópico anterior permitem notar a existência de complexas e imbricadas conexões estabelecidas entre o Direito constitucional e o instrumental jurídico destinado ao controle social por meio da manipulação da violência normativamente autorizada⁵¹. Zaffaroni e Pierangeli aduzem que esta íntima relação entre aludidos campos jurídicos deve ser sempre muito estreita, uma vez que a Carta Política consubstancia a “*primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia*

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30-31.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**. Parte general. 2ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 31.

⁴⁹ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 25.

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal e Estado-de-Direito Material**: sobre o método, a construção e sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*. Vol. 31. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 43.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 25-27.

*constitucional*⁵², o que leva à inevitável conclusão de que “o discurso sobre a legitimação do Direito penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição”⁵³.

Urge sublinhar, então, que o Direito penal deve atravessar um autêntico processo de filtragem constitucional, para daí extrair, a partir da posição de supremacia/hierarquia superior ostentada pelas normas constitucionais, “*seu conteúdo material e sua legitimação*”⁵⁴.

Há, assim, uma relação de cunho axiológico-normativo através da qual o sistema penal⁵⁵ encontra na Constituição seu suporte edificante, na medida em que esta dispõe acerca tanto de princípios especificamente penais como de princípios e valores constitucionais influentes em matéria criminal⁵⁶, assim como valores superiores, princípios fundamentais e direitos fundamentais que devem ser buscados e respeitados, frente aos intensos reflexos e limitações às liberdades individuais que traduzem o agir punitivo estatal⁵⁷.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 125.

⁵³ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

⁵⁴ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82.

⁵⁵ Definido como o “*controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei e que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação*”. Engloba, assim, as atividades “do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal”. In ZAFFARONI; PIERANGELI, *Op. cit.* p. 69-70.

⁵⁶ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 22.

⁵⁷ Faz-se necessário salientar, por oportuno, que não há coincidência semântica entre as expressões “Direito penal” e “poder punitivo” (“agir punitivo estatal” ou “jus puniendi”), porquanto aquele implica no apanhado de normas (lei) que, verificadas, habilitam a incidência do segundo – e, por essa razão mesma, acabam também por limitá-lo -, enquanto faceta específica de um dos poderes do Estado. O Direito penal, complexo normativo resultado da política criminal, consubstancia um programa dentro do qual deverá se situar o poder de punir estatal. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 38-60.

E tal ilação é premente, porquanto a Constituição, como rebento do movimento setecentista⁵⁸, representa a resposta aos anseios de fortalecimento das garantias individuais através da limitação ao Poder público. E, em sendo o poder punitivo um dos muitos desdobramentos deste, resulta lógica a afirmação de que somente pode intervir na vida dos cidadãos no alcance em que autorizado ou ordenado pela normativa constitucional, galgando aí seu fundamento e fronteiras materiais e formais de atuação, o que será analisado em seguida.

Tal mosaico relacional, advirta-se preliminarmente, somente se constrói e se faz entender quando devidamente cimentado sobre as bases de um Estado constitucional de Direito, entendido como aquele munido de uma Constituição rígida e dotado de um controle de constitucionalidade de leis, onde estas assumem, como elementos, a vigência e a validade – no sentido de estarem devidamente alinhadas não apenas às regras procedimentais atinentes à legiferação, mas também à substância material emanada da Constituição⁵⁹.

A esse modelo contrapõe-se o Estado puramente legal, no qual “a Constituição não passa de uma lei, mais alta que as outras, que se estabelece por um procedimento mais complexo do que o ordinário”⁶⁰, onde o Estado não mais está vinculado a um Direito superior, mas, antes, com ele se identifica, e que por esta razão mesma acaba por desvincular da lei qualquer conteúdo de justiça ou injustiça e reduzir a questão dos fundamentos e alcances desta a um simples problema de fontes e formalidades.

1.2.1 Constituição e limites formais ao Direito penal

⁵⁸ Cf. 1.1., supra.

⁵⁹ FELDENS, Luciano. A **Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 32-33.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

No tocante às limitações de feição formal, tem-se que estas podem ser identificadas pelo questionamento acerca de “como proibir”, ou seja, a forma encerrada no Direito penal para condicionar a incidência do poder punitivo do Estado.

Luiz Luisi e Francesco Palazzo, respondendo referida indagação, asseveram que a feição constitucional (formal) de um Direito penal é conferida pelos princípios de direito penal constitucional, os quais, presentes na Constituição, possuindo conteúdo típica e essencialmente penalístico, “*arginam e condicionam o poder punitivo do Estado*”⁶¹, ao inserirem a “*pessoa humana no âmago do sistema penal*”⁶² e, a partir daí, regrem a relação entre liberdade individual e Poder - em clara referência às “*normativas clássicas do Rechtsstaats*”⁶³. São normas que podem ser explícitas ou implícitas, conforme estejam enunciadas de modo expreso na Lei Fundamental ou dela sejam deduzíveis.

Nilo Batista, sistematizando os princípios em questão, diz constituírem “*um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas*”⁶⁴, sendo eles representados pela legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF/88), intervenção mínima, lesividade (art. 98, I, da CF/88), humanidade (art. 5º, III e XLVII, da CF/88) e culpabilidade (art. 5º, XLV e XLVI, da CF/88).

Todos esses princípios⁶⁵, a um só tempo, conferem limites formais à disciplina penalística, orientando a compleição externa do poder repressivo, no sentido de que este somente poderá incidir quando autorizado por lei (com as implicações daí decorrentes, como a irretroatividade da lei penal e sua taxatividade); não houver outro meio de controle social menos invasivo à liberdade individual e mais

⁶¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

⁶² PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 23.

⁶³ LUISI, *loc. cit.*

⁶⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 61.

⁶⁵ A análise pormenorizada dessas normas, porém, demanda longo fôlego e refoge aos objetivos do presente estudo.

eficiente à salvaguarda de bens ou valores de suma relevância para o cidadão e a sociedade (*ultima ratio*); quando houver lesão ou, pelo menos, perigo concreto⁶⁶ de lesão ao bem jurídico protegido; quando for possível dirigir um juízo de reprovação ao autor do fato por ter se distanciado do Direito – quando lhe era exigível agir de acordo; e quando a reação punitiva não atentar contra a dignidade da pessoa humana⁶⁷.

Os princípios penais constitucionais compõem, assim, o que se poderia chamar de moldura do poder punitivo, o qual somente existirá dentro de tais fronteiras, as quais lhe foram impostas pelos próprios cidadãos, segundo os dogmas da filosofia liberal iluminista e através de seus legítimos representantes. Toda ingerência estatal, recordando Beccaria⁶⁸, que além desses limites verta será ilegítima, sendo nefando e repudiável arbítrio, e não poder.

1.2.2 Constituição e limites materiais ao Direito penal

Quanto às limitações materiais, as quais informam a resposta à indagação referente ao “o que proibir”, estão elas representadas por valores supremos (ou superiores), princípios fundamentais e direitos

⁶⁶ Cf. GOMES, Luiz Flávio. **A Constituição Federal e os crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070214091633277_a-constituicao-federal-e-os-crimes-de-perigo-abstrato.html>. Acesso em: 27 de nov. 2012.

⁶⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21-29, 216 *et seq*; MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87, 409 *et seq*; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40 *et seq*; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Galvão da. **Direito penal**. Parte geral. 3º Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 66 *et seq*; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 139 *et seq*; BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Vol. 1. Trad. Paulo José da Costa Júnior; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 237.

⁶⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 27.

fundamentais encerrados na Carta Constitucional⁶⁹, aos quais pode-se agregar, ainda que com algumas ressalvas, os princípios constitucionais influentes em matéria criminal, entendidos, na esteira dos ensinamentos de Luiz Luisi, como verdadeiras cláusulas de incriminação⁷⁰.

Trata-se de limitações decorrentes da adoção, pelo Estado, do princípio da constitucionalidade⁷¹, que traz consigo a imposição de que o legislador deve estar vinculado à Constituição não somente por aspectos formais, mas, também, substanciais – sujeição conteudística -, ou seja, a bens de fundamental relevância para a coletividade⁷². Somente a partir deste arranjo é que será possível visualizar um horizonte constitucionalmente legítimo para o correto esboço do programa criminal do Estado, capaz de concatenar as conquistas cardeais do Estado liberal e as reivindicações do Estado social.

Os valores supremos refletem, quando tomados em bloco, opções de raiz ética e política efetuadas por Estados contemporâneos com base em uma ponderação a respeito da realidade existencial da pessoa humana que leva à consolidação de uma consciência moral⁷³. São juízos axiológicos que exprimem estados que se julga bom sejam atingidos, por motivos sociais, culturais ou econômicos. Uma vez inseridos no complexo normativo constitucional, esses valores irradiam seus efeitos por todos os ramos da ordem jurídica, fundamentando-os

⁶⁹ LAZZARON, Leonardo Fernandes. **O Direito Penal no Estado Constitucional de Direito**: da limitação à fundamentação constitucional da incriminação. 2007. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 70.

⁷⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 41 *et seq.*

⁷¹ O princípio da constitucionalidade, característico ao Estado Constitucional de Direito, possui quatro componentes, (i) vinculação do legislador à Constituição; (ii) vinculação da integralidade dos atos estatais à Constituição; (iii) reserva da Constituição; e (iv) força normativa da Constituição. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 246-248.

⁷² O tema dos bens jurídicos e sua efetiva tutela será tratado nos capítulos 2 e 3.

⁷³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. 2002. 207 f. Tese (Concurso para professor titular). Porto Alegre, 2002. p. 60.

e, conseqüentemente, ajustando-os ao seu conteúdo. A incidência do poder punitivo, regulada pelo Direito penal, fica condicionada, assim, a esses juízos axiológicos, os quais formam núcleos dos quais aquele poder não deve desbordar e tampouco descurar⁷⁴.

Os princípios fundamentais, correspondendo a princípios de caráter político e constitucional, têm como mister o delineamento e a individualização da comunidade política e do Estado, assim como o enlace entre as escolhas político-constitucionais e a síntese de todas as normas constitucionais restantes⁷⁵. Em outras palavras, os princípios constitucionais fundamentais⁷⁶, além de disciplinarem a configuração política da nação⁷⁷, representam o substrato mais básico de todas as demais normas da Constituição, estabelecendo, em moderna acepção, um estado ideal⁷⁸ de coisas a ser conservado ou promovido por intermédio dos efeitos das condutas obrigatórias e idôneas a tanto, distinguindo-se dos valores por estarem jungidos ao plano deontológico, ao tempo em que estes recolhem-se ao plano axiológico ou teleológico⁷⁹.

⁷⁴ O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 arrola alguns desses valores, dos quais cita-se, para exemplificar, a justiça, o bem-estar, o desenvolvimento e a segurança.

⁷⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93-94.

⁷⁶ Elencados no Título I da Constituição de 1988.

⁷⁷ Como, por exemplo, os princípios republicano, federativo, do Estado Democrático de Direito, da separação dos poderes, da soberania. SILVA, *loc. cit.*

⁷⁸ Princípios, por exemplo, como o da liberdade, da independência e do desenvolvimento nacional, da justiça social, da dignidade da pessoa humana e da propriedade. *Ibidem, loc. cit.*

⁷⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 78-80. Quanto à força normativa dos princípios, escreve o celebrado autor que “há princípios que se ombreiam com outros, assim como a princípios que fundam e instrumentalizam a eficácia de outros; há princípios cuja eficácia é graduável e móvel, assim como há princípios cuja eficácia é estrutural e imóvel e que não podem ter seu afastamento compensado com a promoção de outro princípio. (...) Em vez do modo de aplicação e de conflito, os critérios de diferenciação entre as espécies normativas passam a ser os seguintes: natureza da descrição normativa (...); natureza da justificação (...); natureza da contribuição (...)”. *op. cit.*, p. 130.

Assim é que o legislador, ao esboçar as fronteiras do Direito penal⁸⁰, e, por conseguinte, os intervalos da incidência e não incidência do poder punitivo, deve obrigatoriamente observar essas diretrizes principiológicas perfilhadas pela Carta Política que se espraiam por todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais, por sua vez, erigem expressivas e numerosas limitações materiais à tutela penal, pois simbolizam os mais básicos elementos necessários para o desenvolvimento de uma vida humana digna e livre, seja em relação ao indivíduo seja em relação à comunidade em que este se insere, de modo que, como assinala José Carlos Vieira de Andrade, pode-se afirmar que *“o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”*⁸¹. Tais direitos estão concentrados em uma dupla dimensão, podendo ser contemplados desde uma perspectiva subjetiva até uma perspectiva objetiva⁸².

Através da primeira ótica⁸³, os direitos fundamentais respondem por posições jurídicas subjetivas individuais, universais e permanentes⁸⁴ de proteção do indivíduo perante o Estado⁸⁵, isto é,

⁸⁰ Através de permissões, proibições ou incriminações.

⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. ***Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976***. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 108.

⁸² Essa construção bipolar dos direitos fundamentais é referida como um dos mais relevantes impulsos na seara do direito constitucional contemporâneo, pois permite a ultrapassagem de concepções atomísticas da sociedade, reconduzindo a discussão a um patamar que viria a reforçar a imperatividade dos referidos direitos no plano individual, bem como alargar e intensificar sua influência no ordenamento jurídico e na ação do poder Público. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 140; ANDRADE, José Carlos Vieira de. ***Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976***. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 109-111.

⁸³ LAZZARON assevera que os direitos fundamentais, pela ótica subjetiva, implicam em *“assegurar a autonomia do indivíduo frente ao poder estatal por meio da previsão de direitos de defesa, bem como oportunizar as condições para a independência social da pessoa, que a habilitará, por sua vez, a exercer, de forma substancial, a cidadania ativa e as liberdades civis e políticas que lhe forem conferidas”* In ***O Direito Penal no Estado Constitucional de Direito***: da limitação à fundamentação constitucional da incriminação. 2007. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 69.

⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. ***Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976***. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010., p. 126-127.

revelam o poder de o indivíduo “*exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)*”⁸⁶. Pela segunda, por outro lado, os direitos fundamentais significam um conjunto de objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos⁸⁷ que podem ser avistados por um viés axiológico (avaliação dos direitos fundamentais pelo ângulo comunitário; imposição de sua realização aos órgãos públicos; e arquétipo para a sindicância constitucional de leis e atos normativos que os ofendam) ou como mais-valia jurídica (resultado da atribuição de efeitos jurídicos autônomos aos direitos fundamentais, modulando a aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional).

Prosseguindo, não se olvide, por fim, da necessidade de circunscrever devidamente a posição dos princípios constitucionais pertinentes à matéria penal como limite material e, ao mesmo tempo, como fundamento do Direito penal. Segundo Palazzo, são princípios que “*condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística*”⁸⁸. Luiz Luisi, complementando as lições do mestre italiano, consigna ser função desses princípios informar ao legislador penal o dever de criminalizar certas condutas, com o escopo de proteger eficazmente valores transindividuais⁸⁹, ante a insuficiência da tutela oferecida por outros meios, como o administrativo, civil ou tributário, por exemplo.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 140.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.

⁸⁷ SARLET, *loc. cit.*

⁸⁸ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 23.

⁸⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

Exsurge desses princípios, como se percebe, uma ampliação expressiva, um alargamento do campo de atuação do poder punitivo, que passa a contar com novos valores a tutelar, a par daqueles inerentes ao indivíduo. Transparece, assim, o nítido intento de manejar o Direito penal na direção das correções das distorções sociais “*causadas por um individualismo exacerbado, favorecendo a homogeneização social*”⁹⁰, isto é, para dotar a sociedade de uma igualdade concreta entre seus cidadãos, mantendo intactas as heranças da Filosofia política do Iluminismo. Essa busca pela realização da justiça material se faz sentir sob a inexorável influência dos dogmas do Estado social⁹¹, que encontram eco, inclusive, na Carta Magna de 1988⁹².

Os princípios constitucionais pertinentes à matéria penal, pelo exposto acima, podem, em síntese, ser encarados sob dois aspectos: (i) como limitações materiais, uma vez que, ordenando a incriminação de condutas com o fito de salvaguardar bens de escala transindividual, articulam vinculação ao legislador, que fica adstrito ao seu conteúdo e tem coartada, desta forma, sua liberdade; e (ii) como fundamento, quando caracterizam, como já frisado, uma imposição (e daí a legitimação) do Poder Constituinte ao legislador (que delas não poderá dispor) para que criminalize certas condutas, ancorada nas exigências originárias de reprovação e dissuasão de comportamentos que violem bens transindividuais⁹³.

Sob a roupagem de fundamento, tais princípios introduzem, por seu turno, o domínio dos mandados constitucionais de penalização e seus respectivos desdobramentos, o que, em que pese se tratar de

⁹⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

⁹¹ Nesse sentido, PALAZZO, *Op. cit.* p. 25; LUISI, *Op. cit.* p. 12.

⁹² LUISI, *op. cit.*, p. 12.

⁹³ Cf. 2.3, infra.

tema extremamente profícuo e interessante, não integra os limites deste trabalho, pelo que não será examinado⁹⁴.

Pode-se afirmar, pelo acima expendido, que os diálogos existentes entre Direito penal e Direito constitucional possuem cariz axiológico-normativo, no sentido de aquele encontrar neste (i) seus parâmetros de limitação formal (por meio dos princípios penais constitucionais ou especificamente penais) e (ii) seus limites materiais (enquanto inelutavelmente relacionado à substância da Constituição, ou, melhor, enquanto necessariamente vinculado aos valores superiores, princípios fundamentais e direitos fundamentais), bem como (iii) seu fundamento (através dos mandados de incriminação decorrentes dos princípios constitucionais influentes em matéria criminal⁹⁵ - os quais podem, como já sublinhado anteriormente, apresentar-se como limitações materiais em sentido amplo).

Somente guiado por essa pauta axiológica-normativa é que poderá o legislador adentrar e legitimamente concretizar seu múnus constitucional, sem incorrer em abusos ou desmandos próprios aos Estados absolutistas ou policialescos que, hoje, sob a égide do Estado constitucional de Direito, tornariam o produto de sua atividade inconstitucional.

No entanto, a despeito de ter restado assentado que os valores supremos, princípios fundamentais, direitos fundamentais e, ainda, os princípios constitucionais influentes em matéria penal consubstanciam diretrizes materiais emergentes da Constituição para determinar a tarefa do Poder Legislativo concernente em dar o conteúdo do

⁹⁴ Uma análise detalhada do assunto em questão pode ser encontrada nos estudos de FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; SCALCON, Raquel Lima. *Mandados constitucionais (implícitos) de criminalização?* 2009. 99 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009; PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

⁹⁵ Rememorando-se, sempre, a possibilidade de se entender os mandados de incriminação como limitações de cunho material dirigidas ao legislador.

invólucro formado pelos limites formais, tem-se que tal conclusão é insuficiente.

Admitir tal quadro seria certificar ao Parlamento uma liberdade irrestrita na atividade de incriminação, franqueando-lhe o poder de aplicar o mais intrusivo dos meios de controle social em situações tais que configurariam o uso assimétrico do poder punitivo, como no caso de condutas socialmente aceitas. Em razão dessa necessidade de limitar negativamente a diagramação do exercício do *jus puniendi*, e em atenção aos princípios da ofensividade e intervenção mínima, vem à lume a doutrina do bem jurídico, a seguir examinada.

2 DOUTRINA DO BEM JURÍDICO

Cabe esclarecer, inicialmente, que o capítulo *sub examine* encontra-se desmembrado em elementos gerais da doutrina do bem jurídico e bem jurídico e Constituição de 1988, com o intuito de permitir, em fase posterior desse estudo, a devida cognição acerca do conceito de bem jurídico-penal e de como sua disposição dentro da normativa penal influencia na manutenção dos pilares desta, bem como na consecução de seus fins. Isso tornará possível verificar como sua manipulação desarrazoada pelo Poder Legislativo pode deflagrar uma crise de coerência interna capaz de comprometer a legitimidade e eficiência do Direito penal.

2.1 ELEMENTOS GERAIS

Nesta seção, serão expostos os dados mais elementares para uma devida compreensão acerca do que deve ser entendido por “bem jurídico” e de como este está disposto na Constituição Federal de 1988. Para tanto, serão expostas as raízes de tal elemento, através de uma análise histórica - que, gize-se, não segue um modelo retilíneo, mas, antes, como bem assenta Costa Andrade, expressa um percurso espiralado, repleto de tomadas e retomadas de posição⁹⁶ -, bem como de seus fundamentos, categorias e modo de disposição no interior do estatuto inaugural da ordem jurídica brasileira.

2.1.1 Histórico e fundamentos

⁹⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.

O advento da filosofia política Iluminista⁹⁷ trouxe para o âmbito do discurso jurídico-penal as ideias de contratualismo, secularização, racionalismo, individualismo e humanismo, as quais alteraram profundamente a concepção acerca do que se deveria entender por crime.

Até então, durante a fase conhecida como pré-iluminista, o ilícito penal era concebido dentro de um universo teológico/teocêntrico, orientado pela noção de pecado, com o qual se confundia. Tratava-se, assim, de nada além de uma violação à vontade divina, que funcionava como fundamento último de todo poder e de toda razão humana⁹⁸.

A separação, porém, entre Estado e Igreja, direito e moral, e o fortalecimento da razão humana, operados a partir do movimento enciclopedista do século XVIII, acarretou uma completa alteração e ruptura na relação entre Poder político e Poder religioso, em virtude do que o crime ganhou autonomia frente ao conceito de pecado. À Igreja, nessa nova mundividência, competiria (ao abrigo da moral) apenas o modo de ser do homem dentro da coletividade; ao Estado, por sua vez, caberia (ao abrigo do direito) as intervenções do homem no mundo, mas, não uma intervenção qualquer, e, sim, aquelas que encerrassem um efetivo dano à sociedade, como asseverava Beccaria⁹⁹. O crime, em sua acepção laica, era, portanto, “*o conteúdo de vontade expresso em uma ação externa e concretizado em um dano à Nação*”¹⁰⁰ proibido por lei – *mala qui prohibita*.

⁹⁷ Cf. 1.1, supra.

⁹⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 38.

⁹⁹ “*Já observamos que a verdadeira medida dos delitos é do dano causado à sociedade*”. In **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 82.

¹⁰⁰ D’ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60.

A exigência primaz de dano à sociedade, encampada no artigo 5º da Declaração Universal dos direitos do Homem e do Cidadão¹⁰¹, encontrava apoio no contratualismo, que contrapunha os direitos subjetivos de cada um aos direitos subjetivos dos demais membros da comunidade. A dinâmica entre estes direitos demarcaria os limites legais da liberdade e da sua usurpação, como demonstra o artigo 4º daquela mesma Declaração, ao consignar que *“o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”*. Tutelava-se, então, a mecânica das liberdades livremente pactuadas.

Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, notável penalista tedesco, transcenderia esse legado de Beccaria ao firmar, em 1801, o entendimento de que o poder punitivo teria sua incidência condicionada à violação de um direito subjetivo, somente indiretamente relacionável à sociedade. É dizer: para esse jurista, o delito seria uma ofensa/lesão direta a um direito subjetivo (inerente a outro indivíduo ou ao Estado), e que tal somente teria reflexos na sociedade devido ao abalo lateral causado no próprio pacto social instituído¹⁰².

O inédito, aqui, reside no redirecionamento da tutela penal do pacto social para os direitos subjetivos, construção que fornecia consistente substrato para o afastamento dos delitos contra a religião, mas desandava quando almejava explicar a proteção a bens de índole coletiva, os quais não eram reduzíveis ao patrimônio jurídico de um indivíduo determinado, como as infrações de polícia.

Outra fragilidade dessa teoria estaria no fato de considerar a ofensividade de uma conduta criminosa como sendo dirigida justamente a um direito subjetivo (incompatível, aliás, com crimes contra a religião

¹⁰¹ *“A lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade (...)”*.

¹⁰² Refere Fabio Roberto D’Ávila: *“a dimensão social do dano é trazida indiretamente e, por isso, com prejuízo de sua autonomia, para o centro de desvalor do crime, através da violação de um direito subjetivo. (...) socialmente danosa é a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato, violando direitos individuais ou do Estado como pessoa moral”*. In **Ofensividade em Direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

e a moral, por exemplo). Ora, é cediço que este não é de fato lesionado, mantendo-se incólume diante da ocorrência do crime, o que já não sucede com seu objeto, este sim atingido – como, por exemplo, a vida e o patrimônio.

Toda a construção teórica acima remonta ao período que Polaino Navarrete denomina de “*pré-história da delimitação científica do objeto de proteção jurídico-penal*”¹⁰³, pois não havia até os primeiros anos do Século das Luzes um desenvolvimento teórico em torno do que hoje se conhece por bem jurídico, mas apenas rudimentos.

Foi somente em 1834, com Birnbaum, que essa teoria ganhou seus primeiros traçados, ante o reconhecimento de que a tutela penal não buscava resguardar qualquer direito subjetivo, mas, antes, o próprio bem ou valor - pertencente ao homem - plasmado na norma penal e por ela protegido.

Para alcançar tal noção material de crime, Birnbaum partira, desde um escrito sobre a tutela da honra¹⁰⁴, de uma passagem tendencial da intersubjetividade característica à teoria dos direitos subjetivos para uma projeção objetiva daquilo que constituiria o objeto de uma ação criminosa, capaz de se manifestar no plano dos fatos e violável naturalisticamente. Refira-se, ainda, que aludido jurista não chegou a cunhar a expressão “bem jurídico”, apenas se aproximando desta com os vocábulos “*bem que nos pertence juridicamente*” e “*conceito de um bem a ser definido pela lei*”¹⁰⁵.

¹⁰³ POLAINO NAVARRETE *apud* SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43.

¹⁰⁴ O que, segundo alguns doutrinadores, evidenciaria uma contraditoriedade nas premissas de sua teoria, em razão de buscar uma acentuada materialidade no conceito de crime partindo de um bem imaterial como a honra. Por todos, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 42-47.

¹⁰⁵ “*Gut, welches uns rechtlich zusteht*” e “*Begriff durch die Gesetze zu Schützenden Guts*”. Subsiste uma diferença entre este e aquele, que fornece, inclusive, subsídios para uma melhor compreensão acerca do posicionamento de Binding – bem-do-direito x bem protegido pelo direito. In SOUZA, Paulo Vinícius

Essa concepção de Birnbaum traz consigo grandes contribuições à dogmática penal, principalmente no atinente à definição da ofensividade como uma lesão ou um pôr em perigo um bem e à conceituação e enquadramento dos crimes contra bens individuais e trans ou supra individuais, encarados, respectivamente, como “*delitos de lesão natural*” e “*delitos de lesão social*”¹⁰⁶.

As expressões empregadas por Birnbaum - para se referir ao conteúdo material do crime - são amplamente recepcionadas na doutrina, que as desenvolve e, em 1872, sob a batuta de Binding, adquirem precisa terminologia. É este penalista que, coadunado com a crescente difusão do positivismo, sentencia ser bem jurídico-penal tudo aquilo que o legislador identifica como saudável para os cidadãos e a comunidade jurídica, sendo direito tão somente aquilo que se atribui ao homem normativamente.

O bem jurídico fica estribado, assim, no espectro das escolhas político-criminais, obtendo seu fundamento a partir de uma íntima relação com o direito positivo vigente¹⁰⁷, a tal ponto que chega-se mesmo a falar em uma “congruência absoluta”¹⁰⁸ entre norma e bem objeto de tutela. Diante desse quadro, basta que se diga que o bem jurídico é criado sob os auspícios do legislador, para que daí extraia-se

Sporleder de. ***Bem jurídico-penal e engenharia genética humana***: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 50. Nota 13.

¹⁰⁶ BIRNBAUM *apud* SOUZA, *loc. cit.*

¹⁰⁷ De forma mais acabada, o bem jurídico, na acepção de Binding é, como lembra CUNHA, “*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 empenha através das normas*”. In ***Constituição e crime***: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 50-51.

¹⁰⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Bechara. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito penal atual. ***Revista Liberdades***. n. 1, mai./ago. 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/artigo1.pdf> Acesso em: 13 nov. 2012.

o conseqüência de que o pórtico para a incriminação desmedida é inaugurado diante da doutrina de Binding¹⁰⁹.

As críticas a essa teoria não tardaram a aparecer, tendo na figura de Franz Von Liszt seu expoente. Para este autor, que rechaçava veementemente o formalismo configurador da obra de Binding¹¹⁰ e adotava um viés positivista naturalístico-sociológico, os bens jurídicos eram definidos como interesses humanos ou coletivos juridicamente protegidos, cabendo à vida a produção desses e ao direito a adjetivação pelo jurídico¹¹¹ - contrapondo-se aos bens-de-direito¹¹² (criados pelo legislador).

Ou seja, Liszt considerava o bem jurídico como um conceito limite, situado entre a política criminal dogmática e a política criminal legislativo-dogmática, cabendo a esta última o encargo de procurar e pinçar da realidade os interesses do indivíduo, ou da coletividade, indispensáveis para o progresso do corpo social. Deste modo, separava o bem jurídico de sua correlata norma penal, dando os limites entre uma antijuridicidade formal e uma antijuridicidade material¹¹³; e, indo além, dotado de um pensamento teleológico, desenvolvia a acepção da

¹⁰⁹ E, curiosamente, o próprio Binding parece se dar conta disso. A propósito: “*da imposição legal não se deduz que a valoração do legislador tenha sido efetivamente correta (...). Simplesmente, quem pode traçar com segurança a fronteira entre o que é juridicamente razoável e não razoável?*”. Resta ao jurista “*a resignação (...). Por detrás da proibição e da imposição é a mais opaca das neblinas que se depara a todo aquele que pretende encontrar a antijuridicidade*”. In CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 52.

¹¹⁰ Embora com este concordasse quanto ao fato de que, sendo “*a norma o meio pelo qual se considera um bem como merecedor de tutela estatal, o Estado a tem para o exercício de uma política criminal*”. In ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção penal de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 25, 2009. p. 305-313.

¹¹¹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Vol.1. Trad. José H. D. Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. p. 93-94.

¹¹² Característicos ao conceito de Binding.

¹¹³ “*La doctrina de las normas recibió una extensión mayor y a la par fué sometida a restricciones por Franz Von Liszt, para quien la antijuridicidad material era ló contrario a la Sociedad*”. In ASUA, Luis Jiménez de. **O Criminalista**. Vol. 5. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1942-1947. p. 212.

necessidade de tutela penal¹¹⁴ - critério tão caro à política criminal legislativo-dogmática.

Apesar disso, tal teoria não conseguiu fundamentar a incidência do poder punitivo fora dos desígnios do Estado, “*tendo em vista que caberia a este, tão somente pelo ato incriminador, mediar o interesse social*”¹¹⁵.

Veja-se, no ponto, por oportuno, que não há confundir as teorias de Liszt e de Birnbaum. Enquanto este desenvolvia a noção de bem a ser juridicamente protegido desde uma perspectiva interna da norma – bem como objeto do direito subjetivo -, aquele reconhece que os bens são anteriores à norma, que através das mãos do legislador os tutela – daí a adjetivação pelo “jurídico”¹¹⁶. Uma se desenvolve a partir do direito, outra previamente a este.

Sob o renovado influxo da filosofia dos valores de Kant verificado na Escola de Baden (Honig, Grünhut, Schwinge, Zimmerl e Menzger), no entanto, o progresso até aqui verificado na teoria dos bens jurídicos é interrompido.

O recurso ao dualismo metodológico e ao relativismo, assentados na premissa da impossibilidade de fazer derivar o dever ser do ser, faz confundir o fim da norma penal com o próprio objeto de tutela penal. Isto é, o Direito, enquanto ciência do espírito composta por valores, somente poderia derivar seus conceitos igualmente de valores, não da

¹¹⁴ “*Deve-se recorrer com a pena naqueles casos em que certos bens jurídicos necessitam proteção contra determinadas perturbações, e recorre-se a ela na forma e grau necessários para a proteção destes bens jurídicos contra estes delitos*”. In LISZT *apud* SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004., p. 64.

¹¹⁵ RODRIGUES, Sávio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais: em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1512>> Acesso em: 1 nov. 2012.

¹¹⁶ “*(...) 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 (...)*”. In FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 375.

natureza (ser) ¹¹⁷. O bem jurídico, desta forma, constituindo categoria valorativa do direito, deveria angariar seus fundamentos em outro valor, inviabilizando qualquer pretensão de conferir concretude ao injusto.

A resposta ao problema apresentado foi assimilar o bem jurídico à interpretação teleológica do tipo ^{118 119}, afeiçoando-o a um apanhado de valores ético-sociais, conforme salienta Juarez Tavares ¹²⁰. Disso defluiu que os interesses ou valores albergados pela norma penal somente existiriam no plano real como expressão do fim por esta buscado ¹²¹, o que eliminava o potencial do bem jurídico como elemento de legitimação da incriminação e a possibilidade de verificação concreta da ofensividade (limitação).

A mera contrariedade à norma era suficiente para caracterizar o delito, que, desde um ponto de vista neoclássico ¹²², passa a ser visualizado, na definição de Luiz Flávio Gomes, “(a) pela violação de um dever, ou (b) pelo desvalor de uma intenção interior, ou (c) pelo

¹¹⁷ Cf. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 13-24.

¹¹⁸ Richard Honig, a quem é atribuído o primeiro estudo acerca dessa concepção metodológica, define o bem jurídico como a “*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. (...) É o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve*”. In CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 65.

¹¹⁹ Bem jurídico como “*fórmulas interpretativas dos tipos*”. In DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.

¹²⁰ In **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 177-178.

¹²¹ “*Os singulares objetos de tutela não existem como tais, só ganhando vida no momento em que os valores da coletividade expressam-se para nós como objeto do fim das disposições penais*”. In HONIG *apud* SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 67. O bem jurídico é “*um produto da reflexão especificamente jurídica. Isto é: os objetos da tutela não existem enquanto tais, só ganham vida no momento em que nós considerarmos os valores da comunidade como objeto do escopo das disposições*”. HONIG *apud* CUNHA. *op. cit.*, p. 66.

¹²² “*Las categorías formales ya elaboradas anteriormente de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad fueron rellenas con contenidos valorativos, dando lugar a lo que se há dado em llamar la teoría neoclásica del delito*”. In MUÑOZ CONDE, Francisco. **Política criminal y dogmática jurídico-penal em La República de Weimar**. Disponível em: < <http://www.juareztavares.com/textos/Munozconde.pdf> > Acesso em: 1 nov. 2012.

rompimento da fidelidade do sujeito ou, ainda, (d) pela violação de um valor cultural”¹²³.

O epítome dessa conjuntura, localizada nas duas primeiras décadas do século XX, é funesto: fazendo coincidir o bem jurídico com a finalidade do legislador (e, por óbvio, com os seus interesses), o Direito penal abria-se às ideologias políticas¹²⁴, sendo por elas instrumentalizado para atingir fins alheios à ciência e servir ao poder¹²⁵, como bem demonstra Schwinge, ao escrever que “*a moderna teoria do bem jurídico serve à orientação do direito em direção ao conceito de comunidade e à compenetração do ordenamento jurídico com o espírito do nacional socialismo*”¹²⁶. Desnecessário explicitar os nefastos desdobramentos de tal construção no cenário da ideologia nazista¹²⁷.

Às agruras das duas guerras mundiais¹²⁸ seguem-se formulações doutrinárias que buscam resgatar, reconstruir e identificar com situações objetivas e interesses de fato o conceito de bem jurídico¹²⁹.

¹²³ GOMES *apud* ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção penal de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 25, 2009. p. 305-313.

¹²⁴ “*Esta acepção 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 180 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’ (...)*”. In FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 375.

¹²⁵ A Escola de Kiel, representada principalmente por Schaffstein e Dahm, acaba por conceber um direito penal do autor, fundado em sentimentos como dever e traição. Cf. BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 132-134.

¹²⁶ SCHWINGE-ZIMMERL *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 70.

¹²⁷ SCALCON, Raquel Lima. **Mandados constitucionais (implícitos) de criminalização?** 2009. 99 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 34.

¹²⁸ Sem esquecer-se das contribuições dadas, naquele período, por Hans Welzel, que, relativizando o valor do ato frente ao seu valor material e colocando a função do Direito penal nos rumos de uma proteção e estabilidade a valores ético-sociais,

As teorias sociológicas, nesse sentido, adquirem relevante importância, encontrando peculiar expressão em Knut Amelung, para quem, valendo-se de uma concepção sistêmica e do resgate da ótica iluminista, o bem jurídico ocuparia posição central na função assumida pelo Direito penal de proteger o sistema social de danos (sociais) que viessem a comprometer seu funcionamento e existência (disfuncionalidade sistêmica)¹³⁰. O bem jurídico coincidiria, como pontua Luisi, com “*funções necessárias para a conservação do sistema social*”¹³¹.

Rolf Calliess e, ainda, Santiago Mir Puig, seguem nesse mesmo sentido. O primeiro “*insere o conceito de bem jurídico dentro de uma estrutura social de interação (...)*”¹³², de modo que a coerção penal passa a servir ao propósito de ampliar o horizonte de participação social. O segundo, por sua vez, capta o bem jurídico como uma condição para o desenvolvimento do sistema social e fomento à interação social¹³³.

A despeito dos esforços envidados por todos os teóricos acima elencados, não se conseguiu cumprir, simultaneamente¹³⁴, o desiderato

concebe a teoria finalista - não isenta de críticas, por certo. In PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 42-43.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. **Ciencias penales**, San Jose, n. 5, mar./jun. 1992. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf> Acesso em: 15 out. 2012.

¹³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 46.

¹³¹ LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista CEJ**, v.2, nº 4, jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/138/226>> Acesso em: 27 out. 2012. Para Jakobs, a norma seria o bem.

¹³² ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção penal de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 25, 2009. p. 305-313.

¹³³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 38.

¹³⁴ O conceito de bem jurídico deve ostentar, hoje, “*conteúdo material, uma certa ‘corporização’ (deve ser, nesta acepção, ‘substanciável’), para que possa arvorar-se em indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito. Ele deve servir, em segundo lugar, como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério*

de conceber um conceito material de crime, através da definição do que se deveria entender por bem jurídico, e desenvolver um modelo hábil a limitar e legitimar o poder criminalizador, tampouco capaz de fazê-lo deixar-se penetrar pelas “*reformas penais que se sentiam como urgentes*”¹³⁵.

A essa série de fracassos a Constituição¹³⁶ irrompe como adequado revide. E não sem razão: enquanto expressão suprema, imediata e espaço-temporalmente determinada dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, dos princípios fundamentais constitucionais e políticos e dos direitos e garantias fundamentais; e enquanto estatuto fundante (pacto social) de toda a organização estadual¹³⁷, a Constituição sujeita às suas normas todos os poderes e funções do Estado, vinculando-os juridicamente não apenas formalmente, mas, também, e principalmente, materialmente¹³⁸.

A Lei Fundamental, por consectário, além de conferir seguros critérios para legitimar e limitar a atuação político-criminal legislativo-dogmática, é capaz de oferecer, ainda, um conceito material de injusto, ao mesmo tempo em que possibilita a renovação de seus valores e a consonância com a evolução da sociedade, através de sua abertura constitucional.

*legitimador do processo de criminalização e de descriminalização; nesta acepção, pois, ele só pode surgir, não como imanente ao sistema normativo jurídico-penal e dele resultante, mas antes como noção transcendente – e neste sentido trans=sistemática – relativamente àquele. Ele deve finalmente ser político-criminalmente orientado e nesta medida, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional. O problema é determinar de que forma pode o conceito obedecer a todas estas exigências e, do mesmo passo, lograr a materialidade e a concreção indispensáveis para que se torne utilizável na tarefa prática de aplicação do direito penal”. In DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116-117.*

¹³⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 72.

¹³⁶ Situada, repise-se, no contexto de um Estado constitucional de Direito, onde o processo de alteração de dispositivos constitucionais apresenta maior rigor do que o previsto para leis ordinárias e há controle de constitucionalidade.

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 509-514.

¹³⁸ Cf. 1.2, supra.

Noutros termos, a Constituição não se limita a minimizar as diferenças de um pluralismo ideológico e a concretizar o conceito de bem jurídico, senão que orienta e limita, com força vinculante (eis que anterior), o poder punitivo estatal¹³⁹.

O bem jurídico, nesse quadro, compreende primeiro a valoração da realidade aos olhos do poder constituinte e, depois, aos olhos do legislador ordinário, formando, com isso, uma ordem axiológica análoga àquela estabelecida no estatuto inaugural da ordem jurídica¹⁴⁰.

Dentro dessa perspectiva, a chamada teoria constitucional do objeto de tutela penal fraciona-se em três vertentes, denominadas (i) teoria constitucional estrita do objeto de tutela penal, (ii) teoria constitucional ampla do objeto de tutela penal e (iii) teoria constitucional eclética ou mista do objeto de tutela penal¹⁴¹.

Para a teoria constitucional estrita, de grande recepção em Itália e Portugal, haveria não apenas uma relação de analogia material entre a ordem axiológica de bens jurídicos e a ordem axiológica constitucional, senão que uma real congruência, isto é, a Constituição funcionaria como uma espécie de cardápio cerrado e estacionário de bens jurídicos relevantes - anteriores ao Direito penal - aptos a receberem a tutela penal, exurgindo daí, ainda, a possibilidade de se estruturar uma hierarquia de valores¹⁴², tudo em consonância com o caráter fragmentário que deve guiar a incidência do poder punitivo.

¹³⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 112.

¹⁴⁰ DIAS *apud* CUNHA, *op. cit.*, p. 114.

¹⁴¹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 80-93.

¹⁴² “Ora bem, na Itália e na Espanha parece particularmente viva a tendência a ‘jurisdicizar’ – por assim dizer – o bem objeto da tutela, que é concebido, obviamente, como um pré-dado relativo à norma penal, mas deduzido diretamente da Constituição, instrumento capaz de ofertar um catálogo dos bens merecedores de tutela e de também estabelecer uma hierarquia de valores”. In PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 84-85.

Em face disso, poderia-se objetar de um suposto anacronismo por parte do Direito penal, ante a sua compleição hermética imanente aos valores constitucionais. A obrigação de cingir-se somente a estes valores o faria dissociar-se da realidade que pretende ordenar.

No entanto, reage a doutrina afirmando que tais valores constitucionais não seriam somente aqueles expressamente previstos na Constituição, mas, também, aqueles deduzíveis do conjunto de preceitos constitucionais (e do caráter historicamente condicionado da Constituição¹⁴³) ou que guardassem instrumentalidade em relação a um valor explícito¹⁴⁴. Isto permitiria a atualização dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, abarcando novos valores e formas de ataque.

Para essa teoria, assim, para que um valor seja penalmente tutelado, não basta que não vá de encontro ao que dispõe a Lei Fundamental, mas, isto sim, que nela esteja explícita ou implicitamente previsto¹⁴⁵, ou que esteja, ao menos, inserido em uma relação de pressuposição necessária a um valor expressamente consagrado.

O grau de vinculação do legislador, aqui, é elevado (embora mitigado pelos valores implícitos e pressupostos), e o espaço para a política criminal é reduzido (diante da positivação, na Carta Magna, do que deve vir a ser criminalizado). Como consequência, normas penais que se situem além dos limites do ordenamento axiológico constitucional devem ser declaradas inconstitucionais, bem como todos

¹⁴³ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 4, n. 2, abr./jun. 1994. p. 168.

¹⁴⁴ “Serão valores constitucionais implícitos aqueles que, não estando expressamente previstos na Constituição, fazem parte do seu espírito, deduzem-se do conjunto dos seus preceitos (...). 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”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 193-194.

¹⁴⁵ “As teorias constitucionais estritas (...) orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não) (...)”. In PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 53.

os delitos existentes que com referida ordem não se alinhem devem ser despenalizados¹⁴⁶.

A teoria constitucional ampla, a seu turno, adotada pela maior parte da doutrina alemã, diferentemente do que propugna a teoria estrita, “*não exige uma correspondência exata entre bem jurídico-penal e Constituição, mas sim uma adaptação interpretativa genérica entre ambos (...), porque a Constituição não consiste num sistema cerrado senão um sistema flexível*”¹⁴⁷. O conteúdo do bem jurídico é, assim, extraído de princípios político-constitucionais¹⁴⁸. Exige-se, aqui, tão somente que o valor a que se pretende tutelar penalmente não esteja em fluxo contrário à ordem axiológica constitucional, que não constitui um cercado com limites bem demarcados, mas, antes, como bem define Francesco C. Palazzo¹⁴⁹, um verdadeiro “*pano de fundo*” diante do qual deve a tarefa legislativa se desenvolver.

O liame de vinculação do legislador, nesse caso, é fácil perceber, resulta largamente dissociado, porquanto o quadro de referências constitucionais não espelha perfeitamente a ordem axiológica de bens jurídicos, garantindo-se à moderna política criminal amplo campo de atuação, observados os princípios derivados da adoção de um Estado de Direito, como os da proporcionalidade entre a sanção criminal e o injusto, da tolerância e do pluralismo, os quais buscam racionalmente guiar a incidência do poder punitivo “*a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir (...) os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico*”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 85.

¹⁴⁷ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 89.

¹⁴⁸ SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 83.

¹⁴⁹ PALAZZO, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 87.

Por derradeiro, a teoria constitucional eclética do objeto de tutela penal sustenta a indissociabilidade das teorias ampla e estrita, as quais seriam, em verdade, complementares, e não contrapostas. Aqui, o bem jurídico não encontra-se arrimado em uma moldura rígida de valores constitucionais (embora ainda deva ser implícita ou explicitamente constitucionalmente relevante) ou em uma fina ligação com “*princípios gerais, englobantes da unidade de sentido constitucional*”¹⁵¹.

O bem jurídico, nessa teoria mista, deve, sim, manter sua ligação com a ordem axiológica constitucional, mas não de forma inteiramente congruente, devendo estar direcionado pelo instrumental da política-criminal, alinhando às finalidades constitucionais as finalidades penais. Jorge de Figueiredo Dias, abraçando a presente teoria, assenta que entre a ordem axiológica constitucional e a ordem axiológica jurídico-penal deve verificar-se não uma relação de identidade (teoria estrita) ou cobertura (teoria ampla), mas “*de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins*”¹⁵².

A Constituição, assim, cumpre a função de oferecer o complexo universo valorativo essencial à comunidade a respeito do qual caberá deliberar o legislador ordinário acerca daquelas condutas que devem ou não, à luz do programa político-criminal adotado, receber a tutela jurídico-penal, para que se pavimente o caminho do progresso do corpo social. Em razão desse processo dialético entre Constituição e legislador penal, sob o qual repousam as finalidades e valores constitucionais e as finalidades e valores político-criminais, Paulo Vinícius Sporleder de Souza, adotando a teoria constitucional mista, afirma, em acertada e irretocável análise metafórica, que, enquanto o legislador ordinário determina “*o regulamento do jogo*”, a Constituição

¹⁵¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 129.

¹⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. CCoimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 48.

“*delimita o campo de jogo*”¹⁵³, isto é, esta oferece os valores a serem protegidos e aquele determina o se e o como proteger.

Independentemente da teoria constitucionalista que se adote, o importante, ao cabo dessa sucinta e superficial explanação, é salientar que, atualmente, frente ao processo de constitucionalização dos bens jurídico-penais, a Constituição se consolida como paradigma obrigatório dos bens aos quais compete o Direito penal proteger. É nela que o legislador, potencial inimigo das liberdades¹⁵⁴, irá encontrar “*as valorações criadoras dos bens jurídicos*”¹⁵⁵.

Calha sublinhar, por oportuno, que, consoante escólio de Jorge de Figueiredo Dias, ainda hoje não foi possível alcançar o conceito definitivo de bem jurídico, havendo consenso apenas no tocante ao seu núcleo essencial. Em razão disso, pontua o nobre mestre português ser bem jurídico “*a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”¹⁵⁶. É com base nessa definição que o presente trabalho se desenvolve.

Por derradeiro, a síntese histórica traçada acima, bem como o conceito essencial fornecido por Figueiredo Dias permitem sistematizar o bem jurídico em torno de quatro funções¹⁵⁷ por ele cumpridas, a saber, (i) função de garantia, através da qual o bem jurídico labora para limitar materialmente o legislador penal em sua atividade de incriminação, restringindo a edição de normas penais àqueles casos

¹⁵³ In ***Bem jurídico-penal e engenharia genética humana***: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 93.

¹⁵⁴ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. ***Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976***. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 207.

¹⁵⁵ LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. ***Revista CEJ***, v.2, nº 4, jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/138/226>> Acesso em: 27 out. 2012.

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. ***Direito penal***. Parte geral. Tomo I. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.

¹⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. ***Bem jurídico-penal e constituição***. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48-49.

nos quais seja constatada lesão ou perigo de lesão a genuínos bens jurídicos; (ii) função teleológica, a qual busca permitir ao intérprete a completa apreensão do sentido e alcance da norma penal; (iii) função individualizadora, principalmente direcionada ao magistrado, em sua atividade de dosimetria, onde deverá avaliar a extensão dos danos ao bem jurídico lesionado ou posto em perigo; e (iv) função sistemática, por meio da qual permite-se uma organização lógica dos tipos penais na Parte Especial do Código Penal, variando de acordo com o bem jurídico tutelado. Alguns autores inserem, também, uma quinta função, de cunho processual, cuja aplicação seria restrita à definição de competência¹⁵⁸.

2.1.2 Dinâmica de bens jurídicos

A evolução do Estado liberal para o Estado social, esboçada logo nas primeiras décadas do século XX e consolidada no pós-2ª Guerra Mundial, trouxe, como visto na parte inicial deste estudo, uma alteração na perspectiva da atuação do Estado, que passou de mero garantidor de uma ordem de liberdades individuais (dimensão negativa) – onde o poder estatal somente haveria de incidir na medida da violação do pacto social e com o escopo de reforçá-lo – para eminentemente¹⁵⁹ promotor de direitos fundamentais (dimensão positiva) – onde o poder do Estado era chamado a atuar para corrigir distorções sociais e injustiças históricas, promovendo o bem-estar social.

Passou-se, assim, ao Estado Providência, e, com ele, veio o reconhecimento de que os homens são, conforme artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, titulares de

¹⁵⁸ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 238.

¹⁵⁹ Naturalmente, o Estado Social não é caracterizado tão somente pela atribuição de direitos prestacionais aos cidadãos, mas, ainda, de direitos de liberdade social, coletiva, como liberdade de sindicalização e greve, por exemplo.

“direitos econômicos, sociais e culturais”¹⁶⁰, causando alterações no próprio modo de conceber a atuação do poder punitivo, agora chamado a tutelar esses novos direitos, tidos como de segunda geração, a par dos já conquistados direitos de liberdade ou direitos de defesa.

Por sua vez, o vertiginoso desenvolvimento sócio-tecnocientífico verificado no bojo do acelerado e irrefreável processo de globalização deflagrado a partir das últimas décadas do século passado acabou por produzir um estreitamento nos laços da Humanidade e a instauração de uma sociedade marcada pelo convívio com o risco. A proliferação de danos causados por novas tecnologias a bens fundamentais do homem transformaram o homem moderno em um homem mais consciente acerca dos impactos e desdobramentos futuros de suas ações em outros indivíduos e coletividades, não somente em nível local ou regional, mas global.

Fortaleceu-se, desse modo, o sentimento de solidariedade, originado na compreensão de que o perfeito desenvolvimento da pessoa humana requer esforços mútuos e integrados entre os cidadãos e os Estados. A partir disso, floresceram os direitos de terceira geração, os quais vieram a integrar o rol já composto pelos de primeira e segunda geração, perfectibilizando, em torno da dignidade humana, a tríade direitos de liberdade, igualdade e fraternidade¹⁶¹.

Todos esses direitos acima elencados compõem um quadro de importância primeira, pois retratam condições das quais não pode o homem prescindir na sua jornada de autorrealização e livre e digno desenvolvimento pessoal. E é por essa razão que essas condições,

¹⁶⁰ Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, artigo XXII, XXIII, XXIV, XXV XXVI e XXVII. Vide, ainda, o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, firmado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966.

¹⁶¹ “Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensão (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões”. In SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 56.

tendo em vista que a sociedade frustra e, ao mesmo tempo, satisfaz as necessidades humanas¹⁶², devem ser garantidas pelo fenômeno social do direito, que as transforma em genuínos bens jurídicos, os quais podem ser individuais ou transindividuais (ou supra-individuais).

2.1.2.1 Bens jurídicos individuais

O conjunto dos bens jurídicos individuais é composto por bens reconduzíveis a um portador determinado, individualizado, singular¹⁶³ e que podem ser fruídos egoisticamente, tanto por uma pessoa física quanto por uma pessoa jurídica¹⁶⁴.

São bens que encontram raízes no produto do prosperar da filosofia política iluminista setecentista, isto é, nos direitos de primeira geração, posteriormente complementados pelo leque das liberdades e dos direitos políticos¹⁶⁵: vida, liberdade, propriedade, igualdade, liberdade de expressão, imprensa, reunião, associação, capacidade de votar e ser votado, entre outros.

2.1.2.2 Bens jurídicos transindividuais

Diversamente do que sucede na seara dos bens individuais, os bens transindividuais não podem, por sua natureza, ser reduzidos à esfera de fruição de um único indivíduo. Muito pelo contrário, “*podem*

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**. Parte general. 2ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 58-59.

¹⁶³ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 239.

¹⁶⁴ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 316.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 48-49.

*ser gozados por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo*¹⁶⁶.

São bens que encontram-se cindidos em institucionais ou estatais¹⁶⁷, como administração da justiça, fé pública, administração pública; coletivos, como a paz pública e a saúde pública; e difusos, como o meio ambiente e as relações de consumo.

2.1.2.3 Titularidade dos bens jurídicos

Conquanto referíveis, em última análise, ao homem, a doutrina não é unânime quanto à posição de titularidade desses bens jurídicos, por vezes guindando a tal posição o indivíduo, o Estado e a coletividade, e, em outras, até mesmo, o meio ambiente¹⁶⁸. Deste modo, dois grandes ramos teóricos surgiram para tentar solucionar a questão: um alinhado às teorias monistas e outro à teoria dualista¹⁶⁹.

As teorias monistas orbitam em torno da finalidade do direito, que pode ser tanto o indivíduo quanto a coletividade ou o Estado, para determinar a titularidade dos bens jurídicos. Dividem-se, assim, as teorias monistas pessoal e não-pessoal.

A primeira, também conhecida por personalista, está alicerçada no paradigma antropocêntrico do Estado liberal¹⁷⁰, isto é, o homem é a fonte, o titular e o fim de todos os direitos. Em virtude disso, entende-se que todos os bens jurídicos, mesmo os transindividuais (ou supra-individuais), derivam e servem aos interesses humanos, e, como tal,

¹⁶⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. ***Bem jurídico-penal e engenharia genética humana***: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 317.

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge. ***Teoria do Estado e da Constituição***. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 250-252.

¹⁶⁸ SOUZA, *op. cit.*, p. 305-315.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 289.

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. ***Temas básicos da doutrina penal***. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 174.

são imediatamente titularizados pelo homem, e somente indiretamente pela coletividade e o Estado¹⁷¹.

Já a segunda - a teoria monista não-pessoal -, inverte essa perspectiva, asseverando que o homem somente existe para o direito enquanto membro de uma comunidade, fato que conduziria à conclusão de que apenas os interesses que servem ao funcionamento e preservação dessa organização social seriam recepcionados pelo direito, não restando espaço qualquer para a titularidade de bens individuais diretamente por parte do indivíduo.

A teoria dualista, por outro lado, colocando-se em posição intermediária entre as teorias monistas, admite a coexistência entre bens individuais - inerentes ao homem, atomisticamente considerado - e transindividuais - pertencentes à coletividade, ao Estado ou difusos -, formando duas esferas desvinculadas entre si, uma individual e outra social¹⁷², situadas no “*mesmo nível de exigência tutelar autônoma*”¹⁷³. É dizer: pela presente teoria, os bens jurídicos não estão direcionados unicamente em favor do indivíduo ou da coletividade, Estado ou grupo indeterminado de pessoas, mas, sim, separados, desconectados de qualquer pretensa hierarquia de tutela, embora guardando uma lógica relação de complementariedade.

Ainda no bojo da teoria dualista, exsurge possível classificar os bens jurídicos, quer sejam individuais quer sejam transindividuais, em pessoais ou impessoais. Serão individuais e pessoais quando oriundos do núcleo mais essencial da pessoa, isto é, quando atinentes à sua existência, ocasião na qual flertarão, inclusive, com os direitos de personalidade. Trata-se de bens que são pressupostos para o

¹⁷¹ Aqui, a existência simultânea de bens individuais e bens transindividuais (ou supra-individuais) possibilitaria erigir uma escala hierárquica, na qual estes estariam logo abaixo daqueles. In SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 289.

¹⁷² *Ibidem*, p. 295-297.

¹⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 175.

desenvolvimento de uma vida social¹⁷⁴. Em um rol não exaustivo, pode-se citar, como exemplo, a vida, integridade física e psíquica, liberdade sexual e a honra. Serão, por outro lado, bens impessoais quando versarem sobre as relações que o ser humano tem com o universo exterior, mas sobre as quais este mantém seu poder de fruição. Fala-se, aqui, de bens que constituem pressupostos materiais para a existência humana¹⁷⁵, como, *exempli gratia*, a correspondência, patrimônio e o domicílio. Em resumo, bens individuais pessoais tocam a pessoa enquanto ela “é”, ao passo que os bens individuais impessoais dizem respeito ao que ela “tem”¹⁷⁶.

Bens transindividuais de matiz pessoal são, de outra banda, bens que “*dizem respeito ao ser humano como um todo indivisível, considerando-o de forma coletiva e comunitária*”¹⁷⁷. Naturalmente, aqui, a afinidade diz com os bens jurídicos coletivos, dos quais são exemplos a paz pública e a saúde pública.

No outro extremo situam-se os bens transindividuais impessoais, que não são compostos pela nota essencial dos homens coletivamente dispostos, mas sim pela relação que este grupo social mantém com o mundo exterior, pelo que se harmonizam com bens jurídicos transindividuais institucionais e difusos. A guisa de exemplo, sublinha-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ordem econômica, a administração pública e o sistema financeiro.

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**. Parte general. 2ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 59.

¹⁷⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷⁶ Trata-se, em síntese, de bens que assentam sobre a possibilidade “*de a pessoa poder ser lesada no seu centro, naquilo que ela é, quer-se dizer, quando as lesões atingem seu corpo, a sua liberdade, e a sua honra; ou por outro lado, na sua periferia, naquilo que ela tem, quando a lesão diz respeito às suas relações com o mundo exterior, isto é, as suas relações com as coisas, com as outras pessoas e com os bens imateriais*”. CAPELO DE SOUSA *apud* SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 317.

¹⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

2.2 BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO DE 1988

Convém, nesse momento, averiguar, ainda que sucintamente, a dinâmica de bens jurídicos no seio da Lei Fundamental brasileira, o que permitirá estabelecer um painel geral a respeito de como esses bens estão dispostos na ordem jurídica nacional e de como a impactam.

Como salientado na abertura deste estudo, o Estado brasileiro alinhou-se ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito, derivando tal constatação da leitura direta e integral do artigo 1º da Carta Política de 1988¹⁷⁸.

As consequências de tal perfilamento para o Direito penal, isto é, da assunção simultânea de compromissos de índole social e liberal, disseminam-se ao longo de todo o texto constitucional, no qual é possível constatar a presença de princípios penais constitucionais e princípios constitucionais influentes em matéria criminal, isto é, de princípios que buscam fortalecer a posição do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado e de princípios que convocam esse mesmo poder à criminalização. A atividade legislativa, nesse contexto, ganha novos contornos, adequados a um paradigma de justiça material e atento às liberdades individuais¹⁷⁹.

Note-se, nesse sentido, que a Constituição consagra os princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX), intervenção mínima, lesividade (art. 98, I), humanidade (art. 5º, III e XLVII) e culpabilidade (art. 5º, XLV e XLVI), todos pertinentes à base da dogmática penal, bem como inúmeros outros direitos e garantias individuais (liberdades negativas)

¹⁷⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁷⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>> Acesso em: 14 out. 2012.

que consolidam a posição do indivíduo no universo jurídico brasileiro, dos quais destacam-se, ainda, o direito à vida (art. 5º, *caput*), à integridade física (art. 5º, III), à propriedade (art. 5º, *caput*), à liberdade de pensamento (art. 5º, IV) e à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI).

Conjuntamente, oferece a Lei Maior guarida aos direitos sociais, ao prever, principalmente em seu artigo 6º, *caput*, os direitos à saúde, ao trabalho, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, assim como a educação, a cultura e o lazer. Incorpora, outrossim, na mesma linha, imperativos de tutela - ou, noutros termos, cláusulas expressas de criminalização¹⁸⁰ -, os quais sinalizam, para o legislador, o dever de proteção penal àqueles bens de caráter transindividual de importância ímpar na busca pela erradicação das desigualdades que ensejaram a transmutação da mera justiça formal à desejada justiça material.

É dizer: a Constituição, mesmo já prevendo direitos sociais, consagra mandados de penalização para garantir a incolumidade e o gozo efetivo de tais direitos por toda a sociedade. É o caso, por exemplo, da retenção dolosa de salário do trabalhador (art. 7º, X), do abuso, violência ou exploração sexual de criança ou adolescente (art. 227, §4º), a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV) e o racismo (art. 5º, XLII).

Noutro ângulo, atendendo às peculiaridades de uma sociedade de risco, imbuída cada vez mais de uma potencialidade lesiva ao desenvolvimento da personalidade humana, findou a Constituição por

¹⁸⁰ Vide, v.g., artigos 5º, XLII, XLIII e XLIV, 225, §3º, e 227, §4º: “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”; “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”; e “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”; “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”; e “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

disciplinar direitos de caráter difuso, isto é, direitos pertencentes “a todas as formações sociais”¹⁸¹, a todos e à ninguém. Exemplos clássicos desses direitos são aqueles concernentes ao consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V) e ao meio ambiente equilibrado (art. 225, *caput*), este último, inclusive, protegido por uma cláusula de criminalização (art. 225, §3º).

Diante dessa breve exposição, fácil inferir que a Carta Política de 1988 consagra uma dinâmica de bens jurídicos conformada por numerosos bens jurídicos de jaez individual e transindividual. Há extensas partes - capítulos e títulos - do texto constitucional dedicadas aos bens jurídicos individuais e, do mesmo modo, aos bens jurídicos transindividuais, alguns dos quais, repise-se, possuem tamanha importância e autonomia que têm sua dignidade penal chancelada pelo próprio constituinte, através dos mandados de penalização, muito embora sejam todos referíveis, em última análise, ao homem¹⁸², em virtude da adoção do princípio da dignidade humana, como fundamento mais básico da República brasileira (art. 1º, III, CF/88).

Percebe-se, assim, que a ordem axiológica constitucional brasileira apresenta semblante característico à teoria monista pessoal do bem jurídico¹⁸³ e ultrapassa a mera proteção negativa contra abusos praticados pelo Estado (herança iluminista), para arrogar a defesa

¹⁸¹ STF, MS n. 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995.

¹⁸² Cf., por exemplo, o art. 225, *caput*, que informa que “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

¹⁸³ “*Por último, entendo que não deve haver dúvida sobre o fato de que, do modelo constitucional brasileiro, é possível extrair um novo perfil para o direito penal e processual penal. E isto é facilmente detectável pelos seguintes aspectos: a) o primeiro, refere-se às necessidades sociais de proteção de determinados bens e valores; b) o segundo, referente ao rol de bens com relevância constitucional e as indicações formais criminalizadoras presentes na Carta Magna; c) o terceiro, relativo à legislação produzida após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e a sua adequação ao projeto constitucional*”. STRECK, Lênio Luiz. **princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em: 27 out. 2012.

conjunta das três dimensões de direitos fundamentais. Protege a Constituição, como bem assevera Lênio Luiz Streck, “*o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo*”¹⁸⁴.

Extraí-se dessas considerações, também, ser evidente a intensa relação que compartilham a Constituição e o Direito penal pátrios, o que fica claro quando, como bem assevera Luciano Feldens, aquela vale-se “*por quase uma centena de vezes (...) de expressões que dizem diretamente com o Direito penal*”¹⁸⁵.

Isso conduz à afirmação constitucional da dicotomia entre imposição de criminalização versus garantias ao não intervencionismo, fruto do entrelaçamento dos direitos individuais, oriundos do Estado liberal, e dos direitos sociais, provenientes do Estado social, o que culmina por estabelecer uma zona de penumbra, intermediária entre a completa necessidade de o legislador penal esgotar na Constituição seu múnus – tal qual se verifica em Portugal, que conta com disposição expressa na Constituição (art. 18, inciso 2º¹⁸⁶) - e a de nela buscar, por meio de princípios político-constitucionais, somente um pano de fundo para sua atividade.

Por conseqüência, diante da impossibilidade (e desarrazoabilidade) de tolher-se por completo ou desembaraçar-se irresponsavelmente a liberdade político-criminal legislativo-dogmática, a teoria que se apresenta como a mais apropriada para enfrentar o modelo axiológico constitucional consagrado pela Constituinte de 1988 é aquela ensaiada no interior das teorias constitucionais do bem jurídico, precisamente a

¹⁸⁴ STRECK, Lênio Luiz. ***princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico***. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em: 27 out. 2012..

¹⁸⁵ FELDENS, Luciano. ***A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61.

¹⁸⁶ “*A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”.

eclética, a qual confere, simultaneamente, liberdade e vinculação ao legislador penal, posicionando-o entre os limites teleológicos da ordem axiológica constitucional e o programa político-criminal de seu tempo¹⁸⁷.

¹⁸⁷ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. ***Direito penal***: introdução e princípios fundamentais. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 278.

3 TUTELA PENAL DOS BENS JURÍDICOS

Imperioso adentrar, agora, a seara atinente à tutela penal dos bens jurídicos, esmiuçando os critérios que levam o legislador penal a estender sobre eles o braço mais intrusivo do poder estatal, qual seja, o *jus puniendi*. Além disso, impõe-se analisar o parâmetro que deve reger a relação entre bem jurídico-penalmente protegido e a necessária reação punitiva, isto é, a simetria que deve traduzir a conexão entre bem jurídico e pena, a fim de que seja possível a posterior análise da coerência interna da normativa penal.

3.1 SELEÇÃO PENAL DE BENS JURÍDICOS

Serão analisados, no ponto, os critérios político-criminais legislativo-dogmáticos que iluminam a atividade do legislador penal, desde a seleção dos bens jurídicos merecedores de tutela penal até o juízo de real necessidade desta.

3.1.1 Dignidade penal

Nem todo comportamento que lese ou coloque em risco um determinado bem jurídico¹⁸⁸ deve ser sancionado mediante o manejo do instrumental punitivo do Direito penal, da mesma forma que nem todo bem jurídico merece ser por este tutelado. Assim é que se pode afirmar que somente os “*bens jurídicos de eminente dignidade de tutela*”

¹⁸⁸ Concebido como “*a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”. In DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.

(*Schutzwürdigkeit*) *devem gozar de proteção penal*¹⁸⁹. Mas, o que se deve entender por “eminente dignidade de tutela”?

A Constituição, vez mais, exsurge como resposta. É ela que, servindo como espécie de “*estrela polar (...) deverá orientar o legislador na caracterização dos bens merecedores de tutela penal*”¹⁹⁰, valendo-se, para tanto, de sua ordem axiológica. É dizer: concretizando a relação de analogia material e correspondência de sentido que devem compartilhar Constituição e Direito penal, e em observância ao princípio constitucional da proporcionalidade¹⁹¹, assevera-se que somente são dignos de tutela penal aqueles bens jurídicos “*dotados de relevância ou compatíveis com o dizer constitucional ou, ainda, que se encontrem em sintonia com a concepção de Estado de Direito democrático*”¹⁹².

Esse primeiro passo não esgota, todavia, o princípio da dignidade penal, pois, do contrário, admitir-se-ia que qualquer lesão a um bem jurídico penalmente tutelável poderia dar azo à incriminação, o que é de todo desarrazoado¹⁹³. Disso resulta a necessidade de um segundo exame, desenvolvido ainda dentro de um plano de cunho axiológico-teleológico, relativo à danosidade social derivada da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e que deve constituir-se na “*expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade*”¹⁹⁴.

¹⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 2, n. 2, abr./jun. 1992. p. 184.

¹⁹⁰ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 4, n. 2, abr./jun. 1994. p. 197.

¹⁹¹ ANDRADE, *loc. cit.*

¹⁹² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 77.

¹⁹³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 141.

¹⁹⁴ ANDRADE, *op. cit.*, p. 184.

Trata-se de uma valoração sobre a conduta levada a cabo pelo legislador penal para averiguar seus efeitos e o conseqüente abalo social por ela causado, devendo isto ser feito à luz dos preceitos insculpidos pela criminologia¹⁹⁵ e com base em dados empíricos¹⁹⁶, o que permitirá a verificação do pressuposto autorizativo da pena, qual seja, a ofensividade, diferenciando o ilícito penal do ilícito geral.

Uma vez verificado que o bem jurídico está em consonância com os preceitos constitucionais e democráticos emanados da ordem axiológica constitucional e que a conduta perpetrada encerra alto grau de danosidade e abalo sociais, ganham espaço os princípios da fragmentariedade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro, cujo dogma central está em orientar a incidência do poder punitivo para as condutas mais agressivas contra os mais expressivos bens jurídicos, encontra aplicação - além de limitar o poder punitivo às condutas mais graves - em determinar uma escala destes mesmos bens com lastro na dignidade penal de cada um, possibilitando a sistematização dos tipos na legislação penal¹⁹⁷. O segundo, a seu turno, é empregado para dirimir as questões inerentes à (i) legitimidade das normas incriminadoras desde a amplitude até a intensidade da tutela¹⁹⁸, para estabelecer uma proporcionalidade entre a dignidade do bem jurídico e a dignidade da conduta realizada, ensejando a conclusão - recíproca, é claro - de que *“quanto menos grave é a*

¹⁹⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 141.

¹⁹⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 151.

¹⁹⁸ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 4, n. 2, abr./jun. 1994. p. 192. Cf. “(...) e isto posta entre parêntesis a questão de saber se a distinção releva do qualitativo ou apenas do meramente quantitativo. Ou, talvez mais corretamente, se em causa não estará antes aquela ‘qualitativa diferença de quantidade’ (qualitative Quantitätsunterschied) de que falava já Goldschmidt”. In ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 2, n. 2, abr./jun. 1992. p. 184.

*ofensa (e a gravidade da ofensa decresce à medida que se afasta do estágio da lesão), tanto mais elevada deve ser a categoria do bem*¹⁹⁹; e (ii) proporcionalidade da pena devidamente aplicável em face da conduta/dano social ocasionado.

Diante do acima exarado, tem-se, em suma, que o bem jurídico, para que seja considerado penalmente amparável, deve possuir dignidade penal, a qual se expressa, enquanto critério de legitimação negativa da incriminação, através de uma dupla valoração a recair sobre o bem e sobre a conduta.

3.1.2 Carência de tutela penal

A análise da dignidade penal não é suficiente para fazer legitimar, *de per si*, a ampliação da proteção penal a um determinado bem jurídico. Isso somente se verificaria no âmbito de um sistema de direito penal retributivo, para o qual a pena cumpre apenas funções de condão estigmatizante e de reafirmação do valor tutelado e onde desimporta a busca pela ressocialização do agente ou mesmo a eficácia da pena²⁰⁰. Assim, o princípio da tutela de bens jurídicos consiste, em verdade, apenas em um primeiro passo²⁰¹, ao qual deverá seguir-se a necessidade de tutela penal.

O cerne da aplicação dessa legítima técnica de tutela (*Schutztechnik*)²⁰² reside em forçar o legislador penal a indagar sobre a real necessidade e proporcionalidade de se voltar o aparato penal - reconhecidamente o braço do poder punitivo estatal que mais restrições causa aos direitos e liberdades pessoais - para proteger

¹⁹⁹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Ano 4, n. 2, abr./jun. 1994. p. 192., p. 194.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 185.

²⁰¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 140-141.

²⁰² CUNHA, *op. cit.*, p. 218.

determinado bem jurídico-penal. Esse juízo de necessidade ou carência de tutela penal verifica-se de forma bifurcada e sucessiva, passando, primeiramente, por um juízo acerca da necessidade, e, logo após, por uma valoração em torno da proporcionalidade do manejo do Direito penal.

No que toca à necessidade – encarada como uma imposição de caráter ético²⁰³ -, esta inflige ao legislador o dever de examinar a existência de alternativas ao emprego do Direito penal, isto é, de meios disponíveis no universo jurídico que causem menor lesão possível aos direitos envolvidos. É, como bem define Manuel da Costa Andrade, “*um juízo de necessidade (Erforderlichkeit), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal*”²⁰⁴. Trata-se, assim, por outros termos, de dar vazão ao princípio da subsidiariedade²⁰⁵ (ou *ultima ratio*), o qual informa que o Direito penal somente deve ser invocado quando nenhum dos outros ramos jurídicos trouxer ao caso solução mais justa – com menor custo social e menor ingerência nos direitos e bens jurídicos em conflito, bem como maior proteção aos direitos fundamentais em oposição.

Por sua vez, no que concerne à proporcionalidade, o enfoque é dado sob o influxo da proporcionalidade em sentido estrito, tomando lugar uma investigação a respeito das restrições causadas pela medida penal em detrimento dos direitos fundamentais do agente causador da danosidade social, máxime a liberdade. Intenta-se, aqui, perscrutar se a intervenção do direito penal “*no caso concreto não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos*”²⁰⁶

²⁰³ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158.

²⁰⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 2, n. 2, abr./jun. 1992. p. 186.

²⁰⁵ Princípio presente nas lições de Beccaria, para quem as penas desnecessárias seriam injustas por sua natureza. In **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 27-28.

²⁰⁶ SCHUNEMAN *apud* ANDRADE, *loc. cit.*

Preenchidos, assim, os requisitos da necessidade e da proporcionalidade, franqueado estará o poder punitivo estatal a incidir, eis que devidamente demonstrada a carência de tutela penal, que, junto à dignidade penal, levam à incriminação.

3.2 EXISTIRÁ UMA ESCALA DE VALORES PENALMENTE TUTELÁVEIS?

Como bem observa Maria da Conceição Ferreira da Cunha, uma vez constatada a dignidade penal e a necessidade de tutela penal de uma determinada conduta, *“a atitude do legislador deverá ser a criminalização, pois, provados estes pressupostos, se não criminalizar tal conduta, estará a desproteger um bem fundamental que não obtém tutela suficiente por outro meio”*²⁰⁷ senão através do Direito penal.

Ora, em sendo a dignidade de tutela penal um juízo fundado na valoração do bem jurídico e na danosidade social da conduta ofensiva, bem como orientado pela fragmentariedade e proporcionalidade em sentido estrito, tem-se que essa análise, realizada em correspondência com a ordem axiológica constitucional, permite conceber a existência de bens jurídicos de diferentes graus de importância²⁰⁸. Isso abre possibilidade, por conseguinte, de, com base nesse critério - dignidade penal -, elaborar-se uma estrutura hierárquica de bens jurídicos essenciais, ou seja, de valores constitucionais mais suscetíveis à tutela penal²⁰⁹.

Para tanto, o dimensionamento dessa estrutura deve respeitar uma relação de proporcionalidade, verificada a partir da distância entre

²⁰⁷ In **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 347.

²⁰⁸ Fala-se, até mesmo, em bens fundamentais, primários e secundários. Cf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 4, n. 2, abr./jun. 1994. p. 191.

²⁰⁹ *“É claro, no entanto, que alguma hierarquização (...) acaba por nos parecer possível de detectar, em especial identificando os bens primordiais e as formas mais graves da sua afetação”*. CUNHA, op. cit., p. 317-318.

o bem jurídico e o princípio da dignidade humana: quanto mais próximo à dignidade humana, maior a dignidade penal do bem jurídico; quanto mais afastado este estiver do referido princípio, menor será sua dignidade penal²¹⁰.

Essa perspectiva permitiria inserir a vida humana, a integridade física e moral, a liberdade e a saúde em uma posição cimeira²¹¹, sobre a qual estariam assentados todos os demais valores, razão pela qual justificariam mais fortemente a atração da cobertura do Direito penal para si. É dizer: esses valores individuais, enquanto pressupostos para a vida ostentariam uma maior proximidade com a dignidade humana, e, logo, maior dignidade penal, ressalvado, evidentemente, o caráter fragmentário do Direito penal – somente as agressões mais intensas contra esses bens devem ser punidas. Esse o legado do Estado liberal clássico²¹².

É cediço, por sua vez, que tais bens jurídicos - de matiz eminentemente individual - não são atingíveis tão somente por via direta, podendo ser vulnerados em mesma ou maior intensidade por condutas direcionadas contra bens jurídicos de índole transindividual. Isso se justifica na medida em que, hoje, há consenso em torno da *“necessidade de se preservar uma dignidade humana num sentido mais abrangente, material, e, assim, mais exigente”*²¹³. Nesse diapasão, basta salientar que o inquinamento do meio ambiente pela radiação, a desestabilização do sistema financeiro nacional por práticas fraudulentas e a manipulação irregular do genoma humano - conquanto

²¹⁰ “Aceitando ser a dignidade da pessoa humana o princípio fundante e reitor das atuais Constituições democráticas de cultura ocidental, é evidente que os valores mais intimamente ligados a esta dignidade são de primacial importância. Desde logo a vida, como base de todos os valores, terá de assumir papel cimeiro. Mas também a liberdade, nas suas várias expressões, e a integridade física e moral”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 317-318. Cf., também, BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62.

²¹¹ CUNHA, *op. cit.*, p. 318.

²¹² Cf. 1.1, *supra*.

²¹³ CUNHA, *op. cit.*, p. 322.

bens jurídicos autônomos que tutelam valores sociais mais abrangentes, e, assim, de ligação mais nebulosa com o homem - revelam, por exemplo, em seu bojo, violentos atentados contra valores de índole individual (vida, saúde, integridade física etc.).

Disso defluiu a conclusão de que não há como sustentar, *prima facie*, uma hierarquia de valores com base na mera dinâmica destes. Um bem não será mais valioso do que o outro tão somente por ser individual ou transindividual (mormente quando se considera que muitos destes são meras manifestações de diferentes formas de ataque àqueles). O importante para a montagem de uma escala de bens reside, diga-se, no grau de lesão causado à dignidade humana no caso concreto. É a análise comparativa, considerando a dignidade de cada bem jurídico e a danosidade social de cada conduta, que dará a tônica da importância.

Entretanto, não há como negar a existência, de fato, de uma crise de bens jurídicos²¹⁴ no Direito penal. O advento do Estado social sobre bases de um Estado liberal clássico acarreta profundas mudanças, trazendo consigo, também, aparentes contradições. A nova ótica jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, isto é, a perspectiva de que existem direitos fundamentais sociais, coletivos e difusos, que demandam uma atuação positiva por parte do Estado, ao ser (mal) ajustada sobre os trilhos liberais clássicos dos direitos de defesa, concebidos na filosofia política iluminista, produz uma suposta incompatibilidade: ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de proteção à bens transindividuais, busca-se evitar, de toda forma, a incidência do poder punitivo, como forma de proteção aos valores individuais. As consequências se fazem sentir na atualidade, onde multiplicam-se os casos de aumento de abrangência e tutela a bens jurídicos transindividuais, com a proliferação desenfreada de

²¹⁴ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría Del bien jurídico. Recensión a Roland Hefendehl (ed). *Revista para el análisis Del derecho*. abr. 2008. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/526.pdf>> Acesso em: 27 nov. 2012. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 158-161.

crimes de perigo abstrato²¹⁵ e de normas penais em branco, protagonizada por uma esquizofrenia legislativa, que, além de alterar o centro de competência para o Executivo, corrói as bases do Direito penal liberal²¹⁶, muitas vezes com prejuízo à coerência endonormativa da própria normativa penal²¹⁷.

Nessa toada, amplos setores da doutrina penalista, como denuncia Lênio Streck, vêm tentando conter a realização dos programas imanentes ao Estado social, ao argumento de que “*tal concepção implicaria uma ‘indesejada ampliação das barreiras do Direito penal’*”²¹⁸, colocando em risco os valores tradicionais, os quais seriam o ápice do ordenamento axiológico constitucional. Mas, como visto alhures, todos os bens individuais e bens transindividuais pertencem ao espectro de direitos fundamentais do homem (são reconduzíveis a ele)²¹⁹, devendo ser realizados na maior medida possível. Isso não implica em dizer que todos revestir-se-iam de igual valor ou que os individuais superam os transindividuais, ou o contrário, mas, sim, que, para o Direito penal, a valoração de cada um como superior ou inferior estaria adstrita ao grau de intimidade com a dignidade da pessoa humana, o que seria aferível diante da ofensa.

Fica evidente, portanto, que tanto os bens jurídicos individuais quanto os transindividuais orbitam a dignidade da pessoa humana, e em raios, pelo menos, similares. Como resultado, tem-se uma ordem de importância de valores fluída, variável, onde a danosidade social

²¹⁵ Cf. KANT DE LIMA, Roberto *et al.* **Reflexões sobre segurança pública e justiça criminal numa perspectiva comparada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. p. 52-65; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29 *et seq.*

²¹⁶ HASSEMER, WInfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 229.

²¹⁷ Cf. 4, *infra*.

²¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>> Acesso em: 14 out. 2012.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. **Ciencias penales**, San Jose, n. 5, mar./jun. 1992. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf> Acesso em: 15 out. 2012.

encerrada na conduta assume papel ímpar na atividade do legislador penal, isto é, na tarefa de incriminação.

Afasta-se a premissa (falsa) de que os bens individuais são sempre superiores aos bens transindividuais, pois, em uma ordem axiológica constitucional onde são consagrados tanto o princípio personalístico quanto o solidarístico²²⁰ (como a brasileira, inclusive), pode-se, em face da danosidade social, verificar bens transindividuais com maior dignidade penal, e, conseqüentemente, com maior pena, do que aquela atribuída a bens individuais. Veja-se, a propósito, o caso do crime de homicídio, insculpido no art. 121, *caput*, CP, - cujo bem jurídico é a vida - e punido, atualmente, com pena de 6 a 20 anos de reclusão, ao passo que e o crime de genocídio, na modalidade do art. 1º, a, da Lei nº 2.889/56 – cujo bem jurídico afetado é a humanidade -, recebe pena que varia de 12 a 30 anos de reclusão.

Assim, mais acertado do que falar em escala de valores, o melhor seria consignar uma coerência de princípios a permear e caracterizar tanto o sistema penal quanto o sistema constitucional, ambos estruturados ao redor da dignidade da pessoa humana²²¹. Isso porque um valor é um dado da realidade, um “ser”, um “é” – de aguda dificuldade de sopesar -, ao passo que os princípios encerram um “dever ser”, um estado ideal de coisas a ser buscado. Quanto mais próximo à dignidade humana, quanto mais servi-la e promovê-la, mais relevante será o princípio.

Para além das digressões acerca da existência ou não de uma superioridade entre bens individuais e bens transindividuais, o que foi exposto acima – que os bens jurídico-penais são tão mais importantes quanto mais atingem a dignidade humana – descortina outra ordem de indagação. Se o bem deve ser criminalizado, pois, como dito, possui dignidade penal e carência de tutela penal, em que limite tal proteção

²²⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 325.

²²¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62.

se dará, isto é, até onde estará o legislador protegendo suficientemente, sem incorrer, de forma repudiável, em excessos ou insuficiências que deslegitimem o poder punitivo?

3.3 A PENA PROPORCIONAL COMO EXPRESSÃO DA RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO

Cesare Beccaria, já no século XVIII, sustentava que os delitos e suas correspondentes penas deveriam guardar entre si uma relação de proporcionalidade, porquanto, ilustrativamente, *“se se estabelecer um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos”*²²².

Evidentemente, razão assistia ao pensador lombardo. Como visto anteriormente²²³, um bem jurídico, para que seja coberto pelo manto protetor do Direito penal, deve revelar dignidade penal e carência de tutela penal. Todavia, nesse terreno a regra não é a liberdade de conformação absoluta por parte do legislador²²⁴.

Como salientado alhures, o legislador penal, ao realizar seu múnus constitucional, deverá empregar sua máxima diligência, para não desbordar da ordem axiológica da Constituição, cuidando para não invertê-la quando da fixação das penas, através de um manejo leviano

²²² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Especial. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 80.

²²³ Cf. 3.1, supra.

²²⁴ *“(...) pode-se afirmar, categoricamente, que a liberdade de configuração do legislador penal não é absoluta. É relativa. Embora detentor de um amplo espaço de atuação, não lhe é lícito editar uma lei qualquer em nome de sua legitimidade democrática. Cabe registrar, neste particular, que a democracia não se reduz a uma regra formal da maioria. Em uma democracia constitucional, a regra da maioria não há de prevalecer sempre e para tudo: ‘há coisas que não pode decidir e algumas outras que não pode deixar de decidir’”. Acaso assim não fosse, a Constituição, enquanto norma superior, estaria franqueando seu próprio suicídio*. FELDENS, Luciano. A **Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38-39..

dos critérios político-criminais legislativo-dogmáticos²²⁵. É dizer: como a ordem de bens jurídico-penais deve manter-se dentro dos parâmetros valorativos constitucionais, a reação ao delito, isto é, a valoração dos delitos e a cominação das penas devem refletir tais parâmetros, não sendo excessivas e nem insuficientes. Deve, portanto, ser proporcional e suficiente a pena em relação ao delito, para expressar a real relevância constitucional do bem jurídico e reafirmá-lo, sem deixar de ater-se à necessidade de prevenção e ao direito contraposto, qual seja, a liberdade do apenado.

No entanto, não se trata somente de elidir uma fixação irracional de penas que conduza à insuficiência ou ao excesso, por meio da proporcionalidade. A aplicação deste postulado normativo aplicativo específico²²⁶ serve para garantir, também, que delitos similares apresentem penas igualmente similares, enquanto delitos de diferentes categorias guardem essa distância no que toca às penas.

Isso porque as penas cominadas representam a qualidade do crime aos olhos do legislador, ou seja, é através da pena que ele valora o que é mais e o que é menos grave. Não por outra razão afirma Ferrajoli que, em se verificando igualdade de penas entre dois crimes, tal *“é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para o outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo”*²²⁷. Infere-se, a partir daí, que delitos de gravidade díspar não podem jamais ser apenados com a mesma intensidade, ou, pior ainda, que o mais grave tenha pena menor do que o menos

²²⁵ Estamos, aqui, na fase da predeterminação das penas, reservada ao legislador penal, e não na de determinação ou pós-determinação, as quais se direcionam, respectivamente, para a atividade do juiz e para a execução penal. In FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e razão***: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 320.

²²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. ***Teoria dos Princípios***: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 154 e ss.

²²⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 323.

grave²²⁸. A proporcionalidade subjaz todas essas considerações, devendo ser, por essa razão, analisada.

O postulado da proporcionalidade tem como requisito subjacente e necessário, primeiramente, a existência de uma relação causal entre um determinado meio a ser empregado e um determinado fim a ser buscado, ou seja, “*uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade*”²²⁹.

Trasladando essa moldura para o Direito penal, colhe-se como fim - o estado ideal de coisas a ser buscado - a proteção de um bem jurídico-penalmente relevante, ou, melhor, do próprio direito fundamental encapsulado pela dignidade penal e pela carência de tutela penal. Como meio, resta evidente se tratar da incriminação de uma conduta que ofenda o bem jurídico-penal que se procura salvaguardar.

Uma vez determinado o meio e o fim pretendido, com o fito de averiguar se há proporcionalidade entre ambos, impende partir-se ao exame tripartido do postulado da proporcionalidade, desenvolvido em torno da (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito²³⁰. Tal caminho a ser percorrido permitirá visualizar, ao final, na seara do Direito penal, os contornos dos quais deve se revestir a reação punitiva estatal, para que esteja em simetria com uma dada conduta ofensiva a um bem jurídico penalmente tutelável, isto é, se há proporcionalidade entre crime e pena.

A adequação, enquanto primeiro nível do exame ora em comento, gravita em torno da seguinte indagação: “o *meio escolhido promove o*

²²⁸ “(...) se do ponto de vista externo dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um estima-se menos grave do que do que o outro, contraria o princípio de proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena ou, pior ainda, o primeiro com uma pena mais elevada do que a prevista para o segundo”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²²⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 174.

²³⁰ *Ibidem*, loc. cit.

*fim?*²³¹. Ora, no campo penalístico, a resposta exsurge como manifesta. A dignidade penal do bem jurídico, ao consignar, à luz da ordem axiológica da Constituição, a importância do valor ofendido e da danosidade social causada pela ofensa para o Direito penal, torna, de fato, adequado o recurso à incriminação como forma de proteção. Disso não decorre, contudo, que tal medida deva ser inexoravelmente adotada (em razão da danosidade social da conduta), mas tão somente permite concluir que ela promove o fim em alguma medida, e que, por essa razão, está apta a ser submetida ao crivo do segundo nível. Do contrário, não havendo dignidade penal, a intervenção punitiva será de todo ilegítima, e, logo, inadequada.

A necessidade pode ser traduzida pela frase “*dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?*”²³². Ou seja, busca-se, aqui, investigar se o meio inicialmente escolhido para promover o fim é, de fato, dentre as diversas opções igualmente adequadas, aquele que impõe menos restrições aos direitos fundamentais envolvidos. Busca-se, por outros termos, alternativas menos restritivas e igualmente fomentadoras ao meio inicialmente eleito.

No que toca à atividade de criminalização, o juízo de carência de tutela penal simboliza o corrente passo, ao intentar divisar em outros ramos do direito a possibilidade de afastar a incriminação, em atenção ao princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*. Trata-se de sopesar as alternativas viáveis, para decidir se a criminalização de uma conduta, com a consequente aplicação de pena, encerra maior suficiência à proteção do bem jurídico-penal e menor restrição à liberdade do apenado, ou se tal se daria melhor acaso protegido por uma sanção de cunho administrativo ou, até mesmo, civil.

²³¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 173.

²³² *Ibidem*, loc. cit.

Não se olvide, ademais, e o alerta é de todo importante, que não se pode escolher tão somente o meio mais eficiente ou o meio menos restritivo para formar o juízo de necessidade. Busca-se encontrar um equilíbrio que permita realizar ambos da melhor forma possível, razão pela qual, repise-se, o fiel deve ser o juízo de suficiência²³³, o qual cabe exclusivamente ao legislador e somente é sindicável quando manifestamente desproporcional ou arbitrário.

Vencido o segundo grau de análise, ingressa-se no terceiro, cujo mote perpassa pela resposta à questão: “*as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?*”²³⁴. É o que se denomina exame de proporcionalidade em sentido estrito, onde se pretende confrontar, com base na ponderação, a importância constitucional do fim, do estado ideal de coisas a ser alcançado, com as restrições causadas aos direitos fundamentais envolvidos.

As duas primeiras etapas do postulado da proporcionalidade, adequação e necessidade, se verificam em abstrato, dentro do campo da política-criminal legislativo-dogmática, ao passo que a última, a da proporcionalidade em sentido estrito, se dá *in concreto*, diante do caso posto diante do Poder Judiciário²³⁵. Para o presente estudo, a etapa intermediária é a mais relevante, porquanto trata da fixação dos limites da pena pelo legislador, diante de um juízo de suficiência, que tensiona os conceitos de proibição de excesso (*übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*), dissociados do postulado da proporcionalidade, mas a ele estreitamente conectados.

²³³ “(...) a análise não deveria ter em mira o meio mais eficaz, mas o meio suficientemente eficaz. Isso porque normalmente a medida mais gravosa assegura com maior intensidade que a medida mais benigna a consecução do fim perseguido, de sorte que o juízo de necessidade simplesmente deixaria de existir, sendo substituído pelo critério da maior eficiência”. In FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 164.

²³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 173.

²³⁵ *Ibidem*, p. 192.

3.3.1 Proibição de excesso (*übermassverbot*)

Ao buscar especificar o grau de reação punitiva à ofensa irrogada ao bem jurídico-penal, o legislador, a par de analisar a existência de outros meios menos intrusivos à liberdade (via de regra²³⁶) do agente e mais eficientes à promoção do fim desejado (proteção do bem jurídico/direito fundamental), deverá buscar o juízo de suficiência.

O juízo de suficiência, embora esteja sob a liberdade de conformação de que goza o legislador penal, deve encontrar o primeiro de seus limites na restrição demasiada ao direito fundamental daquele que suportará a pena imposta pela norma penal incriminadora. É certo que não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se na atividade do Poder Legislativo, no que tange ao juízo em epígrafe, pois isso implicaria em violação ao princípio da separação dos poderes. No entanto, quando tal atividade desbordar dos limites da suficiência, passando a constituir verdadeiro abuso em desfavor do direito contraposto (a restringir), será o caso de desnecessidade da medida, a qual, por esta razão, deverá ser sindicada constitucionalmente²³⁷.

O *locus* do postulado da proibição de excesso é controvertido. Por um lado, sustenta-se que não se confundiria com o postulado da proporcionalidade, prescindindo de uma relação causal de meio e fim. Seu campo de atuação estaria demarcado por restrições aos direitos fundamentais. Dito de outro modo, *“a proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja*

²³⁶ Faz-se essa ressalva, em virtude de a pena a ser infligida ao agente poder ganhar contornos meramente patrimoniais, como é o caso da sanção de pena de multa. Se o legislador houver por bem fixá-la como medida suficiente à reprovação do crime, o direito contraposto à finalidade de proteção ao bem jurídico será o patrimônio, não mais a liberdade.

²³⁷ “Desde logo, se a inconstitucionalidade se apresenta *prima facie*, isto é, verifica-se como tal diante da universalidade dos fatos abstratamente sujeitos à descrição formal do delito (juízos de adequação ou necessidade, a depender do vício que se está a cogitar), impõe-se o recurso à jurisdição constitucional propriamente dita, para o fim de afastar a incidência da norma penal incriminadora do ambiente normativo”. In FELDENS, Luciano. A **Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 192.

sendo restringido”²³⁸, o que desautorizaria a assertiva de que toda desproporcionalidade contém um excesso e de que todo excesso é uma desproporcionalidade²³⁹. Há, por outro lado, juristas que advogam a inserção da proibição de excesso no interior da proporcionalidade, considerando-a uma manifestação da não observância do limite superior desse postulado²⁴⁰.

Independentemente de onde se opte por inseri-la, é pacífico que se trata de uma construção proveniente do viés negativo dos direitos fundamentais, concernente em limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade²⁴¹. Seu múnus, portanto, é garantir que não haja a supressão do mínimo de eficácia de que devem gozar os direitos fundamentais, isto é, que não se invada o núcleo essencial desses direitos.

No âmbito penal, e especificamente no que concerne à cominação das penas pelo legislador, este não poderá indexar penas além do suficiente para proteger um determinado bem jurídico penalmente tutelável. Deverá ele, através da ponderação, sopesando, à luz da ordem axiológica constitucional, os limites da essencialidade ostendidos pelo direito fundamental contraposto e o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal incriminadora, prescrever a pena a máxima. Esta - insista-se - não deve ser elevada a tal ponto que esvazie o conteúdo do direito fundamental a ser restringido, caso em que restará

²³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 158.

²³⁹ Nesse sentido, “*pode haver exame por meio do postulado da proporcionalidade sem qualquer controle por meio do postulado da proibição de excesso. E pode haver controle por meio do postulado da proibição de excesso sem que haja controle por meio do postulado da proporcionalidade (...). Enfim, são postulados distintos, porque com aplicabilidade diversa*”. In *Ibidem*, p. 161.

²⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em: 27 out. 2012.

²⁴¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

aberta a possibilidade de submetê-la ao controle de constitucionalidade²⁴².

3.3.2 Proibição de proteção deficiente (üntermassverbot)

De outra banda, o juízo de suficiência a ser desenvolvido pelo legislador penal possui como limite inferior a proibição de proteção deficiente.

A viragem do Estado liberal clássico para o Estado social provocou, como amplamente referido neste estudo²⁴³, mudanças na forma de conceber os direitos fundamentais. Abandonou-se a ideia de que os homens gozam apenas de direitos e garantias individuais contra o poder interventivo do Estado em favor de uma perspectiva aglutinadora, que reúne direitos individuais, sociais e difusos.

Nessa nova mundividência, o Estado é chamado a atuar, a promover, por medidas legislativas e operacionais, esses direitos, e a defender os cidadãos perante novas ameaças, agora provenientes de centros privados de poder²⁴⁴. Com isso, tem origem a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, pela qual, nos dizeres de Konrad Hesse, os direitos fundamentais são encarados como *“princípios objetivos, que influenciam o conjunto da ordem jurídica e obrigam o Estado a fazer tudo para sua concretização”*²⁴⁵.

²⁴² STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übertermassverbot) à proibição de proteção deficiente (üntermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>> Acesso em: 14 out. 2012.

²⁴³ Cf., 1.2.2, 2.1.2 e 2.1.3, supra.

²⁴⁴ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33 e ss.

²⁴⁵ HESSE *apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 50.

Essa nova função de mandamentos de proteção²⁴⁶ dos direitos fundamentais se manifesta através da proibição de insuficiência, dirigida ao legislador, formando um limite mínimo em seu âmbito de conformação, onde se reconhece que sua omissão teria, *mutatis mutandis*, a mesma qualidade de uma intervenção indevida.

Todavia, como se trata de genuína lacuna a ser preenchida pelo legislador, isto é, de um dever de agir e não mais de mero excesso de intervenção, impõe-se um maior dever de argumentar²⁴⁷. Enquanto na proibição de excesso o legislador deve apenas justificar o motivo pelo qual recorreu à determinada decisão, na proibição de insuficiência, por outro lado, deve apresentar razões para ter deixado de agir ou por ter escolhido uma medida (insuficiente, em tese) dentre várias possíveis.

Canaris, conceituando a proibição de insuficiência, aduz que esta desemboca em um dever imposto ao direito infra-constitucional de oferecer, “*em seu conjunto, uma proteção eficiente*”, garantindo ao legislador “*diversas possibilidades de variação em aberto, quanto ao modo como esse direito deve ser especificamente conformado*”²⁴⁸.

Ou seja, segundo o jurista alemão, a proibição de insuficiência se esgotaria em um limite mínimo à liberdade de configuração do legislador, a partir do qual este gozaria, desde que abaixo da proibição de excesso, de ampla margem de atuação. Isso implica em reconhecer que o direito fundamental por trás do bem jurídico-penal pode ser minimamente tutelado sem que possa haver qualquer controle pela via da jurisdição constitucional.

Bernal Pulido, por sua vez, refinando e distanciando-se da teoria formulada por Canaris, considera que a proibição de insuficiência não implica em uma proteção mínima ao direito fundamental, mas, sim, em

²⁴⁶ BALTAZAR JUNIOR, *op. cit.*, p. 52.

²⁴⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. ***Direitos fundamentais e direito privado***. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almeida, 2009. p. 65.

²⁴⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

uma promoção, na maior medida possível²⁴⁹ deste, o que afigura-se como mais acertado, em que pese o alto valor atribuído à ponderação.

Seja perfilando-se à construção de Canaris seja perfilhando o juízo de Pulido, o relevante, por ora, é ter em tela que a proibição de insuficiência consiste em um limite mínimo dirigido ao legislador em seu ofício constitucional. Ambos os juristas compartilham a ideia de que este não poderá deixar um direito fundamental a descoberto, sem mínima proteção necessária. Tal ilação adquire contornos bastante expressivos na seara penal, pois, junto à proibição de excesso, fornece um instrumental seguro para esquadrihar a atuação do Poder Legislativo, através das penas cominadas ao tipo penal, podendo levar a situações-limite, onde a intervenção estatal fique sujeita ao exame de constitucionalidade.

Calha destacar, por fim, que não há qualquer incompatibilidade entre a proibição de excesso (proteção contra intervenção) e a proibição de insuficiência (proteção mediante intervenção), as quais, antes, se complementam, potencializando o dever de proteção do Estado para com seus cidadãos.

3.4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Diante do expandido no corrente capítulo, conclui-se que a busca por um conceito material de crime, depois de longa jornada, encontrou seu destino na Constituição, onde, devido ao caráter vinculante e aberto desta, melhor pode se desenvolver.

Além disso, as variações históricas influenciaram decisivamente a teoria dos bens jurídicos, que da mera concepção de proteção a bens individuais perante um Estado interventor, fruto da filosofia política

²⁴⁹ PULIDO *apud* SCALCON, Raquel Lima. **Mandados constitucionais (implícitos) de criminalização?** 2009. 99 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009

iluminista, passou à tutela de bens de índole transindividual, reconhecendo a ótica jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, fruto da ascensão do Estado social.

Esse convívio de bens individuais e bens transindividuais, embora aparentemente tenso, é pacífico, sendo que uma eventual escala desses valores/princípios deve se basear na maior conexão com a dignidade da pessoa humana e na danosidade social da conduta, sendo, por essa razão, fluída, e não estanque.

A seleção da tutela penal dos bens jurídicos depende da dignidade penal e da carência de tutela penal, devendo o legislador proteger tais bens senão na maior medida possível, pelo menos suficientemente, evitando restrições excessivas ao direito fundamental contraposto.

4 COERÊNCIA ENDONORMATIVA DO SISTEMA PENAL

4.1 TEORIA PROPORCIONALISTA DE HIRSCH

É cediço que a ordem legal de bens jurídicos penalmente tuteláveis deve manter uma conexão de analogia material com a ordem axiológica da Constituição²⁵⁰. Essa relação não se esvai, porém, em uma mera referência senão que exige que o sistema penal reflita, em seu interior, a mesma coerência principiológica interna advinda da Lei Fundamental.

Depreende-se disso que a normativa penal possui uma coerência endonormativa²⁵¹, a qual é cogente, não permitindo qualquer espaço para subversões. Os bens jurídicos devem ser protegidos na proporção de sua importância, evitando incorrer o legislador em situações de manifesta desproporcionalidade que viriam a escancarar excessos ou insuficiências por parte do poder punitivo. Isso comprometeria a congruência da ordem de bens jurídico-penais, e, mais além, da própria ordem emanada da Carta Política – o que ensejaria o recurso ao controle de constitucionalidade²⁵².

Busca-se em síntese, evitar que o legislador ofereça proteção mais incisiva a bens jurídicos de menor expressão e proteção mais lânguida a bens de maior valência. Seria o caso, por exemplo, da despenalização do homicídio e da incriminação do furto ou da cominação de pena maior a este do que àquele.

O exame dessa coerência, embora aparentemente simples, reserva grandes dificuldades. Andrew Von Hirsch, catedrático da

²⁵⁰ Cf. 1.2.2, 2.1.1 e 2.2.2, supra.

²⁵¹ FELDENS, Luciano. A **Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 116-117.

²⁵² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 328.

Universidade de Cambridge, no intuito de adequar crimes e penas e de facilitar a análise da coerência endonormativa da normativa penal, cunhou uma teoria lastreada na proporcionalidade, denominada de teoria proporcionalista²⁵³. Essa teoria está assentada em dois elementos básicos, a proporcionalidade cardinal e a proporcionalidade ordinal²⁵⁴.

A proporcionalidade ordinal consiste na análise pormenorizada da relação entre as diversas espécies delitivas e suas respectivas penas, permitindo estratificar estas últimas com base na maior ou menor gravidade dos crimes. O axioma básico, aqui, tem como azimute o fato de que *“condutas mais graves merecem uma reprovação penal mais severa”*²⁵⁵, assertiva que comporta três desdobramentos²⁵⁶: (i) paridade das penas; (ii) escalonamento das penas; e (iii) distanciamento das penas.

A exigência de paridade das penas traduz a necessidade de que crimes que encerrem similar gravidade sejam apenados pelo legislador com similar rigor. O dever de escalonamento das penas, a seu turno, partindo da premissa de que pena maior implica em delito mais grave, impõe o dever de estratificá-las de acordo com os crimes, formando uma escala lógica, onde o topo das penas represente o crime mais ofensivo e a base das penas o menos danoso. Por fim, a obrigação de

²⁵³ Insta trazer à baila a crítica de Bernardo José Feijoo Sánchez, para quem a teoria de Hirsch estaria dissociada da função social da pena, alheia aos interesses da vítima e desconectada de qualquer pretensão de ressocialização do delinquente, ganhando caráter essencialmente individualista e contornos essencialmente retributivistas. In Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: el debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. **Revista para el análisis Del derecho**. n. 403. 2007. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf> Acesso em: 28 out. 2012.

²⁵⁴ FELDENS, Luciano. A **Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 122 et seq.

²⁵⁵ *Ibidem, loc. cit.*

²⁵⁶ “(...) supone três exigencias: que delitos iguales Sean castigados com pena igual, que si um delito es más grave que outro sea castigado com pena más grave y que la diferencia de gravedad entre lãs penas corresponda a la diferencia de gravedad entre lós delitos”. In HIRSCH apud MOLINÉ, José Cid. Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. **Revista de Estudios de la Justicia**. n. 11, 2009. p. 113, nota 3. Disponível em: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej11/CID%20_11_.pdf> Acesso em: 2 dez. 2012.

distanciamento das penas simboliza o corolário da paridade e do escalonamento, ao considerar que quanto mais próximos estiverem dois crimes (similar gravidade), mais próximas deverão estar suas correspondentes penas, bem como que quanto mais afastados os crimes (diferente gravidade), maior deverá ser a distância entre suas penas.

Subjacente a esse raciocínio tripartido, repousa a necessidade de se estabelecer um ponto de partida para que todo o sistema funcione. É dizer: de nada adianta consignar a imprescindibilidade da paridade, do escalonamento e do distanciamento das penas se não há uma primeira pena²⁵⁷ a servir de referencial para todas as demais. Isso revela um enorme obstáculo, porquanto cabe exclusivamente ao legislador fixar, dentro de sua liberdade de conformação, a reação do poder punitivo estatal ao delito perpetrado, sendo que, registre-se, não existe uma pena objetivamente alcançável e correta, mas, sim, várias²⁵⁸.

Para evitar que da proporcionalidade relativa vertam excessos em desfavor do direito fundamental a restringir e insuficiências em relação ao direito fundamental a proteger, Hirsch arrima a proporcionalidade ordinal (ou relativa) à proporcionalidade cardinal (ou não-relativa), a qual se baseia não mais na análise entre crimes e crimes, mas, sim, entre crimes e sanções correspondentes, a fim de conferir uma magnitude global à escala²⁵⁹. Ingressam, aqui, o *quantum* de pena e suas respectivas modalidades, graduadas também de acordo com sua gravidade, como a privação de liberdade para os crimes mais graves e multa para menos graves.

Ilustrativamente, a proporcionalidade ordinal conformaria um quadro coerente de penas e crimes, valendo-se de variáveis

²⁵⁷ Essa primeira pena constituiria o que Hirsch define como “*ponto de arranque*”. In FELDENS, Luciano. A **Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

²⁵⁸ *Ibidem, loc. cit.*

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 125.

indeterminadas, ao passo que a proporcionalidade cardinal delimitaria os valores possíveis para essas variáveis, remetendo ao legislador a escolha do ponto de arranque. Somente a partir dessa escolha é que seria possível verificar uma eventual desproporção entre as diferentes espécies de delito.

A doutrina alienígena, como amplamente demonstra Luciano Feldens²⁶⁰, vem aplicando, seguidamente, o princípio da proporcionalidade no controle de normas penais, evidenciando excessos e insuficiências por parte do legislador penal.

Nesse sentido, cite-se, a título ilustrativo, a questão de constitucionalidade nº 4.198/1996, sobre a qual debruçou-se o Tribunal Constitucional da Espanha²⁶¹. Na ocasião, em sessão plenária, o juiz Enrique Ruiz Vadillo assentou, em voto divergente, a possibilidade de, com base nas pautas valorativas constitucionalmente indiscutíveis, sindicarse constitucionalmente a atividade do legislador penal quanto aos tipos penais e suas correlatas penas, fixando-lhe limites. Disse o magistrado, analisando a cominação de pena mais grave para o delito de recusa ao teste de alcoolemia do que a atribuída ao próprio ato de dirigir embriagado, tratar-se de uma desproporção evidente, exagerada, além do que se poderia entender por lógica jurídica, opinando, daí, pela inconstitucionalidade da primeira figura típica.

4.2 COERÊNCIA ENDONORMATIVA E DIREITO PENAL BRASILEIRO

A Constituição brasileira, atenta à viragem do Estado liberal para o Estado social, bem como à proliferação dos riscos imanentes à sociedade de risco, consagra em sua ordem axiológica bens de matiz individual e transindividual, rompendo definitivamente com a visão

²⁶⁰ FELDENS, Luciano. A **Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

²⁶¹ STC 161/1997. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/3426>> Acesso em: 13 nov. 2012.

liberal antropocêntrica dos direitos fundamentais e assumindo de vez o caráter jurídico-objetivo destes²⁶².

O Direito penal, nesse contexto, assume a importante tarefa de harmonizar os interesses individuais com os novos interesses coletivos, institucionais e difusos, sob a ótica da coordenação da incidência do poder punitivo, o que, segundo Lênio Luiz Streck, bipolariza a doutrina penalista em torno de um garantismo negativo – que propugna pela contenção da ampliação do campo do direito penal - e outro positivo – que busca ampliar barreiras para abarcar os bens supraindividuais²⁶³.

Independentemente dessas posições, o certo é que a Lei Fundamental brasileira, em atenção às diversas dimensões dos direitos fundamentais, reconhece tanto os bens jurídicos individuais como os transindividuais. E, em guardando o Direito penal uma relação não apenas de limitação formal, mas, também, material com o estatuto inaugural da ordem jurídica, através da doutrina do bem jurídico, afigura-se inegável, como bem salienta Streck, que as *“baterias do Direito penal (...) devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões”*²⁶⁴.

Nessa verdadeira crise de bens jurídicos decorrente da sociedade do risco, onde não se logra descobrir a zona limítrofe entre a proteção suficiente dos bens jurídicos transindividuais e o excesso de restrição aos bens jurídicos individuais - que culmina, progressivamente, em uma desmaterialização do conceito de crime²⁶⁵ -, os delitos seguem sendo

²⁶² Cf. 2.2, supra.

²⁶³ STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>> Acesso em: 14 out. 2012.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Na hipótese dos crimes de perigo abstrato, onde não se exige mais a efetiva ofensa (lesão ou perigo de lesão) ao bem jurídico penalmente tutelado, mas tão somente um perigo suposto, abstrato. In BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Bechara. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito penal atual. **Revista Liberdades**. n. 1, mai./ago. 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/artigo1.pdf> Acesso em:

positivados sem que se avalie a coerência interna do Código Penal e das próprias leis penais especiais. O sistema penal, assim, vai recebendo a carga desse entrechoque e, na medida em que começa a desbordar da ordem axiológica constitucional, por excessos, insuficiências e inversões valorativas, passa a perder sua eficácia instrumental, dobrando-se ao descrédito da população e, perigosamente, aos movimentos ideológicos²⁶⁶.

Portanto, e reside aqui o principal objetivo desse estudo, deve-se analisar a situação atual da normativa penal à luz da doutrina do bem jurídico e dos ditames constitucionais, a fim de que se possa diagnosticar uma possível incongruência. Para tanto, as contribuições de Andrew Von Hirsch, por intermédio de sua teoria proporcionalista²⁶⁷, o recurso à doutrina do bem jurídico, ao postulado da proporcionalidade e às proibições de excesso e insuficiência soam como adequados instrumentos.

A seguir, serão utilizados breves exemplos extraídos do Código Penal/40, da legislação penal especial e do Projeto de Lei nº 236/12 – novo Código Penal -, para, com base no instrumental supracitado, perscrutar-se a coerência endonormativa do sistema penal. Salienta-se, desde já, que tal exame não tem pretensão de esgotar o tema, consistindo mais em uma demonstração de que as ferramentas elencadas neste estudo constituem, em conjunto, um importante mecanismo no processo de constante aperfeiçoamento da normativa penal, ao facilitar a identificação de pontos sensíveis dentro deste.

4.2.1 Artigos 129, §1º, do Código Penal/40 e 97, parágrafo único, e 99, §1º, da Lei nº 10.741/03

13 nov. 2012.

²⁶⁶ KANT DE LIMA, Roberto *et al.* **Reflexões sobre segurança pública e justiça criminal numa perspectiva comparada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. p. 52-65.

²⁶⁷ Cf. 4.1, supra.

O artigo 129, §1º, do Código Penal brasileiro encerra a norma penal incriminadora atinente ao delito de lesão corporal de natureza grave, cominando pena de um a cinco anos de reclusão àquele que *“ofende a integridade corporal ou a saúde de outrem”*, causando *“incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias”*, *“perigo de vida”*, *“debilidade permanente de membro, sentido ou função”* ou *“aceleração de parto”*.

A despeito disso, em inconcebível incoerência, o legislador penal comina, através do dispositivo 97, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, pena de, no máximo, três anos de detenção àquele que *“deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública”*, com resultado morte.

Ainda, o artigo 99, §1º, do Estatuto do Idoso comina pena de um a quatro anos de detenção ao agente que vier a *“expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado”*, quando disso resultar lesão corporal de natureza grave.

O mais extraordinário, porém, fica por conta do artigo 94²⁶⁸ do aludido Estatuto, que considera os crimes do artigo 97, parágrafo único, e 99, §1º, como sendo de menor potencial ofensivo, sendo que esses somente não gozam dos benefícios despenalizantes da Lei dos Juizados Especiais (transação penal, composição civil dos danos e suspensão condicional do processo) em virtude da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.096, ajuizada pela Procuradoria Geral da República em 2003.

²⁶⁸ Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

A breve leitura dos delitos em apreço, todos atinentes a bens jurídicos individuais (vida e integridade física), denuncia nítida ofensa à proporcionalidade. Em seu sentido ordinal, há afronta a duas de suas exigências, quais sejam, escalonamento e distanciamento: há total inversão da gravidade das penas e da gravidade dos delitos. O bem jurídico afetado pela norma do artigo 97, parágrafo único, é a vida, e em especial relevo devido à posição vulnerável do idoso, razão pela qual, dentre as três figuras típicas, deveria estar no topo. O bem jurídico, na hipótese do artigo 99, §1º, é a integridade física do idoso, vez mais em posição vulnerável, pelo que deveria estar acima ou ao lado (paridade) da lesão corporal de natureza grave tipificada no artigo 129, §1º, do Código Penal.

No que toca à proporcionalidade cardinal, cujo escopo é a relação entre pena e crime, também há violação. Veja-se, nesse sentido, que o crime do artigo 97, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 versa a respeito de conduta dolosa que fulmina a vida do idoso, não se tratando de mera lesão. A dignidade penal do bem jurídico vida é inquestionável²⁶⁹, bem como que a danosidade social contida na conduta típica é assaz elevada. Apesar disso, o ataque à integridade física do idoso recebe tratamento mais severo, em nítido desvirtuamento da ordem axiológica constitucional, sendo cabal o descompasso com o postulado da proporcionalidade e a insuficiência de proteção.

Some-se a isso o fato de os artigos 97, parágrafo único, e 99, §1º, do Estatuto do Idoso possuírem pena de detenção, ao passo que a pena cominada ao artigo 129, §1º, do Código Penal é de reclusão, apesar de aquelas condutas serem evidentemente mais lesivas.

Não se olvide que a própria lei que buscava conferir maior proteção ao idoso, inclusive obrigando o Estado à proteção de sua vida

²⁶⁹ Como refere Aníbal Bruno, “o respeito à vida é uma imposição absoluta do direito. Não importa o desvalor que o próprio indivíduo ou a sociedade lhe possam atribuir em determinadas circunstâncias”. In SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 621-622.

e sua saúde²⁷⁰, acabou por vulnerá-lo, considerando ataques a estes bens como crimes de baixo potencial ofensivo.

4.2.2 Artigos 1º da Lei nº 8.137/90 e 313-A e 313-B do Código Penal/40

O crime de sonegação fiscal, encartado no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, sanciona com penas que variam de dois a cinco anos de reclusão aquele que suprime ou reduz tributo, ou contribuição ou qualquer acessório, por meio de conduta fraudulenta²⁷¹, sendo que tal montante pode ser agravado, em caso de grave dano à coletividade, de um terço até metade²⁷². É dizer: uma sonegação fiscal que cause enorme rombo nos cofres públicos (bem jurídico transindividual institucional penalmente tutelável – Erário²⁷³), inviabilizando uma série de investimentos nas áreas da educação, segurança, seguridade social e saúde pública, por exemplo, redundando em uma pena máxima de sete anos e seis meses de reclusão.

Por outro lado, o funcionário público que, autorizado, insere ou facilita a inserção de dados falsos, ou altera ou mesmo exclui dados

²⁷⁰ Art. 8º. *O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.* Art. 9º. *É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.*

²⁷¹ Art. 1º. *Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.*

²⁷² Art. 12. *São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (...) até a metade das penas previstas nos arts. 1º (...): I – ocasionar grave dano à coletividade; (...).*

²⁷³ SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 612.

corretos em sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública (bem jurídico transindividual institucional penalmente tutelável – proibidade administrativa), com o fito de angariar vantagem pessoal indevida para si ou para outrem ou apenas para causar dano, está sujeito à pena de dois a doze anos de reclusão.

De outra banda, se esse mesmo funcionário viesse a alterar sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente (bem jurídico transindividual institucional penalmente tutelável – proibidade administrativa), receberia pena de três meses a dois anos de detenção.

Novamente, percebe-se uma desarrazoada ancoragem de penas, ao menoscabo da proibição de excesso, da proibição de proteção deficiente, das proporcionalidades ordinal e cardinal e da própria ordem axiológica constitucional.

Quanto à proporcionalidade ordinal, é notório o descompasso com a paridade, o escalonamento e o distanciamento. Avulta evidente que o comportamento daquele que sonega milhões à Fazenda Pública, causando prejuízo incalculável aos seus pares e inviabilizando a satisfação de inúmeros direitos de jaez social, demonstra uma danosidade social muito superior àquela apresentada pelo funcionário público que insere dado falso em folha de pagamento para receber vencimento maior²⁷⁴. A conduta deste, por sua vez, não discrepa excessivamente, por exemplo, da ação daquele servidor público que modifica o meio e o modo de geração e criação de arquivos e dados, em evidente ofensa à exigência de paridade e distanciamento.

Por outro lado, conquanto não seja possível afirmar a insuficiência na proteção ao tipo penal erigido nas linhas do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, a proporcionalidade cardinal resta malferida pelo excesso punitivo destinado à sanção do delito do artigo 313-A do Código Penal. E tal ilação faz-se com arrimo no Projeto de Lei nº 236/12, onde o legislador, corrigindo (não totalmente) tal disparate,

²⁷⁴ STJ, HC nº 110504/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.

reduziu a sanção atribuída à referida norma penal incriminadora para o patamar de dois a oito anos²⁷⁵ de prisão.

Calha gizar, ainda dentro da proporcionalidade cardinal, que o crime contido no artigo 313-B do Diploma Repressivo poderia ostentar potencialidade lesiva muito superior à mera inserção de dados falsos em sistema (313-A), e, no entanto, é apenada com mera detenção²⁷⁶. Chancelando esse entendimento, Alberto Silva Franco e Rui Stoco referem que *“há incoerência e violenta exacerbação no delito do art. 313-A do CP, pois modificar ou alterar o próprio sistema operacional que suporta as informações é muito mais grave e perigoso do que inserir dados falsos em um arquivo isoladamente”*²⁷⁷.

4.2.3 Artigos 289, caput e §1º, do Código Penal/40 e 4º da Lei nº 7.492/86

O artigo 289, *caput* e §1º, do Diploma Repressivo conforma os delitos de falsificação de moeda e circulação de moeda falsa, ambos apenados com sanção cujo intervalo varia de três a doze anos de reclusão. Nessa disposição, o agente que falsifica papel-moeda em larga escala e com elevado potencial para ludibriar o cidadão médio recebe a mesma punição destinada àquele que apenas introduz uma cédula falsa em circulação para comprar uma caixa de bananas²⁷⁸, o que é de todo desarrazoado, uma vez que ditas condutas *“não são em nada equiparáveis, em termos de lesividade”*²⁷⁹.

²⁷⁵ *Inserção de dados falsos em sistema de informações (...)* Pena – prisão, de dois a oito anos.

²⁷⁶ *“de uma repartição, da Unidade Fiscal, da Receita Federal, Previdência Social, etc., seja por espírito de vingança, seja para apaniguar amigos contribuintes, seja, ainda, para obter vantagem pecuniária”*. In SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1446.

²⁷⁷ *Ibidem, loc. cit.*

²⁷⁸ TRF 4ª Região, AC nº 0001498-04.2009.404.7200, Rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha.

²⁷⁹ FELDENS, Luciano. A **Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade

Do mesmo modo, também fere a proporcionalidade que o agente que apenas guarde uma cédula falsa em seu bolso seja apenado com o mesmo rigor despendido àquele que gere fraudulentamente instituição financeira (art. 4º da Lei nº 7.492/86), exurgindo manifesta a necessidade de expurgar do §1º do artigo 289 ao menos os verbos nucleares “guardar” e “introduzir”.

A ofensa, de qualquer modo, vez mais se manifesta em desfavor da proporcionalidade, ordinal e cardinal, e da proibição de excesso.

Note-se que três figuras típicas de diferentes potencialidades lesivas foram perfiladas, ao arrepio das exigências de paridade, escalonamento e distanciamento.

Na mesma linha, a proporcionalidade cardinal restou violada, e de forma excessiva, pois as sanções aplicadas ao §1º do artigo 289 do Código Penal e artigo 4º da Lei nº 7.492/86 não refletem a real lesividade das condutas arroladas nestas normas. Não por acaso, aliás, o Projeto de Lei nº 236/12 tenta, ainda que de maneira oblíqua, solucionar o problema, alterando a pena prevista para os crimes de (i) moeda falsa para o patamar de três a oito anos²⁸⁰ de prisão e prevendo, ainda, uma nova figura delitiva, consistente em adquirir produtos ou serviços de baixo valor com cédulas falsas²⁸¹, cuja pena varia de um a quatro anos de reclusão; e (ii) gestão fraudulenta de instituição financeira para até quatro anos, quando se tratar de fraude isolada na gestão²⁸², e até cinco anos, na hipótese de gestão fraudulenta²⁸³.

no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 196.

²⁸⁰ Art. 259. *Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no País ou no estrangeiro: Pena – prisão, de três a oito anos. §1º Nas mesmas penas incorre quem, por contra própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa. (...).*

²⁸¹ Art. 259. (...) §2º *Quem adquire produtos ou serviços de pequeno valor empregando, para pagamento, papel-moeda que sabe falso, é punido com pena de prisão, de um a quatro anos.*

²⁸² Art. 354. *Praticar ato fraudulento na gestão de instituição financeira: Pena – prisão, de um a quatro anos.*

²⁸³ Art. 354. (...) §1º *Se a conduta for habitual: Pena – prisão, de um a cinco anos.*

Imperioso ressaltar, ainda, quanto ao delito de moeda falsa, que o bem jurídico tutelado – fé pública –, de natureza transindividual institucional, não admite sequer a aplicação do princípio da insignificância²⁸⁴, fulminando quaisquer análises fundadas na proporcionalidade em sentido estrito, realizada *in concreto* pelo magistrado e orientadas no sentido de minimizar os efeitos de uma norma penal injusta, ante a atipicidade material da conduta.

4.2.4 Artigos 135 do Código Penal/40, 29, §4º, da Lei nº 9.605/98 e 131, 132, 393 e 394 do Projeto de Lei nº 236/12

O crime de omissão de socorro, que busca tutelar o bem jurídico de condão individual vida e, subsidiariamente, a solidariedade humana²⁸⁵, encontra-se erigido no artigo 135 do Estatuto Repressivo, o qual informa, através de seu preceito secundário, pena de um a seis meses de detenção para aquele que deixa de prestar assistência, quando inexistentes riscos pessoais, “*à criança abandonada ou extraviada*”, “*à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo*”, ou, ainda, “*não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*”.

O artigo 29, §4º, da Lei nº 9.605/98 criminaliza as condutas de “*matar*”, “*perseguir*”, “*caçar*” ou “*utilizar*” exemplares da fauna silvestre, “*nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida*”, sagrando pena de até um ano de detenção, para tutelar o bem jurídico transindividual difuso meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A comparação entre as figuras típicas destacadas permite uma conclusão: ceifar, desautorizadamente, a vida de um animal silvestre é, aos olhos do legislador, mais grave e reprovável do que romper com o

²⁸⁴ STJ, RHC nº 27039/SP, Rel. Min. Og Fernandes.

²⁸⁵ SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 705.

dever de solidariedade comunitária e simplesmente deixar esvaecer uma vida humana.

Novamente, a manipulação leviana da ordem valorativa emanada da Constituição acaba por desvirtuá-la, chegando-se ao ponto de alocar acima da vida humana a vida de animais.

E, registre-se, nesse ponto não há engano: o legislador não somente entende dessa forma como, inclusive, reforça tal entendimento, através dos artigos 393 e 394 do Projeto de Lei nº 236/12. O primeiro dispositivo torna crime, pasmem, a conduta de abandonar animal, com pena de até quatro anos de prisão²⁸⁶; o segundo, por sua vez, beira o absurdo ao incriminar a omissão de socorro a animais, com pena máxima de surreais quatro anos de prisão²⁸⁷.

Ainda, nesse mesmo Projeto de Lei nº 236/12, o legislador pátrio consigna, nos artigos 131 e 132, respectivamente, que ao crime de abandono de incapaz cabe pena de até quatro anos de prisão²⁸⁸ e que ao crime de omissão de socorro a pena se mantém igual à cominada no Código Penal vigente, ou seja, de um mês a seis meses de prisão²⁸⁹. De notar que mesmo que o resultado da omissão de socorro fosse majorado pela morte (hipótese do parágrafo único do artigo 132 do Projeto de Lei n 236/12), ainda assim estaria abaixo da metade prevista

²⁸⁶ Art. 393. *Abandonar, em qualquer espaço público ou privado, animal doméstico, domesticado, silvestre ou em rota migratória, do qual se detém a propriedade, posse ou guarda, ou que está sob cuidado, vigilância ou autoridade: Pena – prisão, de um a quatro anos.*

²⁸⁷ Art. 394. *Deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – prisão, de um a quatro anos.*

²⁸⁸ Art. 131. *Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos rsultantes do abandono: Pena – prisão de um a quatro anos.*

²⁸⁹ Art. 132. *Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – prisão, de um a seis meses, **ou** multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal grave, em qualquer grau, e triplicada, se resulta a morte. [grifo nosso].*

para o delito de omissão de socorro a animal, havendo a possibilidade de apenas aplicar-se uma simbólica pena de multa: “*pena – de um a seis meses, **ou multa***” [grifo nosso].

Esse quadro não apenas revela uma obscena afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao postulado da proporcionalidade como também demonstra, de modo emblemático, o grau de incoerência que assombra a normativa penal e o panorama da atual crise de bens jurídicos. A vida humana, nesse contexto, perde completamente seu referencial constitucional, tendo, agora, o mesmo desvalor abandonar uma criança e um animal e maior lesividade o ato de deixar de acudir a um animal do que a uma pessoa.

Despiciendo alinhavar, diante disso, que a proporcionalidade ordinal queda completamente eliminada em suas três exigências, através da atribuição de maior gravidade aos crimes contra a vida animal/meio ambiente do que à vida humana. A proporcionalidade cardinal, do mesmo modo, curva-se diante dessa patente insuficiência de proteção ao direito fundamental mais elementar do homem, que tangencia o desprezo.

4.2.5 Breve diagnóstico do sistema penal pátrio

As considerações acima exaradas tiveram por finalidade, ainda que de forma contida, devido à impossibilidade de esgotar os exemplos, averiguar, a partir de vários microssistemas formados por um número reduzido de importantes normas penais incriminadoras, colhidas tanto do Código Penal vigente como das leis penais especiais e do novo Projeto de Lei, a existência ou não de uma coerência endonormativa do sistema penal brasileiro.

Como restou demonstrado, existem múltiplas incongruências entre figuras típicas e suas correlatas sanções, em manifesta desarmonia com a ordem axiológica constitucional. Crimes de diferentes órbitas em torno da dignidade da pessoa humana e de

variados graus de danosidade social acabam por receber penas similares, desrespeitando a necessária proporcionalidade, seja ordinal seja cardinal, que deve imperar entre eles.

Não se olvide, outrossim, dos numerosos casos de violação à proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, tudo a demonstrar que, ante uma detida análise das normas penais incriminadoras, com o manejo do instrumental utilizado, é possível, por um lado, encontrar pontos sensíveis que, em conjunto, comprometem a eficácia da normativa penal, e, por outro, buscar a reconciliação desta com a Constituição.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por finalidade analisar a possibilidade de aplicação da teoria proporcionalista de Andrew Von Hirsch no controle da coerência endonormativa do sistema penal, tendo como pano de fundo os diálogos entre Constituição e Direito penal, bem como a teoria dos bens jurídicos, os critérios político-criminais legislativo-dogmáticos de seleção penal de bens jurídicos e o postulado-normativo aplicativo da proporcionalidade.

Diante do exarado ao longo deste trabalho, chegou-se aos seguintes resultados:

1. O Direito penal, enquanto instrumento imprescindível de regulação da convivência humana em seus aspectos mais importantes, somente pode alcançar seu papel no interior da extensão da concepção do Estado de Direito em que se insere, variando sua fisionomia conforme as diversas manifestações deste.

2. A Constituição e o Direito penal travam um diálogo de cariz axiológico-normativo, no sentido de este encontrar naquela (i) seus parâmetros de limitação formal, por meio de princípios penais constitucionais ou especificamente penais, e (ii) seus limites materiais, enquanto inelutavelmente relacionado à substância da Constituição, ou, melhor, enquanto necessariamente vinculado aos valores superiores, princípios fundamentais e direitos fundamentais, bem como (iii) seu fundamento, através dos mandados de incriminação decorrentes dos princípios constitucionais influentes em matéria criminal.

3. A teoria dos bens jurídicos encontra na Constituição seu paradigma obrigatório, estabelecendo esta o rol dos bens aos quais compete o Direito penal proteger, em uma relação que não é de cobertura ou de perfeita reflexão, mas de analogia material. É na Constituição, portanto, que deve se basear a legítima atividade legislativa de seleção de bens a receberem a tutela penal.

4. A Constituição Federal de 1988 consagra princípios penais constitucionais e princípios constitucionais influentes em matéria criminal, isto é, princípios que buscam fortalecer a posição do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado e princípios que convocam esse mesmo poder à criminalização, pelo que a atividade legislativa, nesse contexto, ganha novos contornos, adequados a um paradigma de justiça material, mas indissociavelmente atento às liberdades individuais.

5. A atividade de seleção penal de bens jurídicos levada a cabo pelo legislador penal deve orientar-se pelos critérios político-criminais legislativo-dogmáticos de dignidade penal e carência de tutela penal, os quais, uma vez atendidos, obrigam a incidência do poder punitivo estatal, sob pena de deixar a descoberto um direito fundamental.

6. Uma escala de valores penalmente tuteláveis deve estar fundada no grau de lesão causado à dignidade humana no caso concreto, sendo indevido arrimá-la na mera dinâmica de bens jurídicos. Por essa razão, não há uma escala hermética, mas, sim, fluída.

7. A atividade de cominação das penas deve obedecer à proporcionalidade em sentido estrito, bem como situar-se entre os limites da proibição de proteção deficiente e da proibição de excesso, gozando o legislador, nesse intervalo, de plena liberdade de conformação. Ao desbordar tais limites, no entanto, sua atividade passa a ser constitucionalmente sindicável.

8. Ao manter uma relação de analogia material com a ordem axiológica constitucional, impõe-se ao Direito penal, sob pena de perda de sua legitimidade, o respeito à coerência principiológica imante à Constituição, pelo que deve guardar uma coerência interna, através de suas normas.

9. O recurso à teoria proporcionalista de Andrew Von Hirsch evidencia a existência de pontos sensíveis na ordem interna do Direito penal brasileiro, apontando para violações à ordem axiológica

constitucional, à proibição de proteção deficiente, à proibição de excesso e ao postulado da proporcionalidade.

Por derradeiro, a conclusão geral deste breve estudo é no sentido da adequação da teoria proporcionalista de Andrew Von Hirsch ao mister de identificar as incoerências endonormativas existentes na normativa penal brasileira, e, assim, facilitar a tarefa de reconciliação do Direito penal com a Constituição, bem como de restabelecer a conexão entre a ordem de bens jurídicos e a ordem axiológica constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção penal de valores supraindividuais. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 25, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Ano 2, n. 2, abr./jun. 1992.

ASUA, Luis Jiménez de. *O Criminalista*. Vol. 5. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1942-1947.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Ed. Especial. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Bechara. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito penal atual. *Revista Liberdades*. n. 1, mai./ago. 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/artigo1.pdf> Acesso em: 13 nov. 2012.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Vol. 1. Trad. Paulo José da Costa Júnior; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almeida, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **Iluminismo e Direito Penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito Penal e Estado-de-Direito Material**: sobre o método, a construção e sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*. Vol. 31. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría Del bien jurídico. Recensión a Roland Hefendehl (ed). **Revista para el análisis Del derecho**. abr. 2008. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/526.pdf>> Acesso em: 27 nov. 2012.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. **Ciencias penales**, San Jose, n. 5, mar./jun. 1992. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf> Acesso em: 15 out. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A Alemanha e o Estado de Direito: apontamentos de teoria constitucional comparada**. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, nº 133, jan./mar., 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/200>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **A Constituição Federal e os crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070214091633277_a-constituicao-federal-e-os-crimes-de-perigo-abstrato.html>. Acesso em: 27 de nov. 2012.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

KANT DE LIMA, Roberto *et al.* **Reflexões sobre segurança pública e justiça criminal numa perspectiva comparada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

LAZZARON, Leonardo Fernandes. **O Direito Penal no Estado Constitucional de Direito: da limitação á fundamentação constitucional da incriminação**. 2007. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman, In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (org.). **Tratado de direito constitucional**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Vol. 1. Trad. José H. D. Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Bens constitucionais e criminalização. **Revista CEJ**, v.2, nº 4, jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/138/226>> Acesso em: 27 out. 2012.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 4, n. 2, abr./jun. 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve teoria do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MASSINI-CORREAS, Carlos. Org. **El iusnaturalismo actual**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOLINÉ, José Cid. Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. **Revista de Estudios de la Justicia**. n. 11, 2009. p. 113, nota 3. Disponível em: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej11/CID%20_11_.pdf> Acesso em: 2 dez. 2012.

MONDIN, Battista. **Introdução à Filosofia: problemas, sistemas, autores, obras**. 10ª ed. São Paulo: Paulus, 1980.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**. Parte general. 2ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

_____. **Política criminal y dogmática jurídico-penal em La República de Weimar**. Disponível em: < <http://www.juareztavares.com/textos/Munozconde.pdf>> Acesso em: 1 nov. 2012.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**. Parte geral. 3º Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais: em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1512>> Acesso em: 1 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCALCON, Raquel Lima. **Mandados constitucionais (implícitos) de criminalização?** 2009. 99 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. 2002. 207 f. Tese (Concurso para professor titular). Porto Alegre, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>> Acesso em: 14 out. 2012.

_____. **Princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.** Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> Acesso em: 27 out. 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Vol. 1. Parte Geral. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro.** Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.