



Copyright© 2019 by Juarez Tavares
Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA
Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

T228 Tavares, Juarez
Teoria do Injusto Penal [livro eletrônico] / Juarez
Tavares. - 4.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.
2Mb ; e-book ; PDF

ISBN: 978-85-9477-349-4

1.Direito Penal. 2. Doutrinas. 3. Teoria. I. Título.

CDU: 343.2.01

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Nove de Julho nº 3228, sala 404, cd. First Office Flat

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01406-000

www.tirant.com/br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Juarez Tavares

TEORIA DO INJUSTO PENAL

4ª Edição



**tirant
lo blanch**

Teoria

São Paulo

2019

efeitos de uma realidade que, caso correspondesse ao enunciado de perigo, lhes poderia acarretar consequências desagradáveis. O exemplo do cinema é significado para indicar também a existência de um *micro* e de um *macromundo da vida*. Quando se está tratando da relação entre norma criminalizadora e sujeito, tem-se vista o *macromundo da vida*. Quando estão sendo consideradas as relações dentro de certo espaço, como o cinema, a escola, o hospital, a fábrica, a empresa, etc., estar-se-á levando em conta o *micromundo da vida*. Por seu turno, as normas da ordem jurídica não valem apenas para pequenas relações, são elaboradas para alcançar todas as pessoas indistintamente. Se a ação performática é aquela que quer representar os objetivos da norma diante de seus destinatários, estará também submetida às condições de seus sujeitos, que atuam nesse mundo da vida na qualidade de pessoas deliberativas.

Como conduta performática, integra ela o injusto, como seu elemento primário. O conceito de conduta performática, por outro lado, ainda que seja elaborado em função de atos de fala na realidade empírica, como parte integrante da pessoa, é um conceito jurídico, construído a partir dos elementos que compõem o processo social de comunicação. Como conceito jurídico, mas calçado no processo social de comunicação, possibilita proceder à diferenciação entre condutas penalmente relevantes e irrelevantes, de modo a poder eliminar, em primeiro plano, da incidência da norma criminalizadora todas as ações que não possam ser atribuídas a uma pessoa deliberativa, conforme sua vinculação ao mundo da vida.

Portanto, sob esse aspecto, o conceito de ação deixa de ser mero elemento instrumental da dogmática e recupera uma função significativa no âmbito de teoria do delito, com consequências relevantes no âmbito do injusto e também na culpabilidade, a qual pode, então, reconstruir seus fundamentos com base no poder atuar de outro modo.

1. O TIPO DE INJUSTO

(1) A ESTRUTURA DO TIPO DE INJUSTO

O tipo, tomado sempre em sentido estrito, compõe-se, normalmente, de um *núcleo*, representado pela ação ou omissão e seu objeto, tendo como base a lesão ou o perigo de lesão a um determinado bem jurídico. A reprodução do tipo como ação indica que a norma jurídica definidora do injusto é uma norma de conduta e não uma norma meramente de reconhecimento, na terminologia proposta por HART. Como norma de conduta, deve estar

associada a determinada finalidade: a delimitação do poder de intervenção do Estado, a qual não pode ser alcançada sem um pressuposto material que lhe trace os contornos de estabilidade. Daí a necessidade de que se estabeleça, como base da ação típica, a lesão de bem jurídico.³⁸⁹ A exigência de que o bem jurídico seja afetado, como condição elementar da realização típica, decorre de uma compreensão realista do injusto, pela qual se identificam as zonas do lícito e do ilícito. À medida que a norma penal deva estar, constantemente, submetida a um juízo de legitimidade, que está jungido ao seu significado como expressão de um discurso racional, o qual, por seu turno, jamais se estabiliza, porque se sedimenta sobre a participação interativa de todos os seus destinatários, aflora a necessidade de subordinar sua eficácia à demonstração de que a conduta incriminada tenha produzido uma alteração sensível da realidade. Nesse ponto, será importante determinar o sentido dessa alteração. Não será apenas uma alteração da realidade normativa, que poderia ocorrer com mero ato de violação da proibição (crimes comissivos) ou desatendimento do mandamento (crimes omissivos), mas, sim, uma alteração como ruptura do sistema de valores sobre o qual se edifica a criminalização. O bem jurídico expressa, em cada caso, esse sistema de valores e só terá significado para a ordem jurídica quando possa ser submetido a uma verificação acerca de sua lesão ou perigo de lesão. O bem jurídico, em si mesmo, é estéril, como condição da criminalização; só perde essa esterilidade, quando possibilite uma avaliação acerca das alterações empiricamente sensíveis sobre sua constituição e estrutura. Se o discurso racional se assenta sobre a base de uma constante renovação empírica, porque depende das condições reais de existência de seus participantes e, portanto, não é um discurso puramente abstrato, a alteração do bem jurídico, para servir de parâmetro de comportamento, só pode ser tida como relevante quando puder ser identificada como uma lesão ou um perigo concreto de lesão. Como consequência, não podem ser admitidos no âmbito desse discurso situações nas quais o perigo seja presumido, porquanto, ainda que a criminalização possa perseguir objetivos altruísticos (como a proteção do meio ambiente), essa presunção, por depender de muitos fatores externos e internos, jamais concordantes, não estará apta a ser incorporada e, assim, tematizada nas discussões jurídicas havidas na esfera pública. Justamente, a ordem jurídica democrática se diferencia, no âmbito da esfera pública, da ordem puramente estatal. Enquanto a

389. Com razão, assim, ao impor, como pressuposto de qualquer exame do tipo, a identificação do bem jurídico que pode ser violado: LÓPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*, 2ª edição, S. Paulo, 1999, p. 119.

ordem estatal se manifesta, desde seus primórdios no século XV, por meio de regras relativas seus funcionários ou autoridades, as quais podem ser também identificadas com critérios de hierarquia, de códigos, símbolos ou mesmo gestos (como a continência ou os atos reverenciais), de modo a contemplar seus destinatários externos como simples súditos, como o público amorfo, a ordem democrática se caracteriza por uma discussão aberta e franca na esfera pública, ou seja, em todos os setores da vida e não apenas nos parlamentos, acerca dos temas que afetem todos os participantes.

Geralmente, insere-se o bem jurídico como pressuposto do tipo, mas na qualidade de objeto de proteção. Na verdade, não se pode instituir como pressuposto do tipo a proteção de bem jurídico, porque essa proteção não possui conteúdo real. Em primeiro lugar, não há demonstração de que, efetivamente, a formulação típica de uma conduta proibida proteja o bem jurídico. Em segundo lugar, essa proteção do bem jurídico funciona apenas como mera referência formal, sem qualquer fundamento material. Finalmente, inserir-se a proteção de bem jurídico como pressuposto do tipo significa uma opção por uma política criminal puramente sistêmica, de tomar o tipo não como instrumento de garantia, mas sim, como instrumento de manutenção e reprodução da ordem. Este último aspecto é ignorado pela dogmática que, simplesmente, aceita a finalidade protetiva atribuída ao tipo como dado absolutamente irrefutável.³⁹⁰

Caso se tome, entretanto, a norma penal não como categoria imperativa, nos termos autoritários propostos por THON³⁹¹ e seus seguidores, como BINDING, por exemplo, mas unicamente com o sentido de instrumento de garantia individual, perde ela seu caráter teleológico, que, aliás, só o tem porque assim lhe concede a doutrina, e passa a ser vista dentro de sua exata dimensão democrática, que se lhe deve prescrever. Entendida a norma penal dessa forma, não cabe ao tipo a função de proteção de bem jurídico.

O bem jurídico é importante instrumento de contenção de poder, mas sua questão, como adiante se verá, reside na sua contingência, que pode gerar um estado de instabilidade. Como o bem jurídico é tratado em face de

390. ZAFFARONI critica, asperamente, esse sentido protetivo de bem jurídico, que se quer emprestar à norma penal, ressaltando, dentre outros argumentos, que o conceito de bem jurídico, como objeto de proteção, nada mais é do que “produto de uma confusão incompatível com o caráter fragmentário da legislação penal e com o caráter sancionador desta”. Assim, como o direito penal seria meramente um direito sancionador e não constitutivo, isto é, não cria o bem jurídico, mas apenas o toma de outros ramos do direito, os quais seriam, em suma, seus reais protetores, não o poderia tomar como objeto de tutela, mas, apenas, como forma de delimitação do poder punitivo (*Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 464).

391. THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, reimpressão, Aalen, 1964.

sua proteção e não de sua lesão ou perigo concreto de lesão, o legislador fica desobrigado de conferir-lhe elementos objetivos para sua identificação. Por consequência, o bem jurídico passa a constituir um simples argumento de legitimação da norma criminalizadora e se torna um simples elemento simbólico do injusto. A fim de conter essa distorção, convém buscar um conceito de bem jurídico capaz de exigir do legislador e do aplicador da lei uma rigorosa atenção aos seus elementos e, também, caso seja necessário, proceder a uma limitação da norma criminalizadora por meio de uma noção de direito subjetivo que desloque a matéria para o âmbito de legitimidade da própria norma.

(2) O CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Dadas as variedades com que se apresenta, é praticamente impossível conceituar-se exaustivamente bem jurídico. As conceituações, geralmente, procuram esclarecer de forma sintética as diretrizes do pensamento jurídico quanto ao conteúdo do injusto e às finalidades da norma, o que conduz a confundi-los, indevidamente, com o próprio bem jurídico. Neste sentido, podemos traçar quatro vertentes conceituais: uma positivista, uma neokantiana, uma ontológica e uma funcionalista, as quais, entretanto, ainda que se caracterizem por determinada orientação, estão muitas vezes impregnadas de outros parâmetros e argumentos que não corresponderiam, no fundo, ao seu programa inicial. Esta mescla de argumentos se reflete, igualmente, nos autores, tornando ainda mais confusa a conceituação que se propõem a formular e obscurecendo seus reais propósitos e sua visão ideológica do direito penal. A questão do conceito de bem jurídico, como fundamento da incriminação, não pode deixar de ser o resultado de uma escolha política acerca do que se pretende com a sua proteção. Embora no âmbito de um direito penal democrático se exija a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico, principalmente em face de sua delimitação efetuada por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.

Apenas para tomar alguns dos principais representantes das vertentes conceituais acima aludidas, pode-se ver que VON LISZT retratava, inicialmente, o bem jurídico como interesses da vida humana juridicamente protegidos.³⁹² Já WELZEL o conceituava sob dupla óptica: primeiramente,

392. LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, p. 219.

como um bem vital da comunidade ou do indivíduo; depois, como um estado social desejável,³⁹³ atributo este que recolheu de MEZGER.³⁹⁴ MUÑOZ CONDE concebe-o inserido no âmbito da necessidade de convivência, daí como pressuposto existencial de utilidade.³⁹⁵ Dessas diretrizes, afora de JAKOBS que nega importância ao bem jurídico e o substitui pelo critério da validade da norma,³⁹⁶ resultam não apenas divergências ou perplexidades dogmáticas, como também posições ideológicas quanto às suas finalidades.

Se pensarmos corretamente sobre a própria origem da criação do conceito de bem jurídico, veremos – como bem ressalta HASSEMER – que os impulsos de política criminal e do próprio direito estatal desempenham na solução de seus problemas um papel tão significativo quanto suas considerações de ordem dogmática,³⁹⁷ de tal modo que nem sempre se tenha podido diferenciar, com absoluta precisão, do objeto da ação. Pode-se dizer, além disso, que nem sempre se tem podido diferenciar o bem jurídico dos próprios fins da norma incriminadora. Esse argumento é por demais relevante, porque através da evolução do conceito de bem jurídico se pode ver que sua criação não é apenas produto de uma elaboração jurídica pura, mas também de um contexto político e econômico.

Atribui-se, normalmente, a BIRNBAUM o conceito de bem jurídico,³⁹⁸ em oposição à tese iluminista de que o delito constituiria uma lesão de direito subjetivo. Para entender-se o porquê desta concepção, é preciso salientar que ela não teria tido êxito, não fosse a ideia inicial de FEUERBACH, ancorada no contrato social, de afastar o fundamento do delito da tese de que pudesse ele ser visto como uma simples *violação de dever, sancionada criminalmente*.

Na ideia de FEUERBACH, o delito como violação de direito subjetivo significava, ao invés de uma lesão de dever para com o Estado, uma lesão ao direito individual do ofendido, de não poder exercer sua própria liberdade em face da ação de outrem, quer dizer, então, que o delito pressupunha, antes de tudo, um estado de igualdade de direitos de liberdade entre seu autor e a vítima, igualdade esta que se via quebrada com a execução desse delito, de forma que

uma das partes envolvidas no conflito não mais a pudesse exercer. Com isto, subordinava-se o conceito de delito a um princípio material – *a preservação da liberdade individual* – independentemente dos propósitos políticos do Estado, dando lugar, também, à possibilidade de se ver no delito uma própria lesão de bens materiais e não simplesmente uma violação de dever.³⁹⁹ Este conceito de delito constituía, nesse sentido, uma forma de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal na configuração de tipos penais, porque representava, no campo jurídico, a preocupação de retratar o direito subjetivo como símbolo de demarcação do dano social que pudesse decorrer da conduta criminosa. O Estado não poderia, assim, incriminar qualquer conduta, mas apenas aquelas condutas que implicassem a violação de direito subjetivo e, conseqüentemente, que implicassem um dano social. É conhecida, inclusive, a dura crítica traçada por FEUERBACH a GALLUS KLEINSCHROD quanto a alguns tipos de delito constantes do projeto de código penal da Baviera, elaborado por este último, em especial quanto ao delito de alta traição. Segundo o § 403 do projeto, KLEINSCHROD conceituava o delito de alta traição como a “*ação dolosa orientada no sentido de alterar a constituição vigente*”. Opondo-se a esta redação, afirmava FEUERBACH que, com tal tipificação, “qualquer ação, sem qualquer exceção, poderia constituir alta traição”, até mesmo uma ação originariamente lícita, já que essa se exauria exclusivamente no atuar doloso.⁴⁰⁰ A crítica parece ainda hoje oportuna, porque a redação do projeto de KLEINSCHROD não está tão distante, por exemplo, da redação do art. 25 de nossa antiga lei de segurança nacional, instituída pelo decreto-lei 898/69, que definia como delito “*praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva*”. Com apoio na sua teoria do delito como violação de direito subjetivo e, assim, construída sobre uma base material, FEUERBACH argumentava que a alta traição só poderia subsistir se, efetivamente, ocorresse um ato concreto de hostilidade, que viesse a violar a estabilidade do Estado, no sentido de um dano social,⁴⁰¹ quer dizer, aplicável ao nosso exemplo da antiga lei de segurança, não se poderia caracterizar como contrário à segurança do Estado a prática de simples atos que se destinassem à guerra revolucionária ou subversiva, mas atos concretos de hostilidade que implicassem a execução da guerra e a conseqüente desestabilização do regime, da qual resultasse um dano social.

399. HASSEMER, Winfried. (Nota 397), p. 35.

400. FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Parte III, p. 34 et seq., reedição a cargo de Werner Schmid, da edição de Giesen: Tasché u. Müller, 1804, Frankfurt am Main: Keip, 1988.

401. FEUERBACH, Paul Johann Anselm. (Nota 400), p. 34.

393. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, p. 15.

394. MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, p. 399.

395. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*, p. 65.

396. JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT*, p. 46.

397. HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1980, p. 27.

398. BIRNBAUM, J. M. F. “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, in *Archiv des Kriminalrechts*, 1934, p. 149 et seq.

É preciso ressaltar, todavia, que esse sentido material do conceito de bem jurídico, que hoje se desfruta como fundamento de qualquer incriminação, não havia sido despertado, propriamente, em BIRNBAUM. Este, na verdade, tinha outro propósito, com sua elaboração, que era justamente o de adequar a teoria jurídica do delito ao sistema punitivo vigente, que conflitava com a ideia da violação de direito subjetivo, principalmente nos chamados delitos contra a religião, contra o Estado ou contra a comunidade. Com a introdução do conceito de violação de bem jurídico, em substituição ao conceito de violação de direito subjetivo, como fundamento do delito, desde que se pudesse reconhecer que, igualmente, interesses comunitários ou religiosos fossem contemplados como espécies de bens jurídicos, ainda que se ganhasse em clareza, quanto à incriminação das respectivas condutas, se perdia – e de fato se perdeu – a vinculação dessa incriminação aos seus pressupostos de legitimidade,⁴⁰² que estavam, de qualquer modo, presentes na estrutura idealizada por FEUERBACH. Embora os regimes autoritários, por seu turno, se tenham manifestado contra a noção de bem jurídico, considerando-a como estorvo aos seus fins políticos, nem sempre tem ficado muito claro se esta noção efetivamente os tenha prejudicado nesse desiderato. Como todo conceito, o de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto, à medida que corresponda aos seus fins limitativos e não aos propósitos punitivos. Daí a necessidade de sua formulação dentro de um sentido de linguagem que expresse, na sua própria origem e elaboração, os contornos exatos das zonas de intervenção do Estado, a partir da crítica dessa mesma intervenção, sob o pressuposto de sua legitimidade.

A análise da evolução histórica desse conceito pode, em certa medida, contribuir para sua reformulação, ao demonstrar como esse conceito se amolda aos vários segmentos da evolução da política criminal e do pensamento jurídico em geral. Não se deve descartar, nessa evolução, por outro lado, como bem ressalta NILO BATISTA, a identidade da noção de bem jurídico, como bem material, tal como na proposta inicial de BIRNBAUM, ao conceito de mercadoria, elevado, na época, à condição essencial do capitalismo industrial, em franco desenvolvimento.⁴⁰³ Da mesma forma que a criação do processo de composição, tão caro ao direito germânico primitivo, pode ser considerada, em certo sentido, um reflexo no mundo jurídico do

402. Sobre isso, ver a abordagem de GÜNTHER, Klaus, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un cambio de paradigma en el derecho penal?”, in *La insostenible situación del derecho penal*, tradução espanhola sob coordenação de Carlos María Romeo Casabona, Granada, 2000, p. 489 et seq.

403. BATISTA, Nilo. “Ocupações do MST e propriedade”, in *Boletim do IBCCRIM*, 95, outubro/2000, p. 7.

sistema de trocas de mercadorias, o bem jurídico nasce justamente no contexto da grande produção e do incremento do consumo e, afora considerações de ordem política, também sofre, na sua conceituação, o influxo desse processo econômico. Neste sentido, é importante também observar, ao estilo da crítica de MARX à chamada fetichização e, depois, à metamorfose da mercadoria,⁴⁰⁴ inserida na evolução do capitalismo, as alterações que, posteriormente, se vão procedendo no conceito de bem jurídico que, gradativamente, perde seu substrato material (deixa, portanto, de ser uma mercadoria real) até o ponto de se inserir como mero pressuposto formal da norma incriminadora, como na teoria de BINDING, correspondendo, daí, ao capitalismo financeiro (os títulos de crédito são, por si mesmos, mercadorias) e chegar a confundir-se com a noção de função, já agora no capitalismo de serviços. A visão pós-moderna do funcionalismo, que propugna, enfim, em prol da substituição da noção de bem jurídico pela de estabilidade normativa, pode ser considerada, dentro de certos limites, também um reflexo dissimulado dessa evolução da vida material, agora desprovida de propósitos edificantes e simplesmente satisfeita com a manutenção de regras de organização. No mencionado processo de fetichização da mercadoria, MARX procurava demonstrar como o valor de uso dos bens postos em circulação, aliado aos interesses de consumo de seus adquirentes, ocultava o seu valor de trabalho e, assim, as contradições havidas no seu processo de produção. Se tomarmos o bem jurídico como objeto de proteção e não como condição limitativa da incriminação, parece perfeitamente cabível a analogia com esse argumento de MARX. Tal como na fetichização da mercadoria, pela qual se ocultam as relações de produção, ao retirar-se do tipo de delito a exigência de um dano social decorrente da violação de direito subjetivo e justificá-lo tão só com a violação de um bem, que poderia ser confundido com a própria finalidade da norma, se legitima a incriminação, sem mais, por meio da simples legalidade. Seguindo a trilha dessa evolução, podemos entender, então, as correntes de pensamento que se dedicam a formular o conceito de bem jurídico, sem se desvincularem da estrutura formal da norma, a começar do positivismo.

(a) A VISÃO POSITIVISTA

Não se pode traçar, com precisão, o conceito positivista de bem jurídico, quer no plano puramente jurídico quer no plano sociológico, sem uma

404. MARX, Karl. *O capital*, tradução brasileira de Reginaldo Sant’Anna, Rio de Janeiro, 1968, livro 1, volume 1, p. 79 e 116.

inútil, devendo ser substituída pelo conceito de danosidade social.⁴²⁶ Embora seja correto associar-se todo o sistema normativo à danosidade social produzida pelo delito, os funcionalistas utilizam esse critério, meramente, como princípio informador e não como fundamento material da incriminação.

O modelo funcional impróprio se associa à teoria de ROXIN, que quer revitalizar o conceito de bem jurídico a partir de uma base de política criminal ancorada nos preceitos da Constituição, como restrição ao poder de punir. Apesar de dar a entender, em uma interpretação iluminista, que o conceito de bem jurídico não pode ser dissociado do pressuposto de liberdade que cerca a pessoa humana, conclui que, no fundo, o bem jurídico serve para a manutenção do sistema. Este pensamento eclético deflui de sua própria definição de bem jurídico como “dados da realidade ou de determinados objetivos, necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização de seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal, estruturado sobre a base de representação desses fins”.⁴²⁷ Sustentando sua definição na Constituição, admite que o conceito de bem jurídico possa derivar tanto de dados anteriores à lei penal – mas não anteriores à Constituição – quanto de deveres criados por ela mesma. Embora o conceito de ROXIN possa ser posto em discussão, porque – ao estilo neokantiano – se deixa levar pela normatização globalizada, ao assentar-lhe uma base puramente sistêmica, caminha, ao invés, para a construção de um sistema de garantias, ao desvincular da proteção de bem jurídico a mera proibição de condutas imorais, a proteção de fins puramente ideológicos e todos os preceitos discriminatórios, bem como ao buscar limitações ao poder de punir na própria evolução do grau de utilidade dos dados e dos objetivos que servem de substrato ao bem jurídico.⁴²⁸

(e) UMA VISÃO CRÍTICA

A exposição das diversas alterações que se produzem na noção de bem jurídico, a partir do positivismo até o funcionalismo, vem demonstrar que seu conceito depende do rumo tomado pelo poder punitivo, em face das modificações estruturais havidas na sociedade e no Estado. De uma sociedade liberal-individualista até a sociedade da comunicação pós-moderna, o que se observa é que a noção de bem jurídico vai diluindo gradativamente sua substância material, até culminar praticamente na sua eliminação. LUIZ

426. AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972, p. 393.

427. ROXIN Claus. (Nota 270), p. 16.

428. ROXIN, Claus. (Nota 270), p. 18 *et seq.*

REGIS PRADO bem assinalou a diversidade de todas as definições e, percebendo o perigo de uma radical substituição da noção de bem jurídico pelo de validade da norma, se associou ao pensamento de ROXIN, para ressaltar ser praticamente impossível sua conceituação fora do contexto constitucional sobre o qual se assenta a norma jurídica, daí entender por bem jurídico não apenas um valor abstrato, mas um valor concretizável decorrente da realidade social e subordinado às suas condições.⁴²⁹ Esclarecendo a trama de todas essas concepções, já havia anteriormente se manifestado ZAFFARONI em favor de uma perspectiva pessoal do bem jurídico, vendo-o como a “relação de disponibilidade de um sujeito para com um objeto”.⁴³⁰

O bem jurídico não se confunde, assim, nem com os interesses juridicamente protegidos, nem com um estado social representativo de uma sociedade eticamente ideal, nem ainda com mera relação sistêmica e nem pode ser identificado como uma função, integrada ao fim de proteção da norma.

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido como um dado da pessoa, que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Ao ser incorporado à norma, o bem jurídico o faz na condição de um valor e, portanto, de um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito. Neste caso, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto concretamente em perigo. Por isso são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem um resultado de dano ou de perigo concreto a esse mesmo bem jurídico. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação concreta em perigo constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal.

A identificação do bem jurídico, tomado no sentido de objeto de preferência do sujeito, cumpre sua função delimitadora da incriminação. Claro

429. PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, S. Paulo, 1997, p. 76. Também com uma posição garantista: FERNÁNDEZ, Gonzalo. “Bien jurídico y principio de culpabilidad”, in *Derecho penal hoy*, Buenos Aires, 1995, p. 169 *et seq.*

430. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 466; Idem, *Manual de Derecho Penal*, México, 1986, p. 410; Idem. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, S. Paulo, 1997, p. 464. Igualmente, vendo o bem jurídico dentro de uma perspectiva dialética sujeito-sociedade: SCHULZ, Lorenz, „Strafrecht als Rechtsgüterschutz – Probleme der Mediatisierung am Beispiel ökologischer Güter“, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder der Kampf gegen das Böse?* Frankfurt am Main, 1998, p. 236.

está que, sendo um objeto de preferência do sujeito, o próprio bem jurídico constitui um valor da pessoa. Contudo, com isso, não se está querendo dizer que o tipo de injusto deva estar vinculado a um sistema material de valores ao estilo de MAX SCHELER e NICOLAI HARTMANN, que os concebem como referências objetivas e independentes do sujeito,⁴³¹ ou ao modelo neokantiano, que identifica valor e norma. Seguindo a definição de HABERMAS, podemos dizer que norma e valor se diferenciam basicamente em face de seus pressupostos: a primeira se vincula a uma situação de dever; o outro, a uma finalidade.⁴³² Para se entender realmente a constituição do bem jurídico, não se pode partir de que sua proteção se insira como um dever, porque estaria ele sendo confundido, então, com a própria norma, o que o retrataria como mero atributo formal e não uma condição material de sua validade.

O bem jurídico adquire sua qualidade de valor, à medida que esteja inserido como finalidade do sujeito, de tomá-lo como objeto de preferência real. Neste caso, está associado à função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só *vale* à medida que se insira como objeto referencial e preferencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor.

Com outro raciocínio, na órbita de sua proteção, para demonstrar que todos os bens jurídicos se subordinam ao mesmo fundamento, também neste sentido se põe a observação de HASSEMER de que “... bens jurídicos universais somente requerem proteção como condição da possibilidade de proteção dos bens jurídicos individuais, os quais, por isso, possuem uma função orientadora. Deste modo, o fim de proteção dos bens jurídicos é a realização da pessoa individual, sendo o interesse geral apenas uma etapa deste rumo”.⁴³³

Entendido como valor e não como dever, é o bem jurídico, pois, reconduzido à condição de delimitador da norma. Essa condição delimitadora é que assinala a característica essencial do bem jurídico e deve ser levada em conta em qualquer circunstância, ainda que sob a ideia de subordiná-lo aos preceitos constitucionais.

431. Uma síntese desse pensamento pode ser vista em COSTA, José Silveira da. *Max Scheler; O personalismo ético*, S. Paulo, 1996, p. 39 *et seq.*

432. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, p. 312.

433. HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1980, p. 222; da mesma forma, vendo os bens jurídicos como relações sociais concretas, que nascem da própria relação democrática, como uma superação do processo que nela se desenvolve, SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal*, S. Paulo, 2000, p. 349.

Embora sob outro contexto, mas levando em consideração, igualmente, a subordinação de seu conceito aos ditames da Constituição, esse mesmo raciocínio foi bem esboçado ainda por DOLCINI e MARINUCCI, que concluem, em oposição a toda forma de autoritarismo legalista e diante dos movimentos em favor de uma acentuada repressão penal sob o manto da proteção de bem jurídico, não haver obrigatoriedade constitucional explícita de incriminação para a salvaguarda de qualquer bem jurídico, salvo quando demonstrada sua estrita necessidade.⁴³⁴ O mesmo argumento levou PAULO DE SOUSA MENDES a afirmar que a importância do bem jurídico, por maior que seja, em face do princípio da subsidiariedade, não pode implicar a criminalização da conduta que o lese ou o ponha em perigo, porque a Constituição, na verdade, apenas deve encarregar-se de delimitar o âmbito da incidência penal, mas não de impor criminalizações.⁴³⁵

A questão da criminalização de condutas não pode ser confundida com as finalidades políticas de segurança pública, porque se insere como uma condição do Estado democrático, baseado no respeito dos direitos fundamentais e na proteção da pessoa humana. Isto quer significar que, em um Estado democrático, o bem jurídico deve constituir um limite ao exercício da política de segurança pública, reforçado pela atuação do Judiciário, como órgão fiscalizador e controlador e não como agência seletiva de agentes merecedores de pena, em face da respectiva atuação do Legislativo ou do Executivo. A decisão jurídica, portanto, que fundamenta a intervenção do Estado, mediante a afirmação de que determinada conduta é injusta, só terá legitimidade se for pronunciada sob a perspectiva de uma política de garantia individual, tomada sob argumentos racionais, que têm como pressuposto a imparcialidade do órgão jurisdicional e todos aqueles critérios que fundamentam o discurso ideal, dentro do qual se devem incluir, necessariamente, todos os argumentos em favor da proteção de direitos humanos. Nesta linha de raciocínio, entende ROBBERS, a partir do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que um Estado só será democrático à medida que reconheça a separação de poderes e o respeito pelos direitos humanos.⁴³⁶

Desse modo, a proteção de direitos humanos, como condição de defesa

434. DOLCINI, Emilio / MARINUCCI, Giorgio. “Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, nº 2, ano 4, 1994, p. 151 *et seq.*

435. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito, 2000, p. 174.

436. ROBBERS, Gerhard. “Strafpflichten aus der Verfassung?”, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, Frankfurt am Main, 1988, vol. I, p. 147 *et seq.*

individual frente ao Estado despótico, além de ser um programa, é fundamento do próprio Estado democrático, que se deve, pois, ocupar de garantir a todos o pleno exercício de seus direitos fundamentais. Isso quer dizer que a legitimidade da atuação estatal, no sentido de um exercício protetivo, está vinculada a que sua atuação se faça necessária para impedir a interferência de outrem no exercício de direitos do próprio indivíduo, o que fundamenta a constituição de um direito subjetivo desse indivíduo à determinada condição de garantia. Isto não implica, porém, o uso da pena criminal, pois a função de garantia, impulsionada pelo exercício de um direito subjetivo do cidadão à proteção jurídica, deve estar de qualquer modo condicionada à preservação dos direitos humanos, que têm como princípio primordial a solução pacífica dos conflitos, dando como conclusão de que a pena não é dotada por si mesma de qualquer legitimidade e só se justifica na medida de sua extrema necessidade. Quer dizer, inexistente um dever absoluto de punir.⁴³⁷ A punição criminal é unicamente uma contingência de *ultima ratio*. Deve-se concluir, então, que a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação, daí seguindo, no dizer de DOHNA, a necessidade de que seja determinado com precisão para possa servir de barreira frente à intencionalidade e à vacuidade.⁴³⁸

(f) BEM JURÍDICO E OBJETO DA AÇÃO

O bem jurídico, por seu turno, não se confunde com o objeto da ação, pois não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou uma coisa, mas no sentido da característica dessa pessoa e de suas relações, isto é, como valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento. A vida humana, por exemplo, erigida à condição de bem jurídico fundamental, não apenas para o direito penal, mas também para todos os demais ramos do direito, encerra um valor, tanto por seu lado puramente biológico, ou material, quanto e principalmente porque está relacionada à pessoa, entendida como categoria primária de todo o sistema jurídico. Assim, a vida humana, mesmo quando apresente deficiências materiais graves ou ainda quando se encontre em formação, independentemente de a quem pertença, se a um homem socialmente valioso ou desvalioso, ao culpado ou ao inocente, ao rico ou ao

437. ROBBERS, Gerhard. (Nota 436), p. 152.

438. DOHNA, Edegaro Alberto. "El problema del derecho penal en la actualidad", in *Estudios Críticos sobre la Cuestión Criminal I*, Buenos Aires, 2001, p. 66-67.

pobre, constitui um bem jurídico fundamental.

Normalmente, para os efeitos delimitativos, os bens jurídicos prescindem de qualquer classificação, porque todos devem ter origem na pessoa humana. A doutrina, porém, os classifica segundo alguns critérios, puramente aleatórios. Segundo seu *titular*, haveria bens jurídicos *individuais* (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio), *coletivos* (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública, paz pública) ou *estatais* (administração pública, administração da justiça, soberania, ordem pública econômica). Segundo a *percepção*, haveria bens jurídicos *concretos* (vida, integridade corporal, patrimônio) e *abstratos* (incolumidade pública, fé pública, paz pública). Segundo a *natureza*, haveria bens jurídicos *naturais* (vida, integridade física, liberdade) e *normativos* (patrimônio, administração pública, ordem pública econômica). Segundo seus *elementos*, dever-se-iam distinguir bens jurídicos de *origem real* (vida, integridade corporal, saúde) e de *origem ideal* (honra, sentimento religioso). Deve-se alertar que esta classificação é meramente metodológica e serve apenas para, em determinado contexto e limitadamente, identificar a qualificação do bem que se pressupõe lesado ou posto em perigo pela ação do agente.

Mais adiante, veremos como essa modalidade de classificação – entre bens jurídicos individuais e coletivos – pode conduzir à confusão entre bem jurídico e função. Ainda que se possa reconhecer a existência de um bem jurídico estatal ou coletivo, sua inserção como tal não desnatura o conteúdo estritamente pessoal desses bens. O interesse fiscal do Estado, por exemplo, não pode ser erigido em bem jurídico unicamente por causa dos interesses do poder público, mas sempre como condição de sobrevivência ou de melhoria da vida da pessoa humana, o que induz constantemente à discussão em torno da legitimidade de todas as incriminações daí derivadas. Isto significa que todo bem que se possa reconhecer como coletivo, em face da impossibilidade fática de identificação da pessoa de seu titular, é no fundo um bem do indivíduo.

(g) BEM JURÍDICO E FUNÇÃO

A necessária vinculação de um bem jurídico estatal à sua origem e finalidade pessoal é uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas, no âmbito administrativo, econômico ou social ou finalidades eleitoreiras. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição desta categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano igualmente à pessoa e às suas condições sociais. Por isso