

Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ e
Professor da EMERJ.*

1. A atividade legislativa do Estado na esfera penal não pode ser ilimitada ou direcional, pois, diante de um Estado social e democrático de Direito, é inadmissível uma atuação ilimitada. No âmbito jurídico-penal estatal, determinados princípios e critérios normativos *limitam* o poder punitivo: **a)** os princípios consagrados na Carta Política; **b)** os princípios jurídicos de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico conjunto; **c)** os princípios singulares estruturais de fundamentação e legitimação do Direito Penal. Sem os *limites jurídicos*, estaríamos diante de um Direito Penal autoritário, antidemocrático, não pluralista e inconstitucional. O Direito Penal apresenta como característica natural ser um ordenamento legal e juridicamente limitado, sujeito a garantias normativas e tem como escopo garantir direitos e liberdades.

2. Jakobs advoga *limitações* ao direito de punir, diante da perspectiva de legitimação da intervenção na criação de normas que punam comportamentos sem referência precisa a bens jurídicos determinados, ou que supõem manifesta *antecipação* de sua proteção jurídico-penal. Lembro o trabalho “*Criminalização no estado prévio à lesão ao bem jurídico*”, em que faz oposição ao que denomina “*despreocupado positivismo*”, que diz caracterizar a doutrina e parte para fundamentar os estritos limites à atividade punitiva do Estado, tendo como marco inicial a *definição da posição jurídica do cidadão* em regime de liberdade, em cujo patamar realiza a reformulação do *princípio do ato* e da exigência da proibição de um comportamento *sem* referência a bens jurídicos. Admite que não haveria vantagem em afastar a *doutrina do bem jurídico* e apelar diretamente para a *doutrina da danosidade social da conduta*, pois iria gerar o inconveniente do *favorecimento da protelação de bens jurídicos* marcadamente pessoais com base no *princípio da utilidade pública*. Defende uma *desvinculação* da *missão* do Direito Penal, a respeito da *função de*

proteção do bem jurídico, entendendo que tal *missão* é mais do que *confirmar a vigência da norma*, constituindo-se no *asseguramento* das expectativas normativas essenciais. Conclui que o Direito Penal deve *assegurar* a vigência de valores positivos de caráter eticossocial dentro do modelo welzeliano. Questiona a *ilegitimidade* da criminalização de condutas que têm lugar no *estado prévio* em relação à possibilidade de *neutralizá-las* pela *proteção de bens jurídicos antecipados* (paz pública, segurança pública, clima favorável ao direito). A *aceitação de antecipação da punibilidade* apresenta várias explicações que considera *plausíveis*, como a tendência à subjetivação de diversas fontes (o princípio da culpabilidade, a orientação do autor e a personalização do injusto). Sustenta que não se pode excluir a tendência à antecipação alimentada de nova tendência à subjetivação, de forma que ambas se apoiam aparentemente em um *modo recíproco e circular* (argumentos preventivos e policiais em favor das antecipações).

3. Não podemos olvidar, no modelo de Direito Penal mínimo, perante o racionalismo jurídico garantista, os *limites* ou as *proibições* intervencionistas do Estado, na busca de um ideal de racionalidade e certeza. O Direito Penal é *racional* na proporção da *previsibilidade* das intervenções estatais. Repudiamos a postura de um *modelo de aspiração autoritária*, que é perseguida pelo Direito Penal máximo. Os limites normativos do Direito Penal subjetivo, de conformidade com os *princípios constitucionais* que fundamentam o direito de punir estatal, apresentam multifacetadas índoles: **a)** *limites jurídicos constitucionais em sentido estrito*, que provêm de *valores superiores* do ordenamento positivo, de valores que transcendem ao âmbito do Direito Penal; **b)** *limites objetivos funcionais*, que derivam da própria natureza da coisa e da própria finalidade do Direito Penal, pois em tal esfera se desenvolve toda a virtualidade; **c)** *limites estruturais*, que se deduzem de singulares princípios gerais informadores do ordenamento jurídico-penal. Não se pode esquecer a *primazia normativa* da lei constitucional nas hipóteses de conflitos normativos que exijam um tratamento *técnico, jurídico, conceitual e sistemático*, tendo como patamar os *princípios fundamentais*.

4. Sabe-se que o *conceito de bem jurídico* deve ser procurado na *realidade social*, a qual deve ser conjugada com as plúrimas variantes do progresso e do bem-estar da sociedade. Para a essência dogmática, o bem jurídico assume prevalente significado para um correto entendimento nos planos *valorativo, metodológico e normativo*. Fala-se da “*perversão do bem*

jurídico” ao se referir à sua imprecisão conceitual; daí, o questionamento de se fixar o conceito concreto de bens jurídico penais identificados como os bens constitucionalmente protegidos. O *conceito de bem jurídico* requer uma *precisa* delimitação dogmática e uma *coerente* ponderação técnica, referidas no âmbito da própria descrição nuclear de cada tipo de injusto merecedor da proteção penal. Para estabelecer que *bens* e *valores* sejam merecedores de uma norma exige-se a *especial relevância* na vida social (*ultima ratio* do controle social).

5. Observamos os *limites constitucionais em sentido estrito* através do: **a)** *princípio da legalidade* (exigência jurídica fundamental do Direito Penal contemporâneo); **b)** *princípio da igualdade* (abolição dos privilégios e das prerrogativas para prover a garantia da estabilidade social); **c)** *princípio da humanidade* (respeito à dignidade humana, desde toda intervenção punitiva em geral, compreendendo os *aspectos valorativos* (natureza e conteúdo) e os aspectos teleológicos da pena (fim perseguido formal e executivo); **d)** *princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso* (gravidade da ação e pena prevista no tipo penal), que pode ser *abstrata* (cominação) ou *concreta* (aplicação); **e)** *princípio do ne bis in idem* (análise da tríplice identidade de *fato, fundamento* e *sujeito*, como direito de defesa do cidadão junto ao Estado, evitando-se a duplicidade de sanções); **f)** *princípio da intolerabilidade* (rege a necessidade ou não da criminalização ou descriminalização do comportamento que se torna insuportável ou admitido pela macrossociedade, quanto à instrumentalização dos controles sociais, a fim de garantir a paz social).

6. Nos *limites constitucionais objetivos e funcionais*, elencamos: **a)** o princípio da ação ou conduta (*Direito Penal de ato*). O Direito Penal moderno é um Direito Penal *de ato* (*Tatstrafrecht*) e não *de autor* (*Täterstrafe*) ou *de vontade* (*Willensstrafe*); **b)** *princípio de culpabilidade normativa pessoal* (culpabilidade como fundamento e limite da pena); **c)** *princípio de proteção dos bens jurídicos* (princípio de ofensividade ou lesividade); **d)** *princípio de prevenção* (conjuga-se com o *princípio da tutela do bem jurídico*, pois confluem para o mesmo efeito, visto que o Direito Penal tem uma tarefa *seletiva, valorativa* e *protetora* de bens e valores da pessoa humana e da macrossociedade); **e)** *princípio de ressocialização* (a pena não pode ser uma ferramenta política do legislador de uso arbitrário no Estado de Direito e a sua legitimação material e específica função preventiva geral está direcionada para o cumprimento da função preventiva

especial por meio da (re)inserção social do apenado). Ainda se poderiam alinhar outros princípios penais em relação ao *ordenamento jurídico conjunto* (princípios de relevância em outras instâncias normativas), podendo ser citados os critérios de caracterização do Direito Penal (*princípio da intervenção mínima e necessária subsidiariedade, fragmentação e o princípio de singular coercitividade das normas penais*). Os limites estruturais do Direito Penal derivam das próprias características subjetivas estatais (titularidade estatal, legalidade positiva, garantia processual, garantia jurisdicional e garantia de execução penal).

7. O *princípio de proteção dos bens jurídicos* situa-se no estudo das *funções* do Direito Penal no Estado social e democrático de Direito. A posição doutrinária majoritária na dogmática penal contemporânea é de que o Direito Penal cumpre uma *função de tutela* ou *proteção dos bens e valores* fundamentais indisponíveis para o desenvolvimento na vida da sociedade diante dos constantes conflitos. Tais *bens* ou *valores* do indivíduo ou da comunidade são centrais na *sociedade pluralista e liberal* e recebem a denominação de bens jurídicos (*Rechtsgute*). O *conceito de bem jurídico* se converte em *conceito central do Direito Penal*, sendo objeto típico de proteção das normas penais. De harmonia com o exposto, todo injusto típico, que lesiona ou coloca em perigo um bem jurídico, possui como conteúdo material a *lesão* ou *perigo* ao bem jurídico protegido no tipo penal. Portanto, na qualidade de valor inserido na esfera da finalidade da ordem jurídica, exerce uma *função protetora do indivíduo*. A *proteção dos bens jurídicos*, feita através da apreciação axiológica realizada pelo *legislador*, fica submetida a três condicionamentos: **a)** dignidade de proteção do bem que se completa segundo um valor conferido pela cultura; **b)** necessidade de proteção assentada na susceptibilidade de ataque; **c)** capacidade de proteção, constatável através da própria natureza do respectivo bem. Os critérios de apreciação devem ser *jurídicos*.

8. A publicação do artigo de Birbaum, *Über das Esfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffdes-Verbrechens* (1834), marca o início da história doutrinal e político-criminal do *conceito de bem jurídico*, dando oportunidade para um *novo paradigma geral de compreensão* do injusto, fazendo também emergir novos referentes ontológicos da antijuridicidade penal e imprimindo um novo sentido à ideia de *danosidade social*. Resalte-se que até aquele momento eram os *direitos* que estavam no centro da discussão suscitada pelo injusto penal, com destaque os *homens* e *suas*

relações, estas reconhecidas pelo direito, e que, como direitos, pertenciam à esfera do espírito. A partir de então, são *bens* que passam a construir o essencial.

9. Na concepção de Von Liszt é central a equiparação do *conceito de bem jurídico* ao interesse do homem ou da coletividade, constituindo-se em interesses vitais relações de vida, interesses juridicamente protegidos. Sublinha-se que o bem jurídico é sempre *bem jurídico da totalidade*, por mais individual que possa ser. As definições de bem jurídico propostas por Von Liszt denunciam outro percurso metodológico e político-criminal ao concluir que os bens jurídicos são os *interesses* com a densidade e função com que a vida faz emergir, na medida da proporção que lhes é juridicamente assegurada. Não podemos esquecer que Binding assinala que se tem que partir do postulado de que o *legislador* desejou proibir a *ação danosa*, porém não pode prescrever o que seja *socialmente danoso*. Registre-se que Binding e Von Liszt colocaram o *conceito de bem jurídico* no centro da construção da doutrina do injusto e converteram-no em polarizador das controvérsias pertinentes ao *objeto* e ao *conteúdo* material da antijuridicidade.

10. Em virtude da influência da filosofia neokantiana dos valores, a teoria metodológica postula a conexão entre o *fim da norma* e o próprio *objeto da tutela penal*, traduzindo o fim perseguido pelo legislador na construção de cada tipo penal. O bem jurídico se originaria da mera vontade legislativa. O *conceito de bem jurídico* não pode ser confundido com o *fim da norma*. Na busca da resposta do estabelecimento do bem jurídico destaca-se o trabalho de Rudolphi, dando ênfase ao aspecto crítico do objeto da tutela penal no plano político-criminal e legislativo-dogmáticos, salientando que a única tarefa legítima do Estado seria a *proteção de seus direitos* e dos *direitos de seus cidadãos* para a realização dos fins definidos no contrato social.

11. Seguindo Sax e Roxin, sustenta-se que as decisões valorativas só estão contidas e podem ser compreendidas a partir da Constituição. Roxin escreve que o *conceito de bem jurídico* tem que ser plasmado na Constituição, pois “*os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.*” Lembra a *mutabilidade conceitual* do bem jurídico dentro do *marco constitucional aberto* as transformações sociais e progressos do conhecimento científico.

12. Amelung dá ênfase à tese de *ruptura do pensamento iluminista* de um Direito Penal limitado às condições básicas da convivência humana e a doutrina do bem jurídico. Emanam de uma *decisão de valor do legislador*; daí a *legitimação* do Direito Penal a partir da *proteção dos bens jurídicos* significar a legitimação por ele próprio. Apela para a *teoria sociológica* como fundamento das condições de convivência humana (*Bedingungen menschlichen Zusammenlebens*), inaugurando uma nova doutrina da criminalização e da antijuridicidade material, construída à margem do *conceito*, privilegiando a *teoria do sistema social* nas versões de Parsons e Luhmann e definindo como *socialmente danoso* uma manifestação de disfuncionalidade, um fenômeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. O *sistema social* seria o “*lugar de determinação dos efeitos socialmente danosos do crime.*” Na sua construção o Direito Penal tem que assegurar as *condições de convivência humana*, o que não significa que a pessoa tenha que ser protegida por ela própria, mas por causa da sociedade. Defende a *obediência absoluta* do Direito Penal do *princípio da danosidade social* e, com a atenção ao modelo iluminista, propõe um Direito Penal *liberto* das amarras das valorações do legislador e diretamente ancorado numa representação sociológica das condições da vida na sociedade.

13. A crítica de Hassemer é acertada em relação à doutrina de Amelung, pois o *problema da danosidade social* dos atentados diretamente infringidos à pessoa só pode ser solucionado a partir da ideia de que “*nenhum sistema de interação pode existir sem pessoas.*” A inovadora metodologia busca conceituar os bens jurídicos não como produto de processos naturais, mas como um acordo baseado na experiência, limitando o *ius puniendi* e estabelecendo critérios de racionalidade seletiva e legitimadora dos bens jurídicos a serem eleitos. Anota-se a posição de Lampe na mesma vertente de M. E. Mayer, com patamar nos *valores culturais*, através de sua definição de que os bens jurídicos são valores culturais em cuja subsistência a comunidade confia e para cuja tutela reputa como necessária a intervenção coativa.

14. Welzel coloca que a *missão* do Direito Penal é de *natureza ético-social* e de *caráter positivo*, e só assegurando os elementares valores sociais de ação se poderá lograr uma proteção realmente *duradoura* e *eficaz*, concluindo que, apenas através desta ampla função, o Direito Penal será garantidor à proteção de bens jurídicos. Certifica Figueiredo Dias que

incumbe ao Direito Penal a *exclusividade de proteção dos bens jurídicos e não a moralização de seus cidadãos nem da ética da sociedade*.

15. Jakobs se propõe a ultrapassar o *dogma do bem jurídico*, substituindo-o por um *princípio da danosidade social* na linha da teoria sociológica, salientando-se na sua concepção o seu transcendentalismo normativista. O Direito Penal e a pena só teriam sentido em razão da manutenção da ordenação social, constituindo para o seu funcionamento sem perturbações. Ratifica que só a *danosidade social* pode constituir fundamento para a *legitimação da punibilidade*. Eleva a *norma* à categoria de *bem jurídico*, imaginando a *integração* das dimensões *sociológica* e *normativa*. Como se vê, com efeito, em números cada vez maiores as projeções normativas de complexas funções sistêmico-sociais que surgem na constelação dos bens jurídicos dos contemporâneos ordenamentos penais. Não vejo como desautorizar a posição de Roxin de que os *limites* de um Direito Penal orientado à *proteção dos bens jurídicos* se vê nos tempos contemporâneos afetado por casos da chamada *legislação simbólica*. Roxin sublinha que o *conceito de bem jurídico* só proporciona um critério para o labor do *legislador* e do *aplicador* do Direito em cada caso concreto.

16. O bem jurídico é o *bem* ou *valor* considerado pela norma penal como merecedor e necessitado de proteção jurídica, diante do *princípio de intolerabilidade do conflito*, para garantir a paz social. Portanto, embora não requeiram qualquer tipo de classificação, pois todos têm sua origem na pessoa humana, segundo seu *titular*, a doutrina classifica: **a)** *individuais* (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio); **b)** *coletivos* (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública e paz pública); **c)** *estatais* (administração da justiça, soberania, ordem pública e econômica); segundo a *percepção*: **a)** *concretos* (vida, integridade física, patrimônio); **b)** *abstratos* (incolumidade pública, fé pública, paz pública); segundo a *natureza*: **a)** *naturais* (vida, integridade física); **b)** *somativos* (patrimônio, administração pública e econômica). Toda norma tem um objeto e todo objeto possui um interesse.

17. O *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos* estratifica a *função fundamental* do Direito Penal. No Estado democrático de Direito as questões de *ordem religiosa* ou *ideológica* devem *prescindir* de regulamentações jurídico-penais. Welzel advogava que a *tarefa central* do Direito Penal residiria em assegurar a *validade dos valores eticossociais positivos de ação*, no que se *contesta*, pois as funções tutelam a *moral imposta*,

que *não constitui bem jurídico*. O princípio diz que o injusto se concebe substancialmente como lesão *efetiva* ou *potencial* de bens jurídicos. Schaffstein denunciava em 1936 que a configuração do injusto como *lesão* de bens jurídicos era “*um característico produto da ideologia do Estado liberal clássico*”. A consideração do injusto como *lesão* de bens jurídicos era substituída pela consideração do delito como *violação do dever*. No amplo setor doutrinal, à época do nacional-socialismo, entendia-se que o Direito Penal *não* devia reprimir os ataques a *determinados* bens jurídicos, mas sim as *manifestações* de uma *vontade infiel* do indivíduo frente aos *deveres para com o povo*.

18. Das noções de *bem* e *interesse* atingem-se as de *objeto jurídico* e *dano* (perigo). O *objeto jurídico* da tutela normativo-penal é o bem (ou interesse) ofendido (lesado ou posto em perigo) pelo injusto. Rocco referia-se a um objeto jurídico *formal*, direito do Estado à observância dos preceitos penais, e a outro *substancial*, que se subdividia em *genérico* (interesse do Estado em assegurar as condições existenciais da vida em comum) e *específico* (bem ou interesse ofendido pelo crime). Carnelutti levantou contra o chamado *objeto substancial genérico* objeção irresponsável: o interesse do Estado na própria conservação não é interesse protegido pela norma, mas razão de ser do *preceito* e da *sanção*. O verdadeiro objeto da tutela jurídico-penal é aquele que Rocco denominou *substancial específico*. *Dano* é a perda (privação, subtração ou sacrifício) ou a diminuição (limitação, *restrição*) de um bem ou interesse. *Dano jurídico* é esta mesma perda ou limitação de um *bem* ou *interesse* garantido pela norma, objetiva ou subjetivamente. *Dano* (prejuízo) é tudo aquilo que acarreta dor à pessoa humana e deveria ser definido como a alteração *in pejus* de um interesse. Inexistem bens jurídicos *supra-individuais*, mas sim *coletivos*, que não se podem dispor individualmente.

19. Na *hierarquização legal* da proteção aos bens e interesses, temos: **a)** pessoa humana; **b)** patrimônio; **c)** propriedade imaterial; **d)** organização do trabalho; **e)** sentimento religioso e respeito aos mortos; **f)** dignidade sexual; **g)** família; **h)** incolumidade pública; **i)** paz pública; **j)** fé pública; **l)** administração pública.

20. O bem jurídico desempenha duas funções relevantes: **a)** *garantidora* ou *limitadora* da tarefa legiferante penal; **b)** *teleológica-sistemática*, básica para limitar a tentação de aumento da matéria de proibição, avassaladora do Direito Penal. Tal tarefa implica introduzir o pensamento

teleológico na construção dogmática. Assume iniludível função de caráter axiológico de singular relevância no plano científico do Direito Penal, com destaque para o momento de ponderação dos singulares objetos estimados normativamente como merecedores da tutela, bem como na determinação dos fins das normas jurídico-penais e dos singulares tipos, tanto em referência ao âmbito de fundamento do injusto, quanto às causas de justificação. No século XXI está presente a questão do Direito Penal do *perigo*, do *risco* ou da *emergência*, e, daí, a meditação sobre o *futuro* da proteção aos bens jurídicos.❖