

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

JOÃO LUÍS DE MEDEIROS LEITE

**BEM JURÍDICO PENAL E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA
EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

NATAL/RN

2018

JOÃO LUÍS DE MEDEIROS LEITE

**BEM JURÍDICO PENAL E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA
EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário do RN - UNI-RN como requisito final para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Dr. Sandresson de Menezes Lopes

NATAL/RN

2018

JOÃO LUÍS DE MEDEIROS LEITE

**BEM JURÍDICO PENAL E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA
EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Especialização
em Direito Penal e Processo Penal do
Centro Universitário do RN - UNI-RN como
requisito final para obtenção do título de
Especialista em Direito Penal e Processo
Penal.

Aprovado em:12/05/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Sandresson de Menezes Lopes
Orientador

Prof. Benício de Sá
Membro

Profa. MSc. Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues
Membro

Dedico este trabalho à minha esposa, meus pais e filhos, por se constituírem diferentemente como pessoas, admiráveis em essência, estímulos que me impulsionaram a buscar vida nova a cada dia, meus agradecimentos por terem aceitado se privar de minha companhia pelos estudos, concedendo a mim a oportunidade de me realizar ainda mais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus por ter me dado a vida e proporcionado mais essa conquista.

Agradeço a todos os professores, amigos e familiares, em especial:

Aos meus pais Aluísio Leite Ramalho e Regina Lúcia Oliveira de Medeiros, por acreditar e incentivar minhas escolhas, apoiando-me e esforçando-se junto a mim, para que eu suprisse todas elas.

À minha esposa Kelen, meu filhos, Kamila e Raphael, pelas horas de convivência que não pudemos estar presentes.

Ao professor Dr. Sandresson de Menezes Lopes pela dedicação em suas orientações prestadas na elaboração deste trabalho, incentivando-me e colaborando no desenvolvimento de meu trabalho.

Aos demais professores e todos do staff da coordenação e funcionários da UNI-RN pela disposição, competência, colaboração no atendimento ao aluno em geral.

Por derradeiro, aos que de alguma forma colaboraram para que eu conseguisse alcançar mais um objetivo na minha vida acadêmica.

“Tenho a impressão de ter sido uma criança brincando à beira-mar, divertindo-me em descobrir uma pedrinha mais lisa ou uma concha mais bonita que as outras, enquanto o imenso oceano da verdade continua misterioso diante de meus olhos”.

(Isaac Newton)

RESUMO

O trabalho desenvolvido nesta monografia abordou uma gama de conceitos e funções atribuídos ao bem jurídico-penal, partindo do conceito geral de bem, para o bem jurídico específico penal, da filosofia para o direito penal, sendo necessário analisar os conceitos numa escala evolutiva para tratar especificamente do assunto. Pretendeu-se também examinar a importância dos bens jurídicos-penais como necessários para a manutenção dos direitos fundamentais do homem em equilíbrio com o poder normativo Estatal, sobretudo no campo da dogmática penal, com ênfase nos princípios constitucionais. Nesse sentido, analisaram-se as bases principiológicas de cada período até alcançar os valores insculpidos em normas fundamentais da atualidade, objetivando a legitimação normativa cuja finalidade é a de promover a proteção dos bens mais caros de cada sociedade, através do direito penal. Por fim, os diversos conceitos e finalidades do bem jurídico penal são revelados, cujas funções e valores são apontados pela doutrina como de relevância histórica para efetivar a tutela dos bens jurídicos através do direito penal.

Palavras-chave: bem jurídico-penal. Direitos fundamentais. Direito penal. Princípios.

ABSTRACT

The line of work followed in this monography approached many concepts and functions given to protect criminal assets, from general to specific, from philosophy to criminal law, however, it was necessary to examine others concepts, in an evolution scale, to reach the criminal protection assets. The work intended to examine the importance of the criminal protection assets as needed to keep human rights in balance with the State power to create regulations, especially in criminal dogma and constitution. In that way, the work intends to show concepts and the functions of the criminal assets, from philosophic to dogma concepts, from farthest to current time, according to prevailing axiological values in each epoch, aiming at legitimizing the assets protection norms most expensive in society, through criminal law. Then, the principles of each era was analysed to reach the values in actual fundamentals norms, for the purpose of understanding the criminal assets, their functions e the values of wich are pointed by doctrine as historical needs to be protected by criminal laws.

Keywords: criminal assets. Fundamental rights. Criminal law. Constitucional principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCEITO FILOSÓFICO DE BEM.....	12
3 BENS JURÍDICOS.....	15
3.1 Perspectivas históricas dos conceitos de bem jurídico	16
3.2 Funções do bem jurídico penal	22
3.3 Bem jurídico penal e teorias constitucionais.....	30
4 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52
ANEXOS	55

1 INTRODUÇÃO

É consenso na doutrina e na jurisprudência pátria atual a ideia que uma norma penal deve dar proteção aos valores mais preciosos do ser humano e de uma determinada sociedade.

A necessidade de conceituar e definir as funções que o bem jurídico penal deve atuar na garantia da criação e manutenção de valores sociais por meio da proteção do direito penal é o foco dessa monografia. Este trabalho tem como escopo fazer um apanhado histórico sobre quais são esses bens, seus conceitos e funções através da análise da dogmática ao longo dos séculos.

Os estudos comprovam que diversas sociedades, desde tempos mais remotos, antes mesmo da Idade Média, buscaram alcançar a proteção aos bens individuais e coletivos contra as ações humanas que estejam em desarmonia com a boa convivência naquela sociedade, mesmo que em épocas distintas.

O capítulo 2 apresenta a conceituação filosófica de alguns verbetes precursores do objeto de estudo, tendo em vista a necessidade de conhecê-los com o fim de importá-los para o direito. Uma vez aplicados para o direito, os conceitos são apresentados de maneira genérica até alcançar sua aplicação específica no direito penal.

O capítulo 3 apresenta as propriedades dos bens de importância social na tentativa de promover a tutela desses bens jurídicos, com tratamento geral do direito para alcançar, posteriormente, a tutela específica pelo direito penal. Este capítulo explana sobre os conceitos de bem jurídico numa evolução até alcançar as qualidades específicas do direito penal.

Nessa seara, vários pontos de vista são vislumbrados em períodos que antecederam à Idade Média, passa pelo “Iluminismo” e atinge tempos mais modernos da atualidade. O capítulo também anuncia as mais diversas funções que são atribuídas pela dogmática ao longo dos séculos. O estudo mostra uma diversidade de teorias que objetivava promover as funções para os bens jurídicos penais.

Com foco no estudo do bem jurídico penal, o capítulo finaliza com o estudo de algumas das teorias modernas como as teorias constitucionais contemporâneas contemplando alguns parágrafos sobre o bloco econômico da União Europeia.

Alcançado o objetivo geral, busca-se definir o grau de importância para se proteger bens jurídico-penais nas diversas doutrinas até atingir as teorias atuais e contemporâneas.

De modo específico, este trabalho se propõe a mostrar como as bases principiológicas são usadas na eleição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal. Conforme exposto anteriormente, os estudos tomam por base a doutrina que apresenta o bem jurídico, seus conceitos e funções a partir de período que antecede à Idade Média. A diversidade dos conceitos e das funções atribuídas aos bens jurídicos, em épocas distintas, revela a importância dos bens com reflexos diretos tanto na manutenção da garantia de direitos do homem quanto para a promoção dos limites de poder do Estado, com fim na manutenção de direitos mais fundamentais do homem e na paz social.

O capítulo 4 mostra a síntese do que foi exposto ao longo da pesquisa realizada com relação aos conceitos e funções do bem jurídico penal na proteção a valores sociais por meio do direito penal.

2 CONCEITO FILOSÓFICO DE BEM

Para iniciar os estudos sobre bem jurídico torna-se necessário buscar nas origens filosóficas os conceitos que esta ciência considera para o significado do que é bom para, somente depois, alcançar o sentido do verbete bem. A palavra “bem”, no sentido filosófico, possui alguns significados. Todos com bastante relevância para o direito (ABBAGNANO, 2007, p. 107-109).

Toledo (1994, p.15) leciona sobre o significado dos bens sob o ponto de vista da filosofia. Para este doutrinador os bens significam algo que se apresente como útil, necessário, digno ou valioso. Eles podem ser objetos reais, materiais, além de imateriais. Além de ser o que são, em todos os casos, os bens recebem uma valoração.

A palavra bem recebe vários significados. No sentido geral pode ser qualquer coisa que possua valor a qualquer título. Modernamente, o verbete bem pode ser algum valor, beleza, virtude humana ou comportamento aprovável (ABBAGNANO, 2007, p. 108). Na história da filosofia existem duas importantes teorias sobre o bem, ambas de relevância para o direito: teoria metafísica e a teoria subjetiva. Embora divergentes nos sentidos, as duas teorias vislumbram os bens como objetos de desejo, cada um à sua maneira.

Para a Teoria Metafísica, encapada por Platão, bem “é a realidade, mais precisamente a realidade perfeita ou suprema, e é desejado como tal”. Platão diz que o bem “é o que confere verdade aos objetos cognoscíveis (...) e que confere luz e beleza às coisas(...)”. Cita, ainda, que o bem é fonte da verdade, do belo, do próprio ser. Porém, bem “não é nenhuma dessas coisas e está além delas”.

Para a teoria filosófica subjetiva, por sua vez, “bem” só é perfeição e realidade porque é desejado. Aristóteles assim definiu o bem. Embora não se confunda com o desejo ao objeto, essa teoria possui um sistema de preferências que vão atribuir ao bem um caráter de perfeição (ABBAGNANO, 2007, p.108).

O sentido filosófico de bem é importante, mas necessita receber qualificações necessárias para ter características típicas de bem jurídico e ser

aplicado ao direito. Nessa escala evolutiva dos termos, a Idade Média adota a corrente subjetivista, em que o bem puro recebe conotações de ética com o fim de se auto valorizar. Vários são os conceitos nesse período, como exemplificam os pensadores abaixo:

Para Hobbes o “bem” é o objeto que o homem deseja. O significado e o valor das palavras têm relação direta com a pessoa que as emprega e seu significado vai depender de quem valoriza o objeto como “bem”. Por conta dessa valoração eminentemente subjetiva dada ao conceito atribuindo a um determinado objeto, Hobbes acredita que não exista nenhum conceito absoluto para o “bem” (ABBAGNANO, 2007, p. 108).

Para Spinoza (apud ABBAGNANO, 2007, p.109) o conceito de bem é convergente com o pensamento proposto por Hobbes. Para ele o querer, ou o desejo ao objeto, não seria realizado pelo fato de julgarmos a coisa como boa. Ao contrário, a coisa é julgada boa simplesmente porque é desejada.

Locke (apud ABBAGNANO, 2007, p. 108-109), por sua vez, afirma que bem é “o que é capaz de produzir prazer em nós(...)”. Esse sentido também é adotado por Leibniz a respeito da conceituação de bem: “o bem divide-se em honesto, agradável e útil, mas (...) deve ser agradável em si mesmo ou servir a algo que nos dê sentimento de prazer(...)”. trata-se de um caráter de subjetividade que é dado ao objeto desejado.

Enquanto para KANT (apud ABBAGNANO, 2007, p. 109), a conceituação do termo “bem” é trazida por Leibniz, mas acrescenta no conceito a finalidade do bem: “dizemos que alguma coisa é boa (no sentido de ser útil) quando ela agrada só como um meio(...) sempre contidos o conceito de finalidade e a relação entre razão e vontade(...)”. Por fim, KANT dá ao conceito de bem uma valoração objetiva.

Considerando todos os aspectos valorativos trazidos pela filosofia, torna-se necessário ir além e revelar a dimensão doutrinária que o direito dá em relação aos conceitos atribuídos ao bem jurídico. Insta mencionar que bem jurídico é comumente trabalhado pelas ciências jurídicas, no sentido lato. Lembramos que o escopo deste estudo faz uma referência específica para o bem jurídico com a proteção dada por meio do direito penal.

3 BENS JURÍDICOS

A proteção específica dada aos bens jurídicos pelo direito penal é o cerne desta pesquisa. Contudo, para ser alçado ao patamar de bem jurídico na seara penal, é necessário, antes de tudo, fazer uma análise histórica sobre o bem jurídico, de modo mais genérico, que vai receber ao longo dos séculos várias denominações.

Ou seja, uma vez alcançada a definição de bem, da filosofia para o direito, devemos revelar os ensinamentos da dogmática a respeito dos bens jurídicos. A partir do entendimento do que vem a ser bem jurídico, poderemos avançar quanto à temática específica para o bem jurídico penal.

Nessa esteira, alguns estudiosos enxergam que o bem somente recebeu essa denominação de “bem jurídico” somente após o advento do Iluminismo.

Conforme visto anteriormente, o conceito de bem não necessariamente abarca o bem jurídico, mas serve para construção deste. O bem jurídico é gênero, que não pode ser confundido com bem jurídico penal, vez que aquele é bem mais amplo que este.

Embora este tópico não seja específico para falar sobre as funções do bem jurídico, é quase consenso na doutrina moderna que cabe ao direito como um todo a função de dar proteção aos bens jurídicos. Com o direito penal não é diferente, mas os bens jurídicos que ele se propõe a dar proteção são mais específicos. Lembrando que a temática sobre as funções dos bens jurídicos será abortada mais adiante.

Embora parcela da doutrina acredite que uma das funções do direito penal seja a de promover uma proteção aos bens jurídicos, essa função também é atribuída a todos os demais ramos do direito. Sobre esse aspecto, KINDÄUSER (2012, p. 86) leciona que “a proteção de bens jurídicos é promovida pelo bem jurídico-penal” que é realizada por meio da ação das normas penais que dão essa devida proteção.

Este estudo se propõe a fazer uma análise sobre a proteção dada aos bens jurídicos penais, suas teorias conceituais e suas funções. Dessa forma, o passeio doutrinário se inicia com os conceitos vislumbrados antes mesmo da Idade Média e se desenvolve, passando pelo Iluminismo, percorrendo até os tempos atuais, culminando com teorias constitucionais mais modernas.

3.1 Perspectivas históricas dos conceitos de bem jurídico

Na esteira evolutiva da historicidade, a conceituação do bem jurídico se constrói ao longo dos tempos de modo que não há consenso doutrinário.

Para que o bem fosse qualificado como “jurídico” foi necessário um estudo evolutivo ocorrer a partir de preceitos científicos, sobretudo a partir do Sec. XVIII, pois existem vários tipos de bens, jurídicos ou não.

Dentre os bens existentes, TOLEDO (1994, p. 16-17) informa que somente alguns bens são dignos de receber essa proteção dada pelo direito e que poderiam ser erigidos a condição de bem jurídico. Dessa forma, o conceito de bem jurídico é resultado de uma evolução lenta na doutrina. Nem todo bem é bem jurídico. Além disso, nem todo bem jurídico receberá a proteção do direito penal.

No espectro dos bens jurídicos que recebem a tutela especial do direito penal, há mais uma restrição a saber. Não é qualquer forma ou espécie de lesão ao bem que vai receber essa proteção penal. Somente as lesões que atinjam os bens mais caros que merecem a tutela pelo direito penal.

Retomando ao aspecto evolutivo conceitual, CANTON FILHO (2009, p.4) leciona que não se devem considerar somente aspectos históricos. A conceituação também deve incluir valores e interesses sociais oriundos de conflitos que uma determinada sociedade erigiu os bens mais especiais à categoria de jurídicos.

Além do exposto, essa seleção de bens não pode ser realizada por qualquer pessoa. Explica o estudioso que o grupo de pessoas que seleciona os bens jurídicos é uma parcela da sociedade que, sob a ótica deles, define quais são os bens mais importantes e merecedores dessa tutela. Ou seja, os valores sociais recebem influência somente de algumas pessoas, tidas como dominantes naquele meio social, que vão definir e fazer a seleção de quais bens que serão tutelados pelo direito penal. A seleção de alguns bens e a rejeição dos demais é uma valoração subjetiva de uma determinada parcela da sociedade num momento determinado.

Além desse caráter pessoal e subjetivo, vários outros fatores - sociais, políticos, econômicos – exercem influência direta na seleção dos bens jurídicos eleitos para receber a proteção do direito penal.

A doutrina enxerga uma subsunção dos preceitos adotados pelo grupo social dominante, na eleição de bens jurídicos penais, desde antes da Idade Média até a atualidade. Nessa fase inicial, o estudo do bem jurídico penal está muito associado à aplicação das penas e na política criminal.

O direito vigente na Idade Média era o direito divino e possuía sustentação teleológica. Nesse período, o direito penal era aplicado basicamente para castigar os infratores. A interpretação das normas positivadas à época, normas de origem divina, conforme leciona PELARIN (2001, p. 24), somente podia ser realizada por homens dotados de uma capacidade especial, ou seja, somente alguns poucos legitimados tinham a capacidade de interpretar as leis emanadas das divindades. Além disso, também era atribuição do intérprete divulgar as “normas divinas” para a população em geral, sendo todo o resto desprovido dessa capacidade interpretativa.

Do exposto, as normas além de ter origem divina, o destino também era específico, pois somente cabia aos interpretes a legitimação para receber tais normas. Eles eram os únicos com capacidade para dominar o conhecimento e entender o caráter normativo, bem como únicos com atribuições para dar ampla divulgação para a população em geral. A aplicação da norma penal também era atribuição dos intérpretes e a pena tinha uma positivação universal e eterna. A dosimetria da pena aplicada tinha relação diretamente proporcional com o mal praticado de forma a compensá-lo. Assumia o caráter retributivo da aplicação da pena. Nesse contexto, a pena não era questionada pela população, visto sua origem divina. O medo de ser punido funcionava como prevenção geral e abstrata contra novas infrações.

Corroborando com essas lições, PRADO (2014, p. 29-30) afirma que o delito era, antes de tudo, um pecado. A infração era uma desobediência à vontade divina, perfazendo o que ele chama de “confusão delito-pecado” como característica mais significativa do período. O crime tinha relação direta com o pecado.

Nesse diapasão, até o século XVII as penas aplicadas por meio do direito penal eram bastante cruéis. O terror adotado pelos operadores do direito era

proporcional ao temor que a população tinha em contrariar as normas penais. O direito penal era uma ferramenta usada para manter a monarquia no poder (MELO, 2005, p. 40-41).

Para KIST (2003, p. 148) o “direito penal vigente até o Séc. XVII se caracterizava por um profundo atraso e pela crueldade de suas sanções”. Este autor cita que somente após a obra de Beccaria – Dos Delitos e das Penas – o direito penal renovou as medidas das penas que eram aplicadas a partir do século XVIII. Somente com a obra de Beccaria que o direito penal recebeu a nobre missão de proteger direitos subjetivos.

Com advento do Iluminismo, no século XVIII, o direito se funda no antropocentrismo, período marcado pela substituição das normas divinas e por uma base racional de origem antropológica (PELARIN, 2001, p.21-25). Prado relata que na “filosofia penal iluminista¹, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”.

A preocupação do Iluminismo² foi de fundar uma sociedade organizada. O homem passa a ser o centro das ações e visto como protagonista para a legislação penal. Nesse período, o crescimento das ciências e da cultura como um todo fez surgir a Escola Clássica do Direito Natural e culminou com o desenvolvimento do jusnaturalismo³ moderno. No jusnaturalismo o homem passa a figurar como construtor

¹ Sobre o movimento iluminista, Prado mostra uma visão da problemática penal: “(...)mais que uma corrente de ideias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos.”

² ABBAGNANO (2007, p. 534-535) conceitua Iluminismo como sendo “Linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a razão como crítica e guia a todos os campos da experiência humana. Nesse sentido, Kant escreveu: ‘O I. é a saída dos homens do estado de minoridade devido a eles mesmos. Minoridade é a incapacidade de utilizar o próprio intelecto sem a orientação de outro. Essa minoridade será devida a eles mesmos se não for causada por deficiência intelectual, mas por falta de decisão e coragem para utilizar o intelecto como guia. *Sapere aude!* Tem coragem de usar teu intelecto!’ é o lema do I.”.

³ Quanto ao Jusnaturalismo ABBAGNANO (2007, p. 593) o conceitua como sendo a “Teoria do direito natural configurada nos sécs. XVII e XVIII a partir de Hugo Grocio (1583-1645), também representada por Hobbes (1588-1679) e por Pufendorf (1632-94). Essa doutrina, cujos defensores formam um grande contingente de autores dedicados às ciências políticas, serviu de fundamento à reivindicação das duas conquistas fundamentais do mundo moderno no campo político: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do listado. Desses princípios nasceu de fato o listado liberal moderno”.

da realidade social. O indivíduo recebe a titularidade dos direitos que são inatos do ser humano, além disso, esta fase começa a enxergar no homem a “razão de ser do mundo”. Nesse sentido, VAN DER BROOKE (2014, p. 32) leciona que “o iluminismo contribuiu sobremaneira para a substituição gradual da fé pela razão no que diz respeito ao paradigma da concepção de interações sociais”.

Dessa euforia cultural do Iluminismo, surgem o pacto social e as diversas teorias contratualistas⁴. Com o contrato social a organização do estado ganha uma nova roupagem, e com ela, torna-se fundamental definir quais bens são socialmente relevantes na busca da proteção aos bens jurídico-penais.

O contrato social foi configurado à medida que o Estado foi sendo organizado politicamente, mediante pacto firmado entre o soberano e os cidadãos, como fim de dar uma proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos. Esse pensamento quebra os paradigmas aceitos anteriormente, cujo poder normativo estatal era proveniente da “obra divina e divinos os seus representantes”.

Na análise da teoria contratualista, consoante às lições de PRADO (2014, p. 31), a concepção material do delito era uma lesão ao direito subjetivo. Trata-se de um pensamento cuja ideologia era dominante nesse período, época que passou a punir as condutas que lesionavam algum direito subjetivo e liberal concreto. Acreditavam que a maneira mais eficaz de garantir a liberdade seria por meio do direito subjetivo.

Nessa nova roupagem, o Estado só existe para atender ao homem. Todo cidadão possui direitos subjetivos e, portanto, a proteção não deve depender da vontade do soberano, pois os direitos são inatos ao homem simplesmente por serem homens. Cabe ao Estado promover a aplicação de direitos sob pena de serem considerados como ilegítimos todos os atos contrários a eles. Dentre essas prerrogativas a liberdade, a igualdade de todos perante as leis e a propriedade privada são alçadas a condição de direitos naturais do homem (KIST, 2003, p. 148-150).

⁴ Segundo ABBAGNANO (2007, 205-206) Contratualismo foi “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.” Trata-se de “Doutrina que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou, em geral, da comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros”.

O Iluminismo provocou uma organização social de maneira racional. Além disso, o jusnaturalismo moderno atribui ao homem a detenção de direitos que lhe são próprios, até então relegados a um segundo plano (MELO, 2005, p. 32-35).

No liberalismo⁵ a esfera privada não poderia ser de livre restrição por meio do Estado. Lembrando que uma das funções do direito, de modo geral, é a de dar proteção a bens jurídicos. Nesse diapasão, especificamente sobre os bens jurídicos penais, a Constituição Portuguesa de 1822 determinou que nenhuma lei penal poderia ser feita sem que houvesse absoluta necessidade. A própria Declaração dos Direitos do Homem de 1789 também determinava pela imposição de penas somente quando considerada estritamente necessária (ARÊDES, 2017, p. 449).

Em 1801, o tratado de Feuerbach tentou apresentar o objeto do direito penal e a tutela de direitos subjetivos como um “conjunto de bens privados ou individuais, atribuídos às pessoas”, verdadeiros titulares desse direito. Nesse aspecto, a pena era a consequência de uma lesão a um bem jurídico que, estampada na lei, preservava direitos subjetivos. Essa lesão, porém, não se concretiza no mundo fático. A lesão se caracteriza por atingir o dever-ser, e não o direito propriamente dito. Embora não o conceito de bem jurídico ainda não esteja formado, as críticas aos postulados de Feuerbach foram importantes para iniciar uma formulação ao conceito de bem jurídico (apud BRANDÃO, 2015, p.9).

⁵ LIBERALISMO – “Doutrina que tomou para si a defesa e a realização da liberdade no campo político. Nasceu e afirmou-se na Idade Moderna e pode ser dividida em duas fases: 1a do séc. XVIII, caracterizada pelo individualismo; 2a do séc. XIX, caracterizada pelo estatismo. A primeira fase é caracterizada pelas seguintes linhas doutrinárias, que constituem os instrumentos das primeiras afirmações políticas do L: a) *jusnaturalismo*, que consiste em atribuir ao indivíduo direitos originários e inalienáveis; b) *contratualismo*, que consiste em considerar a sociedade humana e o Estado como fruto de convenção entre indivíduos; c) *L. econômico*, próprio da escola fisiocrática, que combate a intervenção do Estado nos assuntos econômicos e quer que estes sigam exclusivamente seu curso natural; d) como consequência global das doutrinas precedentes, negação do absolutismo estatal e redução da ação do Estado a limites definidos, mediante a divisão dos poderes.” Para este autor “A segunda fase do L. começa quando esse postulado entra numa crise cujos precedentes se encontram nas doutrinas políticas de Rousseau, Burke e Hegel, bem como no fato de que, no terreno político e econômico, o L. individualista parecia defender uma classe determinada de cidadãos (a burguesia), e não a totalidade dos cidadãos. O Contrato social (1762) de Rousseau já constitui uma guinada no individualismo. Para Rousseau, os direitos que o jusnaturalismo atribuíra aos indivíduos pertencem apenas ao cidadão. “O que o homem perde com o contrato social é sua liberdade e o direito ilimitado a tudo o que o tenta e que ele pode obter; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”, Mas. Na realidade, só “a obediência à lei que prescrita é liberdade”, de tal forma que só no Estado o homem é livre (Contrat social, I, 8). A afirmada infalibilidade da “vontade geral”, resultante da “alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade””

O caráter liberal que a sociedade vivenciava durante o século XIX tinha como função precípua a de limitar o legislador penal. Fase em que a teoria do bem jurídico penal foi incrementada como um dos pilares para formar a teoria do delito penal (PRADO, 2014, p. 33). Do ponto de vista dogmático, PRADO leciona que a inserção do conceito de bem jurídico à teoria do delito foi bastante útil, pois serviu como parâmetro para incidir também na aplicação dos fatos contrários aos delitos religiosos e aos costumes.

Quanto a estes delitos, consoante postulados de Feuerbach, a conduta não poderia ser conceituada como criminosa somente pelo fato de violar uma norma ética ou divina, era necessária a violação, ou a lesão, a um interesse concreto do indivíduo. Situação denominada por KIST (2003, p.152) como a “laicização dos interesses a serem protegidos”. Consequência disso, a tutela dos direitos fundamentais do homem recebia proteção contra todos, inclusive quando o próprio Estado fosse o causador da lesão ao bem protegido, visto que os direitos ali protegidos seriam inatos ao homem.

KIST (2003, p. 153) prossegue suas lições relatando sobre a existência de direitos individuais em todos os Códigos Penais escritos a partir da Revolução Francesa, com predominância na tutela de bens jurídicos penais, conforme expõe:

“Este reconhecimento foi feito paulatinamente, através da inserção destes direitos em documentos legislativos, o que ocorre nos últimos decênios do século XVIII, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, firmada em 26.08.1789. Também nos Códigos Penais editados a partir de então, como os Códigos Gauleses de 1791 e 1810, o Código da Baviera de 1813, o Código Espanhol de 1848, o Código da Prússia de 1870, o Código Geral para a Alemanha de 1871, o Código Penal da Itália de 1890, bem como o Código Penal Brasileiro de 1830, entre outros.”

O autor menciona que coube ao Iluminismo a responsabilidade de colocar a ideia de objeto jurídico do delito no direito penal. Dessa forma, somente determinadas condutas que violem bens e valores específicos do homem que deve receber a proteção do direito penal.

Em clara substituição às barbáries vislumbradas durante a Idade Média, a violação do pacto social passa a ser considerada infração penal, com lesão a bens jurídicos subjetivos. Com relação ao poder de legislar normas penais, KIST (2003, p. 152) cita sobre a importância dessa limitação a partir de agora, atuante em prol da manutenção dos direitos fundamentais do homem. Somente normas estritamente necessárias deveriam tutelar os bens jurídicos penais, na tentativa de diminuir a

quantidade de leis penais vigentes à época, atribuindo a tutela penal o caráter fragmentário.

O contraponto da teoria preconizada por Feuerbach, que deu origem ao conceito de bem, foi proposto por Birnbaum (apud BRANDÃO, 2015, p. 10). Para ele, o direito nunca pode ser violado em seu aspecto subjetivo. Ao contrário, quando há uma lesão ao direito subjetivo de uma pessoa, na verdade, a lesão é concreta, objetiva, a um direito que é materializado em bem.

Com o movimento iluminista, várias sociedades emergiram na Europa. A complexidade daquelas sociedades permitiu que houvesse um rápido crescimento da atividade legislativa. A elaboração de diversas leis, inclusive penais, muitas vezes trazia divergência de conteúdo e insegurança jurídica (KIST, 2003, p. 155-156). Este autor atribui a Johann Michael Franz Birnbaum a responsabilidade de substituir a qualidade dos bens jurídicos protegidos, vislumbrados pelos Iluministas, cujo foco era a tutela dos direitos subjetivos, para a proteção de bens corpóreos. Para ele, Birnbaum idealizava que somente os bens jurídicos corpóreos ou materiais deveriam ser tutelados pelo direito penal. Somente os bens mais “importantes para a pessoa e a coletividade e passíveis de lesão pela ação criminosa” devem interessar ao direito penal.

Ao longo dos séculos, várias são as divergências doutrinárias quanto à conceituação para bem jurídico, sobretudo no aspecto penal. Algumas vezes o conceito se mostrou atrelado ao próprio direito penal, causando certa confusão com a aplicação dele próprio; outras, se mostrou bastante associado às funções do direito.

Constatou-se ainda que nem a teoria de Feurbach nem a de Birnbaum serviram para definir conceitos precisos de bem jurídico, do mesmo modo que são apresentados na atualidade, sobretudo no campo do direito penal. Mas essas teorias conseguiram dar nova orientação quanto ao modo de analisar o objeto penal, que sai da ótica subjetiva para objetiva, em face de um caso concreto, com objeto visualizável.

3.2 Funções do bem jurídico penal

Além do exposto, a história do bem jurídico também foi formulada com base em divergências quanto à verdadeira função do direito penal, decorrente de ideais provenientes do iluminismo e do liberalismo nos idos do Sec. XIX.

Conforme lecionado por PRADO (2014, p. 33), o caráter liberal do século XIX tinha como função a de limitar o legislador penal, com consequência no incremento da teoria do bem jurídico penal. Essa limitação podia ser sentida tanto na criação de leis penais quanto na manutenção dos direitos humanos mais fundamentais.

A proteção dada pelo direito penal deveria ser realizada somente quando houvesse uma lesão a um bem “no mundo da realidade”, em substituição dos conceitos individualistas para a concepção materialista da proteção do bem jurídico, vistos no Iluminismo. O objeto da proteção penal era identificado no bem jurídico, disciplinando a criação de novos tipos penais.

As lições de PRADO (2014, p. 34) atribuem a Birnbaum a responsabilidade de colocar o conceito de bem no contexto jurídico-penal, com a necessidade de lesão a um bem real, do mundo do ser, ou seja, um objeto material.

Desse modo, somente haverá lesão ao objeto do direito, que é o bem, quando houver diminuição desses bens na esfera individual dos seus titulares. CANTON FILHO (2009, p. 7) lembra que o bem jurídico, para Birnbaum, não era a criação do direito, mas anterior a ele. Preceitua ainda que “(...) o direito não cria o bem jurídico, mas tem a função de decidir o bem jurídico a partir da sua adequada valoração”.

Para BRANDÃO (2015, p. 10-11) também seria possível diminuir ou subtrair os bens que são objetos da tutela do direito. Entretanto, essa diminuição ou substituição não acontece com o direito, somente com os bens. Se a infração representa uma lesão, só poderá ocorrer sobre o bem tutelado pelo direito, não sendo possível ocasionar lesão ao direito em si.

Enquanto “Feuerbach definiu o crime como lesão jurídica (...) contida em uma lei penal contra o direito do outro(...)”, Birnbaum ensina que “(...) somente o bem pode ser lesionado, nunca o direito”.

No final do Sec. XIX, os ensinamentos de Karl Binding trazem mais um tijolo na construção da dogmática sobre o estudo do bem jurídico. Ele “(...)vincula o conceito de bem jurídico ao Estado, mas o faz a partir da norma, o que dá ao legislador (...) a atribuição de escolher quais são os objetos de tutela da lei penal” (BRANDÃO, 2015, p. 13).

KIST (2003, p. 157) afirma que a teoria de Binding é uma concepção legalista formal de bem jurídico, pois encontra seu fundamento de validade no direito positivo vigente. Suas lições atribuem ao bem jurídico tutelado a finalidade da norma penal vigente, como criadora do bem jurídico. O delito passa a ser visto como uma lesão a um direito subjetivo estatal.

Esse contexto afasta por completo o pensamento iluminista sobre o conceito de bem jurídico, visto que bem jurídico e norma jurídica formalizam o direito penal vigente. Para Binding, “delito é a lesão ao direito de mandar do Estado” (KIST, 2003, p. 158).

Pela teoria iluminista, o bem jurídico tem conteúdo material e deve ser anterior ao direito positivado. No método Neokantiano⁶ o conceito de injusto penal é “puramente formal” e, portanto, não resolve os problemas sociais (MELO, 2005, p. 54-55, 80). Melo entende que há uma deficiência na capacidade de resolver problemas na teoria do injusto material, encampada pelas teorias iluministas e metodológica Neokantiana.

Brandão afirma que a denominação de bem jurídico é atribuída a Binding. Para Binding o direito penal é criação do legislador. Cabe ao Poder Legislativo a

⁶ ABBAGNANO (2007, p. 710) Neokantismo ou Neocriticismo (in. *Neo-Criticism*; fr. *Néocriticisme*; ai. *Neukantianismus*-, it. *Neocriticismo*) é o “Movimento de “retorno a Kant” iniciado na Alemanha em meados do século passado e que deu origem a algumas das mais importantes manifestações da filosofia contemporânea. As características comuns de todas as correntes do N. são as seguintes: 1a negação da metafísica e redução da filosofia a reflexão sobre a ciência, vale dizer, a teoria do conhecimento; 2- distinção entre o aspecto psicológico e o aspecto lógico-objetivo do conhecimento, em virtude da qual a validade de um conhecimento é completamente independente do modo como ele é psicologicamente adquirido ou conservado; 3a tentativa de partir das estruturas da ciência, tanto da natureza quanto do espírito, para chegar às estruturas do sujeito que a possibilitariam. Na Alemanha, a corrente neocriticista foi constituída pelas seguintes escolas: 1a de Marburgo (Marburger Schule), à qual pertenceram F. A. Lange, H. Cohen, P. Natorp, E. Cassirer, e à qual também se liga, em parte, Nicolai Hartmann; 2ª de Baden (Badische Schule), fundada por W. Windelband e H. Rickert, 3ª historicismo alemão, com G. Simmel, G. Dilthey, E. Troeltsch, etc. Esta última escola formulou o problema da história analogamente ao modo como as outras escolas kantianas formulavam o problema da ciência natural (v. HISTORICISMO). Fora da Alemanha, vinculam-se à corrente neocriticista C. Renouvier e L. Brunschvicg, na França, S. H. Hodgson e R. Adamson, na Inglaterra, e Banfi na Itália.

definição das normas penais sancionadoras, assim como a definição de quais bens - somente agora chamados de bens jurídicos - serão tutelados pelo direito penal. Ainda segundo Binding (apud BRANDÃO, 2105, p.14) o “Bem jurídico é um valor social, que foi convertido no objeto de proteção do direito penal” consagrado pelo legislador por meio de uma norma penal incriminadora como suficiente para a proteção social.

KIST revela na evolução conceitual sobre o bem jurídico a finalidade de limitar o poder estatal. Limitação essa que objetivava dois aspectos: combater os excessos das penas cruéis e desmedidas que vinham sendo aplicadas na Idade Média; bem como diminuir a quantidade de leis, sobretudo penais, muitas de conteúdos divergentes, como ocorrido no pós-iluminismo europeu. No mesmo sentido, GRECO (2012, p. 57) também faz referência às penas cruéis e arbitrárias ocorridas na Idade Média.

Com relação ao papel do bem jurídico penal, no século XIX, MELO (2005, p.71) explica que não havia correspondência entre os conceitos até então apresentados com as exigências que a dogmática penal requeria. Isso explica o surgimento da teoria teleológica sobre o bem jurídico com valor abstrato, de cunho ético-social, na proteção da norma penal.

Com o advento da I Guerra Mundial, no início do séc. XX, o bem jurídico penal recebeu papel secundário na dogmática penal. Somente após a II Guerra Mundial que a doutrina voltou a dar papel de destaque com foco no bem jurídico penal. Dessa forma, o bem jurídico também retoma sua proteção material e garantista. Além disso, redireciona seu foco para o direito penal como elemento necessário para limitar o poder punitivo estatal. Essa roupagem fez surgir os enfoques das teorias sistêmicas e funcionais do bem jurídico penal.

KIST (2003, p. 164) aponta Hans Welzel, cujo artigo publicado no ano de 1939, como sendo o mais importante autor na concepção sistêmica de bem jurídico. Para o autor Welzel afirmava a existência de bens jurídicos conforme eles atuam na vida em sociedade. A teoria sistêmica prega que os bens exercem uma função dentro da sociedade que vai além da sua própria existência.

As lições de MELO (2005, p. 77) também atribuem a Welzel uma enorme contribuição para a concepção sistêmica de bem jurídico. O autor comenta que a

tarefa do bem jurídico, nessa visão sistêmica, é a de proteger as funções sociais e seus mecanismos como meio para garantir a manutenção das ameaças sociais.

Segundo GRECO (2010, p.174) as críticas sobre a teoria do bem jurídico penal versam em dois aspectos: definição do que seria bem jurídico; e, recentemente, a sua fundamentação. Com relação às diversas teorias do bem jurídico, destacam-se a falta de consenso quanto ao foco de origem na busca dos principais elementos vitais da sociedade. Modernamente, essas divergências desaguam no surgimento da concepção de um bem jurídico que protege elementos essenciais à vida em sociedade, cujos valores devem ser os mais caros da sociedade. Atualmente tais valores devem necessariamente ter amparo legal numa norma de hierarquia superior: a constituição.

Na doutrina contemporânea, como bem explica TOLEDO (1994, p. 16) “bens jurídicos são valores éticos sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob a sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. Com os valores inseridos diretamente na Constituição de um determinado país, não há como a produção legislativa fugir desses valores, nem alcançar valores outros que sejam apartados desse contexto legal e superior.

MELO (2005, p. 54-55, 80) enxerga no conceito de bem jurídico a possibilidade de proteção dos bens insculpidos numa Constituição como forma de dar legitimidade maior para essa proteção.

Para Luisi (apud KIST 2003, p. 168-169) “(...) é nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções”. Sobre a construção da norma jurídica, seus estudos apontam uma responsabilidade ao penalista: “(...) cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal”.

Segundo MELO (2005, p.81), Luisi também enxerga a mesma deficiência nas teorias acima mencionadas: “(...) todos esses enfoques, (...) primam pela carência de concretude, posto que não definem conteúdos (...) de nocividade social das mesmas”.

Para Luisi (apud KIST, 2003, p.168) a teoria da constitucionalização do bem jurídico vai resultar em duas consequências:

- 1) dar um caráter geral da proteção aos princípios fundamentais constitucionais, com a criação do tipo penal vinculada a tais princípios;
- 2) a Constituição determina que alguns valores sociais sejam necessariamente alçados à condição de bem jurídico a ser protegido pelo direito penal, o que ele conceitua de teoria constitucional estrita.

Em decorrência das incapacidades encontradas nas teorias sistêmicas e Neokantianas, as modernas teorias vão buscar na constituição os bens jurídicos merecedores da tutela penal (MELO, 2005, p. 81).

Os valores fundamentais da sociedade fazem parte do corpo do texto constitucional. O fundamento de validade dos bens jurídicos também será legitimado pela constituição. Além do mais, trata-se de fundamentação prévia à atividade legiferante, na produção de leis penais incriminadoras.

Em consonância com o ensinamento de Luiz Luisi, a doutrina de Claus Roxin também vai atuar nessa seara de bens jurídicos sob aspecto constitucional. Roxin (apud MELO, p. 83) diz que os bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência comum em sociedade que necessitam ser protegidos pelo Estado, por meio de sanções na ocorrência de violação a tais bens.

KIST (2003, p.169) leciona que os bens jurídicos, para Roxin, devem ser tutelados pelo direito penal tendo em vista sua condição de valor essencial para a vida em sociedade. Cabe ao Estado promover a aplicação de sanções penais quando bens jurídicos forem violados. A segurança da vida social é função do sistema punitivo estatal. O direito penal, por sua vez, se incumbe de proteger situações valorizadas que necessitam manter-se íntegras como premissa da convivência social pacífica.

O pensamento de Roxin (apud KIST, 2003, p. 170) revela que outros bens jurídicos também podem ser tutelados pelo direito penal. São bens de caráter público e de relevância para o convívio social pacífico. Cita, como exemplo, valores ou entes com funções essenciais do Estado: administração da justiça, administração pública, segurança da moeda, bem como meio ambiente equilibrado. Mas a finalidade do

direito penal, para ROXIN (2015, p. 34), é a proteção de bens jurídicos. Compreendidos como sendo todos “os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos”. Para ele o aparato estatal também faz parte dessa convivência livre e pacífica.

KIST (2003, p.167) enxerga nos princípios fundamentais encontrados na Constituição um óbice para à produção de leis penais que os afrontem. De outra banda, ao escolher os bens jurídicos que serão penalmente tutelados, o legislador tem de ser coerente com os direitos de liberdade e com os princípios amparados na constituição. As lições de MELO (2005, p. 166) vão no mesmo caminho apresentado por KIST. Os princípios constitucionais são o caminho para dar legitimidade na seleção dos bens jurídicos que serão protegidos na esfera penal.

A doutrina brasileira (KIST, 2003, p. 174) também formulou alguns conceitos de bem jurídico. São apresentados conceitos de Anibal Bruno, Francisco de Assis Toledo e Claudio Heleno Fragoso. Para o primeiro deles, “bens jurídicos são valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura”.

Francisco de Assis Toledo (apud KIST, 2003, p. 174), por sua vez, considera bem jurídico como sendo o conjunto de valores ético-sociais que são selecionados pelo direito com objetivo de manter a paz social, com proteção à exposição de perigo ou de lesões.

Fragoso (apud KIST, 2003, p. 174) conceitua bem jurídico como bem humano ou social que recebe proteção da norma. O sentido dado à norma é quem determina a natureza dessa proteção.

As divergências no âmbito de incidência da norma penal incriminadora acontecem desde o Século XIX. A respeito disso, KIST (2003, p. 146, 175) demonstra divergências doutrinárias com relação aos conceitos de bens jurídicos ao longo dos tempos. O que não vai ocorrer com relação a sua função. Para ele, a proteção de bens jurídicos vem sendo apresentada na doutrina quase que de modo unânime, como função do direito penal.

No início do século XIX a teoria proposta por Birnbaum era dominante. Essa teoria dizia que somente os bens corpóreos ou materiais poderiam ser objeto da tutela do direito penal. No final do mesmo século, porém, as doutrinas de Liszt e Binding

enxergavam nos bens jurídicos a função de proteger os bens mais valiosos para a sociedade (apud KIST 2003, p. 158).

Os ensinamentos de KIST (2003, p. 158) revelam que o direito penal, segundo Binding, foi a ferramenta usada para manter e criar condições favoráveis ao crescimento e progresso econômico que a Alemanha necessitava ter, após sua unificação. A economia alemã estava atrasada quando comparada a economia de outros países europeus. Quanto à função do bem jurídico penal, vinha “(...) sendo o bem jurídico identificado com as condições de uma vida sã em comunidade, mas tal qual o legislador delineava”. PRADO (2014, p.34-35) leciona que “bem jurídico é tudo o que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica”. Quanto à configuração do delito, o bem jurídico era indispensável. Nessa concepção, “o bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma”. Em suas lições, PRADO revela em Binding a característica de ser o último representante da orientação positivista.

Em contraposição ao pensamento formalista da norma desenhada por Binding, ainda conforme PRADO, Franz Von Liszt “desenvolveu a dimensão material do injusto penal”. Para Liszt os interesses jurídicos não dependem da ordem jurídica vigente. Bem jurídico não é criação da norma. Os bens jurídicos, que são os interesses humanos, são existentes antes mesmo da criação da norma. O conceito material de bem jurídico se mostra como capaz de limitar o poder punitivo estatal, indo além do próprio sistema jurídico.

Liszt (apud KIST, p. 158) apontava que “o ordenamento jurídico não cria o interesse, a vida o cria, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico”, resultante duma relação do direito penal com a política criminal.

Além de estrutura central da teoria do delito, Liszt (apud KIST, p. 158) enxerga no bem jurídico uma realidade válida em si mesma. Para este doutrinador, a valorização do bem jurídico é totalmente independente do que o legislador decide. Para ele, o fim do direito é dar proteção aos interesses do homem, situação que antecede a produção da própria norma.

Os estudos de PRADO (2014, p.37-38) afirmam que Liszt foi responsável pela distinção entre a ciência normativa das demais ciências, com destaque para a

política criminal. Revela que Liszt definiu o direito penal como a ciência central da qual todas as demais ciências, que se ocupam do delito, deveriam se irradiar. O bem jurídico se localiza na intersecção entre o direito penal com a política criminal. Trata-se da criação da experiência social, que constrói uma conceituação mais liberal antecessora da norma jurídica, mas ainda de interesse para o legislador.

As orientações do século XX continuaram em evolução. A concepção metodológica Neokantiana tomou lugar após a Primeira Guerra Mundial. Nessa acepção, o bem jurídico passou a receber influências da ética. KIST (2003, p.160) menciona esse momento como de ressurgimento de ideais iluministas de liberdade na constituição alemã de Weimar. Os objetivos eram proporcionar o incremento econômico da Alemanha no pós-guerra, tentar superar as desigualdades sociais e fazer a reconstrução do país, que apresentava enormes problemas econômicos.

O bem jurídico passa a ser visto como um “valor cultural abstrato, e sua violação um comportamento imoral”. A orientação espiritualista Neokantiana significava dar proteção a conteúdos espirituais de um grupo social. O bem jurídico passa a ser um método interpretativo. PRADO (apud KIST, p.160) afirma que, nesse sentido, os bens jurídicos recebem seu fundamento em valores culturais. São valores que embora surjam de necessidades individuais, uma vez que são necessidades dominantes de uma sociedade, serão consideradas bens jurídicos e devem receber proteção penal.

No curso da Segunda Guerra Mundial, o bem jurídico foi doutrinariamente esquecido, mas volta a ter destaque na dogmática penal no pós-guerra. Período que faz surgir os pensamentos funcionalistas e sistêmicos. Essas teorias também objetivavam limitar a produção legislativa notadamente quanto ao poder punitivo estatal. Trata-se de função que vem permanecendo até os dias atuais, segundo relato de KIST (2003, p. 147).

3.3 Bem jurídico penal e teorias constitucionais

Atualmente pretende-se dar ao direito penal somente a tutela dos bens jurídicos que estejam amparados por princípios emanados de uma Constituição, com destaque para a doutrina de Claus Roxin, Luiz Luisi, Maurício Antônio Ribeiro Lopes.

Os ensinamentos de KIST (2003, p.175) revelam considerações doutrinárias sobre algumas das funções que o bem jurídico deve ofertar: função de garantia, função teleológica e função sistemática.

A função garantidora, essencialmente, limita o poder punitivo estatal na formulação de leis penais incriminadoras. Com essa função a produção legislativa não pode incriminar condutas que não sejam efetivamente lesivas ou perigosas aos valores sociais mais caros da sociedade: os bens jurídicos. KIST (2003, p. 175) descreve o papel do bem jurídico: “(...) é um papel que o bem jurídico exerce na individualização legislativa, no momento da cominação da pena”.

Prado, por sua vez, denomina esta função como limitadora. Cabe ao legislador a tarefa de limitar a dimensão da norma penal (PRADO, 2014, p. 62). Essa função vai refletir no princípio da fragmentariedade: o direito penal só será legítimo para atuar quando a conduta ferir um bem jurídico penalmente relevante.

O direito penal também deve atuar somente quando os demais ramos do direito não foram capazes de efetivar a proteção desejada. O direito penal deve ser a reação mais forte contra o mal dirigido à sociedade, além da última reação estatal dessa proteção (princípio da ultima ratio⁷). A sanção penal não pode e nem deve ser utilizada quando outras formas mais brandas do direito são aptas a dar proteção e inibir a conduta indesejada.

A função teleológica, por sua vez, revela no bem jurídico uma forma interpretativa da função do direito penal, como condicionantes do sentido e do alcance da norma penal incriminadora. Para KIST não é possível “interpretar, nem conhecer a lei penal, sem lançar mão da ideia de bem jurídico”. Os elementos do tipo penal, objetivo e subjetivo, estão diretamente relacionados com o bem jurídico protegido.

⁷ KINDÄUSER, Urs. Traduzido por Beatriz Correa Camargo, cita que “A pena é uma reação estatal, cujo emprego somente se faz legítimo quando outros meios fracassam”. Revista brasileira de ciências criminais 2012, número 95, p. 86

A função teleológica, denominada por Lopes (apud KIST, p. 176) de função exegética, não pode deixar de cumprir a proteção dos bens jurídicos sociais. Segundo Lopes: “a função exegética não pode desconectar-se das demais funções do bem jurídico (...) somente assim cumprirá a função de proteger a sociedade”.

A terceira função do bem jurídico, conforme apresentou KIST (2003, p. 173-174), é a função sistemática. Cabe a esta função elencar os bens jurídicos em divisões claras no texto da parte especial da legislação penal. Ela determina a divisão por tipos penais que dão proteção aos mesmos bens jurídicos de forma a serem organizados e agrupados nos mesmos “capítulos” da lei penal.

Nessa linha de raciocínio, especificamente sobre as três funções ora apresentadas, PRADO (2014, p. 62-63) também enxerga as mesmas semelhanças acima citadas. Contudo, além delas, seus estudos vão além e trazem mais uma função do bem jurídico penal: a individualizadora. Essa quarta função é critério para medição da pena que deve ser aplicada ao caso concreto, cuja medida será arbitrada em consideração do tamanho da lesão ao bem.

O pensamento doutrinário mais recente também pode revelar os aspectos mais estritos da função do bem jurídico penal, algumas vezes de maneira implícita, ao tempo que também o vincula a função do direito penal.

Jakobs (apud TUTIKIAN, 2008, p.249⁸) aceita a afirmação de que o pensamento doutrinário majoritário a respeito da função do direito penal sendo protetora de bens jurídicos, porém, esse não é o seu pensamento. Jakobs explica que a “relevância dos bens é relativa” visto que o faz somente quando em situações de ameaças ao referido bem.

Para ele o direito penal não consegue garantir a existência do bem jurídico, mas somente “que as pessoas não ataquem esse bem”. Ele menciona que os bens jurídicos poderão perecer, pois o direito penal não serve para efetivar a proteção genérica dos bens jurídicos. Jakobs afirma que a proteção do direito penal à vigência

⁸ Tutikian, Cristiano. Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos: possibilidades e contradições no estado democrático de direito. Referência: Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p. 243-255, jan./mar. 2008, 01/2008. Acesso em 18/12/2017.

da norma é necessária para garantir a expectativa de que novas ameaças não sejam praticadas contra esses bens.

As lições de TUTIKIAN revelam uma síntese da teoria proposta por Jakobs, diretamente relacionada à função do direito penal: “(...)o direito não é um muro para proteger bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas(...)”. O autor enxerga no pensamento de Jakobs, especificamente relativo à função de proteger os bens jurídicos pelo direito penal, a afirmação de que essa proteção não alcança tão somente meras ameaças realizadas por uma pessoa em relação aos bens de outrem, mas a própria ordem social. A ordem social só é estabilizada graças às expectativas que as pessoas põem sobre uma norma jurídica, que vai agir diretamente na relação interpessoal dessa sociedade, pois as normas não são os bens de determinadas pessoas.

Conforme as lições de STRECK (apud TUTIKIAN, 2008, p. 253), a análise da teoria do bem jurídico também recebe um controle da constituição, de cunho material da norma. Dessa forma, somente com base nos valores sociais inseridos na constituição, o direito penal poderá exercer a proteção de bens jurídicos, individuais ou coletivos, de uma determinada sociedade. STRECK propõe que o direito penal “a ser construído não deve ser pautado pela simples intervenção mínima, mas por uma intervenção minimamente necessária à consecução dos objetivos do Estado Democrático brasileiro”. A atuação da norma penal só é cabível quando “estritamente necessária” desde que mantenha as garantias fundamentais no Estado democrático de direito. Inferem-se nesse contexto as conotações das funções limitadoras e exegéticas anteriormente explanadas.

Embora STRECK (2007, p.310) afirme que boa parcela da doutrina penalista brasileira faz a leitura do garantismo penal precipuamente sob o ponto de vista de proteção negativa, ele entende que também é necessário vislumbrar o outro lado da proteção, a de que o direito penal também deve examinar a proteção de determinados bens jurídicos fundamentais com viés positivo.

Para CANTON FILHO (2009, p.3) o “bem jurídico possui uma função estruturante no âmbito do Direito Penal”, cujo papel vai além de simples delimitador dos aspectos formais da efetividade jurídica, alcança o verdadeiro sentido para o direito penal, orienta e legitima a atuação punitiva do Estado, dentro da ordem social

a qual se insere. Para ele, o conceito de bem jurídico envolve o entendimento quanto a sua função para com a sociedade e suas diversas variáveis sociais de um determinado momento.

Dessa forma, tornam-se relevantes os estudos a respeito dos princípios constitucionais, especificamente adotados na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 - CF, como foco no sentido de encontrar a função do bem jurídico penal nesse escopo constitucional do Brasil contemporâneo.

A partir dos ensinamentos anteriormente apresentados, bem pode ser algo material, ou não, e desejado por alguém. Por bem jurídico entende-se que são valores eleitos por uma determinada sociedade para que sejam preservados em prol da existência de um convívio social harmônico. O Estado tem interesse na proteção dos bens jurídicos e o faz através da expedição de leis.

É consenso na doutrina que a missão do Direito Penal é tutelar de bens jurídicos (BRANDÃO, 2015, p.8), mas somente alguns bens merecem essa tutela penal. Destaca-se a necessidade de realizar uma seleção de bens que encontram fundamentação diretamente na Constituição Federal, através de suas bases principiológicas, que podem se apresentar inclusive de maneira implícita. Entretanto, essa proteção constitucional não abre caminhos para proteção exclusiva por meio do direito penal, conforme anuncia Arêdes (2017, p. 456-457). Esta autora enfatiza que o valor constitucionalmente atribuído ao bem jurídico, mesmo sendo penal, não transfere a este ramo do direito sua exclusividade na proteção a ser dada, caso outros ramos do direito possam garantir essa mesma proteção.

Cumprе destacar sobre a teoria constitucional do bem jurídico com reflexos sentidos na Alemanha e depois na Itália, ambos no pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse aspecto, além da economia arrasada, decorrência do confronto mundial, era necessário reconstruir toda a sociedade, não somente da Alemanha ou da Itália, muito atuantes na guerra. Mas da vida como um todo. Da economia da população que perecia de fome, sede e sem conforto. Claro que houve uma imensidão de vítimas diretas e indiretas, mas a dignidade da pessoa humana foi a maior e principal vítima de todo esse confronto.

Os estudos apontam que a legislação alemã abriu precedentes históricos para amparar todas as atrocidades humanas apresentadas durante a Segunda Guerra Mundial, graças à hermenêutica e ao cumprimento da legislação alemã vigente à época.

Havia, portanto, a necessidade de limitar o poder estatal, sobretudo na produção de leis que não vislumbravam garantias fundamentais do indivíduo.

Além de limitar o poder do estado na atuação legiferante, também era necessário o incremento da economia desses países.

Com as teorias constitucionais, o conceito de bem jurídico é inferido no corpo do texto da carta suprema. As teorias constitucionais são divididas por PRADO (2014, p.65-66) em dois grupos: teoria de caráter geral; e teoria de fundamento constitucional.

A primeira delas – Teoria de caráter geral – se apresenta num texto maior e mais genérico, com ênfase na forma de Estado constitucionalmente estabelecida, bem como aos princípios nela encartados. A doutrina enxerga em Claus Roxin um dos maiores expoentes dessa teoria.

Já as teorias constitucionais estritas – de fundamento constitucional - orientam-se pelo texto constitucional e descrevem as margens de atuação do legislador na produção de normas infraconstitucionais.

É na Carta política que o direito penal encontra sua fundamentação e legitimidade, tanto por meio de normas quanto por meio de princípios. Os princípios podem ser encontrados de forma implícita ou explícita no corpo do texto constitucional. Além disso, destacam-se ainda algumas determinações, conhecidas por mandamentos constitucionais, para a criação de outras proteções a bens jurídicos através de uma legislação penal especial, com fim de dar amplitude legal à proteção a esses bens.

Mas não basta que o bem jurídico tenha base em princípios constitucionais para receber a tutela jurídica do direito penal, torna-se necessário que, além disso, sejam essenciais para a existência do convívio humano em sociedade.

Polaino Navarrete (Apud PRADO, 2014, p.23⁹) ensina que a ausência de um bem jurídico na proteção de uma norma penal é um “injusto ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”.

É função do Poder Legislativo dar a seleção de bens jurídicos a serem tutelados pela proteção do direito penal. Somente os bens jurídicos mais preciosos e caros da sociedade devem receber essa condição pela tutela penal. Cuida-se, porém, de enfatizar que o modelo a ser seguido é o modelo adotado pela sociedade em um determinado momento histórico, político e social. Trata-se de uma variável que deve levar em conta alguns aspectos sociais que não sejam altamente voláteis na concepção do que vai ser eleito como bem jurídico penal.

KIST (2003, p.146¹⁰) revela que o bem jurídico protegido é indispensável para o convívio humano. Afirma, ainda, sobre dois aspectos de relevância com importância para o bem jurídico, determinantes para o direito penal: 1) sob o enfoque de política criminal, o bem jurídico vai dar norte aos rumos do direito penal; 2) identifica os objetos que serão protegidos pelo direito penal, ou seja, qual é o valor dado a determinado objeto que receberá proteção especial do o direito penal.

Como o escopo deste estudo é o de fazer uma análise a respeito de bens jurídicos penais, não nos cabe fazer qualquer tipo de análise sobre aspectos de política criminal. Entretanto, nos casos em que houver convergência de temas, eles serão citados, caso existam algum tipo de vinculação da política criminal com bens juridicamente tutelados pelo direito penal.

Para ASSIS NETO (2016, p. 21¹¹) a proteção de interesses humanos é a essência do direito e cabe ao legislador conceituar quais são os bens jurídicos, que se originam das interações recíprocas entre pessoas, Estado e sociedade. Na eleição dos bens jurídicos, basta que o legislador assim o deseje para torná-lo como de

⁹ Prado, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e constituição. 7ª. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014.

¹⁰ Kist, Dário José. Bem jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções. Imprensa: Canoas, Universidade Luterana do Brasil, 2000. Referência: v. 4, n. 1, p. 145–179, jan./jun., 2003.

Disponibilidade:

<<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2003;1000728298>>;

¹¹ José Aires de Assis Neto. O bem jurídico como critério de limitação do jus puniendi. Dissertação de mestrado 2016.

interesse essencial para a sociedade, visto que “o surgimento ou a manutenção de um bem jurídico no direito penal é uma eleição política do citado legislador”.

Na prática, a produção normativa do Legislativo é quem elege as condutas que deverão ser tidas como incriminadoras, com a cominação das sanções penais para os infratores, seja por ato comissivo ou omissivo. CANTON FILHO (2009, p. 5) leciona que a eleição dos bens jurídicos é essencial não somente para determinar condutas protetivas aos bens ameaçados, mas determinar o alcance e a proporcionalidade dos preceitos secundários dessas normas penais em abstrato, cujo embasamento se dá por meio da ponderação dos valores sociais e políticos de uma determinada sociedade.

Para SILVA (2002¹², p.41-51) o direito penal de um Estado democrático de direito serve para garantir que os direitos fundamentais mais preciosos do ser humano recebam tutela adequada. Com relação ao direito penal, o autor exemplifica a tutela do direito à vida, do direito à propriedade ou à liberdade como fundamentais.

REALE JÚNIOR (2008¹³, p. 333-335), quando menciona sobre os direitos fundamentais obrigatórios nas constituições de um Estado democrático de direito, afirma que os direitos fundamentais devem estar consagrados no texto constitucional, estabelecer limites para o poder político, bem como instituir os princípios básicos de proteção ao indivíduo e determinar quais são as diretrizes das normas programáticas de cunho social.

No Brasil os princípios fundamentais do direito penal são extraídos da constituição federal, sendo o “da dignidade da pessoa humana” eleito por parte da doutrina como o mais importante deles. Contudo, REALE JÚNIOR encontra em outros princípios constitucionais a importância para a atuação do Estado na determinação das normas penais incriminadoras: princípios da legalidade, da ofensividade, da não retroatividade, proporcionalidade, e da individualização da pena.

Sabe-se que entre princípios não há qualquer hierarquia entre eles. O que não ocorre, por exemplo, quando normas são aplicadas em um caso concreto. Entre

12 SILVA, Ivan Luiz da. Das bases constitucionais do Direito Penal; Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002;

13 REALE JÚNIOR, Miguel. Constituição e direito penal. Vinte anos de desarmonia. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 333;

normas há hierarquia, o que não ocorre com princípios atuando na mesma situação fática e concreta. Entre princípios há uma ponderação de valores que estejam contrapostos em um caso concreto, vez que um princípio terá prevalência sobre o outro.

A atual Constituição Federal brasileira menciona a titularidade do poder que dela se extrai como sendo do povo, que “empresta” esse poder ao legislador. Essa situação consagra a legitimidade constitucional para definir e selecionar quais bens jurídicos devem ser elevados a uma especial categoria de proteção jurídica, por meio do direito penal. Para ROXIN (2015, p.34) a soberania, que é do povo, repassa ao Estado a função de assegurar uma convivência livre e pacífica dos cidadãos. A punição só encontra amparo legítimo quando a paz ou a liberdade forem lesionadas.

Nesse sentido, não é permitido ao Estado a punição de ações lesivas a condutas imorais, religiosas, ideológicas ou paternalistas. Ao citar voto do jurista alemão Hassemer, em decisão do Tribunal Constitucional Alemão, GRECO (2010, p. 173) informa que o “direito penal é um meio inidôneo para proteger convicções morais”. Para aquele jurista alemão “o fortalecimento ou a manutenção de um consenso social sobre valores (...) não pode ser o objetivo direto de uma norma penal”. Sobre a encontrada numa norma penal incriminadora que proíbe valores morais, o jurista entende que “(...) há instrumentos diversos e mais idôneos que o direito penal”. Pela Teoria do Bem jurídico, ainda conforme GREGO (2010, p. 174), não cabe ao direito penal realizar a proteção de valores morais, visto que sua função se esgota na proteção de bens jurídicos e moral não é um bem jurídico.

Dessa forma, cabe ao legislador fazer a análise da relação existente entre o bem jurídico e sua relevância social, tendo em vista que somente os valores sociais mais caros da sociedade serão alçados ao caráter de bem jurídico penal. Para ROXIN (2015, p. 34) a pena somente deve ser aplicada pelo direito penal, quando nenhum outro modo não for possível alcançar essa proteção por meio menos incisivo.

Somente após comprovada essa convergência de valores que a norma penal incriminadora poderá ser redigida. Com os preceitos primários e secundários

normativamente delineados, uma sanção penal será a consequência natural para as ações contrárias à novel penal (SILVA, 2013¹⁴, p.66).

O bem jurídico amparado pelo direito penal também exerce o papel de vetor de limitação do poder punitivo estatal. Para SILVA (2002, p.66) “a definição e compreensão da noção de bem-jurídico penal é uma das formas mais consistentes de analisar o Direito Penal, estando a intervenção penal indissoluvelmente vinculada às determinações do bem jurídico”. Este doutrinador completa seu raciocínio lecionando que a análise da norma incriminadora tem que passar pelo conhecimento do seu bem jurídico.

No cenário internacional contemporâneo pode-se citar a existência de tratados e convenções internacionais como delimitadores do poder punitivo estatal e de valorização do homem quando da aplicação de sanções penais. Pode-se dizer que um dos pilares da valorização humana na atualidade é a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.

ASSIS NETO (2016, p.21-29) ensina que, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana passou a ser o princípio mais importante na contenção das arbitrariedades da atuação do Estado, sobretudo no viés da política criminal, consubstanciada nas normas penais incriminadoras. Os preceitos constitucionais são determinantes para a aplicação da pena. Que deverá ser posta somente como último recurso e após todos os outros mecanismos legais terem sido falhos na proteção dos indivíduos em sociedade.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos elege a dignidade humana como sendo “(...)fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Em suas considerações a DUDH enumera o desprezo e o desrespeito aos direitos humanos, decorrente das atrocidades e barbáries sobretudo vistas na Segunda Guerra Mundial, como “mais alta aspiração do homem comum”.

Para REALE JÚNIOR (2008, p.334) a norma penal possui caráter de maior ofensividade de interferência na vida em sociedade, com “custos mais elevados ao infrator”. Somente as condutas mais lesivas aos bens jurídicos deverão ser elencadas

¹⁴ Ivan Luiz da Silva. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Ano 50 Número 197 jan./mar. 2013

como normas incriminadoras, consubstanciados pelo princípio, também constitucional, da ofensividade.

A intervenção penal deve ser a força necessária para alcançar a paz social. Este autor menciona que a liberdade somente poderá ser cerceada quando um bem jurídico relevante for atacado, com a sanção proporcional do relevo social do bem atingido.

Na seara da seleção de bens jurídicos realizada pelo legislador, há um consenso mundial sobre a adoção crescente da aplicação de bens jurídicos abstratos. No Brasil essa tendência também não é diferente. Além da existência dos bens jurídicos concretos, há uma forte tendência de eleger bens jurídicos abstratos. Na outra esteira do pensamento, ZAFFARONI (apud ARÊDES, 2017, p. 457-458) sustenta a ilegitimidade de incriminações penais criadas para proteger perigos abstratos aos bens jurídicos. Sua doutrina sustenta que condutas que não lesionam bem jurídicos penais ou que criam perigo abstrato aos bens jurídicos devem ser protegidas somente pela via administrativa. Nesse sentido, GRECO (2010, p. 175) cita que a punição a comportamentos que não afetam nenhum bem jurídico seria o mesmo que afirmar a inutilidade dessa punição. Ou afirmar que dela não há nenhuma consequência positiva.

Além disso, o direito penal brasileiro também tende para ser usado como ferramenta para proteger diversos outros bens jurídicos não penais, pela aplicação do direito penal, muitas vezes sendo a primeira delas, e não a última, como a doutrina majoritária. Conforme dito no início desse estudo, bens jurídicos existem em diversos ramos do direito e devem receber a proteção do direito. Entretanto, cabe ao direito penal somente abraçar a proteção dos bens jurídicos mais caros da sociedade, quando não há mais nenhum outro modo de alcançar essa proteção. Cabe ao direito penal proteger os bens jurídicos somente quando todos os demais ramos do direito não são suficientes para essa função, ou seja, o último caminho a ser tomado é o do direito penal.

Para Roxin (Apud ASSIS NETO, 2016, p. 28) os bens jurídicos abstratos não devem ser merecedores de proteção jurídica penal. Somente bens concretos devem receber proteção do Direito penal. Existe o receio de acontecer os mesmos fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, com intensa persecução penal

nazista com a dizimação de milhares de pessoas, cujas ações traziam o manto da legalidade penal do imperialismo alemão. O direito penal nazista deu amparo legal para que atrocidades fossem praticadas contra uma determinada população com base nos princípios morais, religiosos e políticos vigentes.

TUTIKIAN (2008, p.252), citando os ensinamentos de STRECK, informa a existência de hierarquia sobre os bens jurídicos, cuja legitimação encontra respaldo na ordem constitucional, como um fenômeno encontrado nas Constituições do segundo pós-guerra. Para este autor é necessária a inserção de alguns bens jurídicos, de caráter coletivo, na ampliação do rol dos bens jurídicos penais. Para Streck “introjetar na concepção de bem jurídico-penal a ideia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam de proteção penal”.

Dessa nova concepção, caso seja aceita, surge a problemática basilar da aplicação do direito penal sob o manto do princípio da intervenção mínima, que é subjacente. Ainda sobre STRECK, TUTIKIAN (2008, p.253) cita um aspecto de bastante relevância na produção legislativa, especificamente das normas penais. Além da base principiológicas ou mandamental encontrada na constituição, o legislador não possui total liberdade nessa produção normativa. Há que se considerar que não se podem criar normas penais insuficientes, aquelas que não consigam efetividade dar a proteção que se almeja. Por outro lado, também há proibição do excesso, além do controle de constitucionalidade da norma penal incriminadora. Nesse diapasão, TUTIKIAN (2008, p. 253) informa que a “teoria do bem jurídico passa também a depender da materialidade da constituição”.

Modernamente, o entendimento adotado é o de que o direito penal serve para proteger bens jurídicos com base em preceitos constitucionais. GRECO (2012, p. 60) descreve que “condutas que não afetem bens jurídicos não podem ser legitimamente proibidas pelo direito penal”.

Nessa linha de pensamento, ressaltam-se alguns princípios norteadores do texto constitucional especificamente para fins de proteção dos bens jurídicos. São princípios encontrados de forma explícita ou implícita no texto constitucional. O conjunto deles forma o que Prado chama de “ser constitutivo do direito penal”. Num Estado democrático de direito essa base principiológica tem origem nos valores

sociais que são encontrados numa determinada época, perfazendo um processo histórico, político-social (PRADO, 2014, p. 69).

O conjunto de princípios constitucionais tem função de relevância quanto no direito penal: limita a criação de tipos penais incriminadores, bem como a produção de leis penais; sua serventia também passa pela garantia de liberdades individuais e coletivas; fornece ainda arcabouço jurídico necessário na aplicação da interpretação da legislação penal conforme a constituição, dentre outros aspectos. Prado (2014, p. 69) finaliza esse tópico explicando que a ideia de princípios serve para fundamentar, delinear o direito penal aos limites impostos pela carta suprema.

VAN DER BROOKE (2014, p.14-16) acredita que a Constituição federal é a fonte principal do legislador ao criar o ordenamento jurídico. Além de validar a norma, a Constituição é o vetor em todo o processo legislativo, dando toda a orientação e sentido à produção normativa, cujos fundamentos são amparados tanto nos princípios quanto nos direitos fundamentais:

O Estado-legislador, ao positivar regras que norteiam a vida em sociedade de forma geral e abstrata, deve agir no sentido de estabelecer parâmetros de convivência entre indivíduos que levem em consideração as normas constitucionais, tornando eficazes os direitos fundamentais previstos na Lei Maior. (VAN DER BROOKE, 2014, p.14-16)

Ressalta-se que a proteção constitucional de um determinado bem jurídico não o obriga que seja protegido especificamente por meio do direito penal, quando outros ramos do direito também sejam aptos a dar a proteção necessária ao reestabelecimento ao status quo. Nesse contexto, “a existência de bens jurídicos-penais não implica a obrigatoriedade de que o Poder Legislativo utilize o sistema penal em relação a todas as condutas que os ofendem” (ARÊDES, 2017, p.456).

Nesse contexto, parte da doutrina enxerga em alguns princípios a base constitucional necessária para garantir a proteção dos bens jurídicos penais, dentre os quais, citam os princípios da legalidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da humanidade.

Destacamos abaixo algumas das principais concepções doutrinárias com enfoque específico da tutela dos bens jurídicos penais sob o viés dos princípios constitucionais.

As lições de GRECO (2012, p. 44-45) atribuem a Feuerbach a titularidade de fundador da moderna ciência do direito penal, precursor do princípio da Legalidade. Além de expoente do direito penal alemão do século XIX, parte da doutrina também atribui a Feuerbach dois outros temas da dogmática penal: da máxima jurídica penal de que “nullum crimen, nulla poena sine lege”; e da sua exposição para a teoria da pena. A teoria da pena é derivada do princípio da legalidade e é por meio deste princípio que Feuerbach relaciona as ideias de delito em associação com às da pena, no imaginário social. O foco de seu pensamento, sob o prisma da determinação das penas, é na atividade do legislador. Feuerbach acredita que um estado que pune sem lei é leviano e descreve como deve ser a atuação do Estado-legislador: “para o legislador, é uma exigência de prudência fazer constar em suas leis penas determinadas”.

Ao analisar o bem jurídico penal sob a ótica do princípio da legalidade PRADO (2014, p.70-71) sustenta dois vieses com base constitucional onde, num primeiro momento, trata-se de limitador do poder punitivo estatal na produção de leis que permitam as garantias fundamentais do ser humano. O outro pilar deste princípio se reveste de segurança jurídica de caráter igualitário na produção das leis penais.

Importante destacar que o princípio da legalidade está insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme anunciado no inciso XXXIX do artigo 5º, no capítulo dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”¹⁵.

Os estudos de ARÊDES (2017, p. 454) por sua vez, especificamente em relação à limitação de direitos fundamentais da constituição, enxergam que a intervenção estatal somente encontra legitimidade quando protege os bens jurídicos penais. Trata-se da aplicação do Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos.

Corroborando com isto, as lições de GRECO (2012, p. 61) anunciam que “condutas que afetem bens jurídicos não podem ser legitimamente proibidas pelo direito penal”.

Pelo princípio da Intervenção Mínima a ação punitiva estatal somente deve ser realizada de modo extremamente cirúrgico. Trata-se de um dos fundamentos do

¹⁵ Art. 5º. XXXIX, Constituição Federal - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Estado Democrático de Direito. Segundo as lições de ARÊDES (2017, p. 464), este postulado não permite que o controle social seja utilizado expansivamente com o uso do direito penal, solução vislumbrada precipuamente em Estados autoritários e com poucas garantias fundamentais.

Conforme explicado por PRADO (2014 p. 62), o princípio da fragmentariedade é decorrente da função limitadora do poder punitivo estatal. O Estado-legislador não poderá criar normas penais incriminadoras fora do escopo de princípios encontrados na base constitucional. Também não cabe ao legislador a criação de normas que desrespeitem os direitos fundamentais protegidos pela Carta suprema. Este princípio leva consequências para outro princípio, o princípio da Subsidiariedade.

Já para ZAFFARONI (Apud ARÊDES, 2017, p.457), a tutela de bens jurídicos não é função exclusiva do direito penal. Os demais ramos do direito também possuem essa função. A parcela de proteção que cabe ao direito penal, porém, se manifesta somente de forma fragmentária e excepcional.

O princípio da Subsidiariedade prescreve que a atuação do direito penal não deve existir quando houver outra maneira de atacar as causas das lesões aos bens jurídicos protegidos, desta feita, por outros ramos do direito. Uma vez que essas outras maneiras sejam incapazes de garantir a proteção almejada, cabe ao direito penal sua aplicação. A aplicação da norma penal deve ser a última reação, forte o suficiente para combater o mal dirigido à sociedade, depois que todas as demais maneiras - as mais brandas - se mostraram ineficazes em dar essa proteção jurídica.

SOUZA (2006, p. 182) defende a existência da aplicação prática ao princípio da subsidiariedade quando duas normas visam a proteger o mesmo bem jurídico, porém com lesividades distintas. Nessa esteira, um dos tipos penais será considerado principal enquanto que o outro, subsidiário.

Para ROXIN (2015, p. 34) cabe ao direito penal dar a proteção subsidiária de bens jurídicos, cujo fundamento se dá na proibição do excesso. Preconiza ele que “o Estado não pode limitar a liberdade dos cidadãos em maior medida do que aquela necessária para assegurar a paz e a liberdade”.

A pena a ser aplicada, pelo direito penal, deve ser proporcional ao tamanho do delito. Trata-se do princípio da Proporcionalidade cujo postulado determina a atuação do Estado-legislador. Deve o legislador, ao criar ou majorar penas existentes, aferir quanto a proporcionalidade das penas, sopesando-a, preferencialmente, por todo o ordenamento jurídico. As lições de GRECO (2012, p. 57-58) anunciam a falta de proporcionalidade na aplicação das penas desde a Idade Média até os dias atuais.

Retomando a análise histórica, este autor identifica algumas passagens da aplicação da pena de morte, que poderia ser cominada de várias maneiras, durante a Idade Média: a morte pelo fogo poderia ser aplicada tanto para as pessoas que praticavam coito antinatural quanto para as pessoas que praticavam crime de incêndio.

Modernamente, no ordenamento jurídico brasileiro por sua vez, este autor também anuncia flagrante desproporcionalidade na aplicação da pena de injúria, comparando o preceito secundário da forma simples com o preceito secundário da injúria racial. Ato contínuo, ele também compara a pena para a infração de lesão corporal simples com a cominada, abstratamente, para crime de injúria racial. Para GRECO (2012, p.58) o “racista que comete uma injúria é um racista burro”, visto que no Brasil, a lei o beneficiaria se ele optasse por causar lesões corporais ao invés de cometer racismo por injúria. Depois, afirma o que entende por ser um dos maiores efeitos causados por leis penais com desproporção em demasia: “a lâmina que se utiliza em excesso acaba perdendo o fio, a população brutaliza-se, acostuma-se com sanções extremas”. A melhor das penas deve ser proporcional à culpabilidade¹⁶.

Torna-se necessário não fazer confusão sobre dois dos princípios constitucionais, ambos de trato jurídico penal, mas diferentes em conteúdo: princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da humanidade.

Segundo as lições de PRADO (2014, p.77-78) a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida, no contexto histórico, a partir do Cristianismo. Período em que os valores da pessoa por si só, portanto da dignidade, são alçados ao patamar máximo de consciência social. Nas palavras deste autor:

¹⁶ Para Kindäuser apud Greco, a pena cruel e desproporcional tem efeitos desorientadores e desintegradores. Revista dos Tribunais, 2012, RBCCrim. 95, p.59.

o homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal.

O princípio da Humanidade por sua vez, leva em consideração, sobretudo a execução de penas. Nesse sentido, GRECO (2012, p.60) acredita que a aplicação de penas mais humanas também é uma das finalidades do Estado. A execução de penas mais humanas foi bastante difundida nas “prisões” do século XIX. De outro vértice, atribuíam-se a penas desumanas à total ineficácia da prevenção especial da pena, visto que tornavam os prisioneiros mais perigosos. Sob o ponto de vista da evolução das penas percebe-se a substituição, mesmo que muito lenta, de penas extremamente brutais e cruéis por penas mais brandas, leves e alternativas ao longo dos séculos. Atualmente há uma forte tendência de ampliação da humanização para a aplicação das penas alternativas em substituição às penas privativas de liberdade para casos menos graves (PRADO, 2014, p. 93-94).

Cabe ao Estado o dever de proteger os bens jurídicos. VAN DER BROOKE (2014, p.20-22) afirma que não há nenhuma dependência na formação da relação jurídica entre o cidadão e o Estado. Para ele, se trata de um dever que é imposto ao Estado de forma abstrata, que encontra na prevenção geral, o modo de garantir a prestação constitucional: “a postura que o Estado deverá adotar para que se considerem seguros os ditos bens jurídicos variará de mera abstenção à criminalização de condutas”.

Sob o ponto de vista histórico de aquisição de garantias e direitos fundamentais, VAN DER BROOKE (2014, p. 22) enxerga dois momentos de aquisição de valores: durante o Estado Liberal, com valores individuais; durante o Estado Social, com a aquisição de direitos sociais. Para ele não existem sobreposições dos valores adquiridos nos períodos distintos. As conquistas do primeiro são tão importantes quanto às do segundo e, juntos, formam o arcabouço de valores individuais e sociais constitucionalmente amparados. Credita somente ao Estado o dever de dar proteção aos bens jurídicos. Dessa forma, não cabe ao indivíduo exigir do particular o enfrentamento do tema. Uma vez sentindo-se lesado, cabe ao indivíduo exigir do Estado o cumprimento dessa tutela abstrata para que, de forma concreta, traga a proteção necessária frente a ocorrência de lesão.

Antes mesmo de surgir uma situação fática, concreta ou mesmo hipotética, que guarde relação com a efetivação de direitos fundamentais, pela só existência destes na ordem constitucional, o Estado deve assumir a postura necessária para que se garanta a proteção do bem jurídico tutelado na norma constitucional revestida de fundamentalidade (VAN DER BROOKE, 2014, p. 22).

Não pode jamais um indivíduo, que teve algum bem jurídico lesionado, adotar uma postura tendente a buscar a concretude de seus direitos contra outro indivíduo. Essa é uma tarefa exclusiva do Estado. Trata-se de um dever do Estado, cuja legitimidade de atuação encontra fundamento na Constituição Federal.

Para VAN DER BROOKE (2014, p.20-22) se trata de um dever de caráter objetivo e eminentemente preventivo e exemplifica alguns dos direitos constitucionais que, na sua ótica são bens jurídicos, devem ser protegidos pelo Estado:

A saúde, a vida e a segurança, referidas no caput do artigo 6º., e a vida, no caput do artigo 5º da Constituição Federal, são direitos fundamentais. Da simples existência desses direitos no ordenamento jurídico constitucional decorre o dever de proteção que recai sobre o Estado (VAN DER BROOKE, 2014, p.24).

De forma puramente didática, anunciamos a divisão da atuação do Poder Público no Estado democrático de direito como Estado-administração e Estado-legislador. Na proteção dos bens jurídicos penais, a atuação do Estado-administração, com escopo constitucional, vai ser levada a cabo por meio de ações ou omissões. Algumas vezes tais condutas serão discricionárias, outras delas, vinculadas. A medida da discricionariedade deve considerar somente a atuação suficiente e o mínimo necessário para garantir o salvamento do bem jurídico protegido.

A proteção a bens jurídicos penais também é vislumbrada na construção de teorias jurídicas com o fim de delimitar que bens jurídicos são merecedores de receber a tutela do direito penal no direito aplicado da União Europeia, como bloco econômico e social contemporâneo (SILVA, 2017, p. 410-411).

Embora os blocos econômicos nasçam com o propósito de estreitar os laços comerciais, econômicos e sociais em uma determinada região do planeta, uma vez criado, o ente também tem que estabelecer as estruturas legais necessárias para abranger todas as vertentes legais. Não poderia ser diferente com relação à produção legislativa que possa ser comum aos Estados membros e aderentes dessa nova realidade mundial. Dessa forma, na estrutura macro, por assim dizer, vão surgir os mesmos problemas encontrados na estrutura governamental de cada Estado

membro, em nível internacional dentro da mesma região. Para que essa população, agora num plano continental, também vença os problemas internos do bloco, torna-se necessária a construção de uma plataforma jurídica penal também comum.

No campo do direito penal, os estudos de SILVA (2017, p. 411) revelam a utilização dos seguintes princípios com atuação na União Europeia: necessidade de uma tutela legítima; princípio da última ratio, princípio da culpabilidade, princípio da legalidade, princípio da subsidiariedade e princípio da coerência. Revelam ainda a existência de alguns postulados que foram inseridos no Tratado da União Europeia, de 2007, cujos valores axiológicos estão expressos no Art. 2º deste diploma legal, como de importância para a garantia da tutela penal. Esses valores servem de base para a eleição de quais bens jurídicos serão tutelados pelo direito penal europeu. Este autor exemplifica alguns desses postulados: dignidade humana; liberdade; democracia; igualdade; Estado de Direito; direitos do homem; direitos das minorias; pluralismo; não discriminação; justiça; tolerância e solidariedade.

Com relação ao bem jurídico-penal da União Europeia, SILVA (2017, p.413) enxerga a necessidade de serem amparados por meio de políticas criminais encontrados na legislação vigente:

O bem jurídico-penal europeu deve, por isso mesmo, estar previsto de maneira precisa, para evitar um desencontro com a base jurídica contida nos tratados. Para enxergar os bens jurídico-penais europeus, mostra-se pertinente examinar os “domínios da criminalidade”, expressos no art. 83.º do TUEF.

Com a massificação das novas tecnologias contemporâneas, o mundo vem derrubando vários paradigmas sociais e novas maneiras de se relacionar acontecem na velocidade da luz, resultando numa convivência humana que supera limites e fronteiras geográficas reais. Os bens jurídicos penais também não são totalmente idênticos aos até então apresentados. Muito embora grande parte da carga axiológica deles permaneça até hoje, e alguns deles nunca devam ser superados. Mas o mundo contemporâneo exige que também sejam tutelados pelo direito penal.

Mesmo com divergências dogmáticas e doutrinárias a respeito, alguns estudiosos defendem a ampliação dos bens jurídicos penais, como decorrência lógica e fática das consequências do mundo “globalizado”. Trata-se, segundo SILVA (2017, 413-414), da chamada “(...) sociedade de risco” cuja política criminal, não só o direito

penal, pede pela inclusão de atitudes que protejam crimes decorrentes:“(a) do terrorismo; (b) do tráfico de drogas e de armas; (c) branqueamento de capitais; (d) corrupção; (e) contrafacção dos meios de pagamento; (f) criminalidade informática e criminalidade organizada”.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias (apud SILVA, 2017, p. 415) além dos bens jurídico-penais individuais, existem os bens jurídico-penais coletivos. Conforme leciona SILVA (2017, p. 415), na União Europeia esses bens jurídico-penais coletivos estão em conformidade com os “domínios da criminalidade contidos no art. 83.º da TFUE. Todavia, nem todos estão nesse campo normativo”. Com relação às competências legislativas, o autor menciona que os artigos 82 ao 86 do TFUE tratam sobre competência legislativa para apreciar as matérias de direito penal e de cooperação policial, cujos princípios norteadores da União são os da subsidiariedade e da proporcionalidade. Ainda segundo o autor, o art. 83 da TFUE traz as regras mínimas sobre infrações penais e sanções para crimes ultrapassem as fronteiras físicas dos países da União Europeia.

Retornando a análise sobre os bens jurídico-penais da União Europeia, SILVA leciona que as medidas e as sanções impostas pelo bloco somente devem existir quanto embasadas por critérios dogmáticos. Embora os tratados enfatizem a prevenção e o combate à criminalidade “não se pode abrir mão da concepção de bens jurídicos dignos de tutela penal, do princípio da ultima ratio, do princípio da subsidiariedade e do princípio da necessidade da tutela penal legítima, na edificação do direito penal europeu” (SILVA, 2017, p.419-420).

Por fim, embora sejam bens jurídico-penais europeus, nem todos eles devem necessariamente receber a tutela do direito penal. Somente aqueles bens mais importantes devem ser dignos de receber a proteção mais grave e forte, dada pelo direito penal. As lições de SILVA (2017, p. 420) dão conta de que além de serem bem jurídico penal, “para criminalizar, faz-se mister a presença do bem jurídico-penal somado a outro critério que consiste na necessidade de tutela penal”.

4 CONCLUSÃO

O estudo teve como propósito e identificar e compreender os conceitos e funções sobre o bem jurídico penal ao longo dos períodos, desde antes da Idade Média até os dias mais contemporâneos.

A pesquisa revelou uma diversidade de conceitos e funções, mas não achou um consenso doutrinário sobre a conceituação de bem jurídico penal. Contudo, houve um mínimo de convergência doutrinária com relação a função: proteger bens jurídicos por meio do direito penal.

Os conceitos filosóficos foram necessários para revelar a carga axiológica que os povos precisavam para iniciar a construção do que depois foi concebido como “bem jurídico”.

No período anterior à Idade Média havia confusão entre o delito e o pecado. As normas penais tinham origem divina e sua aplicação o caráter da crueldade e desproporcionalidade como principal método. Os bens jurídicos era o produto da conveniência dos detentores do poder, que usavam o direito para sua manutenção nesse poder.

Após o século XVIII, com a obra de Beccaria – “Dos delitos e das penas” - os bens jurídicos passaram a dar alguma proteção a direitos sociais. O avanço da cultura e das ciências, no Iluminismo, o pacto social entre governante e governados possibilitou que o povo fosse considerado titular de direitos sociais pelo simples fato de ser homem.

No liberalismo do século XIX a função do direito, que se confundia com a função do bem jurídico penal, era limitar o legislador penal. A teoria do delito penal se construiu baseada na teoria do bem jurídico penal. Diversos são os diplomas penais legais, pós Revolução Francesa, que foram construídos com carga axiológica com prevalência na proteção de direitos individuais fundamentais e nos bens jurídicos.

Quanto às funções, a partir do século XIX o bem jurídico penal passou a atuar como limitador do poder punitivo estatal. Karl Binding anuncia que cabia ao Estado a definição dos objetos jurídicos que seriam representados pelo direito penal, portanto, os bens jurídicos seriam definidos pelo legislador. A finalidade da norma

penal vigente era a de proteger o bem jurídico. Os bens jurídicos penais seriam um valor social, convertido no objeto de proteção pelo direito penal, consagrado por meio de uma norma escrita pelo poder legislador.

Entre as duas Grandes Guerras Mundiais o bem jurídico penal passou a ser considerado com menos importância para o estudo do direito penal. Mas sua importância voltou à tona após a Segunda Guerra Mundial, uma vez mais, como limitador do poder punitivo estatal.

A partir de então surgiram algumas teorias sobre o bem jurídico penal. A Teoria Sistêmica apresenta a proposta de o bem jurídico ter uma função no seio social. Modernamente, a doutrina enxerga nos bens jurídicos a função de assegurar a paz de uma determinada sociedade.

Para a doutrina atual, a legitimidade dos valores ético e sociais que vir sob a forma de princípios dentro de um texto forte, legal, que legitime todo o ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde tais valores estão consagrados no bojo da Constituição Federal. Isso permite que toda legislação criada posteriormente tenha relação direta com os valores constitucionais lá inseridos. dessa forma, as normas penais futuras não serão capazes de diminuir a proteção já consagrada e existente nem em qualidade nem em quantidade.

No mesmo sentido, a limitação do poder punitivo estatal, bem como da proteção a bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade também foi vislumbrada no texto normativo do bloco econômico da União Europeia, cujos valores axiológicos, além de contemplar os anseios de cada Ente em particular, pretende abarcar a proteção a objetos que ultrapassam as fronteiras, dentro do mesmo bloco continental.

Por fim, conclui-se que a definição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal tem grande importância para definir os valores de uma sociedade. O bem jurídico penal serve para dar garantia a manutenção de direitos fundamentais consagrados numa sociedade, sem que haja a exclusão ou diminuição qualitativa ou quantitativa dos valores axiológicos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 5ª. edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. Referência: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 25, vol. 129, p. 435-477. São Paulo: Ed. RT, março/2017.

ASSIS NETO, José Aires de. O bem jurídico como critério de limitação do jus puniendi. 92 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. Disponível em <
https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4678285 >

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Cláudio Brandão. 4. ed. São Paulo:Atlas, 2015. (Coleção ciência criminal contemporânea: v.1 – Brandão, Cláudio - coordenador)

CANTON FILHO, Fábio Romeu. A valoração do bem jurídico penal e a Constituição Federal de 1988: a evolução histórica das criminalizações no direito penal brasileiro. 2009. Tese (doutorado) Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-03052010-153358/>.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10/01/2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 de novembro de 2017.

EUR-Lex. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2018.

GRECO, Luis. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). Referência: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18, vol. 82, p. 165-185. São Paulo: Ed. RT, janeiro-fevereiro/2010.

GRECO, Luis. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. Referência: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 20, vol. 95, p. 44-84. São Paulo: Ed. RT, março-abril/2012.

KINDÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bem jurídicos. Referência: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 20, vol. 95, p. 85-95. São Paulo: Ed. RT, março/2012.

KIST, Dário José. Bem jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções. Imprensa: Canoas, Universidade Luterana do Brasil, 2000. Referência: v. 4, n. 1, p. 145–179, jan./jun., 2003. Disponibilidade: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2450/1676>>. Acesso em 16/12/2017.

MELO, Thiago Carvalho Bezerra de; Roberto Cintra Bezerra Brandão, Cláudio. Bem jurídico penal: a contextualização do bem jurídico no estado social e democrático de direito. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4288>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

PELARIN, Evandro. Obrigação constitucional de descriminalizar (uma análise do bem jurídico-penal). 2001. 157 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 2001. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/89890>> Acesso em 01 de dezembro de 2017.

PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e constituição. 7ª. Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. Trad. Alaor Leite. Referência: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 23, vol. 112, p. 33-39. São Paulo: Ed. RT, janeiro-fevereiro/2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Constituição e direito penal: vinte anos de desarmonia. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 179, p. 333-342, jul./set. 2008. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160340>>. Acesso em 30 de novembro de 2017.

SILVA, Ivan Luiz da. Das bases constitucionais do direito penal. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 156, p. 41-52, out./dez. 2002. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/814>>. Acesso 30 de novembro de 2017.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 197, p. 65-74, jan./mar. 2013. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496972>>. Acesso em 30 de novembro de 2017.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal da União Europeia. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 129. Ano 25. p.409-434. São Paulo: Ed. RT, março 2017.

SOUZA, Keity Mara Ferreira de. Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Constituição e Garantia de Direitos, 2006. Disponível em <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/13875>> Acesso em 31 de janeiro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não

há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v. 80, 2004. Disponível em <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituiaolnolusstreck.pdf>>. Acesso em 18/12/2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

TUTIKIAN, Cristiano. Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos: possibilidades e contradições no estado democrático de direito. Referência: Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p. 243-255, jan./mar. 2008, 01/2008. Acesso em 18/12/2017.

VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. Proibição da proteção deficiente: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2014. Disponível em https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1600064>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

ANEXOS

ANEXO 1

Declaração Universal dos Direitos Humanos

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto

A ASSEMBLÉIA GERAL

proclama

A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo XVII

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

Artigo XIX Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo XXV

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXVIII Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.