

CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE BENS JURÍDICO-PENAIIS: EM BUSCA DE UM CONTEÚDO MATERIAL PARA O PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

Savio Guimarães Rodrigues¹

RESUMO

Com o presente estudo se pretende analisar a relevância da teoria do bem jurídico no sistema penal brasileiro, notadamente sob o aspecto da influência que deveria ter no momento de elaboração das normas incriminadoras. Procura-se averiguar as importantes contribuições que o bem jurídico-penal pode oferecer na estruturação do sistema normativo punitivo. Procura-se construir um sistema baseado no regime jurídico dos direitos fundamentais e no postulado da proporcionalidade(princípio formal de legitimação) para impor a limitação e a vinculação do legislador ordinário aos ditames da Constituição Federal já no momento de seleção dos bens jurídicos com relevância penal. Sendo a lei penal uma lei restritiva de direitos fundamentais por natureza, sua legitimidade depende do resultado do embate entre os valores constitucionais que se almeja proteger mediante a cominação penal e aqueles afetados tanto pelos preceitos primários de proibição quanto pelos secundários de sanção. Somente quando o bem jurídico for constitucional e penalmente relevante, além de preponderar sobre as consequências da criminalização diante das circunstâncias fáticas e jurídicas que conformarão o tipo, a lei penal que o tutela passará pelo primeiro dos requisitos rumo a uma constitucionalidade material.

Palavras-Chave: direito penal e constituição; direitos fundamentais; bem jurídico; proporcionalidade; fragmentariedade.

CRITERIA FOR SELECTION OF PENAL LEGAL GOODS

ABSTRACT

The present study aims to examine the relevance of the theory of legal goods in the criminal justice system, especially under the aspect of influence that should have at the time of preparation of the criminal rules. It seeks to examine the important contributions that the legal good can provide for the criminal legal system. It seeks to build a legal system based on fundamental rights and the principle of proportionality (the principle of formal legitimation) to impose the limitation at the legislator since the moment of selection of legal goods with criminal implications. As the criminal law a restrictive law of fundamental rights, we think that its legitimacy depends on the outcome of the clash between the constitutional values that it aims to protect and those affected by penalty. Only when the legal goods are constitutional and criminally relevant, and prevail on the consequences of criminalization in the face of factual circumstances

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e mestrando em Direito Penal pela mesma instituição. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Advogado no Rio de Janeiro

and legal entities that conform the offense, the penal law can pass by the first of the requirements toward a constitutional material.

Keywords: penal law and constitution; fundamental rights; legal goods; proportionality principle.

INTRODUÇÃO

A vinculação da norma penal aos ditames da Constituição não é em si um tema novo, tendo sido objeto de incontáveis estudos, notadamente nas últimas décadas. E nem poderia ser diferente.

A partir do momento em que se reconheceu na Constituição a decisão fundamental de um povo, marco original e superior de um ordenamento jurídico, e que se pretende conformador da realidade social², torna-se quase intuitivo que todas as normas devam, afinal, referir-se à Lei Maior, retirando dela seus fundamentos de validade.

Note-se, porém, que a vinculação imposta pela Carta não se resume ao cumprimento de requisitos formais ou procedimentais. O fundamento de validade das demais normas componentes do ordenamento jurídico decorre de sua deferência tanto formal quanto material à norma superior³, ou seja, não lhes basta serem editadas segundo regras de competência ou de processo legislativo⁴, estão também sujeitas à conformidade com o núcleo valorativo da Constituição, notadamente com os direitos e garantias fundamentais.

Com as normas penais, por maiores razões, as coisas não se passam de outro modo. Enquanto veículos do poder punitivo do Estado, em sua vertente mais invasiva e, portanto, mais perigosa, devem respeito aos princípios e valores constitucionais, sob pena de serem declaradas inválidas.

Assim, muito embora tenha a Norma Fundamental reconhecido o princípio da legalidade penal e atribuído ao Poder Legislativo a prerrogativa de assumir a decisão final de

² Em outras palavras, quando se reconhece na Constituição uma força normativa muito além do mero repositório de diretrizes abstratas. Assim, em: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991; e também BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³ Tanto mais quanto se conceba a Constituição como um sistema misto de regras e princípios abertos a valores. Por todos, nesse sentido: GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1159 e ss.

⁴ À maneira das regras de reconhecimento de Hart ou da norma fundamental analítica de Kelsen. Para uma síntese das contundentes críticas a estes sistemas de validade das normas: ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

criminalização⁵, não está o legislador ordinário absolutamente livre neste campo. Afinal, ao se assentar todo o ordenamento jurídico na primazia dos direitos humanos, e na dignidade da pessoa humana de forma mais especial, não há de se outorgar às maiorias parlamentares ocasionais todo o poder de restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Diz-se, atualmente, com uma certa frequência, que o direito penal, como parte da manifestação de poder estatal, não poderia ostentar outras finalidades que não aquelas atribuídas ao Estado pela Constituição. Nesse sentido é que, tratando-se (como no Brasil) de uma Constituição democrática, tem-se afirmado⁶ o papel do direito penal como de exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais aos homens, seja porque não pode se furtar à meta de promoção das condições mais essenciais de desenvolvimento destes, seja porque a aplicação da pena criminal exige uma fundamentação muito maior que a mera discricionariedade do legislador.

Veja-se, quando se impõe o compromisso do Estado não apenas com a proteção (defensiva) dos direitos fundamentais, mas também com sua promoção (positiva), garante-se que o direito penal não seja utilizado para a persecução de fins transcendentais ou morais, nem como meio de um paternalismo no qual são impostas aos homens maneiras supostamente mais corretas de pensar e agir, o que por si só parece ignorar os ditames de tolerância e pluralismo. Compete a este ramo do Direito, portanto, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, tanto contra ataques provenientes do próprio Estado, como contra ataques dirigidos por outros indivíduos, na defesa das circunstâncias sociais conformadoras da liberdade⁷.

O princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, dessa forma, decorre implicitamente do postulado do Estado de Direito moderno e, como diz Schunemann, diretamente do contrato social em sua formulação atual⁸, funcionando como mais um importante instrumento na contenção do poder punitivo estatal.

⁵ Cuja natureza eminentemente política será discutida mais adiante.

⁶ Mas como se verá, longe de ser uma afirmação unânime ou pacífica.

⁷ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*. Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 105/109.

⁸ Numa perspectiva histórica: SHUNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*. Ed. Roland Hefendehl. Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 203/208

Todavia, para que este princípio alcance todo o seu potencial liberal é imperioso que lhe seja atribuído um conteúdo material. O bem jurídico em si há de ser entendido como o substrato do injusto penal, o conceito dogmático nuclear capaz de desempenhar uma série de funções ora de limitação do poder punitivo, ora de vetor de interpretação, ora de fator de sistematização do conjunto de normas incriminadoras, ou ainda como instrumento dogmático de compreensão e análise das categorias científicas que procuram explicar o fato punível.

Nesse sentido, se o legislador está fadado a lançar mão da máquina penal apenas quando em prol da proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais ao convívio humano, deve-se indagar: estaria esse mesmo legislador constitucionalmente vinculado nas escolhas dos bens a serem tutelados? Seria possível sustentar ser o bem jurídico um elemento revelador desta vinculação?

E dessas primeiras indagações, seguem-se outras três⁹: pode a Constituição determinar a criminalização de condutas atentatórias a certos bens? pode vedar peremptoriamente tal criminalização? é capaz de estipular o rol de bens que podem ser, afinal, tutelados por meio da pena criminal?

A proposta deste estudo é abordar, justamente, esta terceira questão. Note-se que, não raro, a doutrina e a jurisprudência pátrias, embora reconheçam a importância do bem jurídico para a dogmática penal, limitam-se a utilizá-lo com um vetor interpretativo, extraído do próprio texto normativo¹⁰. Este raciocínio, contudo, parece distorcer os pressupostos teóricos em que se pauta, além de desperdiçar aquilo que o bem jurídico mais tem a oferecer: um critério externo de controle da legislação.

⁹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, fasc. 2, abr/jun 1994, p. 151.

¹⁰ Este tipo de aplicação do bem jurídico já foi muito utilizado e defendido, como se verá, no início do século XX, às portas da guerra, quando encontrou seu ápice. Como alerta Rudolphi, a utilização do bem jurídico como mero vetor interpretativo o esvazia de todo e qualquer conteúdo material, Assim, como “*concepto puramente formal, disponible para cualquier contenido material, no es idóneo para permitir una descripción del núcleo material de lo injusto para todos los delitos en común, ni para poner límites al legislador. Como abstracción vacía de todo o contenido, constituye un principio metodológico para la interpretación de los tipos penales, pero ya no brinda una explicitación de lo que la especie de lo injusto de cada delito es o debe ser.*” RUDOLPHI, Hans Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In *Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, ano 4. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975, p. 332.

Esse desvirtuamento da teoria acaba por materializar uma de suas maiores críticas ao alijar o bem jurídico seu viés liberal, limitador do *ius puniendi*, o que permite a manipulação do conceito para a irresponsável fundamentação de tipos penais¹¹.

Por isso, pretende-se aqui defender tanto um conceito político-criminal crítico de bem jurídico e, uma vez definida sua imprescindibilidade para o sistema penal, estabelecer pautas aceitáveis para o legislador no momento de seleção destes bens jurídicos dignos da tutela penal. Por certo, o princípio da fragmentariedade entendido meramente como diretriz política, sem um conteúdo normativo capaz de vincular o legislador, em nada pode contribuir para a contenção do poder punitivo do Estado.

I. O BEM JURÍDICO-PENAL: A EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO

As construções teóricas que buscam legitimar a sanção de condutas nocivas à comunidade sempre procuraram refletir as necessidades reais da convivência social e, nesse passo, sempre se viram delimitadas histórica e politicamente. Por certo, as reações, primeiro privadas, depois públicas, a comportamentos lesivos sempre giraram em torno dos interesses preponderantes à época.

Nesse sentido, o trabalho de delimitação do objeto material do delito, durante sua longa história, procurou de alguma forma, embora nem sempre tenha conseguido, a redução do subjetivismo do legislador¹².

Mas, sem dúvidas, foi apenas com o movimento iluminista do século XVIII que nasceu uma noção consistente do objeto do ilícito. Em clara oposição às arbitrariedades do Antigo Regime¹³, a punição estatal na Ilustração se desvinculou dos conteúdos religiosos e éticos para encontrar fundamento na violação do contrato social rousseauiano, notadamente no caráter preventivo geral negativo (intimidativo) da pena.

¹¹ O apontamento foi descrito por Fernández com precisão: “La mencionada ‘parábola involutiva’, el proceso de ‘perversión’ del bien jurídico, permite constatar que, por desgracia, se lo ha utilizado históricamente – en demasiadas ocasiones – no ya para reducir la potestad penal del Estado, sino – antes bien –, para justificar y legitimar cada nueva figura delictiva, ante cuya inminente sanción, los juristas penales han corrido presurosos a la ‘búsqueda’ de un bien jurídico ha pasado a funcionar en sentido inverso, como pivote de legitimación”. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 6.

¹² PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 25/26.

¹³ Arbitrariedades estas representadas, no campo penal, pelas severas medidas punitivas impostas pelo Direito Germânico e Canônico. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 37/43.

Além de um novo suporte filosófico, as idéias de secularização e humanização buscaram favorecer a tutela das recém proclamadas liberdades individuais como limitações ao poder punitivo do Estado¹⁴. Elegeu-se a necessidade social como justificação da sanção criminal, permitindo o abandono do delito como reflexo do pecado. O conceito iluminista de crime se fundamentaria, portanto, em três pressupostos indispensáveis: o direito subjetivo individual em face do poder estatal; a lesividade social; e a efetiva necessidade da pena.

Inicialmente, foi a doutrina privatística de Feuerbach que conferiu ao fato punível um conteúdo de violação a um direito subjetivo¹⁵. Segundo esta visão, o indivíduo, ao cometer um crime, limitaria um direito subjetivo de outrem à liberdade garantida pelo contrato social.

O delito pressupunha, dessa forma, a igualdade de direitos entre o agente e a vítima, vinculando-se, com isto, o conceito de crime à garantia da liberdade individual, e não aos eventuais interesses políticos do Estado. Clara resta, assim, sua contribuição para a secularização da idéia de delito.

Além disso, embora o delito viesse a lesionar o direito subjetivo alheio, mais do que atingir este indivíduo isoladamente considerado, abalava a própria sociedade (danosidade social)¹⁶ exigindo uma reação do Estado enquanto garante das condições comuns de vida¹⁷.

Não obstante, foi exatamente na tentativa de superar a idéia de lesão a um direito subjetivo, reputada excessivamente abstrata, e com isso adequar a dogmática penal da época à legislação então vigente – que contemplava delitos contra a religião, a honra e os costumes, em muito distantes da noção de direito subjetivo individual¹⁸ –, que Birnbaum, em 1834¹⁹, cunhou o primeiro conceito material de injusto como lesão a bens, não a direitos.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 27/29.

¹⁵ Guzmán Dalbora, muito embora reconheça o papel de destaque de Feuerbach, sustenta terem Mario Pagano e Wilhelm von Humboldt o precedido. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre La Necesidad de una Lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Coleção Maestros del Derecho Penal, Vol. 32, Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2010, p. 15.

¹⁶ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 183/185. Assim também em FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

¹⁷ Explícito aqui o ideal contratualista de que ao Estado competia garantir e proteger a liberdade de todos os cidadãos, cidadãos estes que lhe cederam parte de suas liberdades inerentes justamente para isto. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Ob. cit., p. 12.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., pp. 31/32. Em oposição a este entendimento milita José Luiz Guzmán Dalbora. Para o catedrático chileno, Birnbaum estava concatenado com as diretrizes políticas que o precederam e rejeitava as noções de direito estatal à obediência, de periculosidade social e de arbitrariedade do legislador. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito*. trad. José Luis Guzmán Dalbora. Colección Maestros del Derecho Penal, n. 32, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010, pp. 17/19.

Para o autor, a conduta delitiva atingiria um bem da realidade (portanto, concreto) de importância para o indivíduo ou para a sociedade em geral que poderia ser lesionado e cujo desfrute deveria ser garantido pelo Estado. O direito não poderia ser lesionado, restando íntegro após as violações, enquanto o bem, que é seu objeto, permitiria uma violação concretamente aferível.

Importante ressaltar que, já nestes lineamentos iniciais, o bem protegido pela norma penal não seria criado pela lei. Tratava-se de um bem identificado na realidade das coisas, cabendo ao legislador apenas escolher aqueles que integrariam o substrato das normas penais. Mais tarde esse critério se perderia em meio ao pensamento positivista.

Com o fortalecimento e a difusão do positivismo, a teoria do bem jurídico assumiu aspectos, num primeiro momento, formalistas, afetos à racionalidade pura, completa e objetiva do próprio Direito que excluiria qualquer valoração e vincularia qualquer interpretação²⁰. Na visão de Binding, o crime afetava um interesse do Estado – convertido num fim em si mesmo²¹ – à obediência e submissão dos cidadãos aos seus desígnios. Os bens, agora denominados propriamente jurídicos, seriam, portanto, aqueles interesses do Estado protegidos pela norma penal. Seriam tudo aquilo que o legislador, enquanto porta-voz de uma vontade geral inequívoca, entendesse por bem criminalizar.

A lei se encontraria em absoluta congruência com os bens jurídicos, revelando-se como fonte definitiva destes. O ato delinquente se adequaria perfeitamente ao preceito primário da lei, do qual também se extrairia a norma proibitiva que é contrariada pelo comportamento. Assim, cometido o crime estaria violado o postulado impositivo (o dever) que determinava o comportamento inverso e, com ele, o direito estatal de ordenar²².

Como bem salienta Prado, por esse entendimento o bem jurídico se confundiria com o sentido e o fim das normas penais²³, perdendo inevitavelmente seu caráter crítico e orientador, além de prescindir de qualquer tipo de legitimação material ou vinculação a uma realidade social. O objeto de tutela era derivado da própria lei, que o criava segundo os auspícios do legislador.

¹⁹ A valorização do conceito e o reconhecimento da relevância e alcance da proposta, contudo, só veio mais de um século depois. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Ob. cit. p. 11.

²⁰ Sobre as principais peculiaridades do positivismo jurídico em suas diversas facetas, recomenda-se a clássica obra de Bobbio. BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, *passim*.

²¹ PASCHOAL, Janaina Conceição. Ob. cit., p. 29.

²² FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Ob. cit. pp. 17/20.

²³ Prado, Luiz Regis. Ob. cit. p. 33.

Num outro momento, o positivismo perdeu muito de seu viés formalista para adotar, em von Liszt, um caráter sociológico ou naturalista. O antecedente causal que fundamentaria a escolha de tal ou qual interesse não deveria ser visto como a vontade pura e simples do Estado. Não. Na verdade, os interesses importantes para a comunidade surgiriam de regras de cultura, da experiência do próprio povo, cabendo à lei tão-somente, e posteriormente, consagrá-los com o intuito de prestar-lhes tutela jurídica²⁴.

Devolvendo o bem jurídico, uma vez mais, à realidade concreta, externa ao Direito, von Liszt adere a Ihering quando este diz que as normas direcionadas ao mundo social só poderiam ser interpretadas a partir de seus fins, ou seja, proteger as condições de vida em sociedade. O bem jurídico, portanto, seria esse interesse tutelado pelo Direito.

Mesmo apresentando uma teoria substancialmente divergente daquela defendida por Binding, von Liszt não conseguiu evitar que a função legitimadora do então *ius puniendi* permanecesse com o Estado, tendo em vista que caberia a este, tão-somente pelo ato incriminador, mediar o interesse social.

Já no início do século XX, as orientações espiritualistas neokantianas das Escolas de Marburgo e de Baden (Subocidental Alemã) vieram influenciar a teoria, a partir da qual foram elaborados conceitos abstratos, pautados em hipotéticos valores ético-sociais.

O pressuposto positivista de que as ciências sociais seriam aferíveis empiricamente, tal como as ciências naturais, já havia sido atacado pelos filósofos Windelband, Lask e Rickert que passaram a entender as ciências do espírito, especialmente o Direito, a partir da sua referência a valores, como ciências normativas, axiológicas. Essa resistência se refletiu na perda da função garantista do bem jurídico²⁵. O seu conceito ganharia relevância apenas na medida em que atuasse como um fator de interpretação teleológica²⁶.

Nesse sentido, Honig identificou o objeto de tutela com a própria finalidade da norma penal, extraindo-o da vida humana cultural e da ordem jurídica como um todo. É de se sublinhar

²⁴ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F Briguiet & C, 1899, pp. 139/142.

²⁵ HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*: El objeto protegido pela norma penal. 2 ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 63.

²⁶ Nas palavras de Rudolphi: “Con esto el concepto de bien jurídico ha sido despojado de todo o contenido material. Como tal es un concepto apto a recibir cualquier contenido, y no es, por lo tanto, otra cosa que una forma de pensamiento del ‘sentido y fin de las prescripciones penales particulares’, o como más tarde Grunhut y Schwinge lo han expresado, solo una ‘abreviatura del pensamiento teleológico’ o, lo que es lo mismo, la ratio legis.” RUDOLPHI, Hans Joachim. Ob. cit., p. 332.

a aproximação de tal concepção às correntes positivistas formais, uma vez que o bem jurídico ainda derivaria do conjunto normativo enquanto representativo do complexo cultural da comunidade.

Com a doutrina de HONIG o bem jurídico é desmaterializado a ponto de se tornar quase uma “*abreviatura*” do fim perseguido pela norma penal²⁷. Em outras palavras, ele vem a ser confundido com a própria *ratio legis*, perdendo tanto sua vinculação com a realidade concreta quanto seu potencial de limitação do poder punitivo.

Mas é de se admitir que, com efeito, todas as tentativas empreendidas até então não haviam logrado delimitar seu conteúdo material, de modo que não é de se espantar a conclusão de que o conceito seria em si abstrato e insuscetível de ser determinado materialmente.

Foi a partir das correntes neokantianas que Mezger edificou sua contribuição ao causalismo valorativo. Para o autor alemão, o bem jurídico não seria um objeto concreto do mundo exterior, mas uma figura ideológica que carrega consigo uma valoração objetiva, evidenciando o valor que possui para o indivíduo ou para a sociedade²⁸.

Nos tipos penais, ou o bem jurídico se confundiria com o objeto de ataque (como no homicídio e na lesão corporal, nos quais são atingidos a vida e a integridade física) ou dele se afastaria, sendo inerente neste caso a sua abstrativização (os exemplos sugeridos são os crimes de furto e injúria). De qualquer forma, sua importância maior adviria da revelação do objeto a que se dirige o fim de proteção da norma, ou seja, o conceito se apresentaria como um “*medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del derecho penal.*”²⁹.

Válido, entretanto, é o aparte formulado por Figueiredo Dias, segundo o qual a referida corrente deve ser hoje liminarmente rejeitada, eis que faz dos bens jurídicos meras

²⁷ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: Libro de estudio. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958, p. 156.

²⁸ “El bien jurídico (objeto de protección, objeto de ataque) no es, como el ya mencionado ‘objeto de la acción’, un objeto concreto del mundo exterior. Es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El ‘bien jurídico’ evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una ‘espiritualización’ de este concepto de bien jurídico. Del mismo modo, significa desconocer esta importante teoría, investigada muy especialmente por BIRNBAUM en lo que respecta a su utilidad y necesidad, el reprocharle un enfoque ‘individualista’; en efecto, es fundamental para el bien jurídico de los tipos jurídico-penales, el que no sea solamente un bien del individuo, sino de la sociedad, un ‘bien del derecho’”. MEZGER, Edmund. Ob. cit., p. 155.

²⁹ MEZGER, Edmund. Ob. cit., p. 159.

“*fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime*”³⁰ (grifos no original), retirando-lhes qualquer referência político-criminal ou padrão crítico de aferição da legitimidade da incriminação. E, de fato, hoje é de conhecimento geral a estreita ligação entre o culturalismo mezgeriano e a ideologia nacional-socialista³¹.

Foram mais longe os autores da chamada Escola de Kiel que, durante o irracionalismo do regime nacional-socialista alemão, impugnaram o conceito de bem jurídico, reputando-o como um conceito inútil e impreciso. O direito seria por eles entendido como uma fiel expressão do são sentimento do povo.

Conforme salienta Fernández, as doutrinas de Schaffstein, Dahm, Gallas e Siegert afirmaram a insustentabilidade do dogma do bem jurídico, embasando a essência do delito na contrariedade aos deveres jurídicos, na suposta hostilidade do autor à comunidade³². Nesse sentido, ocorre a ruptura uma vez mais com os pressupostos liberais da revolução burguesa, já que a proteção pretendida pelo direito penal não mais se volta ao indivíduo ou aos interesses da comunidade em si, mas sim à fidelidade ao povo (enquanto entidade autônoma) que todos deveriam guardar³³.

Como se vê, e esta parece uma conclusão tão relevante quanto evidente, mesmo diante da sua patente desmaterialização, relegado à função inglória de mero vetor interpretativo, o conceito de bem jurídico ainda guardava um forte viés liberal capaz de incitar os penalistas comprometidos com o ideário nazi a defender sua absoluta contrariedade aos desígnios do *ius puniendi* e com ela seu ostracismo.

O pós-guerra marcou a retomada do Estado de Direito e da dogmática penal racional e com ela a busca dos paradigmas liberais que ficaram esquecidos em meio ao terror e à guerra.

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 158.

³¹ Para uma detalhada análise sobre a relação entre Mezger e o movimento nazista, com amplas referências documentais: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

³² FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Ob. cit. pp. 31/33.

³³ “Si para el Iluminismo el centro es el individuo, para la ideología nacionalsocialista es el pueblo, pero no entendido como la suma de los individuos que viven en comunidad, sino como un ser con identidad propia por encima de los individuos ligado por la sangre y al suelo de las generaciones pasadas, actuales y futuras. El elemento de cohesión es la fidelidad y no la iluminista persecución de intereses de la comunidad. el delito ya no podría plantearse como una lesión de intereses o a las condiciones de vida en común, sino como una traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán.”. HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. Ob. cit., p. 69.

Com uma visão mais complexa, Welzel, prosseguindo na construção da sua doutrina da ação finalista³⁴, elaborou um conceito de índole ontológica, pelo qual o bem jurídico seria um bem vital, quer comunitário quer individual, que em razão de sua significação social seria protegido pelo direito penal³⁵. Esta visão se apresenta coerente com a concepção que o autor tem da função desempenhada pelo direito penal, qual seja, a tutela de um mínimo de valores ético-sociais elementares, estabilizando-os e inserindo-os nos planos individuais de ação.

Seguindo o pensamento proposto, os cidadãos teriam um dever transcendente incondicional (em visível alusão ao imperativo categórico kantiano) de respeito a estes valores ético-sociais, com vistas à própria sobrevivência da sociedade. Mas para que o dito imperativo fosse internalizado pela consciência de cada um e fosse capaz de direcionar o comportamento destes de acordo com um juízo de valor contrário à lesão, a norma penal sancionaria sua violação com uma pena³⁶. De todo modo, a proteção jurídica se aproximaria muito de uma proteção moral, fazendo com que o conceito de bem jurídico fosse relegado a um segundo plano, ainda carente de uma maior substancialidade.

Este pensamento, é bom lembrar, está inserido num movimento de reação às arbitrariedades perpetradas sob a égide do positivismo cego, reclamando o retorno dos parâmetros de conteúdo ético e moral. Ao Estado de Direito formal, contrapôs-se o material; ao liberal substituiu-se o social; e ao império da lei impõe-se o da justiça³⁷.

Como conclusão parcial é possível observar que o interesse tutelado pelo Estado por meio de seu aparato repressivo, o substrato material do injusto, esteve durante todo este período de evolução oscilando entre uma posição central na legitimação e construção das incriminações, funcionando de certa forma e dentro de certas limitações como um fator de delimitação do campo de atuação do poder punitivo estatal, e uma posição periférica, secundária, em que mal poderia contribuir com o estudo dogmático do fato punível.

³⁴ Iniciada bem antes, em 1931, mas que só veio a ganhar ressonância na Alemanha após a queda do regime nazista, já no final dos anos 40, e marcadamente na América Latina depois da década de 70, quando seu prestígio já havia em muito decaído na Europa. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Ob. cit., pp. 36/38.

³⁵ “Bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente. (...) Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un "montón atomizado", sino el orden social, y por tanto, la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social.” WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, pp. 05/06.

³⁶ TAVARES, Juarez E. X. Ob. cit., pp. 191/194.

³⁷ A Constituição de Bonn, de 1949, é expressiva ao dispor em seu artigo 20, I, que a República Federal da Alemanha se erige num Estado Social e Democrático de Direito.

II. A SITUAÇÃO ATUAL DA DISCUSSÃO

A dicotomia histórica descrita no tópico anterior parece estar longe de ser superada³⁸. Modernamente, se por um lado a doutrina majoritária entende ser imprescindível o conceito de bem jurídico para a estruturação do injusto, o consenso se perde quando se tem em pauta o alcance e as funções que poderiam ser atribuídos ao conceito, ou ainda quando as argumentações passam a recair sobre o tema do papel instrumental da pena ou do próprio direito penal.

Isso porque, invariavelmente, a noção de bem jurídico adotada depende do entendimento que o estudioso tiver das funções desempenhadas pelo direito penal. E isso nunca foi pacífico. Assim, o posicionamento dogmático do conceito se altera segundo a teoria sistêmica defendida por cada um dos doutrinadores, acarretando uma infinidade de construções reconduzíveis, no máximo, e não sem grandes esforços, a correntes mais ou menos uniformes.

Se isto só não bastasse para a eternização da contenda, mesmo aqueles defensores do papel tutelar do direito penal são incapazes de chegar a um conceito unívoco para o instituto e ainda precisam construir as mais diversas argumentações para interpretar certos tipos penais nos quais o bem protegido não se apresentaria muito evidente³⁹.

Diante deste cenário, autores como Jakobs, Stratenwerth e Hirsch, por exemplo, questionam a utilidade do bem jurídico, na medida em que se recusam a conferir ao direito penal uma tarefa tutelar de bens. Por isso, mesmo sendo possível se dizer que adotam em comum um conceito dogmático, imanente ao próprio sistema penal, de modo que toda a norma haveria de ter como seu vetor material um interesse eleito pelo legislador, em cada um desses autores a teoria ganha novos contornos muito particulares.

Stratenwerth é talvez hoje um dos mais importantes críticos da teoria do bem jurídico. Para o catedrático da Basileia, as condutas desviadas só poderiam ensejar criminalização quando

³⁸ Expressivas são as colocações de Wohlers e Hefendehl: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*. Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, 403/414.

³⁹ Os exemplos mais clássicos são os crimes de maltrato de animais e também o antigo tipo de homossexualidade masculina cuja revogação, para uns, seria um exemplo prático do reconhecimento da teoria do bem jurídico. Para um panorama bem claro sobre o assunto, vide a apresentação de Gimbernat Ordeig à obra HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*. Trad. Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 11/22. Também: GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma Introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 49, 2004, p. 89.

postas em questão normas ético-sociais elementares, capazes de produzir sobre si um consenso racional e razoável⁴⁰.

Apesar de reconhecer que este critério não deve ser o único indicativo das condutas que podem ser criminalizadas, defende o autor a utilização simultânea de outros parâmetros constitucionais de controle, como a compatibilidade da norma penal com os direitos fundamentais (igualdade, propriedade, presunção de inocência e culpabilidade por exemplo), a legalidade, a fragmentariedade, a subsidiariedade, a coerência e, principalmente, a proporcionalidade.

Destaca, em relação ao bem jurídico, a sua incapacidade de produzir um consenso, haja vista que, até o momento, não se conseguiu chegar, nem ao menos aproximadamente, ao seu conceito. O instituto não geraria nada além do que as discussões quanto às vantagens e desvantagens da lei penal, regidas por argumentos racionais, são capazes de fazer.

A comunidade não seria apenas o marco necessário para a liberdade dos cidadãos, mas o ponto de referência da identidade social. O importante não seria identificar bens jurídicos ou argumentar sua vinculação a interesses individuais, mas sim de determinar a pauta de comportamento essencial, correta, que forma parte do consenso normativo básico (constitucional) sobre o qual se funda a nação⁴¹. Consenso este, é bom dizer, que pertenceria a uma consciência moral coletiva que inevitavelmente evoluiria com o tempo.

De maneira próxima, Hirsch, embora acredite ser possível tecer conceitos de bem jurídico, aduz que estes não possuiriam a capacidade de vincular o legislador e que os comportamentos que seriam supostamente excluídos do campo penal já seriam comportamentos juridicamente irrelevantes⁴². A limitação do legislador adviria apenas do princípio da subsidiariedade e da própria idéia de proporcionalidade que ele carrega.

A teoria funcionalista-sistêmica de Jakobs, por sua vez, parte da compreensão do bem jurídico segundo a finalidade funcional que o autor atribui à norma penal: a estabilidade da

⁴⁰ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General. El Hecho Punible. Tomo I.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, pp. 53/62.

⁴¹ STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*. Trad. Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 367.

⁴² HIRSCH, Hans Joaquim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 371.

própria norma. Ao relacionar os fins do direito penal à garantia das expectativas dos cidadãos em uma conduta correta, e não à proteção de valores socialmente relevantes, identifica o autor a validade fática da norma com “o bem jurídico-penal” a ser resguardado⁴³. A função de confirmação da vigência da norma diante da negação desta pelo autor⁴⁴ deixaria num segundo plano a eventual discussão sobre bens jurídicos.

No Brasil, embora crítico à função de tutela de bens jurídicos, mas sem negar as importantes contribuições que o instituto tem a oferecer, Tavares assinala a impossibilidade de identificação do bem jurídico com funções ou interesses e, partindo de um direito penal liberal cuja função precípua é a delimitação da ação estatal em face da proteção à dignidade humana, reduz a sua concepção a interesses individuais relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade individual. Nesta esteira, leciona:

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua proteção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. (...) A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo [Princípio da Refutabilidade] constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal.⁴⁵

Do lado oposto se encontram os entusiastas do bem jurídico, dentre os quais se destacam Hassemer, Hefendehl, Schunemann, Roxin, e Figueiredo Dias. Para estes autores a função do direito penal só poderia ser a exclusiva tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais aos indivíduos ou à sociedade. Para desempenhar tal papel, o conceito de bem jurídico, núcleo da construção, não poderia ser dogmático, mas sim político-criminal, ou seja, transcendente ao sistema e, portanto, crítico a ele. Em outros termos: seria capaz de limitar e vincular a intervenção estatal a partir dos fins a que estaria adstrito o legislador quando da utilização do aparato punitivo.

A função tutelar do direito penal se coadunaria com o próprio dever conferido ao Estado pela Constituição de permitir e promover o maior desenvolvimento possível das personalidades

⁴³ TAVARES, Juarez E. X. Ob. cit., p. 196.

⁴⁴ Em uma idéia que remonta às teorias hegelianas da pena.

⁴⁵ TAVARES, Juarez E. X. Ob. cit., pp. 198/199.

dos indivíduos integrantes da sociedade, especialmente através da proteção e promoção dos direitos fundamentais destes.

Os bens jurídicos seriam, assim, o conteúdo material que daria suporte e legitimação à norma penal ao mesmo tempo em que limitaria tal norma. Sua identificação, portanto, seria anterior à norma, e determinaria, já no momento de elaboração legislativa, uma série de critérios e requisitos sem os quais a norma penal careceria de validade.

Para Roxin, a penalização, diante de sua gravidade, necessitaria de uma legitimação especial, distinta da mera discricionariedade do legislador. Visto pela ótica da política criminal, o direito penal teria por função a garantia a seus cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura.

Seria possível, nesse sentido, estabelecer critérios político-criminais que fossem capazes de limitar o poder punitivo do Estado, definindo ao legislador as condutas que poderiam e as que não poderiam, a princípio, criminalizar.

Os bens jurídicos seriam dados da realidade imprescindíveis ao máximo desenvolvimento das personalidades dos indivíduos, ou seja, muito embora tenham origem nas normas de cultura da sociedade, necessitariam ser contemplados no texto constitucional⁴⁶. Na verdade, a Constituição, e a decisão fundamental que representa, acolheria dentre os inúmeros bens jurídicos surgidos das práticas sociais aqueles mais relevantes, inerentes à convivência pacífica na sociedade. E de fato, a pretensão de vinculação do legislador ordinário só poderia advir da própria Constituição.

Nas palavras de Figueiredo Dias, seria conferida nestes termos a dignidade constitucional ao bem jurídico, que diante do princípio da fragmentariedade se tornaria bem jurídico-penal.

Mas este grau de importância, por si só, não importaria na necessária tutela de tais circunstâncias por meio do direito penal. Para que isso seja possível, aplicar-se-ia um juízo de subsidiariedade pelo qual, diante da flagrante ineficácia de outros meios de defesa, menos invasivos, o direito penal poderia ser uma opção se o legislador, diante da realidade cultural da sociedade no momento, assim se pronunciasse. Essa segunda etapa caracterizaria o chamado merecimento de pena.

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008, pp. 51/59.

Atento ao sistema jurídico-político estruturado pela Carta Maior, Roxin enfatiza o caráter liberal e as vantagens da adoção da teoria ao estabelecer parâmetros limitadores da atividade legislativa, vedando a criminalização discriminatória, de comportamentos imorais ou contrários a sentimentos religiosos ou ideologias, bem como sob o argumento de preservação de bens jurídicos impalpáveis ou contra autolesões conscientes⁴⁷, todos voltados a um paternalismo estatal injustificável.

Além disso, a presença de um referencial concreto de lesão teria grande repercussão na própria estrutura do delito, com a fundamentação de um princípio de lesividade e, notadamente, quanto aos critérios de imputação objetiva do resultado.

Em Portugal, destaca-se o magistério de Figueiredo Dias segundo o qual seria possível definir o bem jurídico como “*a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*” (2007, p. 114).

Enfatiza o autor que essa concepção teleológico-funcional e racional se fundamentaria em três condições inafastáveis: (i) demonstrar um conteúdo material; (ii) dispor-se como um padrão crítico transcendente ao sistema normativo jurídico-penal; e (iii) adequar-se à orientação político-criminal assinalada pela Constituição. Os bens jurídicos dignos de tutela penal, embora contidos no sistema social, exigem um reflexo no conjunto de valores e princípios constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação econômica, social e política (daí se diz, como o faz Roxin, que preexistem à lei penal, mas não à Constituição – 2008, p. 64).

Prado, por sua vez, constrói todo um sistema complexo de vinculação do legislador ordinário não só às diretrizes formais expostas na Constituição como também ao conteúdo material da Carta Política, depreendido explícita ou implicitamente das normas superiores. Em termos gerais, concorda o autor com os modelos propostos por Figueiredo Dias e Roxin, no sentido de que os bens jurídicos defluem dos valores sociais cristalizados na consciência da comunidade e ganham relevância penal tão-somente quando albergados pelo sistema constitucional⁴⁸.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 37/52.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 255/274. Enfatizando a necessidade de respaldo constitucional, explicita o autor: “*a noção de bem jurídico*”

Vale lembrar que, para a doutrina majoritária, o Texto Magno, ao simplesmente prever tais valores não impõe a criminalização, antes permite que o legislador ordinário, atento tanto aos limites principiológicos básicos de um Estado Social e Democrático de Direito quanto à realidade histórica e sócio-cultural em que vive, possa optar pela adoção ou não da via subsidiária penal. Nas palavras de Greco:

o bem jurídico-penal, apesar de ser arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal. (...) É necessário muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que possa justificar a gravidade da sanção quanto a sua violação em regra acarreta. Daí por que precisamos de uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais.⁴⁹

É chegada a hora, enfim, de se optar por um ponto de vista nesta infundável discussão, o que permitirá desenvolver, mais adiante, certas pautas para um processo legítimo de seleção dos bens jurídicos passíveis de proteção penal.

Inicialmente, há que se aderir à visão de um direito penal tutelar. O sistema penal integra o aparato de poder do Estado e põe em evidência a forma mais invasiva de interferência deste na esfera de liberdade dos indivíduos. E é exatamente por isso que não se pode concordar com um *ius puniendi* à livre disposição da máquina estatal.

A atribuição ao direito penal de um papel tão-somente limitador, de proteção do indivíduo em face do poder punitivo⁵⁰, não parece alcançar o objetivo deslegitimador deste poder punitivo. Por certo, a idéia de que o exercício do *ius puniendi* é um dado ôntico e que caberia ao direito penal apenas contê-lo ao máximo expõe um cenário no qual o Estado detém um poder à partida, que embora seja irracional e ilegítimo pode ser exercido, e o direito penal se esforçaria em

emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia.” PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 90/91.

⁴⁹ GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma Introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 49, 2004, pp. 100/101.

⁵⁰ À semelhança do funcionalismo redutor de Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II*, I. Rio de Janeiro: Revan, 2010, pp. 60/61.

restringi-lo no seu momento de aplicação, tal qual diques que represam as águas de um rio, mas não as impedem de continuar seu curso⁵¹.

Ora, o poder punitivo aplicado com respeito a todos os parâmetros e restrições impostos pelo direito penal foi por este, afinal, legitimado. Neste ponto, não resta razão para a crítica de que um sistema penal político-criminalmente orientado legitimaria tal poder. Na verdade, ambas as teorias buscam, por caminhos diversos, a conformação de uma racionalidade (ainda que seja ela mínima) na utilização dos meios punitivos pelo Estado.

A atribuição ao direito penal de uma função protetora subsidiária de bens jurídicos apresenta uma substancial vantagem ao exigir que a lei penal busque fins autorizados pela Constituição, em vez de representar uma livre escolha parlamentar sem qualquer objetivo aparente. O conceito de bem jurídico, aqui, representa mais um instrumento liberal de contenção das arbitrariedades, o que por si só já deveria impedir o seu descarte.

O modelo de Estado Social e Democrático de Direito, como se sabe, erige a dignidade da pessoa humana como marco fundamental orientador de todo o ordenamento jurídico e, concretamente, impõe ao Estado que paute todas as suas ações pela busca constante da proteção e promoção dos direitos fundamentais de seus cidadãos. A proibição criminal, portanto, enquanto emanção do poder estatal perante o indivíduo, para ser legítima, deve também partilhar deste mesmo objetivo. Não se coaduna com este modelo de Estado a aplicação da pena sem qualquer objetivo claro e autorizado pela Constituição.

Nesse sentido, estando o legislador obrigado à identificação de um bem jurídico a ser tutelado, é certo que este legislador não é, e não pode ser, absolutamente livre para escolher tais bens.

Partindo-se desta premissa, de que ao direito penal competiria a tutela de bens jurídicos e de que a noção de bem jurídico pode ser utilizada como um parâmetro crítico externo ao sistema, permitindo verificar a validade das incriminações propostas, surge a questão do que se deve entender por bem jurídico.

Primeiramente, entende-se que ao se dizer que a norma de proibição contida no tipo penal deve procurar a tutela de um bem jurídico concreto este deve, necessariamente, ser imprescindível ao desenvolvimento humano, ao pleno gozo de certo direito fundamental. Só

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *at lii*. Ob. cit., p. 20.

assim é possível entender a lei penal inserida num contexto de restrição aos direitos fundamentais do indivíduo.

Mas, além disso, para que exerça todo o seu potencial crítico, deve ser extraído da realidade social e não do próprio ordenamento jurídico. Por certo, um referencial material decorrente da interpretação das próprias normas vigentes em nada poderia contribuir na análise quanto à legitimação destas mesmas normas. Note-se que sua origem, sem dúvida, é social e cultural, mas a valoração por parte do direito é sempre necessária.

Por isso é viável pensar que a origem dos bens se dá, inicialmente, no seio da sociedade, que segundo as atuais regras de cultura se tornam valiosos aos homens e posteriormente valorados pelo direito⁵². Seriam objetos reais de interesses arraigados na consciência do povo, ligados à preservação e promoção do desenvolvimento das personalidades dos indivíduos num contexto social determinado, ou seja, imprescindíveis às condições de vida e liberdade das pessoas integrantes da comunidade.

Contudo, se é certo que nem todos os bens são bens jurídicos, nem todos estes reclamam a utilização do aparato criminal para sua proteção⁵³.

III. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

Até este momento se tem referido reiteradamente ao princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos. Tal princípio, de cunho liberal, impede a criminalização de condutas que não visem à tutela de bens imprescindíveis ao convívio humano. Incide, como visto, no momento de criação legislativa.

Porém, aquele princípio penal necessita de uma complementação ainda mais restritiva do poder punitivo. De fato, de nada adiantaria tentar limitar a discricionariedade do legislador com a exigência de identificação de um bem objeto de tutela se todo e qualquer bem pudesse se encaixar neste papel, vencer este requisito e ser adotado pelo legislador penal.

⁵² “O conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural.” PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 147.

⁵³ Nas palavras de Assis Toledo: “Frise-se, porém – e isto está implícito nas considerações iniciais – que nem todo bem é um bem jurídico. Além disso, nem todo bem jurídico como tal se coloca sob tutela específica do direito penal”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.

Por isso diz-se haver ainda um princípio da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima. Este postulado, derivado do próprio Estado de Direito desde as primeiras construções iluministas, determina que a intervenção penal, com toda a sua gravidade, deve se efetivar tão-somente quanto estiverem presentes os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes e, mesmo assim, apenas quando nenhum outro ramo do direito dispuser de meios suficientemente preventivos⁵⁴.

É justamente deste princípio maior que se destacam três subprincípios de suma importância para a estruturação da lei penal: a ofensividade, a subsidiariedade e a fragmentariedade⁵⁵. Neste momento, apenas o último deles merecerá atenção.

O princípio da fragmentariedade, para a doutrina majoritária, estabelece a necessidade de que o direito penal assegure a integridade de apenas alguns dos bens jurídicos identificáveis, justamente aqueles mais relevantes para o homem e a sociedade⁵⁶. Atribui-se a BINDING a afirmação de que o direito penal não encerraria um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas sim um sistema descontínuo de ilícitos, atento a uma pequena parte do universo de bens jurídicos presentes no ordenamento e de possibilidades de condutas a eles ofensivas.

Tal princípio configura um marco de tamanha relevância para a contenção do poder punitivo estatal que surpreende o fato de que, em geral, sequer se cogite como esta seleção de bens deveria se dar. Afinal, como dizer que um bem jurídico é dos mais importantes, a ponto de autorizar a utilização da coerção penal em sua defesa? Sem o estabelecimento de critérios minimamente objetivos para a inserção deste princípio na pauta político-criminal do Estado o princípio jurídico em questão queda carente de um possível conteúdo normativo, transfigurando-se em mera diretriz, mero valor, com pouquíssima efetividade.

Portanto, a delimitação do conteúdo material deste princípio, conferindo-lhe normatividade (a ponto de vincular o legislador ordinário e servir de parâmetro de validade da norma penal), passa pela construção dogmática de critérios racionais para a escolha daqueles bens jurídicos dignos da tutela penal⁵⁷, reduzindo-se ao máximo a discricionariedade do

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., pp. 11/12.

⁵⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 85/90.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., pp. 12/13; PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., pp. 148/149; BATISTA, Nilo. Ob. cit., pp. 886/87; LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: SafE, 2003, p. 40.

⁵⁷ TAVARES, Juarez E. X. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 0, 1992, p. 75.

legislador no momento da definição do que merece ser protegido por meio da incriminações de condutas.

No início da década de 90, Tavares publicou um importantíssimo texto cuja preocupação primordial foi traçar critérios de seleção de crimes e cominação de penas. Muito embora não tenha adentrado profundamente, naquela oportunidade, no tema dos critérios de seleção de bens jurídicos, procurando na verdade enfatizar a identificação de condutas e a proporcionalidade das penas, deixou firmado ali a relevância do bem jurídico como parâmetro de vinculação do legislador.

Mais do que isso. Ensaçou o autor a delimitação do trabalho legislativo de seleção de bens jurídicos a partir tanto de referenciais na realidade concreta quanto no valor supremo da dignidade humana:

O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social. Fora disso, só resta arcar com as consequências políticas do erro cometido.⁵⁸

A esta construção doutrinária não cabe qualquer crítica. No entanto, é necessário envidar novos esforços para, a partir de suas bases, desenvolver parâmetros mais objetivos de controle. Parece correto Essado ao dizer que “*é imperioso bem definir os contornos sobre os quais os bens jurídicos aptos a receberem a tutela penal transitam*”, sendo que somente “[a]pós isso é que se deve atentar para os critérios que merecem ser utilizados para definir quais condutas podem ser penalmente relevantes, bem como quais espécies e quantidades de penas devem ser previstas abstratamente”⁵⁹. Por certo, três são os campos férteis à escolha fundamentada do legislador, nesta ordem: o bem a ser tutelado, as condutas a ele ofensivas que devem ser proibidas, e as penas (em qualidade e quantidade) a serem cominadas.

Numa primeira tentativa de esclarecer o conteúdo do princípio da fragmentariedade, deve-se pensar que o bem jurídico-penal, para dar ensejo à vinculação do legislador penal e à futura restrição de direitos fundamentais daquele que o ofende gravemente, deve apresentar um suporte constitucional. Apenas quando por meio de uma decisão política fundamental⁶⁰, assumida num

⁵⁸ TAVARES, Juarez E. X. Ob. cit., p. 81.

⁵⁹ ESSADO, Tiago Cintra. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. Porto Alegre: SafE, 2008, p. 30.

⁶⁰ “según las decisiones valorativas de nuestra Constitución, la tarea del derecho penal sólo está dada por la protección frente a los ataques humanos de los objetos sobre los cuales se basa la libertad y la responsabilidad de los

ambiente democrático pluralista em que se possa chegar aos consensos possíveis, e que estampa tais valores na Constituição, é que estes objetos de interesse se tornam bens jurídicos com dignidade constitucional.

Dessa forma, mais coerentes Roxin⁶¹, Figueiredo Dias (2007, pp. 119/120), Régis Prado (2009, pp. 81/90) e Greco (2004, pp. 100/101)⁶² quando afirmam a necessária vinculação do bem jurídico-penal à Constituição. Para que o conceito seja ao mesmo tempo um vetor interpretativo das normas penais positivas e um critério material obrigatório para o legislador não pode ser deduzido de uma norma de direito natural, como na época do iluminismo, nem das relações sociais por si sós, mas das decisões valorativas da Constituição⁶³.

Somente dentre aqueles interesses fundamentais elencados pela Carta é que estará o legislador ordinário autorizado a buscar os mais proeminentes. E estes não de ser, necessariamente, referíveis aos direitos fundamentais de liberdade⁶⁴, ou seja, aqueles imprescindíveis à manutenção e desenvolvimento das condições básicas da liberdade democrática.

A suposta hierarquização de valores constitucionais, essencial a um juízo de preponderância de uns princípios sobre outros, só é possível num momento posterior, ou seja, a determinação de quais valores deverão afinal prevalecer deve ocorrer diante de necessidades concretas que coloquem em conflito os princípios que prestam suporte ao bem jurídico-penal e aqueles que serão afetados pela imposição da coerção penal.

Os princípios constitucionais, enquanto pontos de contato entre os valores morais e o Direito, gozam de normatividade e são mandados de otimização, devendo ser promovidos e

ciudadanos, individualmente considerados, sobre la cual se basa la vida social". RUDOLPHI, Hans Joachim. Ob. cit., p. 346.

⁶¹ "la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado". ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 55/56.

⁶² Em sentido contrário, sustentando a discricionariedade do legislador na escolha dos bens jurídico-penais e a limitação nesta matéria restrita à exigência de não contrariedade com o texto constitucional (limitação apenas negativa de compatibilidade): DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Ob. cit., pp. 169/170; Ver também: GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Série As Ciências Criminais no Século XXI, Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 102/105.

⁶³ RUDOLPHI, Hans Joachim. Ob. cit., p. 338.

⁶⁴ Em sentido aparentemente mais amplo, referindo-se à dignidade da pessoa e à liberdade individual, valores informadores de incontáveis direitos fundamentais: PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p. 90.

protegidos ao máximo⁶⁵. Não há que se falar em prevalência *a priori* de um princípio sobre outro, sem a interveniência de um conflito delimitado.

Contudo, ao menos uma idéia reitora deve prevalecer sempre: erigindo-se a dignidade humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico e da sociedade que conforma, as razões existentes pela prevalência de um princípio sobre o outro devem levar em consideração a maior proximidade que este princípio prevalecente possui com a dignidade humana⁶⁶. Mesmo sendo possível se sustentar que um princípio mais distanciado venha a sobrepor-se em relação a outro mais próximo, isto exigirá uma argumentação muito mais forte e fundamentada.

Noutro giro, tratando-se de pena privativa de liberdade, não há dúvidas de que a lei incriminadora se insere na sistemática das leis limitadoras de direitos fundamentais, ou seja, a sua validade constitucional exige que os valores essenciais tutelados sejam, segundo certas circunstâncias fáticas e jurídicas, preponderantes sobre aqueles que se pretende restringir.

A liberdade, enquanto direito fundamental dos mais valiosos para o homem e segundo sua natureza principiológica, impõe para sua restrição que em jogo estejam outros princípios constitucionais fundamentais⁶⁷.

Partindo-se de uma distinção qualitativa entre regras e princípios, é possível designar o catálogo de normas de direitos fundamentais como um elenco misto normativo, no qual é possível a convivência harmônica entre um nível de regras e um nível de princípios⁶⁸. Adotando-se esta visão, os direitos fundamentais devem ser considerados em sua vertente normativa, ou seja, enquanto sistema aberto de princípios e regras⁶⁹ extraídos a partir do texto constitucional por meio do processo de interpretação, e ostentando, em todo caso, pelo menos algum grau de efetividade.

Como se vê, da natureza eminentemente principiológica dos direitos fundamentais se pode deduzir que estes são, em regra, ponderáveis, restringíveis. Na verdade, em que pese

⁶⁵ ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 90/91.

⁶⁶ Aproxima-se, nesse ponto, da concepção de hierarquização tendencial defendida por Ferreira da Cunha em seu notável trabalho: FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e Crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, pp. 317/326.

⁶⁷ Na opinião de Correia seriam direitos da coletividade em geral, já para Essado seria um genérico direito fundamental à segurança. CORREIA, Belize Câmara. *O Controle de Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade*. Porto Alegre: SafE, 2009, p. 73; ESSADO, Tiago Cintra. Ob. cit., pp. 35.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Ob. cit., pp. 121/179.

⁶⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 1159/1189.

possam ser vistos como um consenso mínimo imposto aos grupos políticos dominantes, seja porque representam valores essenciais da sociedade, seja porque tutelam as condições para um correto funcionamento do processo de deliberação democrática: ninguém parece contestar que não são absolutos.

Na esteira da Teoria Externa⁷⁰, não há ainda que se falar em limites imanentes aos direitos fundamentais, que predeterminariam um âmbito de proteção⁷¹, mas apenas em um direito original, ilimitado *prima facie*, e, posteriormente, diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, em uma restrição àquele. A limitação, dessa forma, só pode surgir de uma necessidade externa de conciliação entre os direitos conflitantes, sendo imprescindível, em qualquer caso, uma fundamentação racional e constitucional⁷².

Assim, entende-se que, se diante daquelas lesões específicas, de natureza grave, o bem jurídico é diretamente afetado, a incriminação da conduta ofensiva não pode se furtar a um processo prévio de ponderação entre os princípios constitucionais de que dependem aquele bem afetado e aqueles atingidos pela imposição da pena criminal. Este conflito entre princípios constitucionais se dá diante de uma situação concreta, na qual a violação do bem jurídico por uma conduta ameaça os fins perseguidos por princípios fundamentais específicos. Na hipótese do trabalho de ponderação resultar na precedência destes princípios sobre aqueles que seriam afetados pela própria imposição da pena, então pode-se falar em uma regra jurídica que corporifique este resultado. Naqueles casos em que a situação fática específica se verificar, a tutela do bem jurídico estará, em princípio, autorizada.

Nesse sentido, também as condições fáticas que permeiam esta ponderação, que configuram uma situação específica de conflito no mundo real, deverão ser incorporados no tipo penal.

Diante da verificação destas condições fáticas poderia se falar em uma relação de precedência previamente definida pelo legislador. O tipo legal de crime, portanto, há de descrever

⁷⁰ Segundo a qual não haveria que se falar em limites imanentes aos direitos fundamentais, situações que de antemão deveriam ser excluídas do âmbito de proteção destes direitos. ALEXY, Robert. Ob. cit., pp. 276/294.

⁷¹ Assim, por exemplo, Vieira de Andrade, para quem não haveria duas categorias distintas, o direito e sua restrição, mas tão-somente o direito, cuja definição do âmbito de proteção já pressuporia a exclusão de certas situações fáticas (suporte fático restrito). Veja-se que tal raciocínio reduziria a função da ponderação, eis que os eventuais conflitos já seriam de plano afastados. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 173/179.

⁷² Sobre o tema: SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais – Conteúdo essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, *passim*.

a situação fática concreta que, caso verificada, daria ensejo ao resultado da ponderação prévia de princípios constitucionais: a prevalência daqueles cujo suporte advém da integridade do bem jurídico afetado e daqueles afetados pela persecução penal e pela aplicação definitiva da pena, notadamente a liberdade individual, com a consequente restrição autorizada desta.

Mas além das circunstâncias fáticas que compõem a situação de conflito, também aspectos normativos devem ser considerados. A precedência de uns princípios sobre outros a permitir a restrição destes últimos exige por certo juízos de adequação (a restrição de um será adequada à otimização do outro, os fins de proteção serão atingidos com esta medida), necessidade (ou subsidiariedade: não dispõe o Estado de nenhum outro meio menos restritivo para atingir os objetivos almejados), e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens advindas da criminalização superam suas desvantagens).

Todas estas etapas, é bom de se ver, dependerão de decisões políticas do legislador. Porém, com decisões políticas não se quer dizer discricionárias. Cada fase de seleção exposta acima deve ser precedida de profunda argumentação jurídica, racional, que lhe preste fundamento. A razão de ser desta singela exigência de clareza e transparência, que tanto tem sido negligenciada, é a possibilidade de controle democrático sobre o que se decide, como se decide e o porquê da decisão.

Os bens jurídicos que superam todos estes obstáculos, cumprem todos os citados requisitos, são aqueles, diga-se, qualificados, que apresentariam uma dignidade penal. Nesta linha, a contribuição do princípio da fragmentariedade deveria ser exatamente esta: determinar dentre todos aqueles bens jurídicos com arrimo constitucional os mais relevantes, possuidores de uma qualquer dignidade penal.

CONCLUSÃO

Parece por fim, e nisso não se esta sozinho, que a cláusula de Estado Social e Democrático de Direito, aliado a uma Constituição pluralista e rígida, exige que a aplicação do sistema penal busque unicamente a tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais contra os ataques mais graves.

Ao se atribuir esta tarefa ao direito penal, não resta ao legislador ordinário outra coisa senão observar tal preceito quando da edição de normas incriminadoras, sendo certo que esta meta só pode ser atingida quando a proibição penal estiver voltada para a tutela de um bem valioso para o homem.

No entanto, para que se dê ao princípio de exclusiva proteção de bens jurídico-penais a máxima efetividade e, com isso, garanta-se a vinculação e a restrição das escolhas efetuadas pelo legislador ordinário, importa atribuir ao princípio da fragmentariedade, àquele correlato, um conteúdo de normatividade. Para que o primeiro encontre vigência e cumpra sua função liberal, também o segundo não pode ser esvaziado.

Nesse sentido, a orientação político-criminal do direito penal voltada à proteção de bens jurídicos necessita do estabelecimento de critérios minimamente objetivos capazes de orientar o legislador no trabalho de seleção dos bens jurídicos mais fundamentais. Se ao direito penal só é permitido proteger os bens mais importantes, contra os ataques mais graves, então não pode ignorar como deva se dar a identificação destes bens.

A título de conclusão, e de forma sucinta na tentativa de não se repetir nas idéias já expostas ao longo deste artigo, é possível identificar assim as primeiras linhas dos ditos critérios de seleção de bens jurídico-penais:

- i) O bem objeto de interesse dos indivíduos ou da sociedade deve deter conteúdo material⁷³, com origem externa ao sistema jurídico. Deve ser identificado na realidade do convívio social;
- ii) Deve não apenas ser imprescindível à consecução dos fins determinados por princípios constitucionais, mas também, e necessariamente, ser referível a direitos fundamentais de liberdade, ou seja, que ostente uma posição privilegiada na pauta de valores constitucionais (bem jurídico-constitucional);
- iii) Identificado um bem com estas características, deve-se partir para uma terceira etapa, a determinar sua dignidade penal: diante de certas circunstâncias fáticas (conformadoras do fato típico) e jurídicas (adequação, subsidiariedade e proporcionalidade em sentido estrito) configuradoras de uma situação de conflito normativo, a promoção dos

⁷³ RUDOLPHI, Hans Joachim. Ob. cit., p. 333

princípios através da proteção do bem jurídico deve preponderar sobre a restrição dos outros princípios fundamentais afetados pela aplicação da pena;

Só assim, quando o legislador for capaz de identificar de forma clara e justificar racional e argumentativamente o objeto de proteção penal⁷⁴ é que se poderá recorrer à criminalização de condutas a ele ofensivas.

Este deveria ser o conteúdo do princípio da fragmentariedade, conferindo-lhe poder normativo (vinculação e coercibilidade) e tomando o exercício do poder punitivo mais restrito, mais racional, mais controlável e, portanto, mais consentâneo com o primado dos direitos fundamentais e com o modelo de Estado Social e Democrático de Direito

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito*. trad. José Luis Guzmán Dalbora. Colección Maestros del Derecho Penal, nº 32, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORREIA, Belize Câmara. *O Controle de Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade*. Porto Alegre: SafE, 2009.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, fasc. 2, abr/jun 1994, p. 151.

⁷⁴ Atos estes que devem estar evidenciados durante o processo legislativo, permitindo um controle democrático sobre aquilo que será, afinal, protegido por meio de criminalização de condutas. A decisão final, até por respeito ao princípio democrático, é eminentemente política. Mas isto não impede a exigência de que tal decisão política seja racional e argumentativamente defensável.

ESSADO, Tiago Cintra. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 2008.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e Crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma Introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 49, 2004, p. 89.

HASSEMER, Winfried. Bienes Jurídicos en el derecho penal. *in Estudios sobre Justicia Penal*. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2005, p. 63.

HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*. Trad. Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.

HIRSCH, Hans Joaquim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. *In Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 371.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*: El objeto protegido pela norma penal. 2 ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F Briguiet & C, 1899.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: Libro de estudio. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

_____. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico. *In Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, ano 4, n. 5 a 8, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 329.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 53, 2005, p. 09.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais – Conteúdo essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRATENWERTH, Gunter. *Derecho Penal: Parte General. El Hecho Punible*. Tomo I. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez E. X. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 0, 1992, p. 75/87.

_____. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II*, I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.