

## **SOBRE OS FINS DO DIREITO PENAL: deve o Estado ocupar-se da proteção de bens jurídicos?**

Rodrigo Vitorino Souza Alves\*

**Resumo:** *É comum entre os juristas entender que a intervenção penal na esfera de liberdade dos cidadãos somente é legítima caso seja para a proteção dos bens essenciais dos indivíduos e da sociedade, denominados como bens jurídicos. Quaisquer ingerências estatais que excedam esse fim são consideradas terror. Pensadores de renome internacional, como Claus Roxin e Winfried Hassemer, assim como juristas pátrios, partilham dessa mesma noção. No entanto, o entendimento mencionado não é unânime. Há quem trate da legitimação da intervenção estatal por outras vias, especialmente Günther Jakobs. Estes pensadores apresentam diferentes concepções para legitimar e limitar a atuação estatal, todavia as idéias de Jakobs ganham maior destaque. Em sua opinião, a proteção penal volta-se não para bens jurídicos, mas para a própria norma, porquanto esta reflete as relações que estruturam a sociedade. Apesar da consistência de sua argumentação, isso não é suficiente para afastar o conceito de bem jurídico. Por certo, a pena destina-se a garantir a vigência da norma, mas não é essa a finalidade do referido sistema de controle social formal. A pena garante a vigência da norma, que por sua vez dirige-se à criminalização das condutas lesivas aos bens jurídicos, o que constitui a finalidade principal do Direito Penal. A idéia da exclusiva proteção de bens jurídicos é uma conquista histórica na defesa dos direitos individuais e coletivos, e tem em vista a garantia da maior esfera de liberdade possível aos cidadãos.*

**Palavras-chave:** *Direito Penal. Legitimação. Bem jurídico. Pena.*

**Abstract:** *It is common among jurists to understand that the criminal intervention in the sphere of freedom of the citizens is only legitimate if it is to protect the essential goods of individuals and society, known as legal goods. Any interference of the State that exceeds this finality is considered terror. Internationally renowned thinkers, as Claus Roxin and Winfried Hassemer as well as national jurists share that same concept. However, this understanding is not unanimous. Some people treat the legitimacy of State intervention in other ways, especially Günther Jakobs. These thinkers have different approaches to legitimize and limit the State performance, but the ideas of Jakobs gain greater prominence. In his view, the criminal protection is not of legal goods, but of the law, because it reflects the relationships that structure the society. Despite the consistency of his argument, it is not enough to dispel the concept of legal goods. Admittedly, the penalty is intended to ensure the validity of the law, but that is not the purpose of the formal*

---

\* Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes.

*system of social control. The penalty ensures the validity of the law, which in turn leads to the criminalization of the conducts that are detrimental to the legal goods, which is the primary purpose of the criminal law. The idea of the exclusive protection of legal goods is a historic achievement in the protection of individual and collective rights, and ensures the largest possible sphere of freedom for citizens.*

**Keywords:** *Criminal Law. Legitimacy. Legal goods. Penalty.*

## 1. Considerações acerca da função do direito penal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que esta República é um Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>, e isso é da mais alta relevância para se compreender o funcionamento do Estado e a função do Direito Penal nele.

O Estado pode ser definido como o poder institucionalizado voltado para a organização da vida em sociedade e que se constitui com duração indeterminada. Por democrático, depreende-se que, na comunidade, o poder é exercido em seu próprio nome e é dirigido às pessoas e grupos que a integram, mediante pessoas que são investidas como titulares de órgãos. Sendo assim, o Estado não é poder de fato, mas de Direito. É comunidade e poder juridicamente organizados, sendo responsável por permitir que a comunidade passe de uma simples coexistência à coesão convivencial, e que o poder passe do fato à instituição<sup>2</sup>.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico como um todo deve ser configurado a fim de possibilitar aos cidadãos uma coexistência pacífica e segura, sendo este o conteúdo essencial de todo Direito estatal<sup>3</sup>. E, certamente, só um eficaz sistema de controle garante a submissão dos indivíduos ao ordenamento<sup>4</sup>.

O controle social pode ser formal ou informal. São mecanismos de controle informal a família, a escola, a igreja, o partido político, a imprensa. Observa-se, todavia, que estes mecanismos nem sempre são suficientes para equacionar os conflitos convivências, cuja

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigo 1º.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 170.

<sup>3</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. *In: HEFENDEHL, Roland (org.). La teoría del bien jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 106.

<sup>4</sup> FRANCO, Alberto Silva. A legitimação do Direito Penal no Estado (Social e) Democrático de Direito. *In: FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (orgs.). Código Penal e sua interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

complexidade e gravidade requerem, para a tutela e preservação da própria ordem social, um tipo mais adequado e enérgico de controle. Diante dessa realidade, faz-se necessário o controle social formal, caracterizado pela existência de norma (define comportamentos), sanção (reação frente a infrações) e processo (forma pela qual se verifica a infração da norma e se determina a sanção)<sup>5</sup>.

Sendo o Direito Penal parte da organização jurídica estatal, um subsistema de controle social formal<sup>6</sup>, que é marcada pela Lei Fundamental, ele deve essencialmente dirigir-se à proteção da convivência humana na sociedade<sup>7</sup>. Pode-se dizer que sua finalidade mais importante é a manutenção da paz jurídica, mediante a proteção preventiva dos bens tidos por mais importantes<sup>8</sup>.

Sob uma perspectiva histórica, a sanção penal é, originalmente, aquelas formas primitivas que são reconhecidas nos começos da história da cultura humana, como uma reação da sociedade frente às perturbações externas das condições de vida, tanto do indivíduo quanto de um grupo de indivíduos. A pena, nesse contexto é caracterizada como uma reação instintiva e não intencional (não determinada pela representação de um fim). Mas, pouco a pouco ela tem seu caráter transformado, passando a ser finalista. A violência punitiva se converte, então, em Direito Penal, sendo a pena uma reação consciente no sentido de proteger juridicamente bens<sup>9</sup>. Assim, é função do Direito Penal evitar condutas socialmente danosas que dificultam de maneira relevante a vida em comum<sup>10</sup>.

Observa-se também que o próprio conceito de crime é definido através desse dano social, ou seja, é o dano infligido sobre os bens naturais ou socialmente criados pelos membros da sociedade<sup>11</sup>.

Para atingir o fim protetor, o Direito Penal se serve de instrumentos de intervenção muito especiais, notadamente a imposição e execução de penas<sup>12</sup>. Por isso é que se define o

<sup>5</sup> FRANCO, Alberto Silva, *op. cit.* [n. 4], p. 32.

<sup>6</sup> FRANCO, Alberto Silva, *op. cit.* [n. 4], p. 32; HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Branch, 1989, pp.115/116.

<sup>7</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, n. 53, 2005, p. 14.

<sup>8</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 106.

<sup>9</sup> VON LISZT, Franz. **La idea de fin em el Derecho Penal**. Ciudad Universitaria (México), Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 63/64.

<sup>10</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 107.

<sup>11</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 14.

<sup>12</sup> BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. *In: HEFENDEHL, Roland (org.). La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 150/151.

Direito Penal como o campo do sistema jurídico que regula a imposição de medidas sancionatórias a pessoas na ocorrência de um fato desagradável<sup>13</sup>, ou também como a parte do ordenamento jurídico que determina as ações de natureza criminal e as vincula com uma pena ou medida de segurança<sup>14</sup>.

Veja-se que embora a função do Direito Penal exposta se preste a nortear positivamente a atuação do Estado, ela se apresenta como limite de sua atuação. A legitimação do Estado para levar a cabo atividades de persecução o justifica, mas também a ele impõe limitações<sup>15</sup>.

Desse modo, as penas, em sentido abstrato ou concreto, somente podem ser impostas para garantir que os fins do Direito Penal sejam atingidos. Em outras palavras, entende a doutrina majoritária que o Direito Penal, esforçando-se para estabilizar ou impor proibições ou obrigações de atuação, o faz objetivando a proteção de bens jurídicos<sup>16</sup>.

## 2. Conceito de bem jurídico-penal

O Direito Penal moderno tem-se desenrolado a partir da idéia de proteção de bens jurídicos. De acordo com essa, o legislador ameaça com pena aquelas condutas que lesionam ou que ameaçam de lesão determinados interesses da sociedade. A vida, a propriedade, a liberdade são alguns interesses ou finalidades da sociedade que o legislador quer proteger mediante a ameaça de pena<sup>17</sup>.

Desse modo, os interesses se tornam, através do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico positivo, em bens jurídicos. Da idéia de proteção de bens jurídicos se deduz a teoria dos limites para *o ius puniendi*<sup>18</sup>.

O conceito de bem jurídico é fundamental para se conceber os limites da atuação legislativa. Concebe-se que o legislador somente pode estabelecer pena para quem de modo efetivo ameace um bem jurídico, e não para aqueles que violam tão somente convicções

---

<sup>13</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 10.

<sup>14</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 1.

<sup>15</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 105.

<sup>16</sup> BUNZEL, Michael, *op. cit.* [n. 12], p. 151; HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco, *op. cit.* [n. 6], p.100.

<sup>17</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal**: parte general. 2ª edição. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 43/44.

<sup>18</sup> BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.* [n. 17], p. 44.

valorativas, ainda que dominantes<sup>19</sup>. Esse modo de conceituar o bem jurídico é conhecido como conceito crítico, abandonando-se uma perspectiva meramente descritiva quanto ao mesmo<sup>20</sup>.

Antes de o pensamento penal alcançar suficiente desenvolvimento para introduzir no *ius puniendi* a idéia do delito como lesão de bens jurídicos, o Direito Penal atuava arbitrariamente, sem limitações ou distinções entre atos imorais, pecados e delitos<sup>21</sup>. Nas sociedades totalitárias, sabe-se que prevalecia o princípio da submissão do povo à ditadura de uma pequena camada dominante. Mudava-se o conteúdo das formas de vida impostas, mas o princípio permaneceu o mesmo<sup>22</sup>. No campo do Direito Penal, assim como em outras áreas da vida social, a grande mudança intelectual se deu no século XIX, a conhecida época do Iluminismo<sup>23</sup>.

O ponto de início foi a busca pela legitimação do Estado, e assim também de sua limitação, mediante o contrato social. Embora se critique as teorias do contrato social<sup>24</sup>, em razão da desconexão com a realidade experimental, pois o estado de natureza e o contrato social nunca existiram, não passando de fantasias, certo é que tais teorias foram de grande importância para a limitação do poder do Estado<sup>25</sup>.

No processo histórico de formação da doutrina do bem jurídico, e como aplicação da teoria do contrato social à esfera penal, marcaram o século XVIII o italiano Cesare Beccaria e o alemão Karl Ferdinand Hommel. Ambos pensadores teorizaram a limitação do poder punitivo estatal à prevenção dos denominados “danos sociais”, denunciando todo o uso do Direito Penal para a imposição de formas de vida, enfim, para a consolidação de ideologias via coação, o que seria tirania, e não contrato social<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. In: **Revista Doctrina Penal – Teoría y práctica en las ciencias penales**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, ano 12, n. 45 a 48, 1989, p. 277.

<sup>20</sup> FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 309.

<sup>21</sup> PERDOMO, Alberto Poveda. Fundamentación material del injusto. Entre el Derecho Penal protector de bienes jurídicos y el Derecho Penal defensor de la vigencia de la norma. In: **Revista Actualidad Penal, La ley-actualidad**, Madri, Espanha, n. 21, 1998, pp. 407/408.

<sup>22</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 12.

<sup>23</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 13.

<sup>24</sup> Cf. ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005.

<sup>25</sup> O artigo XV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento inspirado nas idéias filosóficas do Iluminismo, proclama que as penas devem ser impostas pela lei quando estritamente e evidentemente necessárias, e que devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade.

<sup>26</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 13.

Posteriormente, esta linha de pensamento foi manifestada em diversas formulações, tais como nos desenvolvimentos dogmáticos de Feuerbach, que falava em “lesão a direito”<sup>27</sup>, de Birnbaum, considerado como o criador do conceito de bem jurídico, que utilizava a palavra “bem” para caracterizar a limitação da punibilidade aos danos sociais<sup>28</sup>, e de Von Liszt, ao afirmar que o bem jurídico é o interesse juridicamente protegido, sendo o interesse criado não pela ordem jurídica, mas pela vida. Para o último autor, o Direito Penal tem como missão peculiar a defesa mais enérgica daqueles interesses especialmente dignos e necessitados de tutela<sup>29</sup>.

A seu tempo, Mezger, como expoente máximo do neokantismo, destacou que mediante o conceito de bem jurídico se reconhece qual é o interesse do indivíduo e da sociedade protegido pela lei, frente a uma situação determinada de relações sociais<sup>30</sup>. Já Welzel afirma que bem jurídico é todo estado social desejado que o Direito queira proteger contra lesões<sup>31</sup>.

Recentemente, Roxin afirma que os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo em seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global, o qual é estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para funcionamento do próprio sistema<sup>32</sup>. Relevante é o fato de que Roxin não fala em interesse, mas sim em circunstâncias dadas e finalidades, pois entende que o conceito de bem jurídico abarca tanto os estados previamente existentes como os deveres de cumprimento de normas criados pelo próprio Direito<sup>33</sup>.

Entre nós, Prado defende que bem jurídico é um ente, dado ou valor social (produção humana), material ou imaterial, extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, entendido como essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 13.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general. Tomo I. Madri: Civitas, 1997, p. 55; SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 13.

<sup>29</sup> VON LISZT, Franz *apud* PERDOMO, Alberto Poveda, *op. cit.* [n. 21], p. 409.

<sup>30</sup> MEZGER, Edmund *apud* PERDOMO, Alberto Poveda, *op. cit.* [n. 21], p. 409.

<sup>31</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.* [n. 14], p. 6.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 28], p. 56; conceituação repetida recentemente em ROXIN, Claus ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEHL, Roland (org.), **La teoría del bien jurídico**, Madri, Marcial Pons, 2007, p. 448.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 28], p. 56. Semelhantemente, HASSEMER, Winfried; MUNÖZ CONDE, Francisco, *op. cit.* [n. 6], p.111.

<sup>34</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 247. Defendem também a função protetora de bens jurídicos FRANCO, Alberto Silva, *op. cit.* [n. 4], pp. 47/48; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Júris, 2006, p. 16.

Quanto ao tema, Greco afirma expressamente que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, sendo que proibir ações não perigosas aos bens jurídicos é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correspondente ganho social<sup>35</sup>, é intervenção inútil na liberdade dos cidadãos<sup>36</sup>.

Atualmente, existem dúvidas quanto ao conceito de bem jurídico cumprir ainda hoje sua função<sup>37</sup>, isto é, servir de fundamento para a criminalização e, com isso, limitar a atuação do legislador.

Uma tendência atual do Direito Penal é criminalizar delitos de vítimas difusas, a exemplo da economia e do meio ambiente, mediante o instrumento do delito de perigo abstrato. Hassemer entende que, do ponto de vista do bem jurídico, isso significa uma dissolução do conceito, pois o lema já não é mais a proteção de interesses humanos concretos, mas sim a proteção de instituições sociais ou unidades funcionais de valor, exemplo deste último o meio ambiente. Qual o resultado disso? Os bens de proteção dessa qualidade conceitual não permitem criticar o tipo penal por sua excessiva amplitude, porquanto são bens vagos, os quais não conseguem operar como corretivos da Política Criminal, pela falta de precisão e concretude<sup>38</sup>.

Fundamentando-se na concepção liberal de Estado, Hassemer apresenta sua contribuição ao tema. Segundo ele, o Estado não é um fim em si mesmo, mas deve promover o desenvolvimento e a garantia das possibilidades vitais do homem<sup>39</sup>. Nesse sentido, a proteção de instituições somente pode existir na medida em que for condição para a proteção da pessoa<sup>40</sup>. Assim, por exemplo, a proteção do meio ambiente por si mesmo não é aceitável, mas tão somente como meio para a garantia das necessidades da saúde e vida do homem<sup>41</sup>. Por essa razão, a teoria de Hassemer é conhecida como teoria pessoal do bem jurídico.

Há ainda várias outras posições relativas ao conceito de bem jurídico, não havendo um acordo doutrinário. Apesar disso, observa-se que ocorrem padrões sobre a importância do

---

<sup>35</sup> GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

<sup>36</sup> GRECO, Luís, *op. cit.* [n. 35], pp. 23/24.

<sup>37</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 279.

<sup>38</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 279/280.

<sup>39</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 281. Semelhantemente, Muñoz Conde defende que bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para a autorealização na vida social (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2001, pp. 90/91).

<sup>40</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 282.

<sup>41</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 283.

bem jurídico. Isso o coloca em um lugar de destaque, porquanto opera como instrumento limitador do direito de punir do Estado.

É fato notório que após período do Iluminismo, o Direito Penal passa então a se justificar na medida em que atua como protetor de bens jurídicos, diante de lesão ou colocação em perigo que os mesmos possam sofrer. Na esteira da tradição liberal e majoritária, compete ao Direito Penal a proteção bens jurídicos<sup>42</sup>.

Outro ponto de destaque refere-se à idéia de que a vinculação do Direito Penal à proteção de bens jurídicos exige que o legislador torne explícito o bem jurídico como fundamento para o estabelecimento ou supressão de ameaças penais<sup>43</sup>. Pode-se dizer que o bem jurídico opera como uma barreira destinada a dificultar a ação precipitada do Direito Penal<sup>44</sup>.

Embora seja o bem jurídico condição necessária para a imposição de pena, não é a única. Existem outros princípios, que também se localizam na base do merecimento de pena, os quais atuam como limitadores da criminalização de condutas<sup>45</sup>. São exemplos os princípios da *ultima ratio* e da fragmentariedade.

Por essa razão, nem todo bem jurídico será concebido como bem jurídico-penal<sup>46</sup>. Ou ainda, nem toda forma de ataque ao bem jurídico será considerada como relevante para o Direito Penal. Os demais princípios que se apresentam na base do sistema normativo-penal auxiliam na limitação da seleção dos bens a serem protegidos.

Com isso se diz que não podem ser objeto de proteção penal bens que não se identifiquem com os interesses sociais mais importantes. Atitudes frente à vida, às formas morais de conceber o mundo e à sociedade não podem, por si mesmas, ser consideradas objeto da proteção punitiva. É preciso que representem os interesses mais importantes da sociedade, que sejam indispensáveis para a manutenção das condições mínimas de convivência<sup>47</sup> tanto frente a intervenções abusivas do Estado quanto de terceiros (conceito positivo).

Partindo do conceito positivo de bem jurídico, isto é, são os bens indispensáveis para a convivência, tem-se um conceito negativo, a saber, que não poderá surgir como bem jurídico

---

<sup>42</sup> PERDOMO, Alberto Poveda, *op. cit.* [n. 21], p. 408.

<sup>43</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 277.

<sup>44</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 279.

<sup>45</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 278.

<sup>46</sup> PERDOMO, Alberto Poveda, *op. cit.* [n. 21], p. 410.

<sup>47</sup> PERDOMO, Alberto Poveda, *op. cit.* [n. 21], p. 410.

qualquer interesse que implique em desagregação, desigualdade ou desprezo a um grupo social<sup>48</sup>.

De modo definitivo, pode-se afirmar que o bem jurídico, sob a perspectiva de sua missão, e não de seu conteúdo (onde se apresentam diversas posições doutrinárias), é entendido como limite à potestade punitiva do Estado (conceito crítico).

Nesse ponto, cumpre ressaltar que é considerada inidônea a perspectiva do denominado conceito “metodológico” de bem jurídico. Esse posicionamento doutrinário toma o bem jurídico como uma abreviatura da idéia de fim, como a *ratio legis* dos diversos tipos. Embora nessa perspectiva o bem jurídico tenha uma função interpretativa e auxiliadora na estruturação sistemática na Parte Especial do Código Penal, sua função político-criminal limitadora do *ius puniendi* resta violada<sup>49</sup>.

O marco inicial correto consiste em reconhecer que, no Estado Democrático de Direito, a única limitação estabelecida de modo prévio ao legislador é encontrada nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente somente se pode derivar das missões consagradas na Lei Maior<sup>50</sup>. E, não se pode perder de vista que esta tem como fundamento a idéia de autonomia pessoal, ou ainda, de liberdade do indivíduo, que é protegida por direitos fundamentais, através do que se estabelece os limites da potestade punitiva do Estado<sup>51</sup>.

### 3. O bem jurídico e a constituição

Seguindo a tradição Beccaria e de Feuerbach, o Direito Constitucional é um ramo do Direito que formula limites à intervenção estatal, ao passo que o Direito Penal impõe limites à luta contra o delito. Essas tradições da teoria do Direito Penal baseiam-se nos direitos fundamentais desenvolvidos pela Filosofia Política do Iluminismo<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> PERDOMO, Alberto Poveda, *op. cit.* [n. 21], p. 410.

<sup>49</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 28], pp. 54/55.

<sup>50</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 28], pp. 55/56.

<sup>51</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 28], pp. 55/56; STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 106.

<sup>52</sup> HASSEMER, Winfried ¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In*: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 97.

### 3.1 Os direitos fundamentais

A função dos direitos fundamentais reside na proteção de um espaço de liberdade individual contra a intromissão do poder do Estado e contra sua ampliação totalitária<sup>53</sup>.

As raízes da concepção moderna dos direitos individuais dirigidos contra o Estado remontam ao período monárquico. O desenvolvimento dos direitos fundamentais iniciou-se conforme o modelo que se segue: o rei detinha direitos de soberania e os estamentos desfrutavam de determinadas liberdades consagradas em cartas de liberdade; a partir do Estado feudal da Idade Média nasceu o Estado territorial moderno, caracterizado pela ampla soberania; diante dessa realidade de Estado ilimitado, como antítese, originou-se a exigência de limitações universais ao poder estatal<sup>54</sup>.

A idéia de direitos “inalienáveis” do homem surgiu do mundo conceitual do contratualismo. A teoria de Locke residia na hipótese de um estado natural do homem, estado esse de total liberdade e igualdade. Frente à necessidade de proteção da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos, estabelece-se a sociedade. Diante disso, o poder do Estado surge como a totalidade das faculdades que os indivíduos transferem para a coletividade, para que esta os proteja. Desse modo, fala-se em direitos que são transferidos e em direitos que são inalienáveis, isto é, os quais não podem ser colocados à disposição do Estado<sup>55</sup>.

Em sentido semelhante, Christian Wolff leciona que os homens são naturalmente iguais e livres, sendo dotados de direitos humanos inatos, quais sejam, à igualdade, à liberdade, à segurança, à legítima defesa e à penalização da pessoa que os tiver lesado. Além disso, ensina Wolff que até mesmo o legislador está vinculado ao seu Direito Natural, não devendo os outros homens obediência a ele quando determina algo que se contraponha ao Direito Natural<sup>56</sup>.

Mesmo diante dessas doutrinas, conhecidas como a raiz teórica da limitação do poder estatal frente ao indivíduo, ressalta-se que a obrigatoriedade pré-estatal que caracteriza os direitos fundamentais não lhes assegura validade jurídica. Certamente, possuem os direitos fundamentais vinculação moral ou ético-social, mas dificilmente conseguiriam se operacionalizar concretamente na sociedade sem que tomem existência jurídica via

---

<sup>53</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 419.

<sup>54</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 420.

<sup>55</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 436.

<sup>56</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 437.

positivação normativa. No Estado, somente é possível a garantia da execução (coercitiva) da norma mediante a tutela jurídica<sup>57</sup>.

Nessa esteira, compete ao Direito Constitucional positar os direitos fundamentais, os quais são essenciais para a preservação da vida livre e segura dos indivíduos, sendo tais direitos garantidos, em última instância, pelo Direito Penal (norma, processo e sanção).

Quanto ao elenco de direitos fundamentais a serem protegidos, cabe ressaltar que não se limita à liberdade e igualdade, mas abrange suas concretizações e as mais diversas posições jurídicas que possam ser alvo de ingerências dos poderes públicos e também contra abusos de entidades particulares. Em outras palavras, a proteção estatal dirige-se à garantia da livre manifestação da personalidade, assegurando aos indivíduos a possibilidade de autodeterminação<sup>58</sup>.

### 3.2 O conceito de liberdade

Um direito fundamental que assume extrema relevância para o exame dos limites impostos ao legislador, e em especial ao legislador penal, é o direito à liberdade.

Sob o ponto de vista político, a idéia fundamental do conceito de liberdade consiste não apenas na preservação de um espaço de desenvolvimento individual livre de interferências do Estado, mas também na participação da formação da vontade comunitária. Liberdade designa não só a defesa contra ingerências do Estado, mas também a delimitação e proteção das esferas de liberdades e interesses nas interações entre os próprios membros de uma dada comunidade<sup>59</sup>.

Quanto à primeira parte do conceito de liberdade, pode-se dizer que esta guarda estreita relação com a concepção liberal, porquanto visa restringir a atuação intervencionista do Estado. O poder público não deve interferir nas liberdades particulares, incumbindo-lhe garantir a maior liberdade possível de atuação individual<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 437.

<sup>58</sup> MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, 10. , jan., 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de maio de 2008, p. 4.

<sup>59</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 445.

<sup>60</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 446.

Assim, busca-se a proteção dos direitos fundamentais contra intervenções, com especial ênfase nos direitos individuais à vida, à integridade física, à liberdade da pessoa, à liberdade de residência, à inviolabilidade do domicílio e da propriedade, e no direito das sucessões<sup>61</sup>. Segundo essa concepção, sendo a intromissão estatal um mal, o Estado somente está legitimado a interferir na liberdade individual caso sua atuação seja necessária para impedir males ainda maiores<sup>62</sup>. Esta é a idéia do princípio do dano (*harm principle*), a base de legitimação do Direito Penal nos países de língua inglesa, e conforme o pensamento do filósofo John Stuart Mill (século XIX), sendo também um conceito que guarda estreita relação com a teoria do bem jurídico<sup>63</sup>.

Sob o ponto de vista democrático, que se relaciona à segunda parte do conceito, liberdade é o direito de cada indivíduo de participação na formação da vontade política da comunidade. Por essa razão, o indivíduo participa da formação da vontade comum a que se submete. Esse conceito de liberdade surge em Rousseau e se traduz em direitos fundamentais, a saber, liberdade de opinião, de imprensa, de reunião e de associação<sup>64</sup>.

Certamente, o exercício dos direitos fundamentais de participação é o fundamento que legitima a intervenção do Estado na liberdade individual, pois são os próprios indivíduos que elegem os bens a serem protegidos, inclusive mediante a aplicação de pena.

Ressalta-se ainda que, para a liberdade não ser apenas uma folha de papel, é preciso que sejam asseguradas ao indivíduo as condições fáticas necessárias para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Desse modo, os outros direitos fundamentais, especialmente os direitos de ordem social, como previdência, assistência, educação e moradia, são instrumentos para se garantir o livre desenvolvimento pessoal, pois liberdade plena existe apenas quando ela é liberdade garantida<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 446.

<sup>62</sup> FEINBERG, Joel. **Filosofia Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, p. 46.

<sup>63</sup> VON HIRSCH, Andrew. **El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”**. In: HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**. Madri: Marcial Pons, 2007, pp. 39 e 43.

<sup>64</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], pp. 446/447.

<sup>65</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], pp. 447/448.

### 3.3 A função dos direitos fundamentais

A concepção liberal dos direitos fundamentais ensina que tais direitos são, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra as ingerências ilegítimas do Estado<sup>66</sup>. Constituem uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem<sup>67</sup>.

A esta concepção corresponde uma teoria muito divulgada, segundo a qual os direitos fundamentais se exigem exclusivamente contra os Estado, e não contra terceiros, posição conhecida como teoria da unidirecionalidade dos direitos fundamentais<sup>68</sup>.

Embora se entenda que os direitos fundamentais não devam traçar limites apenas para a atuação estatal, sendo adotada aqui a noção de que os direitos fundamentais possuem ampla eficácia, inclusive em face de terceiros<sup>69</sup>, a exemplo dos poderes superiores de regulação não estatais ou das intromissões de particulares no âmbito individual de outrem, não será essa a ênfase aqui dada.

Mas, um ponto importante a ser observado quanto ao tema relaciona-se com o papel do Estado, antes mencionado, de organização da vida estatal. Kant entendia que a função primordial do Direito seria estabelecer princípios que compatibilizassem a liberdade do indivíduo com as liberdades dos demais<sup>70</sup>.

Existe apenas um direito inato, declara Kant, que é a liberdade (independência de ser limitado pela escolha do outro), na medida em que possa coexistir com a liberdade de todos os outros conforme uma lei universal<sup>71</sup>. Ensina também que Direito é a totalidade de condições, sob as quais a vontade de uma pessoa possa ser unificada com a vontade de outras sob uma lei universal da liberdade<sup>72</sup>. Nesse sentido, o Direito assume duas direções: ser a lei da liberdade exterior e ordenar as liberdades simétricas dos homens em suas relações<sup>73</sup>.

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar, *op. cit.* [n. 58], p. 4.

<sup>67</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178.

<sup>68</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 438.

<sup>69</sup> Nesse sentido, ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], pp. 438/440.

<sup>70</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 440.

<sup>71</sup> KANT, Immanuel *apud* RAUSCHER, Frederick. **Kant's social and political philosophy**. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stanford University, 2007. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu>>. Acesso em: setembro de 2007, p. 3.

<sup>72</sup> KERSTING, Wolfgang. Politics, freedom, and order: Kant's political philosophy. In: GUYER, Paul (org.). **The Cambridge Companion to Kant**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 344.

<sup>73</sup> KERSTING, Wolfgang, *op. cit.* [n. 72], p. 346.

Uma vez que a tarefa do Estado consiste em regular o uso da liberdade, ele cria limites para o uso das liberdades dos indivíduos frente aos demais. Com isso, a garantia dos direitos fundamentais impõe limites não só à atuação estatal, mas atribui também ao Estado a tarefa de limitar e proteger, mediante lei, os direitos dos indivíduos de modo que sejam protegidos os âmbitos de liberdade, consagrados nos direitos fundamentais, e que os bens, como a vida, a saúde, a honra e a isenção de coação, possam ser desenvolvidos na maior medida possível<sup>74</sup>.

Ao Estado, portanto, cabe não apenas se omitir da intromissão nos bens e liberdades dos particulares, ou, nos direitos fundamentais, mas também proteger tais bens e liberdades de ataques provenientes de outros indivíduos. Fala-se, então, de segurança frente ao Estado e de segurança através do Estado. Desse modo, a prestação de segurança constitui uma finalidade principal do Estado<sup>75</sup>.

Quanto ao assunto, a Corte Constitucional alemã consolidou seu entendimento para impor ao Estado o dever não apenas de se omitir da intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também de assegurar que não sejam agredidos por terceiros. Os direitos fundamentais adquirem uma nova dimensão, visto que o Estado deixa a posição de adversário e assume o papel de guardião desses direitos<sup>76</sup>. Pode-se dizer também que o Estado se tornou a fusão entre o Estado-guardião do cidadão e do Estado intervencionista nas relações sociais, sendo que em ambos os casos sua legitimação se dá de modo democrático (vontade geral do povo). Por isso se fala em Estado Social Democrático de Direito<sup>77</sup>.

Com efeito, a finalidade do Estado e a função dos direitos fundamentais são de grande importância para a compreensão do papel do Direito Penal como parte do sistema jurídico, do controle formal das relações sociais.

### **3.4 Direitos fundamentais e Direito Penal**

Como foi visto no item anterior, os direitos fundamentais operam como direitos de defesa frente à intromissão estatal, os quais são incluídos no ordenamento como normas constitucionais, pois tratam da base da organização e convivência no Estado. Logo, uma vez

---

<sup>74</sup> ZIPPELIUS, Reinhold, *op. cit.* [n. 53], p. 442.

<sup>75</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 106.

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar, *op. cit.* [n. 58], p. 10.

<sup>77</sup> FRANCO, Alberto Silva, *op. cit.* [n. 4], p. 34.

que essas normas são ocupantes de posição primaz no sistema de regulação social, o Direito Penal a elas se submete<sup>78</sup>.

Nesse sentido, os direitos fundamentais e as tradições penais estão interligados. Isso se torna evidente com o conceito de bem jurídico, que é, em suas origens, um princípio limitador do Direito Penal, um princípio negativo<sup>79</sup>.

Falar em bens jurídico-penais como princípios negativos significa dizer que sua finalidade não é a criminalização de condutas, mas é sim extirpar do ordenamento jurídico todas as cominações penais que não se relacionem com uma lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos. Portanto, é um princípio que lida, em especial, com a limitação do Direito Penal, e em consequência, do Estado<sup>80</sup>.

Por essa razão, os bens jurídico-penais e os direitos fundamentais estão entrelaçados. Ambos os conceitos tratam da limitação da intervenção estatal, da defesa dos direitos dos indivíduos frente ao poder público<sup>81</sup>.

### 3.5 O princípio da proporcionalidade

Cumpra ainda ressaltar que, ao atuar no sentido de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos (dever de proteção), o Estado pode usar de instrumentos administrativos, ou, em último caso, de violência institucionalizada, medidas essas que restringem direitos fundamentais do autor do delito.

Por essa razão, é preciso que o Estado atue em observância ao princípio da proporcionalidade. De um lado, não pode o poder público afetar de modo desproporcional um direito fundamental, prejudicando-o excessivamente (proibição de excesso). De outro, não pode atuar de modo insuficiente, não implementando adequadamente os deveres de proteção (proibição de insuficiência). Em todo caso, o princípio da proporcionalidade opera como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> BUNZEL, Michael, *op. cit.* [n. 12], p. 151.

<sup>79</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 98.

<sup>80</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 98. Em sentido semelhante, cf. STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 105; SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade:** o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *In:* Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 9., 03.10.03, São Paulo, 2003, versão ampliada, p. 24.

<sup>81</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 98.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.* [n. 80], pp. 24/25.

No âmbito penal, ao Estado cabe não apenas demonstrar justificativas suficientes para a intervenção, mas também que sejam aplicadas sanções proporcionais<sup>83</sup> ao dano social causado pela violação<sup>84</sup>.

### 3.5.1 Proibição de excesso

Um conceito que assume fundamental importância na discussão é o da proibição de excesso. Essa vedação tem em vista aquelas intervenções que ultrapassam os limites da legítima atuação do Estado. Na seara do Direito Penal, o bem jurídico possibilita a efetivação da referida proibição<sup>85</sup>.

É certo que toda proibição ou mandato penal consiste em uma intromissão na liberdade individual. O bem jurídico surge, então, como o núcleo que limita, e por isso, legitima a atuação estatal. Segundo o pensamento penal majoritário, a cominação penal somente é legítima caso lesione ou ameace de lesão um bem jurídico-penal. Desse modo, não pode o Estado intervir na liberdade geral de agir senão mediante a persecução adequada de uma finalidade admitida, a saber, a proteção do bem jurídico frente a lesões ou ameaça de lesões<sup>86</sup>.

### 3.5.2 Proibição de insuficiência

Diferente da função tradicional dos direitos fundamentais, a proibição de insuficiência não se dirige à defesa frente a intervenções estatais ilegítimas. Antes, em razão dela, o legislador fica vinculado à proteção de determinados interesses, utilizando-se dos meios necessários para a consecução desse fim. Daí a se falar propriamente em deveres de proteção<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método: 2001, p. 80.

<sup>84</sup> BARATTA, Alessandro. Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de La ley penal). In: **Revista Doctrina Penal** – Teoría y práctica en las ciencias penales, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, ano 10, n. 37 a 40, 1987, p. 631.

<sup>85</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], pp. 98/99.

<sup>86</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 99.

<sup>87</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 101.

Assim sendo, o Estado está obrigado a agir para conservar a vida social, mas deve atuar de modo não excessivo (critério negativo) e suficiente (critério positivo).

Em matéria penal, falar-se em proibição de insuficiência é o mesmo que dizer mandatos de criminalização, os quais têm em vista a proteção de bens jurídicos<sup>88</sup>. Um mandato expresso incriminador encontra-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saber, em seu artigo 5º, XLI, ao estabelecer que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Em outros incisos do mesmo artigo, determina-se que sejam penalizadas condutas atentatórias a direitos fundamentais específicos, como o racismo e a tortura<sup>89</sup>.

Veja-se que, apesar de a proibição de insuficiência ser um conceito positivo e não negativo, como o da tradição do bem jurídico, há entre ambos semelhantes aspectos. Os dois conceitos invocam interesses, restringem a atuação do legislador (não pode criminalizar aquém do necessário) e requerem proteção<sup>90</sup>. No Direito Penal, os interesses expressam a idéia de bem jurídico, que é a substância da reclamação por uma proteção legal frente ao legislador<sup>91</sup>.

Por certo, sem o conceito de bem jurídico torna-se impossível construir uma proibição de insuficiência no Direito Constitucional, e em consequência, no Direito Penal. Admitir-se um bem jurídico necessitado e digno de tutela é o fundamento de onde surge o dever de proteção<sup>92</sup>. Se de um lado os bens jurídicos limitam a atuação estatal, pois não pode o poder público exceder à proteção deles, de outro obrigam o Estado a agir, não podendo criminalizar aquém da lesão ou ameaça de lesão a tais bens.

### **3.6 Direito Penal, conceito de bem jurídico e Direito Constitucional**

Em linhas conclusivas quanto à relação entre Direito Penal e o Direito Constitucional, sob o ponto de vista do bem jurídico, destaca-se o fato de que a proibição de uma conduta sob

---

<sup>88</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 101.

<sup>89</sup> BRASIL, *op. cit.* [n. 1], artigo 5º e incisos.

<sup>90</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 102.

<sup>91</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 103.

<sup>92</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 103.

ameaça penal que não possa se remeter a um bem jurídico seria um verdadeiro terror do Estado<sup>93</sup>.

Nesse rumo, somente é considerada legítima a criminalização de condutas que lesionem ou coloquem em perigo aquelas circunstâncias dadas ou valores sociais pactuados que tenham lastro na Carta Magna ou que sejam inerentes ao princípio do Estado Democrático de Direito<sup>94</sup>. Qualquer decisão legislativa infraconstitucional que não observe tal limitação é entendida como excessiva e desproporcional, uma vez que o Direito Penal presta-se para a proteção fragmentária dos bens fundamentais, sejam eles de titularidade individual ou coletiva.

O bem jurídico surge, então, como o fundamento necessário e constitucional tanto para se conceber a necessidade de atuação do Estado (dever de proteção, proibição de insuficiência), quanto para determinar precisamente os limites da intervenção<sup>95</sup>, uma vez que ele é o objeto de proteção da norma.

A teoria da legitimação do Direito Penal, ou de uma perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do Direito Penal está fundamentada nas condições basilares de qualquer Estado de Direito Democrático-Liberal, pouco importando se isso veio consagrado constitucionalmente ou não<sup>96</sup>. Com efeito, o princípio do bem jurídico está ancorado na concepção básica do contrato social, e é pressuposto de toda e qualquer Constituição<sup>97</sup>. A recusa à aceitação da teoria do bem jurídico tem como consequência a negação dos fundamentos do Estado de Direito Democrático-Liberal<sup>98</sup>.

Como visto anteriormente, embora seja um conceito demasiadamente importante, a noção de bem jurídico é de difícil precisão. Todavia, ao conceituá-lo, ainda que de modo solvente, é necessária a observância de três critérios. Em primeiro lugar, o bem jurídico deve se adequar à realidade, integrando de modo inteligente as condições de vida da socialização moderna. Além disso, o conceito de bem jurídico deve ser seletivo e claro, pois se trata dos limites da intervenção na liberdade, ou ainda, um conceito protetor da liberdade. Finalmente, a noção de bem jurídico deve ser de fácil compreensão, a fim de facilitar o controle

---

<sup>93</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 103.

<sup>94</sup> PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* [n. 34], p. 247.

<sup>95</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 104.

<sup>96</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 14.

<sup>97</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 15.

<sup>98</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 16.

democrático do legislador, sendo, portanto, proibidas generalizações obscuras, que se tornam barreiras ao entendimento por parte dos destinatários da norma<sup>99</sup>.

#### 4. Bens jurídicos coletivos e a teoria pessoal do bem jurídico

Partindo da exposição feita anteriormente acerca da teoria pessoal do bem jurídico, pode-se agora abordar de modo mais específico a relação entre o conceito pessoal de bem jurídico e os bens jurídicos coletivos.

Na sociedade contemporânea, o Direito Penal deve ter seus fins claramente fixados para se legitimar diante do grave problema da criminalidade difusa<sup>100</sup>. Adotando-se a teoria pessoal, o fim primordial do Estado, e assim do Direito Penal, consiste em assegurar ao indivíduo as condições existenciais essenciais, de modo que o Estado está a serviço do cidadão, e não o cidadão a serviço do Estado, ou ainda, o Estado gira em torno de seres humanos, e não o contrário<sup>101</sup>.

Sendo os direitos fundamentais a base do Estado, pode-se dizer que a Constituição se pronuncia no sentido de entender a pessoa como o valor jurídico mais alto, a cujo serviço há de se orientar a atividade estatal. Assim, todo o Direito estatal deve se dirigir à proteção do livre desenvolvimento da personalidade<sup>102</sup>.

A concepção pessoal do bem jurídico dispõe de uma argumentação para que o Direito Penal se oriente conforme o valor fundamental do ordenamento, o ser humano. Além disso, essa concepção coloca em relevo, ou ainda, posiciona a liberdade do indivíduo no centro do sistema<sup>103</sup>.

Na hipótese da Constituição Brasileira, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, e que o poder do Estado emana do povo, sendo exercido pelo próprio povo, isto é, por seres humanos<sup>104</sup>.

Foi visto ainda que, para se conceituar bem jurídico, é preciso que sejam observados ao menos três critérios. Dentre eles, destaca-se aqui a necessidade de nitidez e seletividade,

<sup>99</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 52], p. 104.

<sup>100</sup> CAMARGO, Antonio Luis Chaves, *op. cit.* [n. 83], p. 80.

<sup>101</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 108.

<sup>102</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 108.

<sup>103</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 110.

<sup>104</sup> BRASIL, *op. cit.* [n. 1], artigo 1º, III e parágrafo único.

visto que o bem jurídico é um interesse humano real, concreto, que se apresenta como condição para o desenvolvimento pessoal, e não uma generalização abstrata.

Por essa razão, os bens supra-individuais somente podem ser considerados como bens jurídico-penais na medida em que possam inferir-se a partir de interesses individuais<sup>105</sup>.

Embora essa seja considerada uma concepção restritiva quanto à seleção de bens a serem penalmente protegidos, os bens jurídico-penais não se limitam aos bens jurídicos individuais clássicos, tais como vida, integridade corporal, liberdade, um núcleo de honra e propriedade, mas podem abranger também os bens supra-individuais (transindividuais, coletivos ou universais), uma vez que na realidade social as interações têm lugar entre uma pluralidade de sujeitos, e nas relações mútuas destes nos âmbitos da sociedade e Estado são construídos novos elementos de sua livre existência, os quais variam a depender do estágio de desenvolvimento da sociedade<sup>106</sup>.

Interpretando-se os bens jurídicos a partir do ponto de vista da teoria pessoal, a relação entre bem e criminalização se dá de modo inverso, pois quanto menos importante for um bem para o desenvolvimento do indivíduo, mais difícil será a legitimação da punibilidade de condutas a ele lesivas ou ameaçadoras de lesão.

No tocante aos bens jurídicos supra-individuais, pode-se dizer também que quanto mais passos mentais sejam necessários para poder legitimar uma cominação penal com referência à proteção de uma condição de desenvolvimento pessoal do indivíduo, tanto mais decisivas haverá de ser as razões apresentadas a favor da legitimidade da penalização da conduta<sup>107</sup>.

Veja-se ainda que, a não observância dos critérios acima expostos faz com que se aceite com generosidade os bens jurídicos supra-individuais. Esse tipo de conduta legislativa é por demais perigosa, pois o Direito Penal pode ser não a *ultima ratio*, mas sim a *prima* ou *sola ratio* da proteção de bens jurídicos<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 109.

<sup>106</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 111; SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 14.

<sup>107</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], pp. 111/112. No presente contexto, deve-se pensar nos âmbitos de proteção do Direito Penal do meio ambiente, da economia e da proteção do Estado: os bens jurídicos que eles protegem somente podem se relacionar com a proteção do indivíduo de forma mediata. Isto não os torna ilegítimos, mas deve-se comprovar a relação com o desenvolvimento pessoal do indivíduo (STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 112). No caso do meio ambiente, na hipótese de contaminação de águas, para que haja desvalor do resultado, é preciso que as ações individuais sejam realizadas em grande número, senão devem ser castigadas como infrações administrativas apenas (STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], pp. 115/116).

<sup>108</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 284.

Exemplo desse problema encontra-se no Direito Penal Ambiental. Se a vida e a saúde do homem forem considerados os bens jurídicos a serem protegidos por esse ramo do Direito (isso leciona a teoria pessoal do bem jurídico), então a tendência é considerar a maioria dos danos ao meio ambiente como sendo de natureza administrativa, e não penal. No entanto, se o próprio meio ambiente for considerado como bem jurídico-penal, não é o bem jurídico um limite para a punibilidade<sup>109</sup>, podendo-se ampliar em muito o conjunto de normas penais.

## 5. Direito penal como *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos

É incontroverso que a utilização do poder do Estado não é justificável apenas em razão da existência de um objetivo final elogiável. Antes, deve também ser idônea e necessária para que seja alcançado o objetivo, não podendo, além disso, ser desproporcional<sup>110</sup>.

No tocante à matéria penal, uma conduta somente pode ser objeto de sanção caso esta seja o único meio efetivo restante para a proteção de bens jurídicos. Por essa razão, afirma-se que o Direito Penal é a última linha de defesa do Direito<sup>111</sup>.

A pena representa a sanção mais gravosa que o Estado pode impor ao indivíduo. Por esse motivo, o seu emprego deve ser dirigido à proteção de bens jurídicos, mas desde que seja feito de modo idôneo e necessário, não podendo provocar mais danos do que benefícios<sup>112</sup>.

Nessa linha de raciocínio, o Direito Penal é visto como uma amarga necessidade, sendo sua atuação limitada pela necessidade de pena. Por isso, para que um bem seja protegido penalmente, sua proteção deve ser adequada, trazendo mais benefícios que prejuízos<sup>113</sup>. Se a pena é um mal que provoca danos, então um modo de torná-la legítima é mostrar que é necessária para impedir males ainda maiores<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 19], p. 284.

<sup>110</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 20.

<sup>111</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 121.

<sup>112</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 20.

<sup>113</sup> RAMIREZ, Juan Bustos. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. *In: Pena y Estado, Promociones y Publicaciones Universitarias*, Barcelona, Espanha, n. 1, setembro/dezembro, 1991, p. 101.

<sup>114</sup> FEINBERG, Joel, *op. cit.* [n. 62], p. 46.

Todavia, ressalva-se que não se pode sustentar a tese de que o emprego do Direito Penal é, em princípio, subsidiário e posterior à tentativa de controle por autoridades administrativas<sup>115</sup>. A pena não é medida que deve ser imposta apenas após a sanção administrativa, mas sempre que houver um fato que a justifique, a saber, a grave lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal.

## 6 . Outros princípios limitadores da intervenção penal

A legitimação da violência estatal não se dá apenas com base na idéia de bem jurídico, proporcionalidade ou de *ultima ratio*. É preciso que sejam observados outros princípios que também ocupam posição central na presente discussão, dos quais alguns serão sucintamente comentados.

O princípio da reserva de lei ou legalidade em sentido estrito restringe a intervenção estatal logo em seu nascedouro, pois consiste na limitação da punibilidade estatal pela lei. Isto é, o exercício da função punitiva somente pode ser referido àquelas ações que são legalmente entendidas como delitos, porquanto *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Exclui-se, assim, a possibilidade de introdução de penas em qualquer âmbito dos poderes estatais a não ser no Legislativo<sup>116</sup>.

Veja-se que o fundamento de tal princípio encontra-se no somatório da cláusula constitucional “Estado de Direito” aos direitos fundamentais. Para que a atuação estatal seja legítima, é preciso que haja a definição legal de condutas como delito<sup>117</sup>. Qualquer imposição que não seja mediante uma lei que descreva a conduta criminosa não é considerada justificada.

Acompanha o princípio da legalidade a cláusula referente à irretroatividade, a qual estabelece que, para se justificar uma pena, é preciso ter havido previsão normativa anterior ao fato, excluindo-se a aplicação de penas ou medidas agravantes ao imputado não previstas anteriormente<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.* [n. 7], p. 23.

<sup>116</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.* [n. 84], p. 627/628.

<sup>117</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.* [n. 3], p. 107.

<sup>118</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.* [n. 84], p. 629.

Limita ainda o legislador penal, e o magistrado, o princípio da taxatividade, que pode ser traduzido como a vinculação da aplicação da pena aos casos de realização de condutas expressamente previstas na lei. Somente podem ser puníveis os fatos que tenham indicados seus elementos descritivos e normativos, excluindo-se, portanto, a aplicação analógica da lei penal<sup>119</sup>.

O princípio da fragmentariedade opera também como limite à atuação legiferante. Ele se resume na idéia de que a proteção dos bens jurídicos não abrange todas as formas de agressão, mas sim apenas aquelas consideradas socialmente intoleráveis. Por isso, pode-se dizer que a proteção de bens jurídicos é relativizada pela fragmentariedade, porquanto apenas agressões graves e intensas ao bem jurídico podem ser objeto de sanção penal<sup>120</sup>.

Como limite especificamente imposto à atividade jurisdicional surge o princípio da insignificância. Este postula que devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem de modo ínfimo um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico não legitima a aplicação de pena<sup>121</sup>.

Por último, o princípio da adequação social reside na idéia de que, apesar de uma conduta se subsumir de modo formal ao modelo legal, ela não será considerada típica pelo magistrado se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. Segundo esse princípio, algumas condutas não lesionam o bem jurídico a ponto de constituírem o desvalor do resultado. Não há, portanto, resultado típico<sup>122</sup>.

De todo o exposto, conclui-se que, para a intervenção penal ser legítima, é preciso que seja a única medida efetiva e necessária para a proteção de bens jurídicos contra agressões graves e intensas, sendo proporcional ao dano e prevista de modo expresse, claro e anterior em lei.

---

<sup>119</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.* [n. 84], p. 629.

<sup>120</sup> PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* [n. 34], p. 138.

<sup>121</sup> PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* [n. 34], p. 146; ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 28], p. 296. “Quanto à aplicação do princípio da insignificância, tem-se reiterado que a verificação da lesividade mínima da conduta apta a torná-la atípica deve considerar não apenas o valor econômico e a importância da *res furtiva*, mas também a condição econômica da vítima e as circunstâncias e conseqüências do delito” (HC 95.226-MS, Rel. Min. Jorge Mussi, STJ, julgado em 24/6/2008).

<sup>122</sup> PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* [n. 34], p. 142/146.

## 7. Críticas à teoria do bem jurídico

A primeira crítica dirigida à teoria do bem jurídico não é feita contra ela apenas, mas contra todo o sistema jurídico penal. Para o Abolicionismo Penal, teoria que tem Baratta como um de seus principais expoentes, o funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, quer no tocante à proteção de bens jurídicos, quer em termos de criminalização e recrutamento da população criminal<sup>123</sup>.

Sob a ótica abolicionista, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema que visa a legitimação do sistema social global, das relações de poder e propriedade existentes. Não é a tutela de interesses e direitos particulares do indivíduo seu principal fim<sup>124</sup>.

A função tradicional do Direito Penal resulta dificilmente defensível desde o ponto de vista de seus efeitos, em razão da seletividade e da imposição de pena. A seleção, argumenta Ramirez, é discriminatória, alcançando apenas alguns, e em geral, aqueles que são menos favorecidos. Acerca da pena, afirma o referido autor que a privação da liberdade surge com prejudicial ao indivíduo, lesionando a dignidade da pessoa<sup>125</sup>.

Argumenta-se ainda que, caso a prisão seja considerada a pena principal e característica dos sistemas penais modernos, pode-se dizer que o Direito Penal, historicamente, representa um fracasso institucional. Suas principais funções (declaradas), como conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado, defender os interesses elementares dos indivíduos e da comunidade, não têm sido alcançadas<sup>126</sup>.

Por essas razões, propõe-se, como um primeiro passo no quadro de uma política alternativa de controle social, que o Direito Penal tenha sua atuação reduzida (mínima intervenção penal), sendo os direitos humanos (traduzidos constitucionalmente como direitos fundamentais) o instrumento de limitação da intervenção<sup>127</sup>. Como o próprio título da teoria expressa, os passos seguintes são tendentes à abolição do Direito Penal.

Crítica ainda a teoria do bem jurídico Von Hirsch, ao defender um modo diverso de impor restrições ao Estado. Para ele, o bem jurídico não existe antes da atividade legislativa<sup>128</sup>, e por isso não tem como função vincular o legislador. O conceito de bem

<sup>123</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.* [n. 84], p. 625.

<sup>124</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.* [n. 84], p. 625.

<sup>125</sup> RAMIREZ, Juan Bustos, *op. cit.* [n. 113], p. 101.

<sup>126</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.* [n. 84], p. 626.

<sup>127</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.* [n. 84], p. 627.

<sup>128</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 32], p. 445.

jurídico é capaz apenas de apresentar o que é juridicamente relevante, mas não de limitar as decisões legislativas. Isso compete, em especial, ao princípio da proporcionalidade<sup>129</sup>.

Stratenwerth, de outro norte, remete-se às várias definições de bem jurídico existentes na literatura para concluir que é impossível apresentar uma definição acerca do mesmo. A razão da criminalização de uma conduta não é a proteção de bens jurídicos, mas sim a própria conduta indesejável. O decisivo no momento da atuação legislativa é a posição da sociedade reconhecida pelo Parlamento<sup>130</sup>. A base da tipificação penal é, pois, o consenso social, seja para preservar tabus culturais ou normas elementares de conduta. Portanto, renuncia ao princípio da proteção de bens jurídicos<sup>131</sup>.

Outra crítica é feita por Welzel. Em meados do século XX, ao tratar da função ético-social do Direito Penal, o autor defende que é missão desse ramo jurídico amparar os valores elementares da vida da comunidade<sup>132</sup>, assim como fizeram outros doutrinadores anteriormente apresentados.

Afirma Welzel que o Direito Penal persegue o amparo de determinados bens da vida da comunidade, tais como a existência do Estado, a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade, ou seja, busca a proteção de bens jurídicos, determinando para sua lesão conseqüências jurídicas. Entende ele que, com isso, é assegurada a vigência de valores positivos ético-sociais<sup>133</sup>.

Todavia, segundo Welzel, o papel central do Direito Penal não é amparar os interesses humanos pessoais, ou, os bens jurídicos individuais, como a vida, a propriedade e a saúde, pois chega demasiadamente tarde, não conseguindo protegê-los efetivamente. Antes, entende que cabe ao Direito Penal a garantia da validade real (a observância) dos valores de atuar conforme o pensamento jurídico. Fazendo isso, ampara não apenas bens jurídicos individuais, mas também outros valores fundamentais, tais como a fidelidade para com o Estado (crimes de traição e alta traição) e a verdade da prova (perjúrio)<sup>134</sup>. Mediante essa função ético-social mais ampla, garante-se de forma mais intensa o amparo aos bens jurídicos individuais do que a mera idéia de amparo a esses bens<sup>135</sup>.

---

<sup>129</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 32], pp. 454/455.

<sup>130</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 32], p. 445.

<sup>131</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 32], pp. 455/456.

<sup>132</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.* [n. 14], p. 1.

<sup>133</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.* [n. 14], pp. 2/3.

<sup>134</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.* [n. 14], 1956, p. 3.

<sup>135</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.* [n. 14], p. 5.

Desse modo, a função do Direito Penal é exteriorizar os valores fundamentais do pensamento jurídico, formando o juízo ético-social dos cidadãos e fortalecendo o sentimento de permanente fidelidade ao Direito<sup>136</sup>. A crítica de Welzel reside não na negação do princípio da proteção de bens jurídicos, pois ele a acata, mas sim em afastar a possibilidade de sobrevalorização do resultado, entendendo o Direito Penal como fortalecimento e garantia dos valores da ação<sup>137</sup>.

Em outras palavras, a missão do Direito Penal é a proteção dos valores ético-sociais elementares de ação, isto é, a fidelidade ao ordenamento, e somente então o amparo dos bens jurídicos individuais<sup>138</sup>. Recentemente, semelhante concepção se encontra em Jakobs.

## 8. O pensamento jurídico de Günther Jakobs

Contra a tradição penal prevalecente, defende Jakobs que o Direito Penal garante a vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos<sup>139</sup>. Segundo ele, a legitimação formal do Direito Penal se dá mediante a aprovação conforme a Constituição de leis penais. A seu tempo, a legitimação material reside em que as leis penais são necessárias para a manutenção da forma da sociedade e do Estado<sup>140</sup>, competindo ao referido ramo do Direito assegurar a identidade social<sup>141</sup>.

Argumenta o autor que o Direito Penal não serve para a proteção genérica de bens proclamados como bens jurídicos, mas para a proteção de bens contra certos tipos de ataque, ou seja, aqueles que são colocados sob a lente do Direito. Exemplo disso se encontra na morte. Se alguém morre em razão de sua idade, ocorre a perda de um bem, mas a morte decorrente da apunhalada de um homicida é uma lesão a um bem jurídico<sup>142</sup>.

<sup>136</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.* [n. 14], p. 3/4. Comentando a posição de Welzel, Hassemer e Muñoz Conde destacam o fato de que, embora o referido autor dê um passo a mais em relação à opinião majoritária (proteção de bens jurídicos), ele não nega o princípio da proteção de bens jurídicos, mas o coloca em uma relação social mais ampla (HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco, *op. cit.* [n. 6], p.100).

<sup>137</sup> HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco, *op. cit.* [n. 6], p.101.

<sup>138</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.* [n. 14], p. 5.

<sup>139</sup> JAKOBS, Günther. **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004, p. 75.

<sup>140</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general**. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44.

<sup>141</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 139], p. 75.

<sup>142</sup> JAKOBS, Günther *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (org.). El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 42.

Nesse sentido, o Direito não é entendido como uma forma de proteção de bens, como uma muralha que ao redor deles se coloca. Antes, é a estrutura da relação entre pessoas, de modo que o Direito Penal protege uma pessoa (encarnada em seus bens) de ataques de outra pessoa<sup>143</sup>.

Interessante observar que Jakobs segue em certos aspectos a teoria dos sistemas, entendendo a sociedade como comunicação. Para essa teoria, a infração não é a lesão de um bem, a exemplo do homicídio, não socialmente visto como agressão ao corpo ou destruição da consciência de uma pessoa, mas como o descumprimento da norma que rege a relação intersubjetiva. Para a teoria dos sistemas, assim como para Jakobs, a infração é a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico<sup>144</sup>, sendo que, havida a infração, é necessário que a confiança das pessoas nas normas seja confirmada<sup>145</sup>.

Assim, o que constitui a lesão de um bem jurídico-penal não é a causação de uma morte, por exemplo, mas a oposição à norma subjacente no homicídio evitável<sup>146</sup>. No entanto, as normas não devem ser lesionadas, pois regulam o conteúdo daquilo que é essencial para a existência social, a saber, as relações pessoais. Por essa razão, Jakobs afirma que ao serem lesionadas as normas, a própria sociedade é lesionada, mas por consequência, ao restaurar-lhes a vigência, a própria sociedade também é restaurada<sup>147</sup>.

Sob esse ponto de vista, o delito surge não como a lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos, mas como a negação das condições de vida em comum. A infração pode ser traduzida como um “não” à sociedade<sup>148</sup>, ou ainda, um contra-projeto social<sup>149</sup>.

Admitindo-se a conclusão acima exposta, o Direito Penal torna-se não o protetor de bens jurídicos, como objetos físicos ou algo similar, mas sim de pessoas encarnadas em seus bens, ou ainda, das expectativas que as pessoas têm de não ver seus bens ou interesses lesionados. Logo, o Direito Penal tem como função garantir a expectativa, o que se traduz na própria norma<sup>150</sup>.

---

<sup>143</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 42.

<sup>144</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 54.

<sup>145</sup> HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco, *op. cit.* [n. 6], p.103.

<sup>146</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 140], p. 46.

<sup>147</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 53.

<sup>148</sup> JAKOBS, Günther. Sobre la teoría de la pena. In: **Cuadernos de conferencias y artículos**, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidade Externado de Colômbia, Bogotá, Colômbia, n. 16, 1998, p. 21.

<sup>149</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 148], p. 34.

<sup>150</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], pp. 42/43.

Sendo a tarefa do Direito Penal limitada à estabilização do sistema normativo, conseqüentemente a pena será aplicada na medida da necessidade preventiva geral, estando, pois ausentes elementos preventivos especiais relacionados ao acusado<sup>151</sup>. O Direito Penal atua no sentido da autoconservação do sistema normativo<sup>152</sup>, que é a estrutura reguladora das relações sociais.

Argumenta ainda Jakobs que as infrações de dever demonstram que o Direito Penal não protege diretamente bens, mas sim a própria norma. Quando a lei prescreve deveres específicos a pessoas no exercício de funções específicas, a exemplo de um funcionário público, pai, policial ou juiz, havida a infração, não se fala em lesão a bens, mas sim em descumprimento de um dever especial<sup>153</sup>.

Essa espécie de infração não lesiona um bem existente de modo independente, anterior ao Direito. Não se pode dizer que a “correta administração da justiça” existe como um bem que é eleito para ser protegido através de penas, mas sim que deve existir. Há, portanto, uma expectativa de existência da “correta administração da justiça”, expectativa essa garantida pelo Direito<sup>154</sup>.

Defende Jakobs que a proteção de instituições como a mencionada não é caso excepcional. Nas modernas sociedades, sejam elas mais ou menos desenvolvidas, o rol de instituições a serem protegidas provavelmente não é mais curto do que o elenco de bens, não podendo ser afirmado que a proteção de bens jurídicos seja a regra, e a proteção de instituições a exceção<sup>155</sup>. Por essa razão, não se pode considerar que o núcleo de todos os delitos seja a lesão de um bem jurídico<sup>156</sup>.

Em todo caso, o que deve ser observado, aponta o jurista, é o fato de que não é a lesão ou ameaça de lesão a um bem que determina a aplicação do Direito Penal. Antes disso, deve-se verificar se competia ou não a determinada pessoa evitar tal lesão ou ameaça. Desse modo, o conceito de bem jurídico é relativizado pela idéia de conduta não permitida (teoria da imputação objetiva), expressa pela norma<sup>157</sup>.

---

<sup>151</sup> ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Branch, 2000, p. 52.

<sup>152</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 151], pp. 53/54.

<sup>153</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 44.

<sup>154</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 44.

<sup>155</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 44.

<sup>156</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 140], p. 53.

<sup>157</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 47.

No tocante à aplicação da pena propriamente dita, Jakobs afirma que a sanção penal nunca recompôs um bem jurídico lesionado<sup>158</sup>, não sendo essa, portanto, sua real função. Todavia, não crê que isso a torne ilegítima.

Considerando-se que a norma é a estrutura da sociedade, ou que a lei é a regulação do conteúdo daquelas relações que podem ser esperadas entre pessoas, é preciso que a norma tenha vigência, senão a sociedade existirá apenas de modo imaginário<sup>159</sup>. Nesse sentido, compete ao Direito proteger a vigência da norma, e isso faz através da pena. A infração penal é uma lesão à vigência da norma, e a pena, a eliminação dessa lesão<sup>160</sup>.

Por essa razão, a pena é vista como um valor positivo, pois é o ato necessário para o restabelecimento da vigência da norma. Isso aproxima o pensamento de Jakobs à teoria idealista da pena, com origem em Hegel<sup>161</sup>.

O ato punível, por ser dotado de significado social, contém a afirmação de que tal conduta é aceitável, ou seja, que a defraudação da expectativa normativa é válida. No entanto, mediante a pena é feita uma dupla declaração, em resposta à primeira: uma, que o comportamento do agente não pertence àquela configuração social, e outra, que esta é a configuração válida<sup>162</sup>. Ou ainda, ao refutar o ato que questiona a existência da norma, a pena ratifica sua existência<sup>163</sup>.

Afirma ainda o autor que a sanção penal opera também como a prevenção da erosão da configuração normativa real da sociedade<sup>164</sup>, prevenindo a sociedade de danos futuros, colocando à margem os contra-projetos sociais<sup>165</sup>.

Questiona-se, contudo, se a pena, por ser uma forma de violência, é necessária à proteção da vigência da norma. Se a infração é uma negação à fidelidade ao ordenamento, não bastaria a constatação de que não se deve tomar como referência essa conduta?

Jakobs responde que, assim como o infrator não fez mera declaração, apresentando um contra-projeto no campo simbólico apenas, mas configurou de modo definitivo o mundo externo das pessoas, do mesmo modo a reação frente ao fato deve supor uma configuração

<sup>158</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 53.

<sup>159</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 54.

<sup>160</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 142], p. 56.

<sup>161</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 148], p. 27/28; SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 73; ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 32], pp. 456/457.

<sup>162</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 139], p. 75.

<sup>163</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 139], p. 76.

<sup>164</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 148], p. 16.

<sup>165</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 148], p. 34.

definitiva, e não operar apenas no campo simbólico, espiritualizado. Deve, nesse sentido, a pena ser proporcional à medida de negação da personalidade, e não buscar efeitos de prevenção especial (intimidatórios, educativos)<sup>166</sup>.

## 9. Deve o estado ocupar-se da proteção de bens jurídicos?

Apesar das críticas feitas à teoria do bem jurídico, é possível afirmar com segurança que ela é a posição tradicional e majoritária na doutrina germânica e pátria.

Com efeito, determinar-se a missão do Direito Penal com a ajuda do conceito de bem jurídico oferece ao legislador um critério plausível e prático quando da tomada de decisões. O bem jurídico oferece à sociedade um critério externo de comprovação da justiça das decisões parlamentares<sup>167</sup>.

A idéia de bem jurídico conduz a uma Política Criminal racional: o legislador penal deve medir suas decisões com critérios justos e claros, utilizando-os, ao mesmo tempo, para sua justificação e crítica. Tudo aquilo que não tenha relacionamento com a proteção de bens jurídicos deve ser excluído do âmbito do Direito Penal<sup>168</sup>. Essa é a razão do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos<sup>169</sup>.

Uma vez que os bens jurídicos estão vinculados aos valores sociais, os quais são expressos na Carta Magna democraticamente positivada, somente podem ser incriminadas as condutas que lesionem ou coloquem em perigo os bens fundamentais, os quais estão nela previstos. A ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes ao Estado Democrático de Direito representa o paradigma do legislador infraconstitucional<sup>170</sup>.

Objecções ao conceito de bem jurídico, não consideram as particularidades do conceito.

No tocante à crítica abolicionista, embora seja totalmente pertinente, pois de fato a intervenção penal preventiva somente é aceitável se eficaz<sup>171</sup>, e ocorre que o Direito Penal não consegue ser eficaz em razão da ausência de um suporte operacional que possibilite o alcance

---

<sup>166</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.* [n. 148], p. 25.

<sup>167</sup> HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco, *op. cit.* [n. 6], p.105.

<sup>168</sup> HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco, *op. cit.* [n. 6], 1989, p.105.

<sup>169</sup> PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* [n. 34], p. 136.

<sup>170</sup> PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* [n. 34], p. 247.

<sup>171</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *In: Pena y Estado, Promociones y Publicaciones Universitarias*, Barcelona, Espanha, n. 1, setembro/dezembro, 1991, p. 39.

de seus fins, a crítica não é propriamente do conceito de bem jurídico, mas sim do elenco de bens jurídicos e da aplicação de penas.

Caso seja adotada a posição abolicionista, a consequência não será a negação do conceito de bem jurídico, mas sim a substituição do sistema de penas por uma outra política de controle social. Além disso, não deixarão de existir interesses humanos a serem preservados, ainda que diferentes daqueles tradicionais, os quais serão tutelados de maneira alternativa.

Quanto à teoria de Von Hirsch, uma vez que não se afasta completamente do conceito de bem jurídico, é com esse conciliável. Por exemplo, Von Hirsch, fundamentando-se no princípio da proporcionalidade, entende que a legitimidade da incriminação somente deixa de existir quando não há motivos para a omissão da conduta. “Motivos” Além disso, abre espaço para a interpretação no sentido da necessidade proteção do bem jurídico.

Veja que o próprio autor menciona essa possibilidade de aproximação, quando tece comparações entre o conceito de bem jurídico e o princípio do dano, visto que este pode ser compreendido como o prejuízo a um recurso sobre o qual recai o direito ou pretensão de uma pessoa<sup>172</sup>.

De modo distinto, Stratenwerth distancia-se completamente do conceito, ao afirmar que a legitimação do Direito Penal se realiza com o consenso social. Por certo, em um Estado livre, não é apenas o consenso que legitima a sanção penal. É preciso que existam princípios limitadores da própria atuação legislativa, os quais são entendidos como necessários desde o Iluminismo<sup>173</sup>, e que são destinados, em especial, à proteção do indivíduo, de sua esfera de liberdade, não podendo a sociedade nela intervir.

Embora essas teorias se contraponham à visão tradicional, destaca-se a crítica de Jakobs, por sua contundente oposição ao conceito de bem jurídico e em razão de sua repercussão doutrinária.

Em primeiro lugar, é conhecido que a teoria de Jakobs inspira-se em aspectos da teoria dos sistemas de Luhmann, daí sendo considerada uma teoria sociológica do Direito Penal. Teorias como essa visualizam a sociedade sob uma diferente perspectiva. Expressões como “identidade social” e “configuração social” demonstram que a sociedade é vista de modo

---

<sup>172</sup> VON HIRSCH, Andrew, *op. cit.* [n. 63], pp. 43/44.

<sup>173</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 32], pp. 455/456.

global<sup>174</sup>, e a pena é entendida como instrumento de tecnologia social, desenvolvida pela sociedade para sua autoconservação.

Todavia, a preocupação da teoria do bem jurídico não é apenas a estrutura social, mas também os titulares individualizáveis de bens dentro da sociedade, sejam indivíduos, grupos de pessoas ou a própria instituição “Estado”, uma noção de raiz iluminista<sup>175</sup>.

Outra fonte de inspiração para o pensamento de Jakobs é a teoria idealista da pena, com origem em Hegel. Para ele, a pena recebe um valor positivo, pois é vista como um ato necessário para o restabelecimento da vigência fática da norma. Essa teoria opõe-se completamente à noção de bem jurídico de uma perspectiva liberal-crítica, que considera a pena como um mal necessário, aplicável tão somente em casos extremos<sup>176</sup>.

Observa-se que a diferença entre a noção de bem jurídico e o entendimento sociológico e hegeliano não tem origem no debate sobre o bem jurídico. A divergência surge previamente, no plano das concepções jusfilosóficas. A legitimação do Direito Penal é feita de pontos de partida distintos<sup>177</sup>.

Apesar de ser radicalmente distinta a concepção de Jakobs, necessário é tecer algumas considerações acerca das críticas feitas por ele ao conceito de bem jurídico.

Jakobs argumenta que os delitos de infração de dever demonstram que a função do Direito Penal não é a proteção de bens, mas sim da própria norma. Isso porque defende que não se pode falar na existência de um bem jurídico “correta administração da justiça”, mas sim que esta passa a existir mediante a observância da norma.

Entretanto, a noção de bem jurídico não se resume aos bens concretamente existentes. São bens jurídicos também aquelas instituições sociais necessárias para a vida livre e segura, cuja lesão possa prejudicá-la de forma duradoura, seja causando prejuízos aos indivíduos ou ao funcionamento do sistema estatal erigido para a proteção dos mesmos. Exemplos de instituições são a administração da justiça e o sistema monetário<sup>178</sup>.

Bens jurídicos como esses não existem por natureza; são conceitos produzidos socialmente. O mesmo se aplica a todas aquelas instituições criadas intersubjetivamente, as

---

<sup>174</sup> SEHER, Gerhard, *op. cit.* [n. 161], pp. 71/72.

<sup>175</sup> SEHER, Gerhard, *op. cit.* [n. 161], p. 72.

<sup>176</sup> SEHER, Gerhard, *op. cit.* [n. 161], p. 73.

<sup>177</sup> SEHER, Gerhard, *op. cit.* [n. 161], p. 73.

<sup>178</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 32], pp. 447/448.

quais também são passíveis de serem elevadas à condição de bens jurídico-penais, caso obedeçam aos demais princípios limitadores, como *ultima ratio* e fragmentariedade.

Uma vez que o Direito é também uma instituição social<sup>179</sup>, ele também pode ser objeto de proteção estatal. Nesses termos, pode-se dizer que a norma garante a própria norma, ou que o Direito é objeto de proteção do próprio Direito<sup>180</sup>.

Ainda quanto às infrações de um dever típico especial, defende-se que o assunto se trata de elemento de autoria e não do núcleo do delito. Imputa-se aos indutores e cúmplices, ainda que não portadores de deveres típicos especiais, o mesmo tipo de crime, o que seria inviável se a lesão do bem jurídico não trouxesse consigo os elementos básicos do juízo de antijuridicidade<sup>181</sup>.

Outra crítica feita por Jakobs, que também não pode ser acatada, reside no fato de o Direito Penal proteger apenas certas formas de ataque aos bens. Com o devido respeito, não é por essa razão que o Direito não os proteja. Certo é que o Direito Penal destina-se à regulação da convivência social, e, para tanto, protege as circunstâncias dadas e os valores e instituições sociais essenciais para a coexistência pacífica.

Por certo, o Direito Penal visa regular a convivência social, e isso o faz mediante a imposição de normas e penas. E, uma vez que regula a convivência, expressa a própria identidade social. Conseqüentemente, eventual infração ao Direito representa um enfraquecimento da própria identidade de uma dada coletividade, e a pena o seu restabelecimento.

Entretanto, não se pode dizer o fim do Direito Penal é tão somente a sua autoconservação. Embora a pena reforce a fidelidade ao ordenamento jurídico, e assim, proteja a própria identidade social, esta é referida a valores. Não há como definir sociedade, ou identidade social, sem fazer referência aos valores inerentes a ela.

Se a identidade social é expressa através de normas, ela é composta de valores sociais. Estes, por sua vez, são os bens essenciais para a coexistência, os quais carecem de proteção.

Embora a norma tenha um papel configurador da identidade social, sua função não se resume à criação de valores. Compete à lei, antes de tudo, expressar os valores populares. Daí a se dizer que antes de configurar a identidade, ela é configurada pelo conjunto axiológico da

---

<sup>179</sup> DWORIN, Ronald. Hart and the concepts of law. In: **Harvard Law Review**, The Harvard Law Review Association, Cambridge, EUA, vol. 119, 2006, p. 98.

<sup>180</sup> BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.* [n. 17], p. 45.

<sup>181</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.* [n. 32], p. 458.

sociedade. Essa é a razão de ser da Democracia. Por isso que há a cláusula “Estado Democrático de Direito” e não apenas “Estado de Direito”.

Desenvolver uma teoria jurídico-penal fundamentando-se na idéia da autoconservação, sem vincular a produção normativa à idéia de bens jurídicos, e sem submeter o controle jurisdicional à lesão relevante de tais bens, é correr o risco de apregoar o ideal de uma sociedade tecnocrática, onde a aplicação de penas destina-se apenas à manutenção do próprio sistema, de modo estático, sem dar espaço a mudanças sociais<sup>182</sup> e sem levar em consideração as conseqüências práticas da pena. Desse modo, não se poderia desenvolver uma orientação político-criminal a partir do Direito Penal, sendo este um ramo jurídico de horizonte apolítico<sup>183</sup>.

De modo diverso, as decisões do legislador, legitimadas e limitadas pelo bem jurídico, não podem incriminar condutas que não lesionem aqueles valores fundamentais expressos na Constituição e derivados do princípio do Estado Democrático de Direito. Além disso, não são todas as formas de lesão que serão criminalizadas, mas somente aquelas que sejam socialmente intoleráveis (princípio da fragmentariedade), e caso não haja outro meio de combatê-las, em especial por via administrativa (princípio da *ultima ratio*).

No tocante às decisões judiciais, não pode o juiz aplicar pena àquelas condutas que não lesionem ou coloquem em perigo, de modo relevante, os bens jurídicos. Uma vez que a pena é a violência institucionalizada, que restringe direitos fundamentais, não deve ser aplicada caso seus resultados práticos sejam mais nocivos à convivência social que a própria infração. Portanto, não será aplicada pena caso não seja lesionado de modo relevante o bem jurídico (princípio da insignificância) e na hipótese de ser a prática socialmente apropriada (princípio da adequação social).

A concepção de bem jurídico, assim sendo, relaciona a necessidade de autoconservação da configuração vigente com a constante variabilidade social. Ao fazê-lo, diminui os riscos advindos da pura positividade<sup>184</sup>.

Nesse sentido, embora o Direito Penal destine-se à sua própria conservação, isso somente deve ser feito se seu conteúdo tenha lastro nas situações dadas e nos valores sociais que tenham sido constitucionalmente garantidos. Pode-se dizer ainda que, o sistema

---

<sup>182</sup> KAUFMANN, Armin; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 437.

<sup>183</sup> KAUFMANN, Armin; HASSEMER, Winfried, *op. cit.* [n. 182], p. 438.

<sup>184</sup> HÖFFE, Otried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 154.

normativo, como instituição social, é um dos valores a ser protegido pelo Direito<sup>185</sup>. Em outras palavras, as normas de conduta penalmente protegidas são elevadas à condição de bem jurídico<sup>186</sup>, mas não constituem o único bem tutelado.

Tendo em vista que a norma garante os bens jurídicos, o conceito de bem jurídico exige que as normas tenham uma utilidade que vá além da manutenção de sua vigência fática<sup>187</sup>.

Em todo caso, independente do conteúdo expresso pela norma, a pena é o instrumento que lhe assegura a fidelidade dos indivíduos.

Para que uma sociedade tenha a coesão necessária para sua própria existência, é preciso que os indivíduos sejam obedientes à lei. Nesse sentido, a pena visa assegurar que a lei seja satisfeita, ou ainda, é o instrumento que fortalece a fidelidade ao ordenamento jurídico.

Nessa linha, entendendo-se a pena como instrumento para a autoconservação do sistema, de fortalecimento da fidelidade à ordem jurídica, não há obstáculo à idéia de proteção de bens jurídicos. O pensamento funcionalista de Jakobs, na verdade, não trata da função da norma penal, mas da pena, em nada interferindo no conceito de bem jurídico<sup>188</sup>.

Assim, pode-se concluir que a pena garante a vigência da norma (prevenção geral positiva<sup>189</sup>, embora não seja essa sua única função), e a norma destina-se proteger os elementos essenciais para convivência social pacífica, ou seja, os bens jurídicos.

Nota-se que a norma protege bens jurídicos de dois modos. O primeiro deles é mediante ameaça de pena, e o outro, através da internalização (forma não coercitiva). Ou seja, é possível que os bens sejam protegidos coercitivamente ou através da aceitação das normas. Enfim, a norma penal motiva os cidadãos a um comportamento conforme o Direito<sup>190</sup>.

Quanto à pena, embora garanta diretamente a vigência da norma, ela protege indiretamente os bens jurídicos, pois que a norma por ela restabelecida destina-se à proteção dos bens essenciais para a convivência. Além disso, a aplicação de pena, embora não chegue a

---

<sup>185</sup> Essa é a posição do funcionalismo sistêmico (BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.* [n. 17], p. 45), todavia relativizada pelo conceito de bem jurídico.

<sup>186</sup> AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. *In*: HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 259.

<sup>187</sup> AMELUNG, Knut, *op. cit.* [186], p. 263.

<sup>188</sup> SEHER, Gerhard, *op. cit.* [n. 161], p. 72.

<sup>189</sup> CAMARGO, Antonio Luis Chaves, *op. cit.* [n. 83], p. 78.

<sup>190</sup> MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho**. 2ª edição revisada. Barcelona: Bosch, 1982, p. 44.

tempo de proteger o objeto específico da comissão ou omissão, previne que novos fatos ocorram.

Quanto a isso, cumpre ressaltar que bem jurídico e objeto da ação são dois conceitos distintos. O último é o elemento sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal, a concreta realidade, ao passo que o primeiro representa o ente social de tutela normativa penal. Este ente pode ou não se coincidir com o objeto da ação, e há casos em que há apenas o bem jurídico, e não o objeto material (exemplo do delito de mera atividade)<sup>191</sup>.

É válido ainda destacar que a teoria da proteção dos bens jurídicos não defende a proteção absoluta dos mesmos. Tendo em vista o desenvolvimento da sociedade, as normas autorizam a lesão a bens e modificação de situações<sup>192</sup>. Veja-se que as normas criminalizam condutas lesivas a bens jurídicos, mas ao mesmo tempo autorizam que sejam lesionados. Em todo o caso, isso é feito quando necessário para o desenvolvimento da sociedade.

Finalmente, embora deva ser a norma objeto de proteção jurídico-penal, pois é de fato essencial para a configuração da vida social, não é a teoria da restauração da vigência normativa capaz de impor limitações ao legislador. Isso é feito pela noção de bem jurídico, juntamente com os demais princípios limitadores.

## Conclusão

O Estado, independente de sua origem histórica, é concebido como institucionalização do poder emanado do povo. Nos Estados Democráticos isso é ponto incontroverso. Seu fim, portanto, não pode ser a satisfação dos interesses daqueles que desempenham funções públicas, mas sim assegurar os interesses do indivíduo e da sociedade.

Admitindo-se a idéia de que os indivíduos são livres, e que buscam assim continuar, é fato que todos não podem exercer de modo pleno suas liberdades, visto que os recursos

---

<sup>191</sup> PRADO, Luiz Regis, *op. cit.* [n. 34], p. 247. Semelhantemente, HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *In*: HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 180/181.

<sup>192</sup> BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.* [n. 17], p. 45.

materiais sobre os quais recaem os desejos individuais são escassos. Por essa razão, compete ao Estado buscar a preservação da máxima esfera de liberdade possível a cada um.

O sistema jurídico é o instrumento de controle social instituído pelo Estado com o fim de regular a vida social. Compete ao Estado, através da ordem jurídica, possibilitar que os interesses do indivíduo e da comunidade sejam satisfeitos.

A liberdade se expressa no ordenamento jurídico através de direitos, entre os quais o direito à vida, à integridade física, à locomoção, à propriedade, bem como o direito à participação da formação da vontade popular e os direitos de ordem social, como educação e moradia, os quais possibilitam os demais. Esses são os direitos fundamentais numa sociedade liberal-democrática, ou melhor, são os direitos fundamentais do ser humano em comunidade.

Por serem os indivíduos interessados em preservar a liberdade, o Estado não está apenas proibido de intervir ilegítimamente na esfera de liberdade individual, mas também está destinado a garanti-la.

Mas, como isso é feito? Quais são as intervenções legítimas na liberdade individual? Quais são os instrumentos utilizados pelo Estado para a proteção dos direitos fundamentais?

Não é possível aqui, em razão de limitações temática e temporal, discorrer sobre os vários instrumentos de garantia, mas tão somente a última linha de proteção dos direitos fundamentais, a saber, o Direito Penal.

Na linguagem própria desse ramo jurídico, os interesses fundamentais dos indivíduos e da sociedade são denominados como bens jurídico-penais. Não se restringem apenas a bens materiais, mas abrangem também as instituições produzidas a partir do diálogo intersubjetivo. Estas, a exemplo do sistema financeiro e da administração da justiça, são criadas a fim de viabilizar a socialização e de possibilitar o exercício e a proteção de direitos. Enfim, os bens jurídico-penais são os entes, sejam eles concretos ou abstratos, de titularidade individual ou metaindividual, os quais são entendidos como essenciais para o desenvolvimento da pessoa em comunidade, num dado momento histórico.

As normas penais são destinadas à proteção desses bens, mas não de modo absoluto. O Direito Penal visa a preservação dos bens jurídicos frente àquelas lesões ou ameaças de lesão socialmente intoleráveis, as quais não seriam suficientemente reprimidas pela via administrativa.

Para que isso ocorra, é preciso que os indivíduos se conscientizem da necessidade de obediência às normas ou deve haver um instrumento coercitivo que as torne efetivamente observadas. Isso é feito através das penas.

Essas sanções não podem impedir que os indivíduos sejam infiéis, mas podem motivar a ação conforme o Direito. Sendo a prática infratora a lesão ou colocação em perigo dos bens jurídicos, ela deve ser reprimida publicamente a fim de resguardá-los.

Desse modo, as penas destinam-se a assegurar a fidelidade ao ordenamento jurídico, a obediência às normas. Essas, por sua vez, expressam os valores fundamentais dos indivíduos e da sociedade, os quais recaem sobre bens materiais ou instituições. Ou seja, protegem bens jurídicos.

Logo, se as penas asseguram a fidelidade às normas, e essas se dirigem à proteção de bens jurídicos, pode-se concluir que o propósito do Direito Penal (norma e sanção) é resguardar os referidos bens, visto que a pena opera como meio para se alcançar o fim de proteção expresso na norma.

Veja-se que, o Direito Penal utiliza um severo instrumento, a violência institucionalizada. Ele restringe direitos fundamentais, em especial a liberdade, valor que ocupa lugar primaz no Estado Democrático de Direito.

Essa atuação apenas pode ser legitimada com o auxílio do conceito de bem jurídico, pois a sanção penal somente pode ser aplicada caso seja necessária para a proteção de bens jurídicos. Se o Estado existe para os indivíduos, a restrição da esfera de liberdades de alguns desses deve ocorrer a fim de evitar um mal maior. O Estado diminui a esfera de liberdade do indivíduo infrator a fim de preservar a harmonia social, e é por isso que o Direito Penal representa uma amarga necessidade.

De outra perspectiva, a sanção penal é a consequência para o descumprimento do acordo (ideal) de convivência (contrato social), ou ainda, é a medida prevista na legislação para a desobediência às regras nela estabelecidas pelos próprios indivíduos para a regulação da vida social (processo democrático).

Apesar de atuar no sentido da legitimação do Direito Penal, o bem jurídico opera em especial como limite. Ao legislador, porquanto deve proteger de modo fragmentário, não excessivo e suficiente os bens, e ao magistrado, pois deve considerar como atípicas as condutas que lesionem de modo insignificante o bem e que sejam socialmente adequadas.

## Referências:

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2ª edição. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de La ley penal). *In: Revista Doctrina Penal – Teoría y práctica en las ciencias penales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, año 10, n. 37 a 40, 1987, pp. 623/650.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito. *In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método: 2001.

DWORKIN, Ronald. Hart and the concepts of law. *In: Harvard Law Review*, The Harvard Law Review Association, Cambridge, EUA, vol. 119, 2006, pp. 95/105.

FEINBERG, Joel. **Filosofia Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

FRANCO, Alberto Silva; Stoco, Rui (orgs.). **Código Penal e sua interpretação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *In: Pena y Estado, Promociones y Publicaciones Universitarias*, Barcelona, Espanha, n. 1, setembro/desembro, 1991, pp. 23/36.

\_\_\_\_\_. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *In: Revista Doctrina Penal – Teoría y práctica en las ciencias penales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, año 12, n. 45 a 48, 1989, pp. 275/285.

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Branch, 1989.

HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**. Madri: Marcial Pons, 2007.

HÖFFE, Otried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Petrópolis: Vozes, 1991.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madri: Civitas, 2004.

\_\_\_\_\_. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *In: LYNETT, Eduardo Montealegre (org.). El funcionalismo en derecho penal: libro*

**homenaje al profesor Günther Jakobs.** Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, pp. 41/56.

\_\_\_\_\_. Sobre la teoria de la pena. *In: Cuadernos de conferencias y artículos*, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidade Externado de Colômbia, Bogotá, Colômbia, n. 16, 1998.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general.** 2ª edição. Madri: Marcial Pons, 1997.

KAUFMANN, Armin; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KERSTING, Wolfgang. Politics, freedom, and order: Kant's political philosophy. *In: GUYER, Paul (org.). The Cambridge Companion to Kant.* Cambridge: Cambridge University Press, 1992, pp. 342/366.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *In: Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, 10. , jan., 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de maio de 2008.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho.** 2ª edição revisada. Barcelona: Bosch, 1982.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2001.

PERDOMO, Alberto Poveda. Fundamentación material del injusto. Entre el derecho penal protector de bienes jurídicos y el derecho penal defensor de la vigencia de la norma. *In: Revista Actualidad Penal*, La ley-actualidad, Madri, Espanha, n. 21, 1998, pp. 407/422.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal.** Vol. 1. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RAMIREZ, Juan Bustos. Necessidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. *In: Pena y Estado, Promociones y Publicaciones Universitarias*, Barcelona, Espanha, n. 1, setembro/dezembro, 1991, pp. 101/109.

RAUSCHER, Frederick. **Kant's social and political philosophy.** *In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 2007. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu>>. Acesso em: setembro de 2007.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** Barueri: Manole, 2005.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.** Valencia: Tirant lo Branch, 2000.

\_\_\_\_\_ **Derecho penal: parte general.** Tomo I. Madri: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência.** *In:* Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 9., 03.10.03, São Paulo, 2003, versão ampliada, 40p.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. *In:* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, n. 53, 2005, pp. 9/37.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

VON LISZT, Franz. **La idea de fin em el derecho penal.** Ciudad Universitaria (México), Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general.** Buenos Aires: Depalma, 1956.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.