

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Francine Machado de Paula (Brasil)*

Bem jurídico-penal e Constituição: a vinculação necessária para se limitar o poder punitivo estatal em face aos direitos e às garantias individuais

RESUMO

O presente artigo trata da evolução pela qual passou, e ainda vem passando, a noção de bem jurídico, traçando assim as principais teorias criadas ao longo dos tempos para a delimitação do tema. Nesse sentido, busca-se trabalhar a teoria do bem jurídico-penal sob o enfoque de sua necessária vinculação com os valores constitucionais para que o mesmo possa ser utilizado como um instrumento limitador do poder punitivo estatal.

Palavras-chave: bem jurídico; valores constitucionais; princípios de direito penal constitucional; limitação do poder punitivo estatal.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit dem Wandel, den der Begriff des Rechtsguts in der Vergangenheit vollzogen hat und weiterhin durchläuft, und geht auf die wichtigsten Theorien ein, die im Lauf der Zeit zu seiner Beschreibung entwickelt wurden. In diesem Zusammenhang soll die Theorie des strafrechtlich geschützten Rechtsguts unter dem Gesichtspunkt ihrer notwendigen Verknüpfung mit den in der Verfassung verankerten Werten untersucht werden, um ihn als Instrument zur Abgrenzung des staatlichen Strafanspruchs heranziehen zu können.

Schlagwörter: Rechtsgut; in der Verfassung verankerte Werte; strafrechtlich relevante Verfassungsgrundsätze; Abgrenzung des staatlichen Strafanspruchs.

* Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas, Mestre e Doutoranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. francinedepaula@gmail.com.

ABSTRACT

This paper deals with the ongoing evolution of the concept of legally-protected interests and describes the main theories developed over time for the purpose of its definition. Our aim is to examine the theory of legal interests protected by criminal law from the perspective of their necessary relationship with constitutional values so they can be used as limits to the State's punitive power.

Keywords: Legally-protected interest; constitutional values; principles of constitutional criminal law; limitation of the State's punitive power.

Introdução

O conceito de bem jurídico, embora estritamente necessário para uma exata delimitação dos próprios objetivos do Direito Penal, ainda é grande objeto de discussão na dogmática jurídico-penal.

Como sabemos, o Código Penal contém tipos que incriminam determinadas condutas, e é nesse plano que devemos trabalhar a própria ideia ou conceito do bem jurídico-penal.¹ Dizemos isso porque para que o legislador elabore o tipo é necessário, antes de tudo, que já esteja estabelecido de antemão o bem que se deseja tutelar. E será com base nesse bem que identificaremos o grau de valoração que deve receber cada espécie de incriminação.

Na realidade podemos dizer que o bem jurídico é um elemento integrador do próprio tipo, tendo este a função de descrever a conduta que lesa ou provoca um perigo concreto de lesão para bens jurídicos determinados.

Contudo, o que vem a ser propriamente um bem jurídico? Qual deve ser o seu exato conteúdo? Estas têm sido perguntas elaboradas ao longo dos séculos e que têm recebido respostas das mais variadas e dos mais diversos doutrinadores, razão pela qual nos cabe aqui analisá-las.

1. Evolução histórica da noção de bem jurídico-penal

Como já exposto, a noção de bem jurídico é um dos pontos cruciais a serem trabalhados quando em questão o estudo do Direito Penal. Sua evolução histórica demonstra a forma como a própria sociedade buscou proteger determinados valores para poder manter em seu âmbito uma convivência pacífica.

Outrossim, a questão que envolve o bem jurídico e o seu conteúdo é de importância elementar quando se trabalha sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, já que nesta perspectiva devem existir limites ao poder punitivo estatal.

¹ Luiz Regis Prado, *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 15.

E o bem jurídico, nesse ponto, é um instrumento de garantia da própria liberdade do cidadão no âmbito do Direito Penal, já que a este não cabe incriminar condutas que não lesem ou ao menos exponham a perigo concreto de lesão um determinado bem jurídico.

Porém, tal posicionamento nem sempre foi aceito no decorrer dos tempos, o que torna necessária a demonstração da evolução ocorrida na história no que diz respeito ao delito e, mais propriamente, à noção de bem jurídico.

1.1. A ideia de delito como ofensa a um direito subjetivo

Durante o período pré-iluminista o delito era tido como um pecado; contemplava uma dimensão estritamente religiosa e em alguns casos até mesmo moral. Crime e pecado se confundiam. A partir do Iluminismo a noção de crime passou a encontrar sua razão de ser na teoria jusnaturalista do contrato social,² que tinha por fim o estabelecimento de uma convivência pacífica na sociedade.

Com base nessa ideia, os indivíduos delegavam parte do seu poder ao Estado para que este garantisse suas liberdades individuais e controlasse a vida no meio social. Assim, cada vez que o cidadão praticava um determinado comportamento delituoso era a ele aplicada uma pena, tendo em vista o rompimento do mesmo com o contrato social no momento da prática do crime.³

O Iluminismo marca, assim, a busca por um conceito material de delito, porém não propriamente de delito como uma lesão ou perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico, mas como uma lesão a um direito subjetivo, inato ao indivíduo e, portanto, pré-jurídico.

Um dos grandes defensores desta concepção material de delito como lesão a um direito subjetivo foi Anselm von Feuerbach. Buscando estabelecer um conceito diverso daquele estabelecido pelas doutrinas teocráticas dos tempos passados, que viam o crime como uma “violação do mandamento divino”, Feuerbach passa a concebê-lo como lesão a direito subjetivo, sendo o Estado o grande defensor da liberdade.⁴

² “[...] através do contrato social os homens delegavam os poderes ao Estado para garantir sua liberdade e a livre fruição de seus direitos subjetivos, sendo que este mesmo contrato social teria a finalidade de impor garantias aos cidadãos e barreiras ao próprio Estado, neste caso, já em movimento inverso, quando há possibilidade de se violar os direitos subjetivos dos cidadãos. Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 32.

³ Nesse sentido: “En términos generales, la consideración material del delito como una lesión de un derecho no es más que la expresión de la teoría del contrato social en el derecho penal: los hombres, ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado. El Estado se erige como garante de las condiciones de vida en común”. Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 23.

⁴ Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 36.

Feuerbach defendia que em todo preceito penal existia um direito subjetivo, seja do particular, seja do Estado, que era objeto de proteção. A cada um desses direitos corresponderia um dever. Assim, quando o direito subjetivo era violado o Direito Penal era chamado a intervir.

Interessante aqui notar que Feuerbach se baseava na teoria do fim do Estado, de Kant, para defender a ideia do delito como lesão a um direito subjetivo. O exercício da liberdade de um cidadão não pode contrariar o exercício de liberdade de outrem. Se alguém se excede no exercício de sua liberdade jurídica, está violando um direito. Ao lesionar esse direito, o agente agiria contra o próprio fim do Estado, transformando assim sua conduta em um delito.⁵

Ocorre que, diante de algumas dificuldades surgidas em torno da conceituação de “direito subjetivo”, críticas começaram a surgir contra as ideias defendidas por Feuerbach.⁶

Além desses inconvenientes acima abordados, temos que observar também que a ideia de direito subjetivo se vincula precipuamente à proteção de bens individuais, o que acabava deixando sem proteção penal os interesses difusos e coletivos, que também demandam proteção.⁷

Apesar de todas as contribuições trazidas por estas novas concepções de delito, alheias a noções religiosas ou morais, elas não foram suficientes para solucionar a questão, o que fez com que Birnbaum introduzisse, pela primeira vez, a ideia de bem no sistema jurídico-penal.

1.2. Birnbaum

Considerado como o primeiro autor a trazer para o Direito Penal a ideia de bem jurídico, Johann Michael Franz Birnbaum, em meados do século XIX, substituiu a ideia de direito subjetivo pela noção de bem jurídico, passando este a configurar o objeto jurídico de lesão no âmbito do Direito Penal.⁸

Para Birnbaum, os bens jurídicos não estariam dentro do direito positivo, mas fora dele. Teriam natureza pré-jurídica, com um conteúdo subtraído da natureza, da realidade fática ou do próprio desenvolvimento social.

⁵ Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed., Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 15.

⁶ Nesse sentido, Sheila Jorge Selim de Sales discorre que: “A doutrina penal [...] refutou a concepção dos “direitos subjetivos de origem civil no âmbito penal”. Com efeito, a própria dificuldade em estabelecer o conceito de “direito subjetivo”, bem como suas diversas variações, foi a maior objeção que se fez a essa teoria”. Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 115.

⁷ Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 34.

⁸ Luiz Flávio Gomes defende que Birnbaum não tratou diretamente da ideia de “bem jurídico”, mas, apesar disso, teria sido o primeiro autor a trabalhar com a noção de bem como objeto de tutela do Direito Penal. Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

Ao legislador restaria apenas o trabalho de reconhecê-los, não podendo criar ou modificar nenhum desses bens.⁹

Assim, para Birnbaum, os delitos não violam direitos, mas bens.¹⁰ O objeto jurídico de tutela penal se voltaria para a violação de um bem alheio, e não de um direito subjetivo. Isso porque um direito não pode jamais ser diminuído. O que pode ser diminuído ou subtraído é o objeto desse direito, ou seja, um bem que efetivamente nos pertença.

Essa nova teoria fez com que fossem abertos novos espaços para a incriminação de novas condutas, já que agora não mais se faz necessário a violação de um direito subjetivo já reconhecido para que haja delito. Isso acaba abrindo caminho para a possibilidade de incriminações de condutas imorais ou contrárias à religião, já que estas ofenderiam um bem coletivo do povo ou sentimentos éticos de todo ele.¹¹

Neste aspecto, já se começa a fazer uma crítica ao pensamento de Birnbaum, tendo em vista que ao possibilitar uma abertura das possibilidades de incriminação estaria tal doutrinador, não limitando o poder punitivo estatal, mas, ao contrário: aumentando-o. A principal crítica feita às ideias de Birnbaum, contudo, foi no sentido de que o objeto de tutela do Direito Penal não deveria se basear no direito natural, mas no próprio ordenamento jurídico.

1.3. Binding

Afastando-se das bases jusnaturalistas existentes no pensamento de Birnbaum e sob forte influência positivista, Karl Binding dá início a uma nova formulação acerca da questão.

Para Binding, bem jurídico era aquilo que o legislador elegeisse como tal. A ideia de bem jurídico passa a sofrer uma análise estritamente positivista e não mais jusnaturalista. Não mais se analisa o conteúdo da realidade natural para a definição do delito. A escolha dos bens jurídicos a serem tutelados passou a ser uma tarefa exclusiva do legislador.

O delito, a partir de então, passa a ser concebido como uma lesão a direito subjetivo do Estado, e não mais do indivíduo, existindo uma relação extremamente próxima entre norma e bem jurídico.¹²

⁹ Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 40.

¹⁰ Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed, Editorial Jurídica ConoSur, 1992, P. 27.

¹¹ ML, pp. 28-29.

¹² Nesse sentido, Hernán Hormazábal Malaree reproduz o conceito de delito dado por Binding dizendo que: “[...] El delito es para Binding una contravención de la norma *“cuya principal tarea es fundamentar deberes de actuar o de omitir altamente personales de las personas físicas”* y también, por lo tanto, una lesión de un derecho subjetivo porque *“un deber jurídico no puede ser pensado sin la contrapartida de un derecho subjetivo”*. Este derecho subjetivo es *“un derecho de mandar, sin mayor contenido, apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio”*.

A principal crítica formulada ao posicionamento de Binding se refere à falta de uma limitação material para a atividade legislativa de escolha dos bens jurídicos a serem tutelados. Binding não nos apresenta nenhum limite que possa orientar o legislador no processo de criminalização, podendo este escolher qualquer bem jurídico que julgasse conveniente como sendo o merecedor de tutela penal.¹³ Isso acabava legitimando arbitrariedades por parte do Estado, pois não existiam limitações materiais para controlar o seu poder de punir.

1.4. Franz von Liszt

Diante das críticas formuladas à teoria de Binding, Franz von Liszt passa a defender a necessidade do retorno de uma análise de critérios naturalísticos para o estabelecimento do conteúdo material do delito, fazendo com que retornasse a “preocupação de conceber o bem jurídico como entidade pré-positiva, isto é: preexistente à norma jurídica, hábil a limitar o poder punitivo do Estado, determinando o âmbito de atuação do legislador”.¹⁴

Para Von Liszt, a ideia de bem jurídico era o ponto central da estrutura do delito, cujo conteúdo não era estritamente jurídico e dependente da vontade do legislador. O bem jurídico seria, pelo contrário, uma criação da vida, um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Os bens jurídicos existiam naturalmente, cabendo à norma apenas reconhecê-los.¹⁵ Nesse sentido, para Von Liszt o bem jurídico nada mais era do que um “interesse juridicamente protegido”. Os interesses, assim, existiriam antes da lei, cabendo ao direito apenas reconhecê-los.

Será a partir dessa nova concepção de bem jurídico formulada por Von Liszt que se passará a trabalhar os conceitos de ilicitude formal e material. Uma conduta será formalmente ilícita quando transgredir um mandamento estatal. Por outro lado, será materialmente ilícita quando violar um interesse vital garantido pela norma.

Ocorre, contudo, que críticas também existiram em relação a esta posição defendida por Von Liszt, tendo em vista que o mesmo não estabeleceu aquilo que poderia ou não ser elevado à categoria de bem jurídico. A crítica a esse posicionamento se coloca no seguinte sentido:

Acentua-se, entretanto, a impossibilidade dessa aceção material ou pré-jurídica (metapositivista) para servir à práxis: Von Liszt não delineou crité-

El titular de este derecho subjetivo es el Estado [...]”. Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, 2.ed, Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 39-40.

¹³ Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 43.

¹⁴ Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 117.

¹⁵ Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, 2.ed, Editorial Jurídica ConoSur, 1992, pp. 47-49.

rios precisos para a indicação, dentre os dados pré-jurídicos, daqueles a ser considerados em bens jurídicos, objetos da proteção penal.¹⁶

Assim sendo, tal concepção trazida por Von Liszt também não poderia se sustentar, tendo em vista a possibilidade de a mesma facilitar o arbítrio estatal.

1.5. Teorias metodológicas

Já no início do século XX surge a concepção metodológica ou teleológico-metodológica do bem jurídico, provocando uma ruptura com o pensamento anterior e restaurando, ao mesmo tempo, um modelo normativista.

Para as teorias metodológicas, o bem jurídico não deveria mais ser considerado como uma realidade anterior à norma. A busca por sua delimitação deveria se afastar da realidade. O bem jurídico passa a ter como essência um critério valorativo abstrato, o que leva à espiritualização do conceito.¹⁷

Temos com a doutrina metodológica a atribuição de uma função meramente valorativa para construção da ideia de bem jurídico, que passa a ser considerado como uma valoração a ser feita a partir de cada norma penal, buscando alcançar com isso seu escopo, sua finalidade. Daí o seu caráter “teleológico”.¹⁸ O conteúdo da norma deverá ser interpretado para alcançar sua finalidade, e com base nessa finalidade se chegará ao bem que esta norma quis tutelar. O bem jurídico se torna um valor, que tem por base a finalidade da norma. É alcançado, assim, através da interpretação do tipo penal, onde encontraremos a finalidade de cada norma incriminadora.

Nesse sentido, quem apontará o bem jurídico tutelado será sempre a norma, o que acaba esvaziando o próprio conceito de bem jurídico e fazendo com que a aplicação de uma pena se justifique “pela simples vontade ou motivação do legislador”.¹⁹

¹⁶ Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 117.

¹⁷ Luiz Flávio Gomes aduz que: “A noção de bem jurídico, nesse período, resulta “espiritualizada” ou “volitizada”. É supérflua porque o bem jurídico já não revela a essência do delito, seu *abstractum*, senão exclusivamente a *ratio* da lei. O conceito mesmo de delito se transforma para ser concebido como mera lesão à norma ou violação de um dever. O que importa, nesta concepção, não é o que está na essência da norma (o bem jurídico protegido), senão a vigência (formal) da própria norma. No homicídio, por exemplo, o que ganha relevância penal não é a destruição da vida, senão a proibição da norma que contempla a conduta de matar”. Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 79-80.

¹⁸ Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed, Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 63.

¹⁹ Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 119.

2. Novas tendências acerca do conceito de bem jurídico-penal

Com o surgimento das teorias metodológicas, o conceito de bem jurídico passou a se relacionar com o próprio fim ou razão da norma, o que abriu um espaço de discricionariedade para o legislador no que diz respeito à sua delimitação. Isso fez com que o mesmo perdesse sua capacidade de servir como instrumento limitador do próprio poder punitivo estatal, papel este que lhe fora atribuído pelo Iluminismo.

O conceito de bem jurídico, meramente formal, passa a ser utilizado como um instrumento nas mãos do Estado, servindo-lhe para dar vazão a ideologias autoritárias. Por isso, após a Segunda Guerra mundial o interesse pelo bem jurídico-penal foi retomado, mas agora sob uma visão garantista, que pretendeu dar ao mesmo um conteúdo material.

Assim, com a finalidade de buscar um fundamento mais sólido para a proibição de determinadas condutas, e tendo por base o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, surgem duas novas concepções acerca do tema, a saber: as teorias sociológicas e as teorias constitucionais, as quais passaremos agora a discutir.

2.1. Teorias sociológicas

Em primeiro lugar, devemos destacar que as teorias sociológicas do bem jurídico vinculam o seu conceito a elementos metajurídicos, existentes, portanto, fora do direito e anteriormente a ele.

Um dos principais doutrinadores adeptos da teoria sociológica é Winfried Hassemer, que defende a existência de um Direito Penal baseado nas necessidades e nos interesses sociais. Para Hassemer, torna-se necessário elaborar um conceito de bem jurídico-penal que tenha por base fontes materiais. Assim, o legislador, no momento de estabelecer quais condutas irá criminalizar ou não, precisa dispor de conhecimentos empíricos, analisar os interesses sociais em jogo, pois “o legislador não está totalmente livre na seleção do bem jurídico, ao contrário, está discricionariamente vinculado a uma escala de valores”.²⁰

O problema trazido pelo conceito defendido por Hassemer é que, embora ele encontre no sistema social a fonte de orientação e criação acerca da noção de bem jurídico, o mesmo não estabelece critérios materiais para individualizar todos os bens passíveis de proteção penal, o que acaba não limitando o legislador infraconstitucional ao exercer sua função legiferante.²¹

²⁰ Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, P. 82.

²¹ Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, P. 121.

Importante também aqui ressaltar o pensamento de Kunt Amelung, que propõe como critério de determinação da pena, não a lesão ou o perigo concreto de lesão para um bem jurídico, mas a danosidade social.²²

Amelung substitui, desse modo, a noção de bem jurídico pela de danosidade social e, assim, “coloca o conceito de delito no centro das teorias sistêmicas (Durkheim, Parsons e Luhmann), caracterizando-lhe como uma “disfuncionalidade”.²³

Por fim, cabe-nos destacar aqui a figura de Günther Jakobs, outro pensador influenciado pelas teorias funcionalistas sistêmicas.

Jakobs advoga a tese de que essa “disfuncionalidade” causada pelo delito não decorre da lesão ou do perigo concreto de lesão para determinado bem jurídico, mas da desconfiança em relação à validade da norma. Assim, a finalidade da pena se volta precipuamente para um único objetivo, a saber: a busca da vigência da norma que foi violada pelo delito. A partir do momento em que se aplicasse a pena, estaria-se, portanto, reafirmando a norma que foi violada, estabilizando as expectativas de vigência e de obediência dentro da sociedade.²⁴

Temos com isso claramente perceptível que as teses defendidas por Amelung e Jakobs não são aptas a conceber uma noção de bem jurídico como instrumento limitador do poder punitivo estatal; em razão das mesmas dispensaram o bem jurídico de qualquer tipo de lesão ou perigo concreto de lesão como requisito necessário para a caracterização do delito, ou seja: não se apresentam, em última análise, como um objeto de proteção penal.

2.2. Teorias constitucionais

Com a finalidade de superar as inseguranças e as faltas de limitações trazidas pelas teorias sociológicas, surgem as teorias constitucionais do bem jurídico. Estas teriam como objetivo primordial limitar diretamente o legislador no que diz respeito à criação do ilícito penal.

Assim, de acordo com tais teorias, o conceito de bem jurídico-penal deve ser extraído da Constituição, deve ser estabelecido por meio dela e ser orientado de

²² Nesse sentido: “Amelung toma para o direito penal o princípio da *danosidade social* como objeto fundamental para a subsistência e desenvolvimento do sistema social. O critério do legislador para decidir quais são os comportamentos que merecem ser sancionados penalmente deve estar envolto ao conceito de *danosidade social*, assim como ao da disfuncionalidade do sistema social e da sua estrutura”. Paulo Vinícius Sporleder Souza, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 105.

²³ Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

²⁴ Paulo Vinícius Sporleder de Souza, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 109-110.

acordo com os valores nela previstos, funcionando a mesma como “uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”²⁵

A Constituição, nesse sentido, traçará os limites para a atividade incriminadora, que deverá se restringir àqueles valores que possuem relevância constitucional, já que, como dito, a consequência penal surgida em razão do cometimento de um determinado delito limita ou restringe um valor fundamental, que é a liberdade individual.²⁶

Nesse sentido, para que se possa tipificar determinada conduta e sancionar uma pena, o valor a ser tutelado pela norma precisa ter *status* constitucional, pois só assim será permitida uma interferência do Estado no direito de liberdade do indivíduo.

Tem-se, desse modo, que a fonte de criação do bem jurídico-penal deve ser a Constituição. Contudo, a doutrina ainda possui divergências acerca da forma como deve se dar a vinculação do bem tutelado à norma constitucional, o que provocou o surgimento de três vertentes diferentes acerca do tema.

1.2.1. Teoria constitucional estrita, teoria constitucional ampla e teoria constitucional eclética

Os adeptos da teoria constitucional estrita,²⁷ ou da concepção rígida de bem jurídico, defendem que somente aqueles valores reconhecidos expressamente em âmbito constitucional seriam dignos de tutela penal. Assim, a discricionariedade do legislador estaria limitada de forma muito mais restrita.

Luiz Flávio Gomes, ao abordar o tema, nos diz que “A tarefa do legislador, portanto, não seria outra senão a de incorporar ao ordenamento *jurídico-penal* os valores mais importantes plasmados de modo vinculante na *Grundnorm*”.²⁸

A principal crítica feita a esta teoria é no sentido de que, com a limitação por demais rígida imposta à possibilidade de incriminação por parte do legislador, a própria evolução do direito restaria afetada, gerando o que muitos chamam de “engessamento do direito”. O surgimento da necessidade de tutelar novos bens jurídicos em razão da própria evolução da sociedade, como, por exemplo, aqueles referentes

²⁵ Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 44.

²⁶ Assim: “Tal concepção encontra premissa no fato de que a liberdade individual, sobre a qual incide a sanção *par excellence* do direito penal, trata-se de bem jurídico não só previsto na Constituição, mas por ela assegurado como direito inviolável. Por isso, a única justificação possível para a incidência da pena criminal deve ser a ofensa a um bem jurídico de idêntica relevância”. Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 123.

²⁷ Luiz Regis Prado, ao tratar do tema, cita F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J. J. González e E. Gregori como defensores desta teoria. Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 46.

²⁸ Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 90.

à ordem econômica, ao meio ambiente, enfim, àqueles direitos tidos como supraindividuais, restaria prejudicado, razão pela qual tal teoria não foi capaz de se manter sem maiores críticas.

Já os adeptos da teoria constitucional ampla alargam o sentido anteriormente dado ao tema pela teoria constitucional restrita. Isso porque, ao invés de limitar a criminalização de condutas com base apenas naqueles valores constitucionalmente previstos, possibilita a proteção penal de todos aqueles bens que não são incompatíveis com a Constituição, que se torna agora um mero ponto de referência para o legislador infraconstitucional.

Um dos adeptos desta teoria é Claus Roxin, que limita a incidência do Direito Penal à observância dos princípios fundamentais previstos na Constituição.

Também existem críticas em relação a tal teoria, tendo em vista que esta não oferece com clareza e efetividade um conceito material seguro para o bem jurídico de forma a demonstrar quais seriam efetivamente os bens passíveis de tutela pelo Direito Penal. A Constituição se torna aqui um mero instrumento de política criminal que deve ser implementada pelo legislador.²⁹

Tendo em vista as críticas apresentadas anteriormente em relação às teorias estrita e ampla, existe ainda a teoria constitucional mista ou intermediária, que faz com que a noção de bem jurídico se torne um efetivo instrumento de garantia.

Baseada na ideia de que não existe uma relação de contrariedade entre a teoria constitucional ampla e a teoria constitucional estrita, mas uma relação de complementariedade, a teoria constitucional eclética defende que o objeto de proteção penal deve ser orientado político-criminalmente aos valores constitucionais.

O bem jurídico deve encontrar, como sua fonte legitimadora, o sistema social, preexistindo ao próprio ordenamento. Contudo, é necessário que os bens do sistema social se materializem em bens passíveis de tutela jurídico-penal, e isso só poderá ocorrer se utilizarmos a Constituição como instrumento para essa concretização.³⁰

Jorge de Figueiredo Dias nos esclarece que se torna necessário, assim, estabelecer uma relação de mútua referência entre um valor estabelecido constitucionalmente e o bem jurídico-penal, cabendo aqui ressaltar que a relação deve ser de referência, e não de identidade, o que abre para o legislador a possibilidade de inovar, caso necessário, em relação à tutela de novos bens jurídicos em âmbito penal. E “É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem

²⁹ Como bem assevera Sheila Jorge Selim de Sales: “[...] O alargamento do conceito [...] deixa novamente incertos os limites para a opção penal, pois a nossa Constituição nada esclarece sobre o modo como a tutela penal deveria atuar e nem mesmo sobre seus limites e formas, que permanecem *confiados* ao arbítrio do legislador”. Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 124.

³⁰ Paulo Vinícius Sporleder de Souza, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 91.

considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.³¹

Nesse sentido, temos que essa é a melhor teoria a ser adotada para o tema, tendo-se em vista que a mesma não padece das contradições e até mesmo insuficiências decorrentes das outras duas teorias constitucionais elaboradas acerca do tema.

3. Conclusão

Tendo em vista tudo que foi abordado até o momento, é fácil se fazer perceber que várias foram as respostas dadas no decorrer dos séculos para a questão do bem jurídico-penal. Existem até mesmo aqueles que dispensam a necessidade de uma lesão a bens jurídicos para a configuração de um delito, como, já demonstrado, acontece com as teorias defendidas por Günther Jakobs e Kunt Amelung.

Ocorre, contudo, que o Direito Penal, por ser o ramo do Direito que provoca o tipo de intervenção mais grave na liberdade individual dos cidadãos, em razão da especificidade de suas sanções, não deve dar margens para que limitações a essa liberdade sejam realizadas de forma arbitrária ou sem limites. Assim, a noção de bem jurídico-penal deve servir como um instrumento de limitação do próprio poder punitivo estatal, de modo a orientar o legislador no momento da incriminação de condutas. Temos para nós que, dentre todas as teorias trabalhadas, a que melhor desempenha esse papel é a teoria constitucional eclética.

De acordo com ela, e em primeiro lugar, não deve ser dado ao legislador o poder de incriminar condutas que não lesem ou exponham a perigo concreto bens jurídicos previamente determinados.

Por outro lado, não é qualquer valor ou interesse que possui dignidade suficiente para receber uma tutela jurídico-penal, mas apenas aqueles valores consagrados implícita ou explicitamente na Constituição e que, de forma ainda mais restrita, sejam previstos em âmbito constitucional como direitos fundamentais. Caso assim não seja considerado, poderíamos considerar como bem jurídico-penal qualquer valor constitucional, o que prejudicaria a função limitadora que deve ser cumprida pela noção do bem jurídico-penal.

Outrossim, além de todas essas considerações, deve o legislador infraconstitucional, no momento da incriminação das condutas penalmente relevantes, se vincular sempre aos princípios penais constitucionais da lesividade, da intervenção mínima e da insignificância, não devendo permitir uma intervenção de tal monta, como é a realizada pelo Direito Penal, quando não se mostrar estritamente necessário. Condutas que não são capazes de causar qualquer lesão para bens jurídicos determinados não devem, portanto, ser objetos de punição por parte do Direito Penal.

³¹ Jorge de Figueiredo Dias, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

Resumiendo: o conceito de bem jurídico-penal, dentro do paradigma de um Estado Democrático de Direito, que coloca a liberdade individual como um de seus fundamentos, por reflexo do próprio direito à dignidade humana, deve ser capaz de exercer sempre uma função restritiva e limitadora do poder punitivo estatal, não cabendo ao legislador criar os valores ou os interesses que subjuga como merecedores de proteção penal. Tais valores já foram estabelecidos anteriormente pelo constituinte, e só devem ser elevados à categoria de bem jurídico-penal se considerados como direitos fundamentais, já que o Direito Penal só deve intervir em caso de uma lesão ou perigo concreto de lesão grave para os bens jurídicos mais importantes. Cremos que somente a Constituição, e apenas ela, é capaz de servir como fonte segura para a formulação de possíveis incriminações, tendo-se em vista que a mesma foi, ao menos teoricamente, elaborada sobre as bases de um consenso social.

Bibliografia

- COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- DOTTI, René Ariel, *Curso de Direito Penal: parte geral*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, 2.ed., rev. e aum., Porto Alegre, S.A. Fabris, 2003.
- MALAREE, Hernán Hormazábal, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed., Editorial Jurídica ConoSur, 1992.
- PALAZZO, Francesco C., *Valores constitucionais e direito penal*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989.
- PRADO, Luiz Regis, *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- MALAREE, Hernán Hormazábal, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed., Editorial Jurídica ConoSur, 1992.
- QUEIROZ, Paulo de Souza, *Do caráter subsidiário do direito penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
- ROXIN, Claus, *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2.ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.
- _____, *Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação da proibições penais*, Texto distribuído aos inscitos no seminário ocorrido em Porto Alegre, nos dias 18 a 20 de março de 2004, em homenagem ao Professor Claus Roxin, de Direito penal econômico, organizado pelo Prof. César Roberto Bitencourt.

SALES, Sheila Jorge Salim de., *Escritos de direito Penal*, 2.ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, Juarez, *Bien Jurídico y función en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

_____, *Teoria do injusto penal*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al., *Direito penal brasileiro: teoria do delito*, V.2, tomo I, Rio de Janeiro, Revan, 2010.