

BEM JURÍDICO E TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

LEGAL GOOD AND CONSTITUTIONAL THEORY OF CRIMINAL LAW

Carla Silene Gomes¹
IBCCrim

Resumo

A Constituição tem um papel limitador do Direito Penal já se encontra consolidada nos chamados Estados Democráticos de Direito. A questão, todavia, é mais complexa para a ciência criminal, já que diz respeito a verificar se todos os bens jurídicos se encontram delimitados ou servem apenas como um norte para que o legislador venha a estabelecer o que é e o que não é crime. Pode-se dizer que o Estado, em casos desse jaez, tem dupla função, isto é, a de garantir a liberdade do indivíduo ao mesmo tempo em que delimita as possibilidades ou não de atuação deste, de modo a que haja implicações na organização social. Neste sentido tem-se que, a Constituição é quem configura o papel de indicar o que deve e o que não deve receber a tutela do direito Penal.

Palavras-chaves

Bem jurídico. Constituição. Estado.

Abstract

The Constitution has a limiting role in criminal law and is already consolidated in the so-called democratic states of law. The issue, however, is more complex for criminal science, as it concerns whether all legal assets are delimited or serve only as a guide for the legislator to establish what is and is not a crime. It can be said that the State, in cases of this nature, has a dual function, that is, to guarantee the freedom of the individual while delimiting the possibilities or not of its performance, so that there are implications for social organization. . In this sense, the Constitution is the one who configures the role of indicating what should and should not be protected under criminal law.

Keywords

Legal good. Constitution. State.

¹ Diretora Nacional das Coordenadorias Estaduais do IBCCrim. Doutora em Direito Penal pela PUC Minas. Mestre em Direito pela PUC Rio. Vice-presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP.

Introdução: delimitação epistemológica por meio da contenção constitucional do poder punitivo estatal.

Considerando que nos Estados Democráticos de Direito a proteção dos direitos fundamentais decorre da ordem constitucional instalada, será fácil concluir que a Constituição desses Estados tem um papel limitador do Direito Penal. Como estatuto político de um Estado, a Constituição revela a política criminal por ele adotada e delimitará a extensão e a abrangência do Direito Penal. Assim, para que os tipos penais possam estar em consonância com a Constituição, deverá seguir as diretrizes nela expostas quanto à matéria penal.

Reiterando o acima exposto, sendo a Constituição o instrumento onde se indica quais são os direitos fundamentais de seus cidadãos, como os poderes que garantem a soberania do Estado se estruturam, e quais os limites da lei penal, a relação entre ela e o Direito Penal é de significativa relevância

Juarez Tavares, ressaltando que a lei incriminadora não se constitui em um ente abstrato e neutro, diz que o jurista penal não deve se limitar a conhecer a lei e sobre ela se debruçar, será necessário também compreendê-la como matéria de prática social e política². E alerta, que “desconsiderar esse aspecto material da formação da norma será condenar a formulação jurídica a um jogo de mero exercício lógico, sem qualquer

² TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 75.

validade para as necessidades sociais de seus reais destinatários”³.

A questão mais complexa para a ciência criminal, porém, diz respeito a verificar se todos os bens jurídicos se encontram delimitados na Constituição ou se ela serve apenas como um norte para que o legislador venha a estabelecer o que é e o que não é crime?

O Estado tem a dupla função de garantir a liberdade do indivíduo ao mesmo tempo em que delimita as possibilidades ou não de atuação deste, de modo a que haja uma organização social. Neste sentido se diz que, a partir da Constituição, como carta de magna de regência de uma sociedade democrática de direito, se reconhece o que deve e o que não deve receber a tutela do direito Penal.

A respeito, escreve Evandro Pelarin:

Com a retomada das concepções liberais após a segunda guerra mundial, dada a insuficiência, quando não inexistência, da conceituação material do crime para impor limites ao poder punitivo, a preocupação acerca da matéria tem flutuado, nas últimas décadas, entre a proteção de bens jurídicos com apego em construções sociológicas e em edificações baseadas na Constituição, diga-se de passagem, neste ponto, ainda sistematicamente inobservada no direito penal⁴.

No entanto, quanto maior for a abrangência de bens elevados à categoria de fundamental numa Constituição, por consequência, maior será o número de tipos penais existentes no ordenamento e, menor será a

³ TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 75.

⁴ PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico Penal**. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 89/90.

liberdade do indivíduo. Por esta razão é que se deve considerar o Direito Penal como de *ultima ratio*, sob pena de se aniquilarem outras formas de proteção de bens e de ocorrer uma sobrecarga do Direito Penal.

Apesar da controvérsia quanto à finalidade do Direito Penal, ainda persiste a concepção de que o direito penal tem por fim a proteção dos bens jurídicos que, caso lesionados ou postos a perigo, causam significativo desarranjo social e, por isto, demandem a tutela criminal. Nesse sentido é que se compreende que a limitação imposta ao legislador na criação de um tipo penal não é meramente de origem dogmática-penal, mas antes de tudo, de origem constitucional.

Ademais, a concepção de proteção ao bem jurídico demanda a adoção de uma política criminal proporcional e rejeita a criação de tipos penais vagos, genéricos e imprecisos. O bem jurídico servirá como indicador do que há de valioso em um Estado, de modo que as lesões que o afetarem, implicarão na aplicação de uma pena que deverá ser cumprida nos estritos limites traçados na Constituição. Por isso é que, se na missão de tutelar o bem jurídico o exercício do poder punitivo não se mostrou capaz, de outro norte, a concepção de bem jurídico funciona como um critério limitativo do poder punitivo.

(...) essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a ideia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que

instiga à criminalização sem lacunas⁵.

O bem jurídico, portanto, na concepção humanista, deverá ser o responsável pelo estabelecimento da contenção do poder punitivo estatal; e não de proteção de bens na perspectiva da ideologia da segurança cidadã, pois que neste viés, como se verificou, várias tendências autoritárias restaram perpetradas em nome da defesa da coletividade.

1. Bem Jurídico como elo entre a política e o direito penal

Hans Welzel nos diz que o direito penal é uma ciência sistemática e que, através dele se estabelecerão os fundamentos de uma administração da justiça igualitária e justa. Para tanto ele destaca a necessidade de se compreender as conexões internas deste direito, pois serão elas que o afastarão de uma aplicação fortuita ou arbitrária: “Como ciência sistemática estabelece as bases para uma administração da justiça igualitária e justa, uma vez que somente a compreensão das conexões internas do Direito liberam sua aplicação do acaso e da arbitrariedade”⁶ (tradução nossa).

Esclarece, ainda, o autor, que o Direito Penal tem por missão proteger os bens vitais para a vida em comunidade, impondo consequências jurídicas a quem a eles causar lesão.

O Direito Penal quer proteger, antes de tudo,

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, v. 1, 2º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 227.

⁶ Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitária y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a sua aplicación del acaso y la arbitrariedad. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago de Chile: Jurídica De Chile, 1970, p. 11.

certos bens vitais da comunidade (valores materiais), como, por exemplo, a integridade do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc. (os chamados bens jurídicos), portanto, impõe consequências jurídicas a suas lesões (desvalor do resultado)⁷. (tradução nossa)

Além de simplesmente valorar o resultado proveniente de um ato praticado contra um bem jurídico, é também função do direito penal reafirmar o cuidado que o cidadão deve ter para com aquele bem, ou seja, atrás da ideia da proibição, está, sobretudo, a concepção de se firmar o respeito àquele bem como um valor⁸.

Deve o legislador, ao conceber um tipo penal, visar a completude da descrição do comportamento humano que se pretende não seja praticado; porém, como assevera Juarez Tavares, ao proibir ou determinar condutas, o legislador deve considerar ser ela fruto do agir humano inserido em culturas e contextos de modo que a proibição só terá sentido se de fato lesionar um bem jurídico⁹.

⁷ El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor de resultado). WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago de Chile: Jurídica De Chile, 1970, p. 12.

⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general, 11. ed. Castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago de Chile: Jurídica De Chile, 1970, p. 14.

⁹ TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79.

O princípio constitucional de que a punibilidade de um fato deve estar "determinada por lei" antes de sua comissão, baseia-se na ideia de que a própria lei deve descrever de maneira exaustiva o objeto da proibição (o tipo), mediante a indicação das várias características da conduta delitiva (como, por exemplo, no § 212, com as palavras: "assassinar dolosamente um homem").¹⁰ (tradução nossa)

Ao descrever uma conduta típica e a ela atribuir uma pena, o legislador realizará, de antemão, uma valoração e, portanto, ao praticar uma conduta típica, automaticamente se praticou uma desvalorização do bem jurídico e, se não houver uma causa de justificação, a conduta típica será, também, antijurídica.

Nos dizeres de Cláudio Brandão:

Todas as condutas típicas são em princípio também antijurídicas, já que elas são tidas como dignas de uma pena, em face da violação do bem jurídico, isto é, em face do desvalor do seu resultado. Porém, no caso de concorrer uma causa de justificação, a antijuridicidade é afastada, pois o

¹⁰ El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar "determinada por la ley" antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva (como p. ej. en el § 212, con las palabras: "dar muerte dolosamente a un hombre"). WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general, 11. ed. Castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago de Chile: Jurídica De Chile, 1970, p. 75

ordenamento jurídico não tornou definitivo o desvalor inicialmente verificado, ao autorizar a realização da conduta típica em face da justificadora.¹¹

Assim, como pontua o autor retromencionado, a interpretação do tipo penal no contexto da dogmática de um Estado Democrático de Direito está necessariamente vinculada à ideia de bem jurídico, porquanto ao delimitar na lei os contornos da conduta proibida, restringe a própria intervenção penal do Estado sobre o indivíduo¹². E é exatamente este ponto, o do bem jurídico como limitador da intervenção penal estatal, que permite a conclusão de que a pena não é forma de combate ao crime, mas uma consequência.

A forma como se concretiza o caráter impositivo do direito penal encontra-se estampada na sua peculiar fórmula de construção da norma, ou seja, depois da descrição de uma conduta, apresenta-se a sanção correspondente a ser aplicada a quem praticá-la. “A proteção dos bens jurídicos se operaria mediante a proteção destes mesmos valores ético-sociais elementares e, portanto, maior deveria ser a pena quanto mais fundamental fosse o valor social desrespeitado”¹³.

Através desta formulação, pretende-se declarar, minuciosamente, quais condutas são aceitáveis e quais não são, e qual a consequência, ou seja, a pena a que o indivíduo está sujeito. Sendo, portanto, a pena o meio através da qual o direito penal impões seus comandos aos cidadãos e,

¹¹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2014, p. 57.

¹² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 113.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, p. 209.

considerando que ela, por si só, não deixa de ser uma forma de violência, questionamentos sobre sua legitimidade e limitações andam lado a lado nas discussões quando se tem, por menor que seja, um escopo humanitário.

Luiz Régis Prado acentua que a ideia de bem jurídico é de extrema relevância para o Direito Penal porque é ela exatamente quem confere uma base empírica a ele e, conseqüentemente, o mantém atrelado à realidade, mas lembra que a maior dificuldade se encontra exatamente em estabelecer quais são os bens de tão monta significativos para a sociedade que demandem a tutela penal e qual será ela¹⁴.

Considerando que contemporaneamente cabe ao legislador dizer quais os bens, ou seja, aquilo a que se atribui um valor de modo a justificar a tutela pelo Direito Penal em cada período de tempo; pode-se afirmar que para uma compreensão mais ampla da norma, é necessário o estudo do bem jurídico¹⁵. O mesmo se repete em relação ao estabelecimento da função da pena. Luiz Régis Prado afirma que “a relação entre bem jurídico e pena opera uma simbiose entre o valor de bem jurídico e a função da pena.”¹⁶

Nesse sentido, apesar de não se apresentar como uma ideia pronta e acabada, o instituto que melhor se adequa à função de contribuir para uma dogmática limitadora do *ius puniendi* e propiciadora do Estado de Direito, é o do bem jurídico. Por esta razão, em que pese existir a teoria segundo a qual a finalidade da pena seria a reafirmação da norma, a maioria ainda “entende ser missão do Direito Penal a proteção aos bens

¹⁴ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

¹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

¹⁶ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

jurídicos¹⁷.

É certo que a sociedade, de tempos em tempos, ao se deparar com sua incapacidade de conter a violência, com a multiplicação das agressões praticada por um homem contra outro, ou mesmo com a variação das formas dessas lesões serem praticadas, faz ressurgir o discurso de uma lei mais severa, com promessa de aplicação de significativas punições a quem praticar determinadas condutas, na expectativa de que as pessoas sejam demovidas da ideia de executá-las.

Nesse contexto, destaca-se, de um lado, a espetacularização da realidade pelos meios de comunicação, que avocam para si o *status* de opinião pública e, assim, se convertem em instância de poder, manipulando fatos e conduzindo uma grande massa de indivíduos de acordo com os objetivos que movem suas atividades, que, cabe lembrar, visam o lucro. Por outro lado, apoiado na opinião pública, *representada* por esta mídia – e, portanto, atendendo somente aos interesses desta e não aos que, de fato, se mostrem a expressão legítima de anseios públicos –, assiste-se a um Estado que, em especial nas suas manifestações legislativas e executivas, aferra-se a modelos reducionistas e ultrapassados, com os quais promete resolver problemas complexos e com novos contornos¹⁸.

¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

¹⁸ COSTA, Domingos Barroso. Sobre a exposição da crise de legitimidade do sistema penal brasileiro pelas transformações da sociedade e do Direito. **Revista Brasileira**

Atualmente, com a ampliação da visualização das cenas e narrativas de violência pelos meios de comunicação, em geral acompanhadas da instigação ao ódio e a pregação da punição como o caminho a ser seguido, o discurso de que a solução seria simplesmente um maior rigor do direito penal convence a muitos.

Em Estados Democráticos de Direito, no entanto, tal concepção meramente punitivista não encontra lugar, vez que contraria as próprias bases em que eles se edificam, qual seja, de um direito penal mínimo e condizente com a dignidade da pessoa humana; um direito penal como ciência social. Como alerta Eugenio Raúl Zaffaroni, “o sistema penal tem uma eficácia preventiva muito limitada”¹⁹, logo, deve ser o último aparato a ser utilizado para se pensar uma sociedade mais harmônica e pacífica. Destaca, ainda, o autor:

E, além disso, é um mecanismo lento, que quase nunca se move, chega tarde – não atinge o risco, mas sim o dano que já foi produzido e que não se pode remediar -, sem contar que, às vezes, é ele mesmo que o produz e, em algumas ocasiões, sob a forma de massacre²⁰.

É também de Eugenio Raúl Zaffaroni a recomendação de que “O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito;

de Ciências Criminais. Ano 20, Vol. 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Fev/2012, p. 326.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 486.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 486.

quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança²¹. Verifica-se, portanto, a função política do Direito Penal, pois que este sempre estará atrelado à questão do confronto entre o Estado de Direito – mínimo e de garantias - e o Estado de Polícia – máximo e com supressão de garantias.

Assim, a proteção do bem jurídico, enquanto fundamento do Direito Penal, merece ser detidamente compreendida; especialmente porque se vislumbra nesta concepção uma força limitadora do próprio poder punitivo estatal, como destaca Renato de Mello Jorge Silveira:

De capital importância é a caracterização do bem jurídico como instrumento limitador da intervenção estatal. Em verdade, ainda que com origens humanistas que remontam a Grocio, ao estabelecer a substituição da autoridade divina pela razão humana, são inegáveis sua progressão e atual importância na análise do delito. Sua função delimitadora estende-se não apenas ante o legislador mas também em aspectos puramente dogmáticos, estabelecendo-se diversas funções, como de garantia, sistemática e exegética²².

Demonstrada a vinculação do Direito Penal ao bem jurídico como forma de limitação ao Estado de polícia, surge uma pergunta: o que se entende por bem? Pragmaticamente pode-se afirmar que bem é aquilo a que o ser humano pode atribuir algum valor²³.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

²³ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

O Direito Penal, ao proteger bens, não o faz de forma indiscriminada e aleatória, especialmente em razão de seu caráter fragmentário; também não procede à proteção de todos os bens, ficando restrito à tutela dos bens jurídicos tidos por mais importantes em determinada sociedade, como indica a *ultima ratio*. Interessa-nos analisar, sobremaneira, a conexão entre a política e a utilização jurídico penal do conceito de bem jurídico²⁴.

O direito penal exerce sua função reguladora da vida social na medida em que protege os valores fundamentais da vida em sociedade, e isto se dá exatamente quando ele traça os exatos contornos da conduta proibida e determina a aplicação de uma pena para aquele que a praticar. Disto decorre que o bem jurídico se encontra no tipo penal enquanto objeto de proteção²⁵.

Os bens jurídicos são aqueles que, por possuírem relevância social e individual significativa, merecem a proteção através das leis. Lado outro, do exame da reunião dos bens jurídicos que um Estado opta por proteger como relevantes, é possível inferir a ordem social estabelecida, uma vez que se vislumbra o exato alcance da intervenção dele na vida do indivíduo.

Outrossim, o Direito Penal, ao selecionar as condutas que lesionam de modo grave a vida em sociedade e, a elas atribuir uma punição, acaba por estabelecer os limites da liberdade do indivíduo. De fato, o Direito Penal se liga diretamente à violência, quer seja quanto à ação criminosa, quer seja quanto à resposta do Estado²⁶; e a punição,

²⁴ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Organização de Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 117.

²⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 113.

²⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2.

como violência que é, traz como consequência a lesão a um direito fundamental, sendo certo que, caso não haja uma limitação como a que é trazida pelo bem jurídico, o Estado será tido, como já visto, por totalitário²⁷.

Luiz Régis Prado declara que a “própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura” depende do bem jurídico²⁸, o que justifica, portanto, uma revisão da evolução do instituto para que se possa melhor compreender e alcançar a importância que ele tomou na conjuntura do Direito Penal nos dias de hoje.

2. O iluminismo penal e as suas proposições sobre o bem jurídico

É com a concepção de um Estado humanista (séc. XIX), ou seja, a partir da ruptura com o Estado Absoluto (de autoridade divina) e a instauração do Estado de Direito (racionalidade humana), que a preocupação em se proteger o indivíduo e seus bens ante o arbítrio do Estado ganhou expressão e, conseqüentemente, refletiu não somente na forma de se exercer o *ius puniendi*, mas também nas condutas que desafiariam esta intervenção estatal na vida do indivíduo.

Anteriormente à Ilustração, as definições do que constituíam crime se davam de forma um tanto quanto indeterminada, não científica e, portanto, abriam possibilidade para uma carga excessiva de arbítrio que desafiava exatamente a delimitação do poder de intervenção do Estado.

Como registra Renato de Mello Jorge Silveira:

No período anterior à Ilustração, o qual teve

²⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2014, p. 114.

²⁸ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

como expoente primeiro Beccaria, vivia o Direito Penal verdadeira situação anárquica, com definições do delito feitas de forma indeterminada. Com os enciclopedistas, tudo viria a mudar.

Reagindo às arbitrariedades sentidas no *Ancien Régime*, a vertente jurídica do Iluminismo tencionou traçar limites definidos para o exercício do *jus puniendi* estatal, firmando, pois, um conceito material de delito²⁹.

A partir da influência Iluminista, somente as ações lesivas à sociedade passam a ser consideradas crime; há uma ruptura com a concepção do pecado ou do simples desagrado ao soberano. Inspirado no denominado contrato social³⁰, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach

²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual:** interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

³⁰ Doutrina que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou, em geral, da comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros. Essa doutrina é bastante antiga, e, muito provavelmente, os seus primeiros defensores foram os sofistas. [...] Eclipsado na Idade Média pela doutrina da origem divina do Estado e, em geral, pela comunidade civil, o C. ressurgiu na Idade Moderna e, com o jusnaturalismo, transforma-se em poderoso instrumento de luta pela reivindicação dos direitos humanos. [...] O contrato não é só contrato de governo que rege as relações entre o governante e seu povo, mas é também contrato social no sentido mais amplo, como acordo tácito que fundamenta toda comunidade (*consociatio*) e que leva os indivíduos a conviver, isto é, a participar dos bens, dos serviços e das leis vigentes na comunidade (*Política methodice digesta, 1603*). [...] Hoje, dificilmente a ideia fundamental de C., na forma elaborada pelos escritores do séc. XVIII, pode ser considerada um instrumento válido para compreender o fundamento do Estado e, em geral, da comunidade civil. Contudo, entre os séculos XVI e XVII, a ideia contratualista teve notável força libertadora em relação aos costumes e tradições políticas. Hoje, com o uso que as ciências e a filosofia fazem de conceitos como

concede como lesão o desrespeito aos limites da liberdade jurídica, isto é, todo aquele que avança, vai além, ultrapassa o limite que a lei determina, pratica uma lesão; e, se este limite é definido em uma lei penal, a ultrapassagem dele caracteriza um crime.

Quem excede os limites da liberdade jurídica comete uma lesão jurídica ou injúria. O que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada por leis penais, comete um crime. Portanto, crime é, no sentido mais amplo, uma lesão contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal. Os insultos também são possíveis fora do Estado, mas os crimes são unicamente dentro do Estado.³¹ (tradução nossa)

Como um germen do que viria posteriormente a ser conhecido efetivamente como bem jurídico, pode-se dizer que a obra de Anselm von

convenção, acordo, compromisso, a noção de contrato talvez pudesse ser retomada para a análise da estrutura das comunidades humanas, com base na noção de reciprocidade de compromissos e do caráter condicional dos acordos dos quais se originam direitos e deveres. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 205-206.

³¹ Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una *lesión jurídica o injuria*. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un *crimen*. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução da 14. ed. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L. 1989, p. 64

Feuerbach, em fins do século XVIII, ao buscar delimitar o objeto de proteção do direito penal, conclui que a função dele “se traduz na tutela de direitos externos, mais precisamente os direitos subjetivos”³²; somente podendo intervir penalmente o Estado quando houvesse lesão a um direito do indivíduo³³.

A obra de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach representou, portanto, um avanço, pois de algum modo delimitou a incriminação e o arbítrio estatal, vez que o crime deixou de ser visto como pura e simples lesão a um dever para com o Estado; a conduta delitiva se despiu da conotação ético-religiosa e passou a ter fundamento na violação ao Contrato Social e a pena encontrou seu fundamento na desvalorização de uma lesão jurídica³⁴.

Como sintetiza Renato de Mello Jorge Silveira, “o conceito iluminista de crime guardava, como seus verdadeiros pressupostos, o direito subjetivo, a danosidade social e a necessidade da pena”³⁵.

Tendo por base o contrato social, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach elabora sua teoria num compromisso do indivíduo para com o Estado, em que aquele aceita se organizar em sociedade e ceder a manutenção da ordem a este, enquanto este se compromete a intervir penalmente somente na ocorrência de um crime. Ele não aceitava a intervenção penal quando não houvesse, portanto, uma ofensa ao Estado. Nesse viés iluminista, a punição deixa de ser uma expiação e passa a ser uma retribuição à lesão praticada.

³² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 115.

³³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

³⁴ NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho penal**: parte general, teoría jurídica del delito. Barcelona: Bosch, 2000, p. 563, t. 2, v. 1.

³⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

A maior crítica à teoria do autor citado acima se deu em razão de que algumas condutas punidas não lesionavam direitos subjetivos, mas o que se destaca é a significativa contribuição no sentido de afastar o Direito Penal do absolutismo e das concepções teocráticas, porquanto, para ele, questões moralistas e religiosas inseriam-se na esfera privada de liberdade do cidadão, conseqüentemente, não poderiam representar uma ofensa ao Estado³⁶. Do mesmo modo, a pena deixa de ser uma expiação e passa a ser uma retribuição pela lesão praticada.

Mas se a teoria do Contrato Social podia ser considerada, até a Revolução Francesa, um produto razoável da razão humana, posteriormente ela se viu reduzida ao ideal político de sociedade de um determinado partido e, portanto, ante a ausência da neutralidade científica, não podia mais ser a base da teoria da lesividade social.

Nos dizeres de Knut Amelung:

Uma vez que a teoria do contrato social se tornara um ideal defendido por um grupo particular, não era mais possível, por razões de neutralidade científica, fundamentar nela a teoria da lesividade social. Além disso, as mudanças no poder haviam se tornado possíveis e logo também legalizadas, trazendo elas consigo mudanças nas ideias políticas fundamentais e com isso novas valorações em forma de leis. Tudo isso exigia um abandono da teoria do contrato social e da teoria da lesão a direito dela derivada em favor de uma concepção mais flexível do conceito de lesividade social³⁷.

³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39.

³⁷ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de

Renato de Mello Jorge Silveira anota que o radicalismo do pensamento racional apresenta sinais de desgastes e se instala o movimento de Restauração, em que o poder se desloca da soberania do povo e passa novamente para o príncipe³⁸.

Nesse contexto, surge o trabalho de Birnbaum, que marca a ruptura com a teoria da lesão ao direito e o contrato social, e dá lugar à teoria da proteção de bens. Efetivamente, a concepção de bem jurídico surgiu somente em 1834, com Birnbaum, que ao criticar a formulação de Feuerbach, alterou a proteção de direitos externos por proteção de bens. Nas palavras de Nilo Batista, o crime deixou de ser uma ofensa a um direito subjetivo e passou a ser concebido como uma ofensa a bens materiais.

O espaço teórico para o conceito de bem jurídico surgiu quando, na primeira metade do século XIX, contestou-se a concepção clássica corrente do crime como uma ofensa a bens (Birnbaum). A partir daí, inúmeras teorias foram elaboradas para a compreensão do bem jurídico ofendido pelo crime: ora se retornava aos direitos subjetivos, ora se propunha um direito subjetivo público do estado, aqui o próprio direito objetivo, ali uma obrigação jurídica, logo os interesses, adiante os valores³⁹.

bens jurídicos. Organização de Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124

³⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39.

³⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de

Quem primeiro expôs a ideia de que o direito penal protege bens foi Birnbaum, ao criticar a teoria do crime como lesão a direito expressada por Feuerbach, mas foi Binding quem agregou ao conceito de bem o adjetivo jurídico, dando à expressão conteúdo semelhante ao que hoje ainda é empregado⁴⁰.

A concepção de Birnbaum guarda ressonância no momento conhecido por Restauração, onde, com a queda de Napoleão, a antiga realeza busca retomar o poder, que nesse momento era limitado por um Constituição e ocupado por uma burguesia que parecia revolucionária mas que se revelou conservadora.

A virada ocorrida no sentido de se considerar que o crime lesa bens e não meros direitos, faz surgir a possibilidade de uma intervenção mais intensa do Estado na vida do indivíduo, invadindo esferas como as relacionadas à moral e à religião que eram afastadas por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach⁴¹.

Segundo Birnbaum, o direito, em si mesmo, nunca é lesionado ou posto em perigo; mas o direito pode ser materializado em bens, e estes sim, sofrem lesões, porque podem ser subtraídos ou retirados da esfera de seus titulares⁴².

A posição adotada por Birnbaum caracterizou um giro conceitual importante, quer seja porque o direito penal passou a cercar-se de mais garantias contra o poder punitivo do Estado, quer seja porque possibilitou

Janeiro: Revan. 2007, p. 94.

⁴⁰ GRECO, Luís. **Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal**: direito penal, aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 152.

⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

⁴² BIRNBAUM apud BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 121.

uma mudança na espinha dorsal da tutela penal que foi desviada para um plano objetivo, de uma lesão concreta⁴³.

A tese de Birnbaum foi que consolidou o objeto material do delito em algo concreto, vez que o direcionou não como danoso a um direito, mas um objeto real e existente que pertence a um sujeito. Bem deixa de ser algo valorado pelo próprio Estado e passa a ser o instrumento de que este se vale para limitar a conduta das pessoas conforme os interesses políticos da época.

Mas a teoria de Birnbaum também sofreu críticas, sendo a mais significativa delas a que questionava se, de fato, a concepção dele teria se afastado do ideal Iluminista e sua função limitadora do *ius puniendi* ou não, como explicita Malaree:

A necessidade de uma referência material para a norma penal já aparece no alvorecer do Estado Liberal. Primeiro apareceria a teoria dos direitos subjetivos de FEURBACH e posteriormente a teoria do bem jurídico com BIRBAUM. Ambas, como se verá adiante, são expressões da teoria do contrato social. Não há dúvida, conseqüentemente, da origem liberal iluminista do conceito de bem jurídico, aspecto que sem dúvida considerou o direito penal autoritário do período nazista em sua luta pelo desaparecimento do conceito⁴⁴. (tradução nossa).

⁴³ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2014, p. 125;126.

⁴⁴ La necesidad de un referente material para la norma penal aparece ya en los albores del Estado liberal. Primero habría de aparecer la teoría de los derechos subjetivos de FEUERBACH y posteriormente la teoría del bien jurídico con BIRNBAUM. Ambas, como se verá más adelante, han sido expresiones de la teoría del contrato social. No

Há autores que sustentam que a concepção de Birnbaum foi uma evolução das ideias Iluministas e, portanto, manteve seu viés liberal, enquanto que para outros ela consistiu numa ruptura porque representou uma “oposição à concepção de crime como violação de direitos subjetivos”⁴⁵.

3. O positivismo normativo, o positivismo causal e a afirmação do bem jurídico

Com o positivismo, retoma-se a exigência de legitimidade intrínseca ao próprio direito e, de fato, no final do século XIX, dois nomes se destacam na compreensão do bem jurídico: Binding, que concebe o bem jurídico em uma dimensão formal, sob a ótica do jusracionalismo positivista, e o percebe como de livre criação do legislador; e Liszt, que cria um conceito de bem jurídico a partir de uma relação entre ele e a sociedade ou o indivíduo, sob a luz do positivismo naturalista.

Ou seja, enquanto Binding “utiliza-se do conceito de bem jurídico no âmbito da lei e da norma, que será posteriormente chamado de formal”; Liszt apropria-se de um conceito material, em que a violação a um bem jurídico é a inobservância de um interesse juridicamente protegido⁴⁶. Sinteticamente, pode-se dizer que, para Binding o legislador é quem cria o bem jurídico, enquanto que, para Liszt, o legislador não pode

cabe duda, en consecuencia, el origen liberal *iluminista del concepto de bien jurídico, aspecto que sin duda tuvo en cuenta el derecho penal autoritario del período nazi en su lucha por la desaparición del concepto.*” MALAREE, Hernan Hormazábal. **Bien Jurídico y estado social y democrático de derecho:** el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago do Chile: ConeSur, 1992, p. 8.

⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual:** interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

⁴⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 127

criar o bem jurídico, mas encontra-lo e protege-lo na construção legislativa.

Do conceito de bem jurídico proposto por Binding é possível aferir um afastamento dele da ideia de Birnbaum, vez que este entendia que o bem era preexistente e posteriormente reconhecido e protegido pelo Direito Penal⁴⁷; isto é, a lei seria a fundadora do bem jurídico.

De outro norte, para Liszt os bens jurídicos são fruto da própria vida em sociedade, ou seja, quem os cria é a própria vida, mas receberão a proteção do direito⁴⁸. O fim do direito, em Liszt, é proteger os interesses do ser humano e estes, por sua vez, precedem a norma. Este conceito de bem jurídico trazido por Liszt é o que “tem o condão de servir como critério limitador do direito penal”⁴⁹, como enfatiza Nilo Batista:

Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legítima. Por isso mesmo, como parece ter percebido von Liszt, o bem jurídico se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal. Não há um catálogo de bens jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas já relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir. São múltiplos e irreduzíveis os aspectos dessas relações sociais, aos quais pode o legislador outorgar proteção penal, convertendo-os em bens

⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. Bem Jurídico e Norma Penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. *Revista Delictae*. Vol. 3, nº 4, Jan/Jun, 2018, p. 21/22.

⁴⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 134.

⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p.135.

jurídicos. O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou os tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador. Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explicita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador)⁵⁰.

Já no século XX, uma nova concepção de bem jurídico é moldada, a denominada concepção neokantiana, que surge como reação à epistemologia positivista das formulações de Binding e Liszt. A mudança epistemológica fez com que o Direito Penal passasse a ser visto pelos neokantista como uma ciência cultural, “visto que o direito não pode ser cego aos valores, mas sim um objeto de conhecimento valioso”; e, a partir disto, o bem jurídico passa a ser o centro teleológico da norma penal⁵¹, ele se torna o valor objetivo que a norma busca proteger.

Nesse aspecto, considerando que toda a ação humana estaria sujeita a valores distintos e que a missão última do Direito Penal seria proteger

⁵⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 95/96.

⁵¹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p.139.

valores elementares da vida em comunidade – um mínimo ético -, acabou limitando essa esfera de atuação de modo original.⁵².

Verifica-se uma substituição da noção de indivíduo pela de totalidade, rompe-se com a noção material de bem jurídico e funda-se a noção de valor – não individual, mas hipoteticamente cultural – expresso nas proibições. Para bem compreender o que mudou, é necessário recordar que o positivismo inaugurou uma fase absolutamente acrítica no direito penal, fundada em um racionalismo exacerbado, onde o Estado passa a ser um fim em si mesmo e não um instrumento de tutela do indivíduo. Não sem razão, assiste-se a um aumento da intervenção estatal e das arbitrariedades.

À luz do positivismo, Binding “utiliza-se do conceito de bem jurídico no âmbito da lei e da norma, que será posteriormente chamado de formal”; por sua vez, Liszt apropria-se de um conceito material, em que a violação a um bem jurídico é a inobservância de um interesse juridicamente protegido.

Franz von Liszt, por outro lado, discordou em diversos aspectos de Binding e de suas colocações positivistas. Como ele tinha por “bem jurídico” todo interesse jurídico protegido, o compreendia como o conjunto de interesses vitais do indivíduo ou da sociedade. Ao moldar uma nova dimensão material do conceito de injusto, iniciou seu pensamento com concepções sociopolítico-criminais, transmudando o centro da gravidade do

⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem Jurídico-Penal: Leituras Conflituosas. **Teoria da Pena, bem jurídico e imputação**. Organização de Miguel Polaino-Orts e Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 133.

conceito de bem jurídico, do subjetivo, para o “interesse juridicamente protegido”, vendo nele o núcleo da estrutura do delito⁵³.

A classificação didática atribuída a Binding e Liszt, onde o primeiro é relacionado à dimensão formal (Teoria das Normas) e o segundo à dimensão material (Teoria da Nocividade Social), foi dada por Miguel Polaino Navarrete⁵⁴.

Sinteticamente, pode-se dizer que, para Binding o legislador é quem cria o bem jurídico, enquanto que, para Liszt, o legislador não pode criar o bem jurídico, mas encontrá-lo e protegê-lo na construção legislativa. Do conceito de bem jurídico proposto por Binding é possível aferir um afastamento dele da ideia de Birnbaum, vez que este entendia que o bem era preexistente e posteriormente reconhecido e protegido pelo Direito Penal⁵⁵.

É verificável que Liszt, ainda que sob a influência do positivismo, afastou-se um pouco da concepção puramente formal da norma como criadora de bem jurídico, pois acreditava que este preexistia a ela. Segundo Liszt, os bens jurídicos são fruto da própria vida em sociedade, ou seja, quem os cria é a própria vida, mas receberão a proteção do direito.

Com isso, e se postando adiante de seu tempo, idealizou novos lastros ao Direito Penal, pontuando, também, pela importância da política

⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem Jurídico-Penal: Leituras Conflituosas. **Teoria da Pena, bem jurídico e imputação**. Organização de Miguel Polaino-Orts e Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 132.

⁵⁴ NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho penal: parte general, teoria jurídica del delito**. Barcelona: Bosch, 2000, p. 566, t. 2, v. 1.

⁵⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 129.

criminal e da criminologia. De todo o modo, para von Liszt, a própria ideia de pena fundamental; a questão sobre se ela, como retribuição, acaba por se mostrar como consequência necessária do crime ou se é, ao revés, uma forma de proteção de bens jurídicos, uma criação e função da sociedade estatal consciente de suas finalidades e da sua meta, era a delimitação última das ações a serem declaradas puníveis pelo Estado⁵⁶.

O fim do direito, em Liszt, é proteger os interesses do ser humano e estes, por sua vez, precedem a norma. Este conceito de bem jurídico trazido por Liszt é o que “tem o condão de servir como critério limitador do direito penal”⁵⁷, na medida em que permite uma análise crítica.

Como se percebe, tanto para Binding, quanto para Liszt, o legislador é quem dá a última palavra sobre quais os bens que são dignos de tutela penal; no entanto, entre eles, o método utilizado para se chegar às suas formulações respectivas, é absolutamente diverso: Binding é um positivista formal-normológico (positivismo jurídico), e Liszt positivista sociológico ou naturalista (naturalístico-sociológico).

A insuficiência crítica do conceito formal de delito já era objeto, como se percebe, de indagações, vez que o conceito de delito não deveria ser assentado somente naquilo que o legislador entendesse como penalmente relevante. Constatou-se que o modelo formal de delito resultaria na legitimação de quaisquer tipos de condutas como ensejadoras de punição penal, vez que não haveria limitação ao arbítrio estatal.

⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem Jurídico-Penal: Leituras Conflituosas. **Teoria da Pena, bem jurídico e imputação**. Organização de Miguel Polaino-Orts e Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 132.

⁵⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 135.

4. As concepções e possibilidades teóricas advindas a partir do neokantismo

No início do século XX, com o neokantismo⁵⁸, surge “uma corrente de pensamento decisiva para o Direito Penal”⁵⁹, que irá influenciar não só a conceituação de bem jurídico como toda a compreensão da teoria do delito. Alicerçada na concepção de que os objetos das ciências da cultura não podem ser investigados do mesmo modo que os objetos da ciência da natureza.

Como explica Cláudio Brandão:

A distinção entre natureza e cultura, que deita suas raízes na dicotomia kantiana da crítica da razão pura e da crítica da razão prática, faz com que os métodos para a investigação dos objetos sejam diferentes: enquanto para as ciências da natureza se explicará o objeto (pressupondo a não relação dele com o sujeito que o investiga, isto é,

⁵⁸ Segundo Nicola Abbagnano, neokantismo é sinônimo de neocriticismo, isto é, O movimento de “retorno a Kant” iniciado na Alemanha [...] e que deu origem a algumas das mais importantes manifestações da filosofia contemporânea. Os traços comuns de todas as correntes do N. são os seguintes: 1º a negação da metafísica e a redução da filosofia a reflexão sobre a ciência, isto é, a teoria do conhecimento; 2º a distinção entre o aspecto psicológico e o aspecto lógico-objetivo do conhecimento, distinção em virtude da qual a validade de um conhecimento é completamente independente do modo pelo qual este é psicologicamente adquirido ou conservado; 3º a tentativa de remontar das estruturas da ciência, tanto da natureza como do espírito, às estruturas do sujeito que a tornaria possível. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14.

o *sujeito cognoscendi*), para as ciências da cultura se compreenderá o objeto (o que traduz uma interrelação entre o objeto do conhecimento e o sujeito *cognoscendi*).⁶⁰

A corrente neokantista⁶¹ classifica o direito como ciência da cultura e, a partir de então, esta passa a ser essencial para se compreender a teoria do delito⁶².

Sobre esse assunto é válida a lição de Régis de Moraes:

Em 1798, o filósofo alemão Immanuel Kant já alertava para a necessidade de uma ‘ciência do homem’ (uma antropologia). Em notável antecipação do que viria no século seguinte, Kant propôs um ramo antropológico que estudasse *o que a natureza fez do homem* e sugeriu que este ramo fosse chamado de ‘fisiológico’; bem como propôs um outro setor antropológico que estudasse *o que o homem faz de si mesmo*, sugerindo agora que este fosse denominado de ‘pragmático’. Pois foi nesse mesmo sentido que os estudos humanos evoluíram, passando a antropologia fisiológica a ser chamada de *antropologia física* (hoje dos ramos tecnicamente mais avançados da antropologia geral), e passando a antropologia pragmática a ser conhecida como *antropologia cultural* ou etnologia

⁶⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15.

⁶¹ MORAIS, Régis de. **Estudos de filosofia da cultura**. São Paulo: Loyola, 1992, p. 24.

⁶² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15.

(ainda que este último termo me pareça menos abrangente). Todavia, sobe estes fundamentos, o pensamento filosófico construiu, com outras possibilidades que não as científico-experimentais, um edifício reflexivo dotado de muita sutileza conceptual e fecundidade.

A mudança epistemológica faz com que o Direito Penal passe a ser visto pelos neokantista como uma ciência cultural, “visto que o direito não pode ser cego aos valores, mas sim um objeto de conhecimento valioso”; e, a partir disto, o bem jurídico se torna o centro teleológico da norma penal⁶³, ele é concebido como o valor objetivo que a norma busca proteger⁶⁴. Diferentemente do que preconizavam os positivistas, não é mais o legislador quem irá dizer o que tem valor, mas a cultura⁶⁵.

O bem jurídico, neste período, se expressa como um valor que se identifica com a própria finalidade da norma, de onde retira sua condição de existência⁶⁶. Ou ainda, como “meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, o que conferiu aos bens jurídicos uma função puramente hermenêutica”⁶⁷. Pode-se dizer que, para o direito penal, a mudança foi radical no tocante ao conceito de bem jurídico, que deixou de ter função de garantia e passou a ter por fim a ideia de proteção.

No neokantismo, o bem jurídico perde sua essência, vez que o

⁶³ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 139

⁶⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 8.

⁶⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15

⁶⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 189.

⁶⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

importante não é mais a violação de um bem, mas a vigência e a violação da própria norma imposta pelo Estado. O bem jurídico “deixa de ser concebido como entidade preexistente à norma. Passa a ser considerado como uma valoração realizada em cada uma das normas penais, buscando seu escopo”⁶⁸.

Ao se ter a concepção relativista ou crítica de bem jurídico, têm-se lugar para interpretações subjetivas que culminaram com a criação discricionária de tipos penais pelo legislador e, conseqüentemente, rompeu-se com o pretendido caráter limitador do *ius puniendi* estatal. Aponta Luiz Régis Prado que a partir do começo do século, aparecem as orientações espiritualistas que, sob influência neokantiana, desenvolvem na área penal a concepção metodológica ou teleológica-metodológica de bem jurídico⁶⁹.

A influência neokantista inspirou de modo diverso os pensadores do direito penal: Mayer “veria na relação entre bem jurídico, valor e cultura o delineamento de um substrato pré-jurídico dos processos legislativos, a apontar para o esboço de um caráter ontológico da noção de bem jurídico”; enquanto que, para Mezger, houvera um esvaziamento da ideia de bem jurídico.

Com o neokantismo, porém, se inaugura já uma outra fase de evolução política, onde a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral, de perfil

⁶⁸ SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 131.

⁶⁹ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem, pelo de valores ético-sociais (ontologismo)⁷⁰.

Por sua vez, Hans Welzel, ao trabalhar com valores éticos-sociais teria relegado o bem jurídico a segundo plano, onde a fonte das proibições jurídicas estaria na perquirição da formação da consciência ética individual, emanada de deveres incondicionais transcendentess⁷¹. Segundo ele, “a função do Direito Penal seria proteger os valores elementares da vida em comunidade, sendo que o modo pelo qual o Direito realiza tal função é por meio de sua incidência sobre aquilo que constitui o elemento da realidade social: a ação humana”⁷².

Esses valores de agir conforme o direito, arraigados na permanente consciência jurídica (isto é, legal, não necessariamente moral), constituem o fundo ético-social positivo das normas jurídico-criminais. O Direito Penal assegura o seu real acatamento, na medida em que pune a não observância manifestada através de ações desleais, rebeldes, indignas, fraudulentas. A missão central do Direito Penal reside, então, em assegurar a inabalável validade desses valores de ato, mediante a cominação penal e a punição da

⁷⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 177.

⁷¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 177.

⁷² WELZEL apud LUZ, Yuri Côrrea da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo**. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 53.

não observância dos valores fundamentais do
atuar jurídico manifestado efetivamente⁷³.
(tradução nossa)

A mudança no método proposta pelo neokantismo permitiu “a superação da subsunção lógica apregoada pelo positivismo” e propiciou uma abertura hermenêutica ainda utilizada, apesar das significativas variações – como, por exemplo, as demonstradas pela história e que, nem sempre, coadunaram com o Estado Democrático de Direito⁷⁴, quando durante o nazismo⁷⁵ fundamentou-se o crime na mera violação ao dever de obediência irrestrita ao Estado⁷⁶.

5. Nota conclusiva

Certo é, porém, que o neokantismo demonstrou que o direito “não

⁷³ Estos valores del actuar conforme a derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica (es decir, legal, no necesariamente moral) constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales. El Derecho Penal asegura su real acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas. La misión central del Derecho Penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente. (WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Parte general. 11ª ed., 2ª ed. Castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica, 1976, p. 12.)

⁷⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 141.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henríque. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 334-335, v.1

⁷⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 95.

é cego aos valores, mas sim valioso”, e isto é possível aferir até hoje na dogmática penal, quer seja no finalismo, quer seja no funcionalismo⁷⁷. “Com esse método se desenvolveu sobremaneira na ciência penal o *bem jurídico*, no mesmo passo em que também se desenvolveu o conceito tripartido de crime”⁷⁸.

Como se percebe, na fase neokantista da teoria do delito, através da valoração pretendeu-se superar o positivismo jurídico, sem, entretanto, conseguir fazê-lo. De fato, o que ocorreu foi que, ao se introduzir o critério axiológico, o direito positivo se ampliou, servindo de base, por exemplo, para a construção do direito penal fascista de 1930.

Como se constata, o neokantismo não impôs qualquer restrição à criminalização de condutas, especialmente porque seu caráter interpretativo (busca da *ratio essendi* da norma) ensejou uma concordância com o que determinou o legislador. Vinculou-se o bem jurídico à *ratio legis* “da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo”⁷⁹.

A concepção metodológica do neokantismo, portanto, não tem qualquer finalidade limitadora do poder punitivo estatal, ao contrário, ela pode reforçar a onipotência legislativa e apenas permite a interpretação dos dados estabelecidos pelo criador da lei. Não sem razão, há quem assevere que a concepção de bem jurídico como produto da interpretação “deve ser hoje rejeitada em absoluto”⁸⁰, afinal, atribuir ao bem jurídico “uma função puramente hermenêutica significaria sempre, deste modo, o

⁷⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 143-144.

⁷⁸ BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e a norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Revista Delictae: revista de estudos interdisciplinares sobre o delito**, Vol. 3, n° 4, Jan./Jun 2018, p. 8.

⁷⁹ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34-35.

⁸⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta”⁸¹.

Com a consagração do finalismo e o “esvaziamento da discussão” do bem jurídico pelo neokantismo, surgem novas teorias dispostas a ancorar o bem jurídico, sendo que se destacam a sociológicas e as constitucionais⁸².

Para os defensores das escolas sociológicas, o fim do direito penal está na estabilidade das normas como forma de manutenção do sistema, e por isso, inserem a noção de bem jurídico no plano da realidade social. Em síntese, pode-se dizer que sustentam a ideia de que para se legitimar a intervenção penal seria necessária a demonstração da danosidade social e de que o crime seria uma disfuncionalidade do sistema.

No entanto, a própria dificuldade de se estabelecer o que seria entendido por danosidade social e, conseqüentemente, de afastar o arbítrio do intérprete, fez com que os adeptos da teoria sociológica se afastassem de um conceito material de bem jurídico⁸³.

Já os adeptos das teorias constitucionalistas, encontram no bem jurídico critérios que delimitariam o campo de atuação do legislador no momento da elaboração do tipo penal. Nesse sentido, a Constituição, como preconizada por Claus Roxin, traria em seus princípios, a única limitação prévia ao legislador penal:

A tarefa do direito penal é garantir a seus cidadãos
uma convivência livre e pacífica sob a garantia de

⁸¹ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem Jurídico-Penal: Leituras Conflituosas. **Teoria da Pena, bem jurídico e imputação**. Organização de Miguel Polaino-Orts e Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 133.

⁸³ PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico-Penal. Um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 110/115.

todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. De forma resumida, designa-se essa tarefa como proteção de bens jurídicos e devem-se entender por bens jurídicos todos aqueles dados ou finalidades necessárias para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases⁸⁴.

Pode-se observar a evolução do conceito de bem jurídico sem, contudo, esgotar a percepção sobre ele. Ao longo de sua trajetória, o bem jurídico foi se consolidando enquanto referente material do delito, mas não teve uma trajetória de desenvolvimento linear – em razão ter se alterado conforme as características políticas e sociais de cada época –, chegou a ser utilizado exatamente no sentido oposto do que deveria, ou seja, para criminalizar condutas ao invés de limitar o espaço de criminalização.

Na atualidade, o papel que o bem jurídico vem desempenhando junto ao Direito Penal se relaciona com o estabelecimento de limites jurídico materiais ao arbítrio do Estado na sua função punitiva. Inquestionável, portanto, tem sido sua importância, especialmente quando a expressão “pós democracia” já está sendo banalizada e o regresso a um Direito Penal aberto a influências morais tem sido um discurso frequente no meio político.

Inquestionável, é, porém, que o bem jurídico guarda um significado político criminal, servindo como diretriz ao legislador e aos juízes.

⁸⁴ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Novos estudos de direito penal**. Organização de Alair Leite. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 74.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Organização de Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. Bem Jurídico e Norma Penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae: Revista de estudos interdisciplinares sobre o crime**. Vol. 3, nº 4, Jan/Jun, 2018.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2014.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- COSTA, Domingos Barroso. Sobre a exposição da crise de legitimidade do sistema penal brasileiro pelas transformações da sociedade e do Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, Vol. 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan-Fev/2012.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução da 14. ed. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L. 1989.
- LUZ, Yuri Côrrea da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

- MALAREE, Hernan Hormazábal. **Bien Jurídico y estado social y democrático de direito**: el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago do Chile: ConeSur, 1992.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho penal**: parte general, teoria jurídica del delito. Barcelona: Bosch, 2000.
- PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico Penal**. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Novos estudos de direito penal**. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago de Chile: Jurídica De Chile, 1970.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, v. 1, 2º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.