

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gomes, Mariângela Gama de Magalhães
O princípio da proporcionalidade no direito penal / Mariângela Gama de Magalhães
Gomes. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2445-2

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil 3. Princípio da proporcionalidade 4. Processo penal I. Título.

03-4237

CDU-340.11:343.1

Índices para catálogo sistemático: 1. Princípio da proporcionalidade : Direito penal : Processo penal 340.11:343.1



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

o bem jurídico ofendido pelo delito deve ser proporcional àquele atingido pela pena, concluiu ser possível dividir os bens jurídicos constitucionais em três categorias diversas, segundo a importância (bens fundamentais, que seriam aqueles inerentes ao sistema dos direitos e das instituições que caracterizam o tipo de ordenamento e sem os quais o Estado perderia a sua identidade de Estado Social de Direito, bens primários e bens secundários), de modo que apenas os bens considerados primários podem ser ofendidos pela prática delituosa, uma vez que a liberdade sacrificada pela imposição da pena é, também, um bem primário. Em sua obra, Angioni demonstra ser a Constituição o ponto de partida para o estabelecimento dos critérios a partir dos quais é possível diferenciar o ilícito criminal do administrativo, assim como diferenciar quais crimes podem ser punidos com pena privativa de liberdade em contraposição aos punidos com pena pecuniária, por exemplo, sendo dada especial relevância ao princípio da proporcionalidade como parâmetro racional para tal diferenciação.³²

Atualmente, não são mais apenas a doutrina alemã e italiana as responsáveis pela ênfase do vínculo entre o conteúdo do bem jurídico penal e o texto constitucional; o conceito de bem jurídico encontra-se arraigado aos valores garantísticos inerentes à Constituição, de modo que a liberdade há de ser sempre confrontada com o objeto da tutela que se almeja construir.

A teoria constitucional do bem jurídico, portanto, assume especial destaque no cenário criminal, tendo sido construída com a finalidade de delimitar de modo racional o âmbito dentro do qual pode o direito penal atuar. Pode-se dizer, assim, que a referência ao bem jurídico marca, em primeiro lugar, um limite ao intervento penal, um critério de legitimação negativa. A orientação dada pelo referido bem indica a razão inicial, o fundamento necessário da tutela, e não ainda, ao contrário, a necessidade de tutela penal, uma vez que, quanto a esta, entram em consideração também ulteriores razões e balanceamentos de interesses quanto à sua posição, extensão e modo, a partir da relação liberdade/autoridade, ou de um cálculo de custos e benefícios. Ocorre, entretanto, que também é possível constatar uma outra função assinalada ao bem jurídico, que não é mais delimitativa, liberal, mas consiste na fundação de um vínculo positivo à intervenção penal, capaz de apontar para as hipóteses em que a elevada importância do bem analisado requer que este seja protegido da maneira mais intensa que a sociedade reconhece. Desse modo, uma vez que as funções deli-

(32) *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 163 e ss.

mitativa e constitutiva não são logicamente separáveis, observa-se que a polaridade ou tensão interna da teoria do bem jurídico diz respeito, também, à polaridade de funções dos ordenamentos penais modernos, instrumentos ao mesmo tempo de tutela coercitiva de dados interesses, e *Magna Carta* das liberdades individuais.³³

3.5 Individualização dos bens constitucionalmente relevantes

3.5.1 Obstacles à identificação de um "catálogo" de bens jurídicos constitucionais

A principal dificuldade, no âmbito da identificação de quais sejam os bens jurídicos necessitados da tutela penal, diz respeito à individualização destes, a ser feita a partir do texto constitucional.

Embora a teoria constitucional do bem jurídico tenha se preocupado em tentar identificar um "catálogo" de bens jurídicos constitucionais merecedores de tutela penal, essa pretensão acabou substituída pela verificação de que a Constituição não é construída para ser um elenco de bens jurídicos, mas tem a função de estabelecer as características normativas e de organização fundamentais que devem fundar o novo Estado e a nova sociedade, de modo que não prevê, necessariamente, em suas disposições, bens que são, em si mesmos, merecedores de tutela penal.³⁴

Com a fórmula segundo a qual "bens de relevância constitucional são aqueles inseridos na Constituição entre os valores explícitos ou implicitamente garantidos",³⁵ o campo dos bens relevantes alargou-se de modo a englobar, também, aqueles implícitos. Esta dilatação é considerada admittível – e mesmo necessária – uma vez que a Constituição é um texto sintético, devido à sua função de delinear, em um número delimitado de disposições, os fundamentos do ordenamento do Estado e os princípios fundamentais que regulam as relações jurídicas e sociais.³⁶

Em primeiro lugar, constata-se a insuficiência do critério segundo o qual apenas os bens expressos no texto constitucional seriam merecedores de tutela penal, uma vez que a Constituição não contém, de forma positiva,

(33) Domenico Pulitanò. *La teoria del bene giuridico fra Codice e Costituzione. La questione criminale*, 1981. p. 114-118.

(34) Francesco Angioni. *Op. cit.*, p. 195.

(35) Franco Bricola. *Teoria...*, cit., p. 16 e 17.

(36) Francesco Angioni. *Op. cit.*, p. 197.

o elenco de todos os bens fundamentais para o desenvolvimento das relações sociais. A própria Constituição brasileira de 1988, por exemplo, não dispõe de forma clara sobre quais sejam os bens jurídicos capazes de serem tutelados penalmente. Embora declare, expressamente, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5.º, *caput*) e, conseqüentemente, indique que tais bens são de fundamental importância para a sociedade, isto não significa que sejam apenas esses os valores que possam ser protegidos por meio da cominação de uma pena. Até que ponto, por exemplo, é possível falar na capacidade de tutela penal do bem jurídico "consumidor", quando a defesa deste encontra-se explicitada entre os princípios gerais da atividade econômica (art. 170, V)? E quanto ao meio ambiente, a existência de uma norma expressa declarando que as condutas e atividades a este consideradas lesivas serão punidas penal e administrativamente (art. 225, § 3.º) é sinal de inquestionável necessidade de tutela ou, mais ainda, de obrigação para o legislador de tutelá-lo penalmente? É possível questionar-se, por exemplo, se a mera explicitação no texto constitucional é suficiente para que seja autorizada a proteção penal dos bens jurídicos, ou se é necessário outro atributo aos valores constitucionais, que não apenas sua presença formal na Constituição. Resta, ainda, o problema referente aos bens não dispostos, expressamente, no texto constitucional. A este respeito, bastante significativo é o exemplo da Constituição italiana, que não dispõe, expressamente, sobre a vida como um valor constitucional, quando não se discute ser esta o primeiro dos bens a serem tutelados num ordenamento que situe a pessoa humana em seu centro de gravidade.

Além disso, a complexidade e a velocidade com que ocorrem as transformações nas relações sociais impõem novas exigências e a necessidade de que se atente aos valores emergentes, o que acarretaria a constante defasagem do rol dos bens jurídico-penais, ainda que este fosse absolutamente completo no momento da promulgação do texto constitucional.

A esse respeito, podem ser lembradas algumas novas formas de criminalidade que têm se tornado bastante numerosas e que representam fenômenos de elevada gravidade para o desenvolvimento das relações sociais. Assim, como conseqüência da globalização econômica, são freqüentes as condutas desviadas no *mundo dos negócios*, em que se verifica, por exemplo, falsificação nos balanços de empresas, informações inverídicas sobre a situação econômica da sociedade, e a criação de "fundos negros" à disposição de administradores gananciosos ou mesmo desonestos, que constituem verdadeiros atentados à confiança dos investidores. Em outra este-

ra, pode-se falar nas ofensas ao meio ambiente como um importante capítulo da criminologia contemporânea: de um lado, os já conhecidos riscos à integridade do equilíbrio ecológico e à saúde coletiva multiplicaram-se nos últimos anos a partir do ritmo acelerado do desenvolvimento industrial; de outro, constata-se que as repercussões danosas dos atentados ao meio ambiente já não se circunscrevem mais aos limites deste ou daquele Estado, o que se faz sentir em acidentes nucleares ou vazamento de petróleo, por exemplo. Há ainda que mencionar o fenômeno da criminalidade organizada e o terrorismo político, como atuais exemplos da dinamicidade que surgem as necessidades de tutela penal.³⁷

3.5.2 Os bens jurídicos a partir de um sistema "aberto" de valores constitucionais

Para superar os obstáculos impostos pela rigidez de um catálogo de bens constitucionais necessitados de tutela penal, deve ser considerada a possibilidade do ordenamento jurídico punitivo orientar-se a partir de um sistema "aberto" de valores constitucionais, em contraposição ao sistema "fechado", onde existiria um catálogo de bens jurídicos, dispostos segundo sua relevância e aptos a nortear a atividade legislativa. Assim, por Constituição "aberta" deve se entender aquela em que nem tudo é vinculado em rígidos parâmetros valorativos, mas que existem questões que são, conseqüentemente, deixadas em aberto para serem avaliadas a partir de um processo político livre. Esse modelo, caracterizado pela abertura no tempo e perante a mudanças sociais, é o único que se apresenta adequado às exigências das sociedades modernas complexas, altamente industrializadas e com a ciência em constante avanço, pluralistas e conflituais.³⁸

Como observa Pulitanò,³⁹ a principal dificuldade da aceitação do texto constitucional como um sistema aberto de valores, no que diz respeito à definição daquilo que pode ser elevado à categoria de bem jurídico penal, consiste em compatibilizar os elementos desta "abertura" política e institucional com os elementos "vinculantes" (também para o legislador) definidores do valor formal e das funções da Constituição rígida, que caracteriza, também, a Constituição brasileira de 1988. A função garantista da

³⁷ Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini. *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999, p. 802-808.

³⁸ Domenico Pulitanò. *Bene giuridico e giustizia costituzionale*. In: Stille (Org.). *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Napoli: Jovene, 1985, p. 159-160. Idem, *ibidem*, p. 160-161.

³⁹

Constituição, que é expressada pelo seu caráter de *Magna Carta* frente à relação autoridade/liberdade, impõe um significado vinculante, limitativo do arbítrio legislativo, onde os valores constitucionais deixam de representar apenas limites e passam a significar o fundamento obrigatório da repressão penal.

Dessa forma, são aceitos como objetos de tutela penal não apenas os bens expressos na Constituição, mas ao legislador é permitido conferir tal proteção também aos bens que estejam postos em nível constitucional, ainda que apenas de maneira implícita. Isto não significa, todavia, que a Carta Constitucional permita a contemplação de qualquer interesse como sendo sujeito à tutela penal, mas impõe que todas as possíveis incriminações sejam enquadráveis em suas diretrizes, o que há de ser valorado a partir de argumentação *a fortiori* ou analógica.⁴⁰

Com relação ao raciocínio analógico, de maneira especial, cabe observar que ele também pode ser corretamente empregado para ampliar o rol dos bens jurídicos aptos a serem tutelados penalmente, uma vez que se considere a sinteticidade do texto constitucional e o dever de seu intérprete de aferir seu inteiro sentido e alcance. Esse tipo de procedimento — como observa Angioni — não deve ser recusado com base no princípio de proibição de analogia (*in malam partem*) em matéria penal. Embora seja verdade que a utilização da analogia para a ampliação do rol dos bens jurídicos constitucionalmente aptos a serem tutelados pelo direito penal consista numa analogia *in malam partem*, não se pode admitir que seja este o sentido de sua proibição: tal proibição vale para o juiz que interpreta e aplica a norma, e não para o legislador, já que aqui se trata da configuração de limites à sua tarefa.⁴¹

Exige-se, para que seja legítima a tutela penal de bens considerados implícitos na Constituição, que estes constituam — pelo menos — pressupostos logicamente necessários de outros expressos, ou que consistam em bens instrumentais à proteção de outros expressamente previstos na Constituição.⁴² Ainda assim, corre-se o risco de que o ilícito penal possa, também, ofender um valor privado de relevo constitucional, em si, em relação a um valor desta envergadura por meio de uma relação de pressuposição necessária, onde a lesão do primeiro necessária e ine-

⁴⁰ Neste sentido, os posicionamentos de Pulitanò e Angioni, em Juan José González Rus, Seminario..., cit., p. 708 e 714.

⁴¹ Op. cit., p. 198-199.

⁴² Francesco Palazzo. *Introduzione...*, cit., p. 145.

quivocamente deve ser idônea a colocar em perigo o segundo. Como exemplo, pode ser lembrada a segurança do trânsito em relação à vida ou à incolumidade física.⁴³

Para avaliar a medida em que a proteção de determinado bem jurídico justifica a mais grave intervenção na esfera individual dos cidadãos, é tarefa do legislador realizar um balanceamento entre os bens que se mostram com relevância constitucional em confronto com a liberdade, ou mesmo com a dignidade pessoal a ser sacrificada.⁴⁴ Observa-se, ainda, que especial atenção há que ser dada ao fato de que, para cada bem constitucionalmente protegido, há uma constelação de bens que acabam, conseqüentemente, sendo também protegidos. Assim, uma vez que o critério de balanceamento acaba por considerar, também, bens sem relevância constitucional (ou cuja relevância não ensejaria o intervento punitivo), o critério de proporção entre custo e benefício deve ser redimensionado na sua enorme potencialidade expansiva, de modo que as conseqüências da incriminação também devem ser avaliadas quanto à sua relevância constitucional.⁴⁵

Com relação aos possíveis resultados desse raciocínio, os bens jurídicos implícitos no texto constitucional podem ser classificados, de acordo com sua importância, em bens com relevância constitucional, bens não incompatíveis com a Constituição, e bens com esta incompatíveis. O problema desta classificação coloca-se em relação à distinção entre bens de relevância constitucional e bens simplesmente não incompatíveis com a Constituição, pois esta resulta demasiadamente vaga, e o seu alcance seletivo muito limitado, já que são poucos os bens a respeito dos quais é possível afirmar não sejam aferidos a partir do texto constitucional, ao menos implicitamente.⁴⁶ Esta distinção seria clara nas hipóteses onde os bens constitucionalmente relevantes constituíssem um catálogo ordenado e fechado, o que não se dá quando é posta em análise uma Constituição do tipo aberto.⁴⁷

⁴³ Franco Bricola. Teoria..., cit., p. 16; Domenico Pulitanò. *Bene giuridico...*, cit., p. 165.

⁴⁴ Francesco Palazzo. *Introduzione...*, cit., p. 143.

⁴⁵ Francesco Palazzo. *Offensività...*, cit., p. 380-381.

⁴⁶ A este respeito pode ser mencionado o fato de não haver nenhuma decisão da Corte Constitucional italiana que tenha fundamentado uma decisão de inconstitucionalidade de lei com base na inexistência de um bem jurídico constitucional (Francesco Angioni. *Op. cit.*, p. 202).

⁴⁷ Domenico Pulitanò. *Bene giuridico...*, cit., p. 162-163.

Mesmo diante de tal dificuldade, pode-se dizer que, em relação à Constituição, os bens jurídicos dividem-se, em termos gerais, em bens incompatíveis e bens compatíveis, de modo que estes últimos podem ser explicitamente mencionados em seu texto, implicitamente deduzíveis ou nem mesmo implicitamente deduzíveis. Assim, enquanto os bens incompatíveis (ou seja, inconstitucionais) não podem ser tutelados por nenhuma norma jurídica, os compatíveis podem ser tutelados por normas penais apenas se explicitamente mencionados ou implicitamente deduzidos da Constituição, e os restantes bens compatíveis, embora nem sequer deduzíveis do texto constitucional, podem ser protegidos apenas por normas relativas a outros ramos do ordenamento jurídico, como o direito administrativo ou o direito civil, por exemplo.⁴⁸

Ainda, há que ser salientado um importante requisito para a atribuição da tutela penal ao bem jurídico constitucional, qual seja, a necessidade de que o mencionado bem se encontre "cristalizado" na sociedade, não se encontrando em processo de transformação. Essa exigência, como se percebe, também se encontra relacionada à característica "aberta" da Constituição, uma vez que parte do pressuposto de que os valores constitucionais não são estáticos, parados no tempo, e não influenciáveis pela sociedade. Uma vez que é essencial que se possa individualizar a conduta ou o fato lesivo, assim como, em sede legislativa, não pode haver dúvida quanto ao significado constitucional do bem a ser tutelado, é necessário que se considere que, em muitos casos, o valor constitucional fundamental é apenas um *genus*, ao qual são erigidos os valores emergentes na sociedade. Importa observar, por fim, que a concepção do que ainda não se encontra cristalizado, mas em transformação, não diz respeito apenas aos interesses emergentes, mas também aos interesses que, pela sua própria natureza, são variáveis e sujeitos a repentinas transformações.⁴⁹

Desta forma, há que se concordar com Maria da Conceição Ferreira da Cunha, quando pondera acerca das vantagens e desvantagens de se extrair de um sistema aberto de valores constitucionais aqueles a serem protegidos criminalmente. Segundo a autora, "sempre que se recorre a um conceito material de Constituição — tal acontece também com o problema dos valores implícitos — perde-se em certeza. Só que, parece-nos que tal se afirma indispensável, para que a Constituição não se desligue da realidade;

⁴⁸ Francesco Angioni. Op. cit., p. 201.

⁴⁹ Franco Bricola. Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna: Il Mulino, 1997. p. 216-218.

na verdade, só essa concepção material de Constituição corresponderá à sua essência, poder-se-á dizer até não se tratar mais do que de uma sua correcta interpretação; de uma interpretação dos seus preceitos que não perca a adaptabilidade ao momento histórico, a visão de conjunto e o espírito da Constituição".⁵⁰

3.5.3 O parâmetro da liberdade

No processo de identificação dos bens jurídicos aptos a serem tutelados pelo direito penal, há que ser avaliada em que medida pode ser considerado válido o parâmetro da liberdade quando das ponderações relativas ao juízo de necessidade da intervenção punitiva do Estado. Isso se dá uma vez que a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de penas diversas das privativas de liberdade faz supor que nem sempre o valor a ser contrabalancado aos bens cuja proteção é aferida há de ser a liberdade pessoal.

Assim, por exemplo, no Brasil, a ameaça indireta à liberdade, através de penas pecuniárias com a potencialidade de serem convertidas em penas privativas de liberdade, foi suprimida pelo art. 3.º da Lei 9.268/1996. Poder-se-ia questionar, então, o critério segundo o qual a capacidade do bem jurídico para ser tutelado penalmente dá-se em razão do seu valor equivalente à liberdade pessoal, uma vez que, nas hipóteses em que a pena cominada não é de privação de liberdade (ou, ainda que seja, o é alternativamente apenas de multa), aparentemente não é indispensável que o bem jurídico possua um valor equivalente à liberdade.

Ademais, a introdução das penas restritivas de direitos como categoria autônoma, no Código Penal brasileiro, com a reforma trazida pela Lei 7.209/1984, também poderia ser mais um fundamento para se supor que outros valores, diversos da liberdade pessoal, também serviriam de parâmetro para a identificação dos bens dignos de proteção penal.

Com relação às penas restritivas de direitos, importa observar o fato de que estas desempenham, em nosso ordenamento jurídico, uma função essencialmente *substitutiva*, na medida em que existem para substituir a pena privativa de liberdade, nas condições estritamente legais.⁵¹ Desta maneira, a sua aplicação requer uma prévia fixação, pelo juiz, do *quantum* correspondente à pena privativa de liberdade, de modo que é num momen-

⁵⁰ *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 211.

⁵¹ René Ariel Dotti. Op. cit., p. 454.

to posterior que cabe ao Órgão Julgador convertê-la em pena restritiva de direitos, nas hipóteses em que isso for possível.⁵² Em assim sendo, torna-se possível concluir que a atuação destas sanções é operada no âmbito da discricionariedade do juiz, no momento da aplicação da pena. A ausência das sanções restritivas de direitos entre as penas originárias justifica-se uma vez que, no momento em que a ofensa penalmente relevante é selecionada, não é possível excluir, *a priori*, a necessidade de se recorrer à pena criminal mais grave e significativa. Isso não significa trair o sentido de *ultima ratio*, próprio do direito penal; se o recurso à pena detentiva é concebido como remédio extremo, é lógico que ela seja cominada em sede legislativa toda vez que se possa, abstratamente, aferir sua necessidade, remetendo-se ao juiz a adoção de um tratamento sancionatório diferente e menos afilivo, segundo as peculiaridades do caso concreto.⁵³

Cabe observar, ainda, que há autores — tais como Padovani — que sustentam que penas não detentivas diversas da pecuniária não podem ser utilizadas em sede legislativa. É que, uma vez estabelecido, segundo critérios de *ultima ratio*, que um determinado ilícito deva corresponder à esfera criminal, esta escolha implica logicamente a impossibilidade de excluir, *a priori*, a necessidade de recorrer à mais grave sanção que o ordenamento preveja. Se um ilícito deve ser considerado delito, deve-se, em princípio, supor a exigência de se utilizar a pena detentiva, pois caso contrário não deveria ser delito. Isto significa que as sanções restritivas de direitos devem encontrar seu espaço aplicativo exclusivamente em sede judicial, onde o princípio da *ultima ratio* se confronta, concretamente, com uma determinada infração e um determinado autor.⁵⁴

Além do fato de que a previsão legal da pena privativa de liberdade significa que existe a real possibilidade de que o bem a ser sacrificado pela

⁵² Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 1 — parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 478.

⁵³ Com relação a esta característica de ser substitutiva em relação à pena privativa de liberdade, sustenta Pagliaro a pertinência deste atributo uma vez que, caso fossem previstas originariamente sanções restritivas de direitos, a valoração da gravidade concreta do ilícito tornar-se-ia demasiadamente rígida — de forma insuficiente ou desproporcional (Antonio Pagliaro. Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo Codice Penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994. p. 390-391).

⁵⁴ La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992. p. 449-450.

resposta punitiva do Estado seja a liberdade pessoal, ainda que, na aplicação prática, haja grandes chances de vir a ser substituída por uma pena restritiva de direitos, é preciso lembrar também que a possibilidade de aplicação de pena de multa, alternativamente à privação de liberdade, também não significa a possibilidade de se substituir a liberdade por bens econômicos, como critério de ponderação. Nesses casos, igualmente, por existir a possibilidade de aplicação da pena de prisão, justifica-se o recurso ao valor liberdade para a identificação dos bens jurídicos constitucionalmente aptos a serem tutelados criminalmente.

Nesse sentido, Packer aponta para o fato de que sempre existirá uma certa quantidade de condenações penais onde o pagamento de uma quantia de dinheiro se demonstrará a sanção mais apropriada. No entanto, esta decisão diz respeito a uma avaliação judicial do caso, quando são consideradas as circunstâncias em que se encontra imerso o condenado e a sua respectiva infração.⁵⁵

Para aquelas raras hipóteses em que consta abstratamente cominada exclusivamente uma pena de multa,⁵⁶ há de ser lembrado o que diz Ferrajoli, a respeito da ilegitimidade penal das penas pecuniárias. Segundo este autor, a modalidade de pena é infundada, pois não tutela um bem jurídico fundamental: nenhum bem jurídico tido como fundamental a ponto de justificar sua tutela penal pode ser quantificado monetariamente (assim, as penas admitidas seriam somente as restrições à liberdade, detentivas ou de outros tipos).⁵⁷ Visto de outra forma, pode-se concluir que, se no plano abstrato já é possível antever que a conduta proibida pode, no máximo, merecer a aplicação de uma sanção pecuniária, desde logo há que se questionar a ilegitimidade da sua incriminação — esta hipótese confirmaria a validade do critério da liberdade como parâmetro para a avaliação da necessidade de tutela penal, pois indicaria a desnecessidade deste tipo de proteção.

Também nesse sentido, Packer adverte que se o preço mais alto que se exige é o pagamento de determinada quantia de dinheiro à tesouraria do Estado, não se deve impor a tais casos a necessidade de invocar a sanção

⁵⁵ Packer sustenta, também, que, do ponto de vista da acusação, o processo penal somente deve ser iniciado se parecer existir uma substancial justificação para impor uma condenação ao cárcere, (Herbert Packer. *I limiti della sanzione penale*. Trad. Franco Ferracuti, Mirella Ferracuti Gerutti e Gilda Scardaccione. Milano: Giuffrè, 1978. p. 284).

⁵⁶ No direito penal brasileiro, podem ser lembrados, a título de exemplo, alguns dispositivos da Lei das Contravenções Penais (entre outros, os arts. 20, 37, 38 e 44).

⁵⁷ Op. cit., p. 480-481.

penal. Se se observar os delitos que são apenados exclusivamente com multa (são exemplos mencionados pelo autor, entre outros, as infrações de trânsito e a caça fora da época permitida), percebe-se que estes fazem parte do rol de infrações que merecem ser eliminadas do direito penal por não serem suficientemente graves a ponto de serem punidas com verdadeiras e próprias sanções criminais.⁵⁸

Pode-se ainda demonstrar a validade do parâmetro da liberdade pessoal no balanceamento dos bens a serem protegidos pelo direito penal, argumentando-se que nada impediria que uma genérica exigência de redução da área do ilícito penal fosse, em tese, deduzida de critérios diversos da liberdade pessoal. Não estaria em conflito com o princípio da concreta ofensividade da conduta ilícita, por exemplo, a previsão de delitos lesivos a interesses estranhos à Constituição, embora merecedores de proteção segundo a consciência social; e, do mesmo modo, o reconhecimento de que os bens constitucionais devem ser tutelados na medida correspondente à sua relação de hierarquia não indica, por si só, que a tutela deva ser circunscrita àqueles valores equiparáveis à liberdade (e nem mesmo essa hierarquia seria desrespeitada, necessariamente, se se permitisse a proteção de bens estranhos àqueles previstos constitucionalmente). No entanto, a admissão da Constituição como fonte a partir da qual são apreendidos os bens jurídicos dignos de tutela penal e, além disso, reconhecendo o valor superior da liberdade pessoal e constatando que ela somente pode ser diminuída para tutelar interesses de igual nível, é possível extrair daí um fundamento preciso e um critério suficientemente rigoroso para operar as restrições dos ilícitos criminais, ainda que nem sempre seja a liberdade o bem sacrificado pela imposição da pena.⁵⁹

3.5.4 Classificação dos bens jurídicos constitucionais

A legislação penal condizente com o Estado Democrático de Direito, que fundamenta no princípio da ofensividade sua intervenção na liberdade individual dos cidadãos, somente pode legitimar-se na medida em que a avaliação acerca dos bens capazes de serem tutelados for calçada no princípio personalista, em que o primado da pessoa humana é tido como valor ético em si, como homem-valor, homem-pessoa, homem-fim, e não instrumento para qualquer finalidade, nem mesmo de política criminal. Dessa forma, o sistema de bens jurídicos necessitados de prote-

⁵⁸ Op. cit., p. 282.

⁵⁹ Michele Papa. Op. cit., p. 700-701.

ção penal funda-se na centralidade da pessoa humana, que constitui, na hierarquia personalista dos valores, o bem de maior importância. Como consequência, tem lugar a distinção entre os bens-fim, que são aqueles constituídos pelos direitos fundamentais da pessoa humana e, portanto, tutelados como tais, e os bens-meio, que são constituídos por bens individuais patrimoniais e por bens supraindividuais, e tutelados enquanto instrumentais – e nos limites de tal instrumentalidade – à conservação, dignidade e desenvolvimento da pessoa humana, na sua dimensão individual e social.⁶⁰

Isso significa que somente os bens-fim e os bens-meio indispensáveis à plena realização do homem podem ser considerados de suficiente importância para serem tutelados sob a ameaça da pena criminal. A assimilação entre o bem jurídico “liberdade pessoal” e os outros bens com potencialidade para serem definidos como primários dá-se a partir da consideração de que sem a liberdade física o homem não pode realizar-se nas formas existenciais mínimas e, deste modo, todos os outros bens sem os quais, igualmente, o homem não puder realizar-se minimamente devem ser considerados bens primários⁶¹ (em contraposição, são considerados bens secundários aqueles não indispensáveis à realização do ser humano, dentro da sociedade).

Observa Vives Antón que o parâmetro da liberdade, utilizado na identificação dos bens aptos a serem tutelados penalmente, atua na medida em que aquela, além de se externar por meio de prerrogativas e garantias inerentes à própria condição humana, como, por exemplo, a liberdade de expressão, de locomoção e assim por diante, concretiza-se numa série de bens e interesses que representam as condições externas – materiais – de seu exercício. Dessa forma, os bens que representam as condições externas da liberdade são os únicos aptos a serem tutelados como bens jurídico-penais, uma vez que uma afronta a eles significa, igualmente, afronta à liberdade. Em contrapartida, não podem ser considerados bens jurídicos quaisquer interesses reconhecidos pela sociedade, e os valores apenas culturais devem se submeter à crítica do direito e serem, por este, recusados, se não se ajustam a seus princípios informadores. Em outras palavras, é possível dizer que a essência da infração ao direito aparece, no plano constitucional, ca-

⁶⁰ Ferrando Mantovani. Il principio di offensività..., cit., p. 314-315; Idem, Sobre a exigência perene da codificação. Trad. Cristina Líbano Monteiro. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, abr.-jun. 1995, p. 147-148.

⁶¹ Francesco Angioni. Op. cit., p. 203.

racterizada como o ataque à liberdade alheia, o que se dá por meio da lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico.⁶²

Embora seja possível individualizar os bens inequivocamente primários, assim como os inequivocamente secundários, existe uma grande área nebulosa entre tais categorias, onde se faz necessária uma ulterior valorização, por parte do legislador, a ser guiada por critérios distintos da importância do bem.⁶³ Mesmo diante da dificuldade dessa individualização, como bem inequivocamente primário pode ser considerada a liberdade pessoal, à qual podem agregar-se a dignidade da pessoa humana e os direitos a ela inerentes, a integridade física, o direito de associação⁶⁴ etc. Assim, é possível concluir que os bens primários são, além da liberdade, todos aqueles bens que, por sua importância, lhe são assimiláveis.⁶⁵

Entre os bens jurídicos primários, é possível diferenciá-los a partir do sujeito em relação ao qual se encontram vinculados. Assim, os *bens pri-*

⁽⁶²⁾ Op. cit., p. 95-98.

⁽⁶³⁾ Emilio Dolcini. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, p. 615. Pode ser feita referência à possibilidade, já aventada, de se buscar o parâmetro para a identificação dos bens jurídicos-penais por meio de um procedimento de caráter negativo. Assim, ante a dificuldade de determinar quando um valor reúne as condições necessárias para ser considerado bem jurídico penal, a partir da Constituição, pode ser preferível estabelecer um método progressivo de minimização, pelo qual se estabeleça quais bens jurídicos não merecem proteção penal, de modo que a solução baseie-se, por consequência, não tanto na determinação de quais são os interesses transcendentes para o direito penal, mas aqueles que em nenhuma hipótese merecem sua tutela (Guillermo Portilla Contreras. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. *Cuadernos de Política Criminal* 39/735, 1989).

⁽⁶⁴⁾ Como observa Cunha, num Estado de direito material, "em cuja Constituição se estabelecem, como direitos fundamentais, não só os direitos, liberdades e garantias, mas também os direitos econômico-sociais, devem-se considerar bens jurídicos, quer os primeiros, que contendem com valores tradicionais, quer os segundos, que têm em vista a tutela do homem enquanto ser social. De facto, ambos os bens têm por fundamento último o desenvolvimento da personalidade humana e ambos os bens são também de interesse geral. Estas duas dimensões co-essenciais ao direito penal não se deveriam considerar antagónicas, mas complementares. O que está sempre em causa são os valores essenciais à vida do homem que é, por essência, um ser comunitário" (Maria da Conceição Ferreira da Cunha. Op. cit., p. 198-199).

⁽⁶⁵⁾ Francisco Javier Alvarez Garcia. Bien jurídico y constitución. *Cuadernos de Política Criminal* 43/37, 1991; Francesco Angioni. Op. cit., p. 203.

mários individuais são aqueles sem os quais o indivíduo não pode realizar-se, nas mínimas formas existenciais, ou cuja falta resulta atentatória à dignidade humana; *primários de caráter coletivo, difuso ou transindividual* são os bens sem os quais o indivíduo não pode realizar-se nas mínimas expressões sociais, e os *bens públicos primários*, ou institucionais, constituem aqueles sem os quais se ofuscam os princípios fundamentais que configuram o tipo de Estado delineado na Constituição.⁶⁶ Isso significa que os bens capazes de serem ofendidos e, portanto, suscetíveis à tutela por meio do instrumento penal, não são apenas os clássicos bens individuais, mas também a integridade do território do Estado, o exercício das funções próprias dos órgãos constitucionais, o exercício das funções de controle dos órgãos governamentais em relação à economia, a confiança dos investidores na veracidade dos balanços societários, a pureza da água, do ar etc.⁶⁷ O importante a ser considerado, em qualquer incriminação, é que a avaliação acerca da sua necessidade há de ser feita, sempre, tendo-se como ponto de partida a posição prioritária do ser humano, dentro do sistema penal.⁶⁸

⁽⁶⁶⁾ Juan José González Rus. Seminario..., cit., p. 714; Emilio Dolcini. Sanzione..., cit., p. 614.

⁽⁶⁷⁾ Giorgio Marinucci e Sanzione Dolcini. Diritto penale "minimo" ..., cit., p. 813.

⁽⁶⁸⁾ Com relação aos novos bens jurídicos emergentes na sociedade, Arroyo Zapatero destaca que a tutela destes há de realizar-se respeitando o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, onde deve ser salientado o caráter personalista de tais interesses, que obriga a encontrar uma necessidade individual na origem de todo bem penalmente protegível (Luis Arroyo Zapatero. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal* 1/2); e Luiz Regis Prado salienta que no Estado Democrático a tutela dos interesses coletivos deve ser valorada em função de sua repercussão na seara individual, onde o juízo de valor sobre a relevância de um determinado interesse coletivo exige a comprovação do dano causado no indivíduo para a sua vulneração. Acrescenta este autor que o Estado "não pode desconhecer a significação que por si mesma implica extensão social de um determinado interesse, mas, de outro lado, não pode prescindir de reclamar como mínimo uma determinada gravidade na repercussão do interesse coletivo na esfera individual" (*Bem jurídico-penal*..., cit., p. 81-82). Como exemplo de legislação construída a partir da centralização do ser humano no direito penal, na parte especial do projeto de Código Penal italiano, o primeiro Livro diz respeito aos crimes contra a pessoa, onde encontram-se os crimes contra a vida e a incolumidade individual, os crimes de escravidão, crimes contra a liberdade, contra a privacidade, contra a inviolabilidade de segredos, e os crimes contra o patrimônio individual (na medida em que o patrimônio é considerado como uma projeção da pessoa no mundo externo). Os outros três agrupamentos de crimes são, também, efetuados a partir da posição de referência à pessoa huma-

Como se vê, são bastante delicadas as escolhas cabíveis ao intérprete constitucional. Há que se considerar que os mesmos valores constitucionais podem sofrer modificações históricas tanto em seu próprio significado como no seu grau de importância dentro do ordenamento jurídico e, além disso, percebe-se que a vastidão do elenco de bens passíveis de serem considerados primários faz com que, quando da análise dos bens tutelados pelo Código Penal, por exemplo, seja difícil identificar algum que apresente valor exclusivamente secundário.⁶⁹

Observa-se, ainda, que é possível que bens pertencentes a uma categoria tradicionalmente reconhecida possam ser decompostos em espécies de diferentes categorias constitucionais. Assim, por exemplo, é possível dividir o bem jurídico "honra" em honra, reputação, decoro e prestígio, sendo que apenas em algumas destas acepções poder-se-ia equiparar honra ao parâmetro da liberdade pessoal, de modo a reconhecê-la como bem jurídico primário.⁷⁰

Pode-se concluir, dessa forma, que não obstante a ampla margem de discricionariedade permitida ao legislador em razão da inexistência de um catálogo exposto de bens aptos a serem tutelados pelo direito penal,⁷¹ é possível verificar limites substanciais à atividade legislativa da escolha dos bens jurídicos suscetíveis de tutela penal. Tais limites, embora não sejam

na em relação ao interesse ofendido. Assim, o segundo Livro compreende os crimes contra as relações civis, sociais e econômicas, de modo a tutelar a pessoa enquanto inserida nas relações de vida social (onde encontram-se os crimes contra as relações de trabalho, contra a liberdade religiosa, contra a família, e contra a fé pública). Por sua vez, o terceiro Livro tutela a pessoa humana no momento em que esta se projeta numa comunidade de sujeitos e, assim, são elencados os crimes contra os povos, os crimes ambientais, os crimes contra a economia (entre os quais inserem-se os crimes contra as finanças do Estado e crimes falimentares, por exemplo). Já no quarto Livro, a pessoa é tutelada dentro da organização formal da coletividade, que é o Estado, e as figuras típicas previstas dizem respeito aos crimes contra a ordem constitucional, contra a jurisdição e contra a administração pública (Antonio Pagliaro. Valori e principi..., cit., p. 395).

⁶⁹ Francesco Angioni. Op. cit., p. 204; Emilio Dolcini. Sanzione..., cit., p. 614-615.

⁷⁰ Ocorre, entretanto, que nem sempre é possível efetuar esta decomposição a partir de parâmetros axiológicos, como se dá nas hipóteses de bens como o patrimônio ou a saúde. Isto demonstra que esta "decomposição" do bem jurídico e seleção das possibilidades de tutela com base no critério da importância de determinado aspecto do bem jurídico, não obstante seu fundamento teórico, apresenta inevitáveis limites aplicativos. Neste sentido, Francesco Angioni, op. cit., p. 205.

⁷¹ Juan José González Rus. Seminario..., cit., p. 717.

claros (uma vez que não são expressos), impõem que a seleção de bens jurídicos se faça pautada pela observância dos valores contidos na Constituição, ainda que reste clara a dificuldade de elaborar uma hierarquia de valores, dentro do próprio texto constitucional.

3.6 Inexistência de obrigação constitucional de tutela

Não há dúvida de que a orientação constitucional dos bens jurídicos in-flui de maneira negativa no ordenamento jurídico-penal, uma vez que estabelece, mediante a identificação dos bens jurídicos de relevo constitucional, quais são aqueles únicos merecedores de tutela penal (e, conseqüentemente, quais bens não merecem a tutela penal). Discute-se, entretanto, a possibilidade de a Constituição, além de indicar quais sejam tais bens, impor ao legislador infraconstitucional a obrigação de tutelá-los por intermédio do direito penal. Para os que entendem que esta obrigação é também derivada da fundamentação constitucional dos bens jurídicos, é reconhecida, então, uma função positiva do referido fundamento, orientada a obrigar o Estado a outorgar, mediante suas leis, proteção penal a certos bens ou interesses.⁷²

Há que se partir do pressuposto de que quanto mais vastos e diversos são o objeto e as formas admissíveis de tutela, tanto maior deve ser a discricionariedade do legislador na escolha da oportunidade e da forma da intervenção; quanto maior é o número de interesses capazes de serem sistematizados pelo direito penal, menor a legitimação da tutela de bens marginais (ou de ofensas insignificantes, de bagatela) pode equivaler à pretensão vinculante de uma dada tutela; e quanto mais penetrante é a tutela admissível, variando do dano efetivo ao perigo abstrato, maior será a necessidade de justificação para a adoção da técnica utilizada.⁷³

Constata-se, ainda, que são numerosas as disposições constitucionais genéricas que impõem ao Estado que garanta, tutele ou proteja este ou aquele bem, assim como as que impõem que se proíba ou reprima este ou aquele comportamento. Tais normas vinculam o legislador, embora não prescrevam o modo como deverá realizar-se a tutela ou a repressão. Para Dolcini e Marinucci, não existem obrigações constitucionais implícitas de incriminação deduzíveis do caráter dos direitos fundamentais dos bens em jogo, e determinar que um certo bem pode ser tutelado não significa que tenha ele necessidade de receber uma tutela do tipo penal, obrigatoriamente.⁷⁴

⁷² Neste sentido, Juan Antonio Martos Núñez, op. cit., p. 252.

⁷³ Domenico Pulitanò. Bene giuridico..., cit., p. 176.

⁷⁴ Costituzione e politica..., cit., p. 357-363.

Para o legislador, impõe-se uma escolha entre os limites negativos de legitimação — assinalados pela concessão liberal do bem jurídico — e as razões da positiva intervenção penal nos casos específicos. Caso fosse possível falar em obrigações constitucionais de tutela, este poder legislativo de escolha estaria sendo substituído pela exigência de atuações positivas (vinculadas a critérios normativos materiais) em detrimento do balanceamento dos interesses em jogo, onde se pressupõe a avaliação acerca da importância dos bens jurídicos confrontados. Desse modo, num campo que é governado pela discricionariedade do legislador, o âmbito das obrigações de tutela não pode ser mais do que uma exceção, relacionado a situações excepcionais.⁷⁵

A concepção de que existem obrigações constitucionais de criminalização contrasta frontalmente com o sentido da Constituição aberta, uma vez que a hierarquia de valores nela dispostos passa a ser associada à idéia da Constituição como um sistema fechado. Além disso, independentemente do conteúdo político, a concretização de obrigações de tutela penal não pode gerar outro resultado que não de relativa ou total estabilização das estruturas normativas vigentes, uma vez que se substitui a discussão racional pela imposição *a priori* de uma (velha) solução, em nome de valores abstratos.

É função do ordenamento constitucional da liberdade garantir o livre processo político por meio de uma filtragem crítica da norma coercitiva. Se se transformassem as funções ou necessidades positivas de tutela em obrigações *a priori*, o sistema da tutela necessária tornar-se-ia ambíguo nas suas bases, uma vez que entre a discussão e a fundamentação racional das “necessidades históricas” de tutela e a obrigação constitucional de penalização, a congruência não seria logicamente assegurada. Nesse sentido, a idéia da necessidade do interventivo penal estaria se contrapondo a seu original significado iluminista, segundo o qual as “razões” fundantes do direito de punir não nascem da vontade do legislador, mas da necessidade de organização e tutela da sociedade, cabendo ao legislador saber aferi-las. O vínculo que existe, portanto, para o legislador, é do tipo racional, uma vez que a demanda por tutelas deve pressupor um balanceamento de interes-

(75) Segundo Pulitanò, ao se admitir a possibilidade de que existam obrigações de criminalização, a necessidade passa a ser algo que vincula, e representa o lado oposto da liberdade de escolha; a escolha entre legitimação negativa e justificação positiva do ordenamento penal, onde é posta a discricionariedade política do legislador, passaria a referir-se a um plano de respostas necessitadas, que é como se dissesse “obrigadas” (Bene giuridico..., cit., p. 176-179 e *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, p. 493).

ses; é o contrário de um vínculo formal a soluções criminalizantes. A responsabilidade do legislador de conhecer e tentar resolver suas tarefas de tutela não resulta negada, mas ressaltada; e a “necessidade” do direito penal volta a ser a mesma da razão histórica de sua utilização — e não aquela do cumprimento formal de obrigações, também definida de “atuação constitucional”.⁷⁶

Além disso, a aceitação de obrigações constitucionais de tutela penal implicaria a conclusão de que o direito penal é um ramo do ordenamento jurídico de caráter meramente sancionador. É que ao direito penal seria possível apenas especificar os valores constitucionais, tendo como função somente a previsão de sanções a preceitos pertencentes ao direito constitucional. No entanto, não se pode deduzir obrigações de penalização derivadas de um entendimento constitucional do conceito de bem jurídico (o que não impede aceitar que possam existir obrigações expressas de criminalização no texto constitucional, conforme se analisará adiante). Ao contrário, o legislador penal pode optar, em todos os casos, por impor sanções penais a bens de nível constitucional, embora não esteja obrigado a fazê-lo, de modo que pode escolher proteger determinado bem por meio de sanções não penais, ou mesmo optar pela não intervenção do direito sancionador, se este se apresenta como desnecessário.⁷⁷

3.7 O papel dos imperativos explícitos de criminalização

Questão delicada diz respeito a obrigações explícitas de incriminação. Neste sentido, a Constituição brasileira de 1988 é, reconhecidamente, excepcionalmente ampla na gama de obrigações de tutela penal expressas em seu texto.⁷⁸ Vejam-se os exemplos contidos no art. 5.º, XLI (“a lei punirá

(76) Franco Bricola, *Carattere “sussidiario”*..., cit., p. 202, e Domenico Pulitanò, *Bene giuridico...*, cit., p. 181-182. A este respeito pode ser lembrado o fato de que o caráter fragmentário do direito penal ao qual é correlato o interventivo punitivo necessariamente punitivo torna possível sustentar, com base numa escolha legislativa deliberada, até mesmo a ausência de qualquer forma de criminalização (Andrea Pugiotto, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie. Giuriprudenza Costituzionale*, 1994, p. 4.214-4.215).

(77) Francisco Javier Alvarez Garcia, *Bien jurídico...*, cit., p. 32.

(78) Outros textos constitucionais também contêm obrigações expressas de criminalização, ainda que de forma tímida, se comparada à Constituição brasileira. Assim, por exemplo, na Constituição italiana, o art. 13, § 4.º, estabelece que é punida qualquer violência física ou moral sobre a pessoa submetida à restrição de liberdade; a Constituição alemã prevê uma hipótese isolada de obrigação de incriminação, uma

qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, inciso XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), inciso XLIII (“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 inciso XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”), assim como o art. 225, § 3.º, que prescreve que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”, e o art. 227, § 4.º, que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Pode-se dizer que o legislador constituinte, ao estabelecer obrigações expressas de incriminação, procede, também, mediante os mesmos critérios de política criminal — merecimento e necessidade de pena — nos quais deve inspirar-se o legislador ordinário em suas escolhas de incriminação. A razão que faz a Constituição antecipar algumas valorações político-criminais, que normalmente são remetidas à escolha discricionária do legislador ordinário, funda-se na experiência histórica do Estado, o que inclui, também, projetos e objetivos aos quais este se propõe no momento em que

vez que, segundo o art. 26, § 1.º, as ações idôneas a turbarem a pacífica convivência dos povos, particularmente se destinadas a preparar uma guerra de agressão, e se iniciam tal intento, são inconstitucionais e devem ser perseguidas penalmente. Já a Constituição espanhola contém três disposições que configuram obrigações expressas de incriminação. A norma do art. 45 impõe, para aqueles que violarem o mandato constitucional de utilização racional de todos os recursos naturais, a ser fiscalizada pelos poderes públicos e com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade de vida e de tutelar e reintegrar o meio ambiente, a previsão de sanções penais ou, se for o caso, sanções administrativas; o art. 46, a seu turno, prescreve que os poderes públicos garantirão a conservação e promoverão o enriquecimento do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos espanhóis e os bens que o integram, qualquer que seja seu regime jurídico e sua titularidade, de modo que a lei penal sancionará os atentados contra este patrimônio; por fim, o art. 55, § 2.º, estabelece que a utilização injustificada ou abusiva da faculdade de suspender quaisquer direitos nos confrontos das pessoas acusadas de terrorismo ou quadrilha armada provocará uma responsabilidade penal (Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci. Costituzione e política..., cit., p. 351-352).

é criada a nova Carta Política. Além disso, a tutela penal de alguns específicos bens reflete a sua nova ou a acrescida importância, assim como a previsão de que, no futuro, podem vir a ser objeto de agressões sempre mais graves e frequentes. No caso brasileiro, pode-se mencionar que a imposição, ao legislador, de punir os atentados à liberdade e aos direitos fundamentais, a prática da tortura, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e contra a democracia é, claramente, dirigida a prevenir o retorno à ditadura militar ou a impedir que, mesmo após o advento do Estado Democrático, permaneçam comportamentos típicos deste regime;⁷⁹ por sua vez, a tutela penal do meio ambiente responde à lógica segundo a qual a possibilidade de que se intensifiquem os fenômenos atentatórios a este bem o torna sempre mais precioso aos olhos da coletividade.⁸⁰

A questão que resta, diante da verificação de que a Constituição brasileira dispõe de uma série de cláusulas expressas de criminalização, diz respeito ao grau de vinculação em que se encontra o legislador ordinário. Se o legislador constituinte evidenciou a *necessidade* de determinadas incriminações, afere-se uma obrigação de que certos bens jurídicos venham a ser protegidos pelo direito penal,⁸¹ sem que isso signifique, entretanto, que

⁷⁹ Este é o mesmo sentido da Constituição alemã, que ao reclamar a punição das atividades preparatórias de uma guerra de agressão, manifesta de forma vinculante a vontade de paz dos alemães na República federal como resposta às experiências do período do nacional socialismo; também, a Constituição espanhola, ao impor a repressão a abusos de poderes públicos na luta ao terrorismo, tinha presente a experiência adquirida durante a ditadura de Franco; e a Constituição italiana optou que viesse tutelada com pena a integridade física e a liberdade moral das pessoas submetidas à restrição da liberdade, consciente dos arbítrios e da violência que, sobretudo por parte da polícia, eram atuados durante o regime fascista (Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci. Costituzione e política..., cit., p. 352-353).

⁸⁰ Em situação análoga encontra-se o patrimônio histórico, cultural e artístico, na Constituição espanhola (Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, Costituzione e política..., cit., p. 354).

⁸¹ Diferentemente, sustenta Janaína Paschoal que não podem ser aferidas do texto constitucional quaisquer vinculações ao legislador no sentido de criminalizar determinados bens jurídicos. Isto se justifica na medida em que seria incoerente que o constituinte tivesse deixado para o legislador a liberdade de criminalizar ou não as afrontas à vida, obrigando-o, ao contrário, a criminalizar o racismo, por exemplo. Além disso, sustenta-se que, da mesma forma como o direito penal mínimo não pode conviver com uma análise meramente formal da lei, também não pode conviver com uma avaliação exclusivamente formal da Constituição (*Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002. p. 107 e 156).

qualquer norma que se disponha a proteger criminalmente tais bens jurídicos encontre-se de acordo com as recomendações constitucionais do princípio da proporcionalidade. Ao contrário, o fato de estarem expressos no texto constitucional faz com que não caiba ao legislador ordinário, apenas, valorar se há necessidade da intervenção penal, uma vez que isto já se encontra posto. No entanto, continua sendo tarefa legislativa determinar a mais adequada técnica de tutela penal a ser dispensada ao bem jurídico constitucional, assim como observar os requisitos constitucionais da idoneidade da incriminação e da proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, a afirmativa da *obligatoriedade* ao Congresso Nacional correspondente à edição de lei penal descrevendo as condutas típicas referentes aos aludidos preceitos constitucionais⁸² merece reservas.

Como observa González Rus,⁸³ em referência ao art. 46 da Constituição espanhola – que traz expressa a necessidade de tutela penal ao patrimônio histórico, cultural e artístico (*La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio*)⁸⁴ –, disposições constitucionais expressas de criminalização não resultam incompatíveis com os ditames do princípio da intervenção mínima. Este há de ser considerado na definição das condutas puníveis, que devem compreender, exclusivamente, os atentados mais graves, assim como atua na própria delimitação dos objetos protegíveis, fazendo com que o conteúdo da norma penal não coincida com o da norma administrativa. Isto se dá na medida em que a formulação incondicionada de que os atentados ao patrimônio histórico, cultural e artístico devem receber a tutela penal de nenhum modo pode ser interpretada no sentido de que *todos* estes atentados não de ser sancionados pela lei penal, nem permite concluir que *todos* os elementos integrantes do referido patrimônio não são objeto de proteção penal. Como enfatiza o autor, seria absurdo pretender que destas disposições constitucionais derivasse a obrigação de uma atuação penal desvinculada dos princípios básicos que lhe são consubstanciais.

(82) Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 324.

(83) Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, jan.-abr. 1995, t. 48, p. 35 e 42.

(84) Diz o art. 46 da Constituição espanhola: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

Ao contrário, incluídas tais disposições na Constituição, deixa-se aberta uma via de compatibilidade em relação ao caráter subsidiário e fragmentário do direito penal e ao reconhecimento da capacidade do legislador ordinário para decidir quais aspectos pertencentes ao bem jurídico constitucional devem ser penalmente protegidos, assim como quais atentados podem ser penalmente sancionados, sobre a base de que apenas os bens de maior relevância e os comportamentos mais graves não de integrar o ilícito penal.

3.8 A ofensa ao bem jurídico: lesão e exposição a perigo

3.8.1 Caracterização

Segundo o princípio da ofensividade, não há crime sem lesão ou, ao menos, exposição a perigo do específico bem jurídico-penal tutelado pela norma incriminadora. Isso significa que, enquanto o bem jurídico é o suporte, a ofensa é a concretização, a essência do princípio da ofensividade. Somente as condutas que ofendem o bem tutelado é que podem ser incriminadas, o que evita que venham a ser tutelados penalmente valores apenas éticos ou morais, e que a pena assumia uma função de mera retribuição (ao mesmo tempo, de repressão à pura desobediência) ou de mera reeducação.⁸⁵ É neste sentido que se adverte que o bem jurídico exerce importante função ao orientar o legislador penal na escolha da decisão acerca de qual conduta deve ser reprimida por meio da pena, além de auxiliar na definição, dentre as múltiplas formas que a conduta possa apresentar, de qual requer seja incriminada por ofender, efetivamente, um interesse tido como relevante.⁸⁶

Assim, embora a individualização constitucional dos bens jurídicos penalmente importantes seja imprescindível para a avaliação da legitimidade da intervenção penal, somente ela não é suficiente para se apreender quais sejam as diversas intensidades que tal tutela pode apresentar, ou seja, qual a intensidade necessária para que o bem jurídico encontre-se efetivamente protegido. Uma vez superada a verificação de que o bem jurídico apresenta-se digno de tutela penal, resta observar o requisito da lesividade ou periculosidade que deve caracterizar a conduta àquela afrontosa.

Dessa forma, para que a mencionada tutela encontre-se conforme aos valores constitucionais anteriormente referidos, há que se observar a necessidade intransponível de que a conduta típica represente verdadeiro atentado ao bem jurídico, sendo legítima somente quando constitua uma lesão,

(85) Carlo Fiore. Il principio di offensività. *L'indice penale*, 1994. p. 276-279.

(86) Miguel Reale Júnior. A inconstitucionalidade..., cit., p. 418.