

## INTRODUÇÃO E PLANO DE INVESTIGAÇÃO

Desde o seu surgimento, atribuído a Birnbaum pela historiografia especializada<sup>1</sup>, a teoria do bem jurídico-penal tornou-se objeto assiduamente visitado pelos penalistas e não mais se ausentou do palco das discussões acadêmicas jurídico-penais. A despeito de respeitáveis vozes divergentes no cenário hodierno, um grupo ainda representativo continua a defender que a tarefa do direito penal é a de proteger bens jurídicos contra condutas que acarretem a este lesões ou perigo.

Além da controvérsia a respeito de se é ou não legítimo assinalar tal função ao direito penal, tampouco há, entre aqueles que sustentam esta posição, acordo sobre o que se deve entender por bem jurídico.

A título ilustrativo, para Marx, “bens jurídicos são os objetos protegidos pelo direito penal, os quais possibilitam ao homem sua autorrealização”<sup>2</sup>. Para Roxin, bens jurídicos são “todos os dados da realidade ou fins declarados necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização de seus direitos fundamentais e para o funcionamento do sistema estatal edificado para assegurar tais finalidades”<sup>3</sup>. Na lição de Jäger, os bens são “estados vulneráveis e dignos de proteção”<sup>4</sup>. De acordo com Rudolphi são “unidades funcionais sociais, sem as quais nossa sociedade civilmente organizada não seria viável em sua modelagem concreta”<sup>5</sup>, enquanto para Baumann “bem jurídico é um valor ideal espiritual”<sup>6</sup>.

Se por um lado esta lista não exaustiva de conceitos indica certa complexidade e interesse crucial pela matéria, por outro, evidencia a necessidade de um exame rigoroso em virtude da falta de unidade conceitual que induz à perplexidade. Notas características de qualquer teoria que pretenda ser útil ao desenvolvimento de um determinado ramo do saber são a clareza e uniformidade da terminologia que emprega a fim de que se possa verificar com rigor seu alcance e coerência. Só assim será possível saber se, efetivamente, a teoria é ou não adequada aos fins a que se destina.

<sup>1</sup> Cf. BIRNBAUM, J.M.F. **Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung**, in: Archives des Criminalrechts, VIII,1834, p. 172: “Pelo fato de perdermos algo ou uma coisa nos ser subtraída, que é objeto de nosso direito, pelo fato de um bem nosso, o qual nos pertence juridicamente, ser-nos retirado ou diminuído, o nosso direito não nos será diminuído ou retirado”.

<sup>2</sup> MARX, Michael. Zur Definition des Begriffs „Rechtsguts“ Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre. Köln: C. Heymanns, 1972, p. 62 apud STRATENWERTH, Günther. Zum Begriff des „Rechtsgutes“...p. 378.

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil, t.1. 4.Auflage. C.H.Beck: München, 2006, p.16.

<sup>4</sup> JÄGER, Herbert. **Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten**, 1957, p. 13 apud STRATENWERTH, Günther. Zum Begriff des „Rechtsgutes“...p. 378

<sup>5</sup> RUDOLPHI, Hans Joachim. **Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs**. In: FS-Honig, 1970, p.163 apud STRATENWERTH, Günther. Zum Begriff des „Rechtsgutes“...p. 378

<sup>6</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH. **Strafrecht AT**, 10.ed. Bielefeld: Ernst und Gieseking, 1995, Rn.18 apud STRATENWERTH, Günther. Zum Begriff des „Rechtsgutes“...p. 378

Não é por outro motivo que, desde logo, impõe-se um esclarecimento. A chamada teoria do bem jurídico-penal, tal qual será tratada nesta sede, comporta três significados fundamentais que não se confundem, ainda que estreitamente relacionados.

Pode-se, em primeiro lugar, falar da teoria do bem jurídico-penal na esfera de justificação do próprio direito penal. Neste sentido, perscruta-se da função atribuída a este de proteger bens jurídicos. Esta primeira acepção consubstancia o escopo principal deste trabalho. A teoria do bem jurídico-penal enquanto teoria de proteção e informadora da finalidade da norma jurídico-penal encerra, destarte, uma legitimação, uma positividade.

Sob outro prisma, a teoria do bem jurídico-penal assume um sentido político-criminal negativo, isto é, ela pretende funcionar como critério de orientação da atividade criminalizante através da imposição de um limite, evidenciado por uma proposição, a saber: “uma incriminação é legítima se e somente se a conduta a qual ela se refere lesionar ou criar perigo para um bem jurídico determinado”. Esta proposição conduz a uma segunda: “a identificação de um bem jurídico lesado ou posto em perigo é condição necessária e suficiente para uma incriminação ser legítima”. A primeira e a segunda proposições exigem, contudo, a identificação do conteúdo do conceito de bem jurídico. Impõe-se, portanto, um limite material à atividade criminalizante. A teoria do bem jurídico-penal é, neste sentido, uma teoria de limitação material à intervenção jurídico-penal.

Por fim, a teoria do bem jurídico também pode consistir em um objeto. Um objeto de proteção, em se admitindo a primeira acepção (a teoria de proteção a bens jurídicos), e, de qualquer forma, o objeto do delito. Isto é, o bem jurídico significa “algo” que é violado pela conduta criminosa. Conforme o alerta inicial, tais acepções não se confundem, mas é certo que existe uma relação entre cada uma delas.

A partir do instante em que se decide atribuir ao direito penal a função de proteger bens jurídicos (a teoria do bem jurídico como teoria da proteção), automaticamente, o bem jurídico é elevado à condição de objeto não só do delito, mas sobretudo também de proteção. No entanto, para que algo possa ser protegido, é pressuposto saber identificar, reconhecer este algo. A tarefa de estipular o conteúdo do conceito de bem jurídico tem como corolário a imposição de um limite ao legislador, o qual não pode considerar como “bem jurídico” elementos que não se adaptem precisamente à definição ofertada, sob pena de inadequação e, por conseguinte, ilegitimidade da norma criada. Vê-se, assim, que as acepções assinaladas estão individuadas, mas, com exceção da noção de objeto do delito (que é uma categoria lógico-dogmática irrenunciável ao direito penal, desde que jungida ao elemento da lesividade, conforme se verá), são absolutamente dependentes da primeira: a teoria de proteção.

Feito este esclarecimento acerca das acepções da expressão “bem jurídico”, as quais

merecerão em lugar adequado maior aprofundamento, é possível enunciar a hipótese de que cuida este escrito: pode a teoria de proteção a bens jurídicos servir como finalidade precípua da intervenção jurídico-penal e, ao mesmo tempo, limitá-la? A teoria do bem jurídico-penal está em condições de delimitar as zonas do proibido e do permitido em direito penal sem descurar de estabelecer limites ao poder punitivo e, por conseguinte, garantir ao cidadão suas liberdades fundamentais intactas. Para esta indagação o presente trabalho oferecerá uma resposta negativa por quatro razões.

Que se ressalte, desde o início, que todas essas razões decorrem de uma proposição fundamental, a saber: assinalar ao direito penal a função de proteger bens jurídicos, significa incumbi-lo de uma função-operação. O sentido do termo função, quando associado à ideia de operação, quer dizer aquilo que determinada coisa faz de melhor, desempenha com vistas a algum fim. Assim, a função do ouvido é a de ouvir; a do copo é a de servir como recipiente para armazenar líquidos e assim por diante. Dizer que o direito penal tem a função de proteger bens jurídicos, significa, pois, dizer que ele realiza esta função com efetividade; que é sua especialidade ou que sua razão de ser encontra perfeita adequação na tarefa de proteger bens.

A primeira e crucial objeção consiste no fato de a teoria do bem jurídico-penal, enquanto função-operação, instituir um verdadeiro dever de efetividade da proteção que, a rigor, não é capaz de impor barreiras ao poder punitivo. Ao incumbir o direito penal da tarefa de proteger certas situações, estados ou objetos, a teoria de proteção a bens jurídicos inaugura uma busca ilimitada por efetividade que põe em risco, inclusive, os princípios limitadores do poder punitivo. Pois se o importante é tão-só proteger bens jurídicos contra lesões ou perigos, é de se adotar, para a perseguição deste fim, todos os mecanismos capazes de dar a esta proteção o caráter mais efetivo possível; a maior eficácia possível. Assim, se outras esferas do direito não forem suficientes à proteção de um dado bem, ainda que não se trate de uma lesão grave, sempre será possível ao direito penal ignorar a *ultima ratio* para, sob o pretexto da necessidade da proteção, recrudescer os mecanismos penais. Mesmo quando a conduta em questão já pertencer à esfera penal, será sempre possível, com base neste raciocínio, advogar o recrudescimento do poder punitivo, seja por meio da antecipação da criminalização (por exemplo, na hipótese de crimes de perigo abstrato), seja por meio da intensificação das penas cominadas.

À guisa de síntese, em se admitindo que o importante seja evitar a afetação do bem jurídico, deduz-se que esta proteção deve ter máxima efetividade possível, o que a torna potencialmente sem limites na consecução de tal desiderato.

Uma segunda objeção reside na necessidade de comprovação empírica da proteção a bens jurídicos. Isto é essencial para saber se o direito penal é mesmo um instrumento cuja função se

encontra em perfeita compatibilidade com a sua finalidade. Este problema se revela em duas frentes. Em primeiro lugar, quando da criminalização primária, isto é, quando da elaboração de tipos penais, o legislador não tem condições de saber se a incriminação por ele pretendida será suficiente para deter a agressão de bens jurídicos. Tampouco ele está em condições de saber se a pena cominada à incriminação, como forma de dissuadir a prática de tal conduta, é ou não adequada.

Uma terceira objeção versará acerca da implicação de natureza preventivista, no que tange à teoria da pena, que decorre da atribuição ao direito penal da função de tutelar bens jurídicos. Uma vez que a proteção se dá, precipuamente, por meio do efeito dissuasório que a pena pretende inculcar, a adoção de um direito penal exclusivamente voltado para a proteção de bens jurídicos obriga a adoção de uma vertente preventivista da teoria da pena, com todas as deficiências que esta possui.

Uma quarta objeção trata da prerrogativa, relativamente ampla, de avaliação do legislador quanto ao que proibir. A teoria do bem jurídico-penal, mesmo em suas formulações mais restritivas, não obriga a sua adoção pelo legislador. Este, a rigor, possui ampla margem para manejar juízos empíricos que lhe pareçam suficientes a justificar uma proibição.

Uma quinta objeção realça a insuficiência do conceito de bem jurídico, o qual carece de unidade e precisão. Neste ponto é de se ressaltar não apenas o sem-número de conceitos oferecidos que, não raro, são obscuros e bastante semelhantes. Ora o bem jurídico é um objeto; noutra situação, uma situação. Para outros, significa um dado ou até mesmo um valor. Não bastasse a insuficiência conceitual, quando a teoria do bem jurídico depara com determinadas incriminações modernas, como é o caso do crime de maus-tratos a animais, por exemplo, ela também encontra dificuldades. Ademais, é de se sublinhar a interminável controvérsia a respeito da classificação dos bens em individuais e coletivos, difusos e/ou universais. Neste particular, uma controvérsia muito mais profunda e de viés filosófico se manifesta: o embate entre concepções individualistas e coletivistas que, em verdade, não deixam de representar uma determinada visão política quanto aos arranjos sociais.

As cinco objeções ensaiadas acima desembocam em um problema maior e presente em todo o direito penal: o da busca de um critério de limitação ao processo criminalizante.

Mais do que isto, e este ponto absorve importância decisiva, a teoria de proteção a bens jurídicos insere-se no processo de crise de fundamentos do direito penal. Tal é prejudicial por duas razões: a) em primeiro lugar, tal postura justifica a intensificação do controle social em busca de uma segurança fugidia e, quiçá-, inexistente; b) e, mais importante, estipula um fundamento absolutamente contingente ao direito (e não só ao direito penal). Perde-se de vista a razão de ser do Direito: a pessoa humana.

Dito, então, de modo claro: a função de proteção a bens jurídicos acaba por reivindicar prioridade ou antecedência lógica em relação à pessoa e, por isso, não pode consubstanciar a função de um direito penal comprometido em perfectibilizar ou preservar liberdades fundamentais. A pessoa antes de ser objeto de preferência é um objeto de proteção, o que inverte a lógica de um Direito Penal inserido no Estado Democrático de Direito. Este ponto fundamental, conforme se verá adiante, foi muito bem detectado por Juarez Tavares e constitui a principal deficiência da teoria de proteção a bens jurídicos. A prioridade do ser humano em qualquer sistema jurídico exige, contudo, a superação da crise de fundamentos; exige um fundamento apodítico, sólido, que este trabalho vislumbra na consciência intencional husserliana<sup>7</sup>.

Estabelecido que a teoria de proteção a bens jurídicos não pode ser a finalidade da intervenção jurídico-penal e, ao mesmo tempo, pretender limitar o poder punitivo, o que resta à teoria do bem jurídico? Segundo defende este trabalho, a teoria do bem jurídico só faz sentido como uma teoria do objeto do delito jungido à noção de alteridade e do paradigma da lesão, sob pena de se vilipendiar o imperativo da intervenção mínima. O bem jurídico é, assim, objeto de preferência da norma, pois encerra valor para a pessoa humana.

Impõe-se, destarte, sabe por que razão este “algo” é valioso e importante para que depois seja possível dizer o conteúdo deste “algo”. Noutras palavras: antes de chegar-se ao conceito é preciso perscrutar do fundamento. A pergunta sobre “o que é o objeto do delito (bem jurídico)” depende, portanto, de uma pergunta antecedente: em que se funda o objeto do delito (bem jurídico)?

Ultrapassada esta explicação preliminar acerca da hipótese a ser desvendada neste estudo, cumpre, agora, descrever a ordem de apresentação das idéias e o conteúdo abordado em cada uma dessas etapas.

O primeiro capítulo é essencialmente uma aproximação entre a teoria do bem jurídico e outros pontos indispensáveis ao campo em que esta se movimenta. Deste modo, não é possível imaginar uma teoria do bem jurídico dissociada da política criminal; de um Estado democrático de Direito; de uma ordem constitucional e dos princípios gerais de direito penal. Esta primeira etapa se revela, destarte, essencial para aduzir uma série de questões de fundo.

Primeiramente, revela o quão multifário é o conceito de bem jurídico e a fecundidade que seus variados sentidos proporcionam para o sistema do direito penal.

Em segundo lugar, são aduzidas dificuldades para se fundar a teoria de proteção exclusivamente na Constituição, tal qual pretendem vários autores. A Constituição como

---

<sup>7</sup> Sobre a crise dos fundamentos no Direito, a relevante crítica de: CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. A técnica, direito e crise de legitimidade. In: Revista fenomenologia e direito., volume 1, n.2,...Rio de Janeiro: TRF 2, 2008, p. 53.

documento essencialmente político, aberto, não raro acolhedor de posições incompatíveis, não apenas é incapaz de fornecer fundamento sólido ao direito penal, bem como permite uma gama muito extensa de interpretações.

O capítulo não se furta também ao exame dos princípios limitativos do poder punitivo, notadamente os da lesividade e da intervenção mínima face à teoria de proteção a bens jurídicos. Neste particular, chega à conclusão intermediária de que a atribuição de tal finalidade ao direito penal (proteção de bens jurídicos) põe em xeque o conteúdo limitativo de tais princípios, transformando-os em meras cláusulas abertas e indeterminadas a serviço da política criminal predominante (que em um direito penal comprometido com a função protetiva não pode deixar de ser uma política fulcrada em ideais preventivistas)

Outro ponto importante a ser sublinhado diz respeito às dificuldades de se limitar o poder punitivo na esteira da ideia de proteção de bens jurídicos em uma democracia. Neste ponto, argumenta-se que o procedimentalismo e a regra da maioria tampouco podem representar um freio à intervenção jurídico-penal. A rigor, as mazelas da democracia também se apresentam no âmbito penal, sob a forma da prerrogativa desmesurada que o legislador possui na elaboração de incriminações.

O segundo capítulo propõe-se a traçar uma linha histórica da teoria do bem jurídico-penal, sem olvidar das influências filosóficas e ideológicas incutidas nela durante este processo. Neste ponto a análise não pretende ser exaustiva, mas não se furtará ao exame do contexto anterior ao surgimento da ideia de bem jurídico. Reservam-se, destarte, algumas linhas ao esclarecimento da teoria dos direitos subjetivos e todo o seu conteúdo vinculado ao jusnaturalismo e ao iluminismo. Passa-se, depois, ao exame do influxo hegeliano e suas influências para o conceito de objeto do delito. A controvérsia que marca o abandono da teoria do direito subjetivo e a ascensão da ideia de bem, primeiramente em Birnbaum, e depois de bem jurídico (em Binding) é revisitada. Verifica-se, ainda, que a teoria do bem jurídico, apesar de normalmente tratada como uma teoria liberal, está bastante distante de uma concepção realmente liberal.

Ainda neste capítulo é reservada atenção para a crítica nacional-socialista quanto ao bem jurídico e suas deletérias repercussões para o posterior desenvolvimento da teoria do delito, sobretudo, na Alemanha. São abordadas, ainda, as concepções neokantistas da escola do sudoeste alemão; as concepções constitucionais de bem jurídico, bem como outras concepções críticas à ideia de bem jurídico.

Ao final, oferta-se um panorama a respeito da teoria do bem jurídico na doutrina brasileira.

O terceiro capítulo ocupa-se de uma análise à teoria do bem jurídico enquanto teoria de proteção, isto é, das razões pelas quais não é possível extrair da teoria elementos capazes de limitar

a intervenção jurídico-penal e, sobretudo, de estipular uma finalidade ao direito penal que seja compatível com a prioridade do valor da pessoa humana.

As principais objeções que este capítulo contém foram resumidas nos cinco pontos apresentados acima.

O quarto capítulo destina-se a indagar do papel que resta à teoria do bem jurídico-penal, a saber, o de objeto do delito. Busca-se, assim, elucidar os fundamentos e o conceito de bem jurídico.

Esta aproximação exigirá, contudo, a apresentação das linhas mestras da premissa aqui defendida: o fundamento do direito na consciência intencional do estado inescapável de coexistência a que estão submetidos os sujeitos viventes à luz do valor da pessoa humana conforme a filosofia de Scheler.

O ponto de partida baseado na fenomenologia de Husserl fornece valioso substrato para a descrição de bem jurídico levada a cabo neste trabalho. O fundamento radicado na consciência intencional, doadora de sentidos, e o processo de apreensão dos objetos lastreado pela redução fenomenológica permitem uma conceituação pré-jurídica, infensa a puros normativismos e, ao mesmo tempo, com alicerces sólidos. Neste sentido, o trabalho pretende também contribuir para a difusão do pensamento fenomenológico no direito penal, o que significa um ganho imensurável para o ramo do saber jurídico tão fortemente ligado à filosofia e tão necessitado de um fundamento sólido. Permite-se, destarte, a abertura de um vasto leque para a análise dos fenômenos jurídico-penais à luz da descrição das vivências intencionais humanas, de seu significado.

Neste sentido, conceitua-se o bem jurídico como a possibilidade de o sujeito atualizar uma vivência no mundo sob a forma esquemática de uma relação (intencional) entre este sujeito e um objeto ou ente que lhe é de valor.

Por outro lado, a filosofia dos valores de Scheler, fundado em sua ética material e, em última instância, na fenomenologia de Husserl, também encerra um grandioso contributo, mas, dessa vez, na tarefa de orientar o saber do direito penal.

É cediço que Scheler apesar de partir da fenomenologia husserliana, não seguiu os passos de Husserl. Entretanto, logrou aplicar a fenomenologia à descrição das vivências e atos humanos. Ao mesmo tempo, recupera a relevância da intuição emocional, responsável pela percepção dos valores, dotados de objetividade. Tal postura ultrapassa a concepção subjetivista dos valores que não pode servir ao Direito em virtude de ser não apenas superficial como arbitrária.

Em particular interessa ao presente estudo a concepção de pessoa de Scheler e o valor absoluto e superior que ocupa em sua axiologia. A pessoa, enquanto unidade ou centro concreto do qual fluem e são executados atos intencionais representa o mais alto valor da escala e é insuscetível de objetificação. Este contributo precioso retirado da filosofia scheleriana é, no presente trabalho, o

ponto nuclear capaz de significar uma limitação intransponível ao legislador.

Além disto, o estudo se vale da concepção de amor de Scheler para dar conteúdo ao que se chama dignidade da pessoa humana: esta significa, sobretudo, a possibilidade de a pessoa amar a si mesma. Por esta razão, o direito penal, embora não tenha a função de impor o amor, o que seria de todo contrário ao próprio entendimento de amor empregado nesta tese, tem de respeitar a pessoa sob o ponto de vista de sua dignidade, ou seja: abster-se de objetificar a pessoa em qualquer sentido. O amor, aqui tomado, na esteira de Scheler, como um movimento intencional espontâneo dirigido à consecução de valores superiores, é também o que anima todo o fato positivamente valorado e permite à pessoa ser digna.

A absolutidade do valor intrínseco à pessoa humana está, portanto, na base de toda a estrutura do direito e, particularmente, do direito penal. E é à luz desta premissa que se considera o elemento da alteridade, responsável por permitir o reconhecimento do outro como um ser de igual valor ao “Eu”. Seja por meio da corporalidade, da presença do outro ou por meio de vivências comuns individuais, pode-se chegar ao reconhecimento do valor do outro como um valor digno de respeito.

Por derradeiro, o trabalho apresenta as suas conclusões de modo a possibilitar a visualização não só cronológica, mas sistemática dos argumentos oferecidos.

# **1. BEM JURÍDICO, POLÍTICA CRIMINAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS LIMITATIVOS DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL.**

Antes de se proceder à descrição do contexto histórico do surgimento da teoria do bem jurídico-penal e de suas ulteriores formulações pela literatura especializada, faz-se imperioso tecer algumas considerações preliminares ao estudo do objeto desta dissertação.

Tais considerações pretendem perscrutar das relações existentes entre o bem jurídico e outros tópicos que lhe são conexos, a saber: situá-lo no diálogo com suas funções ou sentidos, bem como perscrutar de sua compreensão à luz dos princípios jurídico-penais que lhe são correlatos, sob a égide de um Estado constitucional e democrático de Direito.

Destarte, em primeiro lugar, objetiva-se ressaltar as principais funções desempenhadas pelo conceito de bem jurídico. Estas podem evidenciar uma natureza mais dogmática ou um caráter eminentemente limitadora ou político-criminal. Esta primeira abordagem terá, assim, o escopo de expor as mais importantes funções ou sentidos atribuídos ao bem jurídico. Em segundo lugar, uma vez discutido o viés político-criminal e sua importância, cria-se a base necessária para situar o debate da teoria do bem jurídico-penal não só à luz do Estado Democrático de Direito, mas também dos pontos que este implica: a submissão a uma ordem constitucional e os desafios da intervenção jurídico-penal perante a democracia.

Em terceiro, cumpre examinar como e em que medida a teoria de proteção a bens jurídicos se relaciona com dois dos princípios gerais de direito penal que, conforme preleciona a doutrina, buscam desempenhar papel relevante na limitação do poder punitivo: o princípio da intervenção mínima e o princípio da lesividade.

## **1.1 O bem jurídico-penal e seus sentidos.**

Muito embora haja distintas classificações acerca dos sentidos assumidos pelo conceito de bem jurídico, este apartado comentará em breves linhas aqueles considerados principais. É de se observar que a classificação de tais sentidos sobressai por considerações didáticas, uma vez que estes não se exaurem em um formalismo improfícuo, mas, ressalvados os aspectos mais ou menos predominantes, relacionam-se uns com os outros .

Desta forma, pode-se falar, basicamente, em cinco sentidos atribuídos ao bem jurídico, a

saber: o teleológico, interpretativo ou imanente ao sistema; o dogmático; o individualizador; o sistemático e o político-criminal ou transcendente ao sistema<sup>8</sup>.

### 1.1.1 O sentido teleológico, interpretativo, metodológico ou imanente ao sistema.

Como acentua Zaffaroni, “não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens”. Assim, “embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade”. Não é por outra razão que o bem jurídico também “desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal”<sup>9</sup>.

Se o bem jurídico é não apenas o “fundamento da construção”, mas também da interpretação dos tipos penais<sup>10</sup>, a intensidade de sua afetação releva sobremaneira para esta categoria do delito.

É neste sentido, por exemplo, que ganha aplicabilidade o chamado princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*). Assim, uma conduta, a despeito de subsumir-se formalmente à descrição típica, pode não ostentar uma afetação relevante do bem jurídico. Segundo a doutrina majoritária brasileira, isto significa que a conduta é materialmente atípica

<sup>11</sup>, embora na Alemanha se defenda tão-somente que, diante da insignificância da ofensa, por razões político-criminais e processuais-penais, não há interesse em punir o autor do comportamento. Neste sentido revela a redação do §153 (1) do StPO, diploma processual-penal alemão, como uma espécie de mitigação do princípio da oportunidade<sup>12</sup>:

Em caso de procedimento que tenha como objeto uma contravenção pode o Ministério Público, com a concordância do Tribunal competente, desistir da abertura do processo principal e da persecução se a

<sup>8</sup> As expressões “transcendente ao sistema” e “imanente ao sistema” foram cunhadas por Hassemer, como informa Hörnle. Cf. HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt AM Main: Juristische Abhandlungen Band 46. Vittorio Klostermann, p. 11 et seq.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.439.

<sup>10</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts**. 5. Auflage. Berlin: Duncker und Humboldt, 1996, p. 257.

<sup>11</sup> A doutrina brasileira, em geral, adota a insignificância como causa de atipicidade material. Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6. Também assim a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que de forma contrária à técnica trata dos requisitos para a aplicação da insignificância, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. É flagrante, contudo, que a reprovabilidade do comportamento é elemento de verificação no âmbito da culpabilidade, e não do tipo. A decisão que fixou tais critérios, em sede de Habeas Corpus, invalidava condenação pelo furto de uma fita de videogame avaliada em R\$ 25,00, o que acarretou a exclusão do tipo. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 366. Habeas Corpus 84412/SP. Relator: Min. Celso de Mello, 19.10.2004, 2ª Turma.

<sup>12</sup> DETTMAR, Juliane Sophie. **Legalität und Opportunität im Strafprozess**. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, p. 234. Disponível em:

[http://books.google.com.br/books?id=pML95syYBwCc&pg=PR4&dq=DETTMAR,+Juliane+Sophie,+Legalit%C3%A4t+und+Opportunit%C3%A4t+im+Strafprozess,+Berlin:+Berliner+Wissenschafts-Verlag,+2008,&hl=pt-BR&ei=4HmwTfjeB7CK0QH0xOC3CO&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=pML95syYBwCc&pg=PR4&dq=DETTMAR,+Juliane+Sophie,+Legalit%C3%A4t+und+Opportunit%C3%A4t+im+Strafprozess,+Berlin:+Berliner+Wissenschafts-Verlag,+2008,&hl=pt-BR&ei=4HmwTfjeB7CK0QH0xOC3CO&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso: 21/04/2011)

culpa do autor for considerada como baixa e não houver nenhum interesse público na persecução penal.<sup>13</sup>

Consoante esta linha de raciocínio, Roxin assevera que, nessas ocasiões, deve se proceder a uma interpretação teleológico-redutora. Entretanto, apenas uma parte das ações insignificantes será reputada, desde logo, atípica. A título ilustrativo, pode-se indicar o pequeno presente dado ao carteiro, sem que se ofenda com isto a confiança pública na integridade dos funcionários; os jogos de azar com apostas de pequeno valor, bem como as injúrias proferidas no círculo familiar, as quais não têm o condão de gerar qualquer dano social ao ofendido<sup>14</sup>.

Por outro lado, ações tais “como furtos de bagatela preenchem, sem dúvidas, o tipo: propriedade e posse são também já vulneradas através do furto de objetos insignificantes”<sup>15</sup>.

Esta posição é, ainda, restritiva, quando cotejada, por exemplo, à de Zaffaroni, para quem a insignificância, desde já, impõe atipicidade material em virtude da ausência de afetação do bem jurídico ou de lesividade. O princípio da insignificância é, neste particular, um critério manejável dentro da chamada tipicidade conglobante. Este autor ainda alerta que nem mesmo as “zonas griseas” ou situações de incerteza quanto à aplicação do princípio autorizam seu descarte. Tal nos parece correto em obediência ao princípio maior de que o poder punitivo é exceção e a liberdade regra no que diz respeito não só ao direito processual penal, mas também ao direito penal material.<sup>16</sup> O princípio da insignificância tem a sua razão de ser, uma vez que certas condutas, de fato, não resultam especialmente gravosas para as vítimas. Apesar disto, a sua aplicação é extremamente difícil em virtude da ausência de um critério sólido para apontar, objetivamente, o que é ou não insignificante<sup>17</sup>. Segundo nos parece, o princípio da insignificância tanto pode significar, na esfera do direito penal, causa de atipicidade material, em função da ausência de lesividade, como

<sup>13</sup> Trecho original traduzido: “(1) Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht...” Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/\\_153.html](http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_153.html) (último acesso: 21/04/2011)

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil. Bd.I. 4.Auflage. München: C.H. Beck, 2006, Nm. 40,41, p. 299.

<sup>15</sup> *Ibidem.*, p. 299.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, E.R. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: ediar, 2002, p. 494 et seq.

<sup>17</sup> Há pelo menos três situações controvertidas Primeira: se, conforme visto na nota 11, o furto de R\$ 25, 00 (vinte e cinco reais) é considerado insignificante, então o furto de um diário antigo de uma pessoa comum também o seria. No caso de um eventual criminoso furtar a mochila de um estudante, avaliada neste mesmo valor, e, por conseguinte, levar consigo também o diário deste estudante (cujo valor sentimental é elevado), que constava dentro da mochila, então a aplicação do princípio depara com uma dificuldade: o fato de o diário ter um grande valor sentimental para o seu dono. Vê-se, assim, que o mero critério econômico não cobre todas as lacunas de aplicação do princípio. O segundo problema é que um mesmo eventual autor estaria, em tese, habilitado a furtar seguidas vezes, bens de valor insignificante. Individualmente o furto até poderia ser insignificante, mas o valor total considerado, certamente, não seria. Este seria o problema do efeito cumulativo das lesões insignificantes. Este problema torna-se especialmente relevante nos tipos penais de sonegação e descaminho, em que o valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é considerado insignificante de acordo com o artigo 20 da Lei 10.522/2002. O terceiro problema consiste na disparidade dos critérios adotados pela jurisprudência: ao mesmo tempo em que se absolve alguém por furtar um bem avaliado em R\$ 25, 00 (vinte e cinco reais), à posse de quantias ínfimas de droga não é aplicado o mesmo critério, bem como o furto de quantias, inclusive menores do que aquela acima destacada, no caso de serem estas perpetradas por um funcionário público em detrimento da Administração Pública, são insuscetíveis de aplicação da insignificância em virtude de um suposto valor maior da proibidade ou moralidade administrativa. Não se compreende porque a lesão direta e palpável do patrimônio do particular (ainda que pequena) seja menos importante do que uma lesão, inclusive potencialmente menor, à Administração Pública.

deve estar situado no âmbito processual na condição de requisito da justa causa. Relewa sublinhar, portanto, que o bem jurídico não se circunscreve à mera função de referência dogmática como objeto da conduta ofensiva. Pelo contrário, o bem jurídico (ou sua afetação) representa, também, a razão que anima a interpretação do tipo penal.

### 1.1.2 O sentido dogmático.

Conforme o escólio de Nilo Batista, “em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo, etc”<sup>18</sup>.

Assim, no que concerne ao injusto, a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico é, sem dúvidas, o ponto central do chamado desvalor do resultado (*Erfolgswert*).

Entretanto, há de se fazer algumas ressalvas. No conceito de resultado, por exemplo, a noção de bem jurídico só tem alguma relevância para o denominado “resultado jurídico”, o qual, segundo setor doutrinário, estaria presente em todo o tipo de crime. Já o resultado concebido naturalisticamente liga-se a uma modificação no mundo exterior, evidenciada mediante a separação ou o lapso espaço-temporal entre ação e resultado (aqui como a modificação do mundo exterior), que mantêm entre si uma conexão causal<sup>19</sup>.

Também a classificação que divide delitos em crimes de lesão e de perigo, pouco tem que ver com a noção de bem jurídico, mas com a de objeto de ação. Como elucida Jescheck, “de acordo com a intensidade de afetação do objeto da ação distinguem-se delitos de lesão e de perigo (concreto)”<sup>20</sup>.

A rigor, a confusão a ser evitada é a entre o significado do objeto da ação (*Handlungsobjekt*) e bem jurídico. Em algumas situações, comumente mencionadas pelos manuais, objeto de ação e bem jurídico (entendido como objeto de proteção) coincidem; noutras ocasiões, não é possível haver esta coincidência. A despeito do uso mais ou menos indiscriminado da expressão “bem jurídico” quando, em verdade, quer-se fazer referência ao objeto da ação, o relevante é ter em mente que são distintos. Na lição esclarecedora de Roxin:

O bem jurídico distingue-se do objeto concreto da ação. A título de exemplo o objeto da ação do furto (§ 242) “uma coisa móvel alheia”, mas os bens jurídicos protegidos são a propriedade e a posse. Especificamente a relação entre bem jurídico e objeto da ação pode diferir. A primeira possibilidade é que ambos coincidam: No caso da fraude a propriedade é tanto objeto da lesão levada a cabo pelo autor como também bem jurídico protegido. Aqui concordam, assim, objeto de ação e bem jurídico

<sup>18</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.96.

<sup>19</sup> WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht. Allgemeiner Teil**. Die Straftat und ihr Aufbau. 39.ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, Nm.24, p. 7.

<sup>20</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts**. 5. Ed. Berlin: Duncker und Humboldt, 1996, p. 263.; WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner. Op.cit., Nm. 26, p. 8;

em forma e conteúdo. Uma segunda possibilidade consiste no fato de existir uma identidade formal, mas não de conteúdo: o objeto da ação do § 212 (homicídio) é uma “pessoa”, enquanto o bem jurídico protegido é a “vida”. A terceira possibilidade consiste em uma ruptura da identidade entre bem jurídico e objeto da ação, como foi mostrado no caso do furto”<sup>21</sup> (tradução nossa).

Ressalvadas essas observações e distintas classificações, decorrentes do acolhimento ou não do chamado resultado jurídico, não há maiores dificuldades. O que desde logo pode ser questionado, contudo, é se o bem jurídico, de fato, encerra uma espécie de objeto (de proteção) ou algo diferente disso<sup>22</sup>.

Importante, todavia, sublinhar que o significado essencial do bem jurídico na dogmática jurídico-penal é, sem dúvidas, o de estar no centro do injusto. O injusto, sob o ponto de vista material, não é nada mais do que a chamada danosidade social que provoca a conduta típica e antijurídica quando afeta o bem jurídico, isto é, quando o lesiona ou o põe em perigo<sup>23</sup>. Do reconhecimento do bem jurídico como cerne do injusto penal, resulta que a mera violação à norma não é suficiente para a caracterização deste. Impõe-se, destarte, uma referência da conduta, potencialmente lesiva, ao bem jurídico, mas não só. É preciso que da conduta seja possível verificar real perigo ou perigo concreto para o bem jurídico.

É neste sentido que ganha vulto a chamada antijuridicidade material. Esta, por seu turno, abre verdadeiro canal de diálogo com a política criminal e, nesta esteira, anima o chamado princípio da lesividade, o qual merecerá atenção ainda neste capítulo.

### 1.1.3 O sentido individualizador.

Neste sentido, o bem jurídico funciona como “critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico”<sup>24</sup>.

O código penal brasileiro, portanto, ao estabelecer em seu artigo 59 que o juiz, quando da fixação da pena-base, em atendimento às circunstâncias judiciais, deve considerar a circunstância das consequências do crime, estaria promovendo uma análise de extensão e profundidade da violação ao bem jurídico para fins de aplicação de pena.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Bd.I. 4.ed. München: C.H. Beck, 2006, Nm. 65, p. 33. Trecho original: “Das Rechtsgut ist zu unterscheiden vom konkreten Handlungsobjekt. Beispielsweise ist das Handlungsobjekt des Diebstahls (§ 242) eine „fremde bewegliche Sache“, geschützte Rechtsgüter aber sind Eigentum und Gewahrsam. Im Einzelnen kann das Verhältnis von Rechtsgut und Handlungsobjekt verschieden sein. Die erste Möglichkeit ist, dass beide zusammenfallen: Beim Betrug ist das Vermögen sowohl Gegenstand der durch den Täter vorgenommenen Schädigung wie auch geschütztes Rechtsgut. Hier stimmen also Handlungsobjekt und Rechtsgut formal und inhaltlich überein. Eine zweite Möglichkeit besteht darin, dass zwar eine inhaltliche, aber keine formale Identität besteht: Tatobjekt des § 212 (Totschlag) ist ein „Mensch“, geschütztes Rechtsgut sein „Leben“. Die dritte Möglichkeit besteht in einem Auseinanderfallen von Rechtsgut und Handlungsobjekt, wie es beim Diebstahl gezeigt wurde”.

<sup>22</sup> Rejeitando o bem jurídico como objeto de proteção: Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 204 et seq.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 116, 2004, p. 929 et seq.

<sup>24</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2.ed. São Paulo: RT, 1997, p. 49.

Apesar de inexistir uma hierarquia bem definida em termos concretos, é possível observar que os crimes que violam bens jurídicos fundamentais como a vida, a liberdade e a integridade corporal possuem uma sanção, em geral, mais grave que de bens jurídicos menos fundamentais.

#### 1.1.4 O sentido sistemático

O sentido sistemático de bem jurídico tem sua importância limitada ao aspecto classificatório da parte especial, e, consoante as palavras de Hassemer, busca tão-só constituir uma “coleção e ordenação dos objetos dados” (*Sammlung und Ordnung des bereits Gegebenen*)<sup>25</sup>. Assim, segundo esclarece Jescheck, o bem jurídico serve à estruturação dos títulos ou capítulos da parte especial dos códigos penais<sup>26</sup>.

Como é possível depreender, o sentido sistemático não é mais do que um desdobramento de um sentido dogmático, interpretativo ou teleológico do bem jurídico. Pois, se toda a norma penal deve se referir a um bem jurídico capaz de ser lesionado ou posto em perigo pela conduta delituosa, nada mais natural do que o legislador procurar agrupar esses bens de acordo com suas características ou propriedades similares.

Ressalte-se, contudo, que a catalogação da parte especial de modo algum constitui critério suficiente à identificação do bem jurídico realmente afetado. A rigor, trata-se de um mero expediente de organização<sup>27</sup>.

#### 1.1.5 O sentido político-criminal ou transcendente ao sistema.

Neste particular, sustenta-se que a compreensão do bem jurídico “emerge do princípio republicano”<sup>28</sup>. O bem jurídico “é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal”, de modo a estipular padrões ao “legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais”<sup>29</sup>.

Para Hörnle, esta função “resulta de um método de investigação consistente em uma otimista suposição sobre o alcance do conceito de bem jurídico”<sup>30</sup>. Tal método traduz “uma função negativa

<sup>25</sup> HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie*, p. 19 apud HÖRNLE, Tatjana. *Op.cit.*, p. 12.

<sup>26</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. *Op.cit.*, p. 259.

<sup>27</sup> Veja-se, por exemplo, o capítulo III, inserido no título VIII, do Código Penal brasileiro que faz referência aos “crimes contra a saúde pública”, embora o bem jurídico “saúde pública” (*Volksgesundheit*) seja algo controvertido. Rechaçando a possibilidade de um bem “saúde pública” e tratando-o como um bem jurídico aparente (*scheinbare Rechtsgut*) WOHLERS, Wolfgang. **Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte**. Berlin: Duncker und Humboldt, 1999, p. 191.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op.cit.*, p. 443.

<sup>29</sup> PRADO, Luiz Regis. *Op.cit.*, p. 48.

<sup>30</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Grob antössiges Verhalten**. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus. Frankfurt am Main: Klostermann, 2005, p. 11

ou de exclusão consoante o modelo: se não há bem jurídico, também não há norma proibitiva”<sup>31</sup>. O bem jurídico passa a ser, destarte, o verdadeiro divisor daquilo que poderá ou não ser considerado um crime<sup>32</sup>. Postas essas considerações, insta descobrir o que reserva ao conceito de bem jurídico uma política criminal que identifica a finalidade do direito penal com a proteção daqueles. As relações entre direito penal, bem jurídico e política criminal são, assim, o escopo do próximo tópico deste capítulo.

## 1.2 Direito penal, bem jurídico e política criminal.

O diálogo entre direito penal e política criminal, além do significado que encerra para a teoria do bem jurídico, envolve uma série de dificuldades. A primeira delas é a própria noção de política criminal.

Para Jescheck, a “política criminal ocupa-se da questão de como o direito penal deve ser equipado para, com isso, levar a cabo da melhor forma possível sua tarefa de proteção da sociedade. A política criminal parte, destarte, das causas dos crimes; ela examina como os elementos dos tipos penais devem ser compreendidos para que correspondam à realidade do delito; tenta explicar o modo do impacto das sanções aplicadas no direito penal; pondera a respeito de até que limites deve o legislador expandir o direito penal para não limitar o espaço de liberdade do cidadão mais do que o necessário e analisa se o direito penal materialmente concebido está apto a ganhar executoriedade no direito processual penal”<sup>33</sup>.

Em uma das mais festejadas obras acerca das relações entre política criminal e direito penal, Roxin parece não ter dúvidas de que

o caminho correto só pode consistir no fato de se deixar as decisões valorativas político-criminais penetrarem no sistema do direito penal; que seus alicerces legais, sua clareza, sua previsibilidade, sua cooperação livre de incoerência e seu impacto nos detalhes não estejam por detrás das realizações do sistema formal-positivista de Liszt<sup>34</sup> (tradução nossa).

<sup>31</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>32</sup> Esta função depara com alguns problemas: nem todos os tipos penais parecem referir-se a um bem jurídico. Casos como o crime de maus tratos a animais (*Tierquälerei*) exigem que se repense o conceito puramente antropológico de bem jurídico ou a própria criminalização de certas condutas. ROXIN, Claus. Op.cit., Nm.55, p. 30.

<sup>33</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. Op.cit., p. 22. Trecho no original: “ Die Kriminalpolitik befaßt sich MIT der Frage, wie das Strafrecht einzurichten ist, damit es seiner Aufgabe des Gesellschaftsschutzes am besten gerecht werden kann. Die Kriminalpolitik knüpft an die Ursachen des Verbrechens an, sie erörtert, wie die Merkmale der Straftatbestände richtig gefaßt werden müssen, um der Wirklichkeit des Verbrechens zu entsprechen, sie versucht, die Wirkungsweise der im Strafrecht verwendeten Sanktionen festzustellen, sie erwägt, bis zu welcher Grenze der Gesetzgeber das Strafrecht ausdehnen darf, um den Freiheitsraum des Bürgers nicht mehr als unbedingt notwendig einzuschränken, sie prüft, ob das materielle Strafrecht so ausgestaltet ist, daß es im Strafprozeß durchgesetzt werden kann”.

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. 2.Auflage. Berlin-N.Y: Walter de Gruyter, 1973, p. 10. Trecho original traduzido: „...daß der richtige Weg nur darin bestehen kann, die Kriminalpolitischen Werentscheidungen in das System der Strafrechts so eingehen zu lassen, daß ihre Fundierung, ihre Klarheit und Berechenbarkeit, ihr widerspruchsfreies Zusammenspiel

A política criminal, a partir de então, restaura o seu estatuto epistemológico de saber imprescindível para o direito penal sob a égide de um modelo funcionalista. Tal modelo aparece como predominantemente aberto e estimulador do diálogo entre dogmática e as decisões valorativas, conforme pontua Dias:

Assim, se revela verdadeiramente o sistema jurídico-penal, antes que ‘cerrado’, um ‘sistema aberto’: um sistema que a cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos, mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, reclamam novas soluções<sup>35</sup>.

A valorização da política criminal e o recrudescimento de seu diálogo com o direito penal (não raro com ares de determinação do próprio direito penal), não é, contudo, uma visão isenta de críticas. Grosso modo, três são as objeções levantadas à ampliação dos limites da política criminal<sup>36</sup>: a que nega importância decisiva às decisões político-criminais por considerações sistemáticas do direito penal; a objeção de que a abertura de um livre canal entre política criminal e direito penal acarretará riscos intoleráveis para as garantias fundamentais do cidadão dentro de um Estado democrático de Direito e a conhecida objeção de Liszt, para quem entre a política criminal e dogmática existe um limite epistemológico claro.

### 1.2.1 A fundamentação ontológica do sistema jurídico-penal.

O objetivo deste tópico não é o de remontar em detalhes todo o sistema de fundamentação ontológico do direito penal de Hans Welzel, mas apenas o de apresentar, segundo a lógica do sistema deste autor, os inconvenientes de se permitir o influxo das decisões valorativas político-criminais para dentro do direito penal.

O sistema finalista de Welzel se baseia em estruturas lógico-reais (*sachlogische Strukturen*) às quais o legislador deve se submeter no momento da confecção das leis. Tais estruturas primárias regem e explicam uma realidade repleta de sentido que o legislador deve acatar, sob pena de experimentar resultados errôneos e contraditórios.

Segundo Welzel<sup>37</sup>,

---

und ihre Auswirkungen im Detail hinter den Leistungen des formal-positivistischen Systems Lisztschen Provenienz nicht zurückstehen”.

<sup>35</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.40 apud SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal e engenharia genética humana...p. 31.

<sup>36</sup> Neste ponto, valemo-nos em grande medida da sistematização de Roxin: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p.p. 64 et seq.

<sup>37</sup> WELZEL, Hans. **Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie**. Berlin: Walter de Gruyter, 1975, p. 285-286. Trecho original: “In den sachlogischen Strukturen stecken die materialen Bindungen des Gesetzgebers, die die Naturrechtslehren meist vergeblich gesucht hatten. Naturrecht ist nicht außerhalb des positive Rechts oder über ihm zu finden, sondern steckt als immanente Grenze in ihm selbst darin, wir müssen nur den Blick dafür öffnen [...] Wer Handlungen normieren will, muß die

nas estruturas lógico-reais estão as vinculações materiais do legislador, que a maior parte das teorias jusnaturalistas buscou em vão. O direito natural não é exterior ao direito positivo ou se encontra além dele, mas situa-se como limite imanente nele mesmo, e só temos de abrir os olhos para vê-lo. [...] Quem deseja normatizar ações deve pressupor as estruturas categoriais da ação humana; nenhum legislador pode mudá-las. Mas sobre elas podem-se fazer declarações universais, sobretudo sobre sua legalidade final. [...] Mas todas as estruturas lógico-reais vinculam o legislador apenas de modo relativo, isto é, sua inobservância torna a regulamentação legal contrária à natureza das coisas, contraditória, lacunosa, mas não inválida (tradução nossa).

Tais estruturas lógico-reais são, portanto, previamente dadas ao legislador, bem como fixam o limite da atividade criadora deste. Elas, contudo, não se encontram numa esfera ideal, mas, segundo Welzel, no âmbito do “ser” do direito, o que faz possível sua existência em qualquer ordem jurídica. Elas são reais ou objetivas porque existem, na medida em que são conhecidas, independentemente de toda aceitação ou rejeição posterior; são lógicas porque sua inobservância gera contradição interna e falta de unidade na ordem jurídica<sup>38</sup>.

Não é por outro motivo que o “legislador está sempre vinculado a certos limites imanentes do direito positivo”, de modo que a primeira barreira são as estruturas lógico-reais.

Um dos objetivos desta fundamentação ontológica, senão talvez o maior, é justamente o de não delegar poder demais ao Legislador, preocupação constante de Welzel, para quem o positivismo tratava de “uma teoria da onipotência jurídica do legislador” (*eine Lehre von der rechtlichen Omnipotenz des Gesetzgebers*)<sup>39</sup>. Isto não significa, porém, que Welzel e sua fundamentação ontológica do sistema penal não respeitem a ideia positividade. A positividade coloca um aspecto decisivo do direito, ainda que aquela não determine o conceito deste em sua totalidade, como tenciona o positivismo<sup>40</sup>.

É inegável que a fundamentação ontológica do direito penal lança sobre a atividade do legislador restrições bem definidas, o que ilustra a preocupação de Welzel quanto ao momento histórico específico da Alemanha, a saber, o fantasma do nacional-socialismo. Por outro lado, a vinculação às chamadas estruturas lógico-reais exige toda uma elucidação a respeito de que forma o legislador pode, efetivamente, conhecer a essência de tais estruturas, ponto este que ultrapassa e muito as pretensões deste tópico.

Pode-se, contudo, afirmar, sem receios, que a política criminal não desempenha,

---

kategoriale Struktur der menschliche Handlung voraussetzen; kein Gesetzgeber kann sie ändern. Aber über sie lassen sich allgemeingültige Aussagen machen, vor allem über ihre finale Gesetzlichkeit [...] Aber aller diese sachlogischen Strukturen binden den Gesetzgeber nur relative, d.h. ihre Nichtbeachtung macht die gesetzliche Regelung zwar sachwidrig, widerspruchsvoll, lückenhaft, aber nicht ungültig”. Disponível em : [http://books.google.com.br/books?id=vZ\\_f61PI70UC&pg=PP7&dq=,+Hans.+Abhandlungen+zum+Strafrecht+und+zur+Rechtsphilosophie.+Berlin:+Walter&hl=pt-BR&ei=94CwTe\\_IHand0QGw1ayxCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=%2C%20Hans.%20Abhandlungen%20zum%20Strafrecht%20und%20zur%20Rechtsphilosophie.%20Berlin%3A%20Walter&f=false](http://books.google.com.br/books?id=vZ_f61PI70UC&pg=PP7&dq=,+Hans.+Abhandlungen+zum+Strafrecht+und+zur+Rechtsphilosophie.+Berlin:+Walter&hl=pt-BR&ei=94CwTe_IHand0QGw1ayxCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=%2C%20Hans.%20Abhandlungen%20zum%20Strafrecht%20und%20zur%20Rechtsphilosophie.%20Berlin%3A%20Walter&f=false) (último acesso 21/04/2011)

<sup>38</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. 4.Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, p. 197 et seq.

<sup>39</sup> WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht*... p. 283.

<sup>40</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*...p. 243.

propriamente, um papel de grande relevo à luz das ideias mencionadas, uma vez que, a despeito de sempre válida, o acerto da atividade legislativa depende da conformação a certas estruturas lógico-reais presentes em qualquer ordem jurídica.

### 1.2.2 Política criminal e o risco de violação às garantias fundamentais.

Esta objeção ressalta o fato de que a livre penetração de juízos político-criminais envolve o risco de intervenções jurídico-penais excessivas na esfera de liberdade dos cidadãos.

Assim pondera Hernandez, para quem as restrições impostas ao legislador, quanto à importância e extensão das decisões valorativas político-criminais, são indubitavelmente mais vantajosas do que a flexibilidade valorativa político-criminal, que “possibilita o exercício totalmente livre e arbitrário do poder estatal em desvantagem dos direitos do indivíduo”<sup>41</sup>.

Conforme elucidava Zaffaroni,

não se pode falar de política criminal sem que se tome em conta o modo de exercício real do poder punitivo, pois seria absurdo que esta se limitasse a precisar as disposições que o legislador deve plasmar em lei, como se operasse à margem das características estruturais e eventuais (concretas) de um sistema penal determinado e conforme as quais exercerá o poder punitivo que estas normas lhe habilitam<sup>42</sup> (tradução nossa).

Esta peculiaridade impõe à política criminal contemporânea o reconhecimento do fator institucional e sua transformação em saber fundamental a fim de deter o exercício do poder punitivo. Tal é, pois, a sua tarefa para que se possa proteger o Estado democrático de direito do Estado de polícia que dentro dele pulula quando as garantias do indivíduo são desrespeitadas<sup>43</sup>.

As decisões valorativas político-criminais representam não mais do que juízos empíricos, cuja verdade e eficiência não podem ser, de início, comprovados, o que sempre implica assunção de riscos. É certo que, sob a égide de um Estado democrático de Direito, tais decisões não podem ser tomadas ao bel prazer do legislador, porque vinculadas aos imperativos de uma ordem constitucional. Muito embora a Constituição seja uma ideia reitora importante à limitação da atividade legislativa, conforme será exposto em tópico ulterior, ela não é sinônimo de plena segurança.

Esta objeção é, na verdade, uma manifestação do problema mais geral e presente sob

<sup>41</sup>HERNANDEZ, Moisés Moreno. Über die Verknüpfungen Von Strafrechtsgenomik und Kriminalpolitik. In: **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag**. Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 84. Trecho original: “welche die vollkommen freie und willkürliche Ausübung staatlicher Macht zum Nachteil der Rechte des einzelnen ermöglichte.” Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=NO-mcSxVbzkC&printsec=frontcover&dq=Moreno+Hernandez+Claus+Roxin&hl=pt-BR&ei=f4OwTZz7F-nx0gGc6v37CA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=hernandez&f=false](http://books.google.com.br/books?id=NO-mcSxVbzkC&printsec=frontcover&dq=Moreno+Hernandez+Claus+Roxin&hl=pt-BR&ei=f4OwTZz7F-nx0gGc6v37CA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q=hernandez&f=false) (último acesso: 21/04/2011)

<sup>42</sup> ZAFFARONI. E.R. et all. **Derecho Penal**. Parte General. 2.ed. Buenos Aires: ediar, 2002, p. 156.

<sup>43</sup> Ibidem., p. 157.

diversas formas em todo o saber jurídico: os limites do poder face à liberdade individual. Por esta razão, é uma objeção relevante e de difícil deslinde.

### 1.2.3 A linha divisória entre dogmática e política criminal

De acordo com as palavras de Franz von Liszt,

a política criminal não é efeito das relações sociais, mas da individualidade; ela só tem que ver com o delito como fenômeno, como um evento da vida individual e ela não é o único meio para esse fim, mas ela ocorre em colaboração com uma série de outras regras que têm como tarefa proporcionar melhor educação do indivíduo. Neste sentido eu tomo a expressão político criminal, nesse sentido eu determino um combate vigoroso e decidido contra o crime através da política criminal<sup>44</sup> (tradução nossa).

A política criminal tem a tarefa política de promover um desenvolvimento da legislação no sentido de uma luta contra o crime, consciente de suas finalidades e, sobretudo, embora não exclusivamente, por meio da pena estatal e das medidas a ela relacionadas<sup>45</sup>. Liszt, a rigor, considerava que a dogmática do direito penal e a política criminal eram campos bem distintos um do outro, o que é bem ilustrado por sua famosa frase: “o direito penal é a barreira intransitável da política criminal” (*Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*)<sup>46</sup>.

Enquanto a dogmática jurídico-penal ocupava-se tão somente da fixação do tipo um delito como pressuposto para a aplicação da pena estatal; do esclarecimento dos comandos contidos no código penal. Por outro lado, a política criminal concebida por Liszt era decorrência dos princípios adotados pelo Programa de Marburgo, que acreditava piamente na reforma do cidadão e da sociedade: “a política criminal, assim como a compreendemos, vincula-se à crença na melhoria da capacidade do homem, do indivíduo assim como da sociedade”<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> LISZT, Franz Von. **Strafrechtliche Vorträge**...p. 15. Trecho original: “Die Kriminalpolitik ist nicht Einwirkung auf die gesellschaftlicher Verhältnisse, sondern auf die Individualität, sie hat es nur zu tun mit dem Verbrechen als Erscheinung, als Ereignis des individuellen Lebens, und sie ist nicht das einzige Mittel zu diesem Zwecke, sondern sie tritt in Mitarbeiterschaft mit einer ganzen Reihe vom Maßregeln, welche die bessernde Erziehung des einzelnen sich zur Aufgaben stellen. In diesem Sinne nehme ich das Wort Kriminalpolitik, in diesem Sinne verlange ich eine kräftige, zielbewußte Bekämpfung des Verbrechens durch die Kriminalpolitik”. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=7P7b4Q95Qp8C&printsec=frontcover&dq=Strafrechtliche+Vortr%C3%A4ge&hl=pt-BR&ei=EYSwTYHyGabf0QHxtqGKCO&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=7P7b4Q95Qp8C&printsec=frontcover&dq=Strafrechtliche+Vortr%C3%A4ge&hl=pt-BR&ei=EYSwTYHyGabf0QHxtqGKCO&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso 21/04/2011)

<sup>45</sup> LISZT, Franz von. Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 20, 1900, p. 161 et seq.

<sup>46</sup> LISZT, Franz Von. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**. Bd.II. Berlin: Walter de Gruyter, 1905, p. 80. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=kI0In3eESG4C&printsec=frontcover&dq=Strafrechtliche+Vortr%C3%A4ge&hl=pt-BR&ei=EYSwTYHyGabf0QHxtqGKCO&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CC8Q6AEwAAQ#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=kI0In3eESG4C&printsec=frontcover&dq=Strafrechtliche+Vortr%C3%A4ge&hl=pt-BR&ei=EYSwTYHyGabf0QHxtqGKCO&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CC8Q6AEwAAQ#v=onepage&q&f=false) (último acesso em 21/04/2011)

<sup>47</sup> Ibidem., p. 22. Trecho original: “Die Kriminalpolitik, so wie wir sie verstehen, ist bedingt durch den Glauben an die Verbesserungsfähigkeit des Menschen, des einzelnen, wie der Gesellschaft” (tradução nossa).

#### 1.2.4 A importância e desafios decorrentes da relação entre dogmática e política criminal

Negar a relação concreta entre política criminal e direito penal é não apenas inócuo: é demonstrar uma visão fragmentada e fechar os olhos para o sistema jurídico-penal tal qual ele se evidencia na realidade.

O direito, enquanto fenômeno político sofre, por conseguinte, o natural influxo da contingência das relações humanas. O próprio discorrer sobre os fins do direito penal retrata uma discussão político-criminal. A possibilidade da reforma, de aperfeiçoamento, crítica ou, de modo mais radical, a possibilidade de negação de seus fins é, em última análise, exercer uma atividade político-criminal.

No entanto, a aceitação deste dado não impede a reflexão acerca do modo pelo qual a política criminal deve relevar para a criminalização de condutas. A política criminal aduz duas perspectivas distintas, que personificam a tensão entre controle e liberdade acima destacada: por um lado, a política criminal concebida sob um ponto de vista empírico significa o conjunto de decisões valorativas vinculadas à prevenção de delitos, ou seja, ocupa-se da proteção a bens jurídicos. Por outro lado, sob um prisma teórico, a política criminal engloba o conjunto de princípios ou teses que buscam dotar de racionalidade a intervenção jurídico-penal a fim de evitar excessos; ou, nos termos deste estudo: o problema da racionalidade da missão de proteção a bens jurídicos atribuída ao direito penal face à liberdade do cidadão.

Esta linha de tensão entre perspectivas distintas da política criminal impõe uma série de questionamentos: deve algum dos sentidos determinar o outro? São eles complementares ou opostos? Deve haver algum limite para cada um deles? E, caso afirmativo, em que este limite deve estar alicerçado? Estas são perguntas que induzem à perplexidade e são imprescindíveis para a teoria de proteção a bens jurídicos como finalidade da intervenção jurídico-penal.

A incriminação de condutas se dá mediante a elaboração de juízos empíricos que, não raro, são insuscetíveis de verificação inicial quanto aos meios que propugnam e aos resultados que tencionam lograr. Contudo, sob pena de asfixia das liberdades individuais, e pelo fato de toda a atividade humana ser passível de falha, é intuitiva a necessidade de haver um limite mais ou menos claro para a criminalização de condutas. Mas de onde é possível extrair o fundamento para este limite? Seria ele dado pela Constituição? Pelos princípios de direito penal? Por valores imutáveis, os quais vinculam o legislador?

Segundo defende este trabalho, a construção deste limite deve partir de uma orientação fundada no valor do sujeito ou da pessoa humana, conforme será visto em capítulo posterior de modo mais detido. Pois é em função do valor absoluto da pessoa que existe a própria ordem jurídica

e não o contrário<sup>48</sup>. Logo, apesar de não prescindir da Constituição e, ademais, tê-la como reforço de positividade essencial às suas aspirações, este fundamento com ela não se confunde. Também não se confunde com os chamados princípios de direito penal, pois estes nada mais são do que o resultado de uma política criminal anteriormente escolhida e não podem fazer mais do que estabelecer cláusulas mais ou menos vagas e cambiantes, conforme a intenção das decisões valorativas. Este limite, grosso modo, deve ser dado pelo reconhecimento do valor superior da pessoa humana como um valor absoluto e sempre positivo. Caso contrário, a linha de tensão político-criminal que envolve controle e proteção, por um lado, e, por outro, clama por racionalidade na intervenção, dependerá tão-só de ponderações de ocasião. Pois, conforme tópico ulterior, nem mesmo a Constituição, em virtude de seu caráter aberto, sobretudo, está em condições de servir de ponto de apoio ou balança a esta ponderação.

A preocupação ingente quanto à magnitude das repercussões político-criminais na incriminação de condutas não se deve a outra razão: o risco de que o legislador ceda aos imperativos de controle e subtraia ao particular, injustificadamente, parte essencial de sua liberdade, condição primordial para que a pessoa humana seja caracterizada como tal, e não como um objeto. Saber se, a partir das proposições fundamentais da teoria de proteção a bens jurídicos, é possível extrair um critério fundante e capaz de respeitar este limite é o desafio das próximas linhas.

Em síntese: a política criminal é elemento necessário em qualquer Estado democrático de Direito e estabelece inevitáveis vínculos com a dogmática jurídico-penal. Por outro lado, sob pena de transmutar-se em um conjunto de decisões arbitrárias ou, não raro, incoerentes, ela deve se orientar segundo valores que, em última análise, referem-se ao reconhecimento do valor superior da pessoa humana, partindo-se, desde logo, de premissa a ser desenvolvida em capítulo derradeiro: a consciência do estado inescapável de coexistência entre sujeitos dotados de liberdade. O respeito a esta condição é o limite positivo e negativo ao exercício da política criminal, isto é, funciona tanto como uma barreira à incriminação de condutas, bem como serve de premissa básica aos princípios que pretendem dotar de racionalidade a intervenção jurídico-penal. Neste sentido, este estudo se orienta segundo uma proposta de que as decisões político-criminais são determinadas pelo valor da pessoa humana, isto é, por estruturas ontológicas que precedem à discussão política. Neste ponto, deve-se dar razão a Welzel, embora sem esposar os mesmos argumentos de que ele se serviu: há de se ter uma restrição pré-jurídica à intervenção penal. Tais estruturas, conforme se verá, remontam

---

<sup>48</sup> A noção de valor superior da pessoa é buscada na filosofia de Max Scheler. Cf. SCHELER, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*. Vierte durchgesehene Auflage. Herausgegeben mit einem neuen Sachregister. Bern: Francke Verlag, 1954, p. 401: "Isto é, à essência da pessoa pertence o fato de que ela apenas existe e vive na execução de atos intencionais. Ela não é, assim, um objeto". Trecho original traduzido: D.h. zum Wesen der Person gehört, daß sie nur existiert und lebt im Vollzug intentionaler Akte. Sie ist also wesenhaft kein Gegenstand".

ao fundamento na consciência intencional doadora de sentidos e na percepção do valor absoluto da pessoa humana<sup>49</sup>.

### 1.3 Concepções do Estado e limites à intervenção jurídico-penal.

O direito penal, enquanto fenômeno político é, em medida não olvidável, determinado pelo modelo de ordem que vigora em certo momento histórico. O chamado Estado Democrático de Direito, princípio fundamental da República, é o resultado de uma sucessão de etapas históricas que, em conjunto, lograram assegurar, ao menos juridicamente, à pessoa humana uma situação de maior liberdade e participação nos rumos do país que integra.

Embora considerado um ponto de convergência, o Estado democrático de direito encerra, não raro, definições nem sempre tão exatas. A fim de buscar uma compreensão menos imprecisa, faz-se aconselhável, primeiro, expor o que se entende por Estado de Direito. Enzmann pontua que a teoria do Estado é “construída por juristas e políticos e procura reunir um núcleo formal de exigências, cujo alcance é, contudo, variável”<sup>50</sup>.

Sob uma perspectiva formal do Estado de Direito, este comporta alguns elementos essenciais:

a autovinculação do Estado às regras gerais e abstratas, que alcançam certos comportamentos e a estes dão publicidade; a legalidade dos atos da Administração Pública e a definição da estrutura organizacional e de competências. A isto devem ser acrescidos outros instrumentos indispensáveis à manutenção do Estado de Direito: o controle judicial do primado ou império da lei; a garantia do duplo grau de jurisdição ou do apelo a uma segunda instância; os princípios de uma conduta justa; a audiência pública, os princípios do juiz natural e da presunção de inocência. Por fim, também elementos típicos do Estado constitucional são incluídos, a saber, a independência dos juízes, uma mínima separação entre as esferas de atuação do legislativo e do executivo e a reserva legal, de modo a permitir intervenções na liberdade e propriedade apenas quando tais sejam idôneas e necessárias à luz das leis formais<sup>51</sup>.

Sob um prisma material, incluem-se as garantias ou direitos fundamentais do cidadão, o que aproxima o Estado de Direito a um Estado Constitucional e que pode ser mais ou menos liberal ou social, conforme seja também maior ou menor a intervenção estatal na promoção dos chamados direitos de segunda dimensão.

O primeiro uso da expressão Estado de Direito (*Rechtsstaatsgedanke*) no sentido de

<sup>49</sup> Neste ponto, rompemos de maneira sensível com a posição defendida em : REIS, Marco A.S. Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 78, ano 17. Revista dos Tribunais: 2009, pp. 41-74.

<sup>50</sup> ENZMANN, Birgit. **Der demokratische Verfassungsstaat**: Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit. Wiesbaden: Verlag fuer Sozialwissenschaften 2009, p.436. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=DQgEetYdZCQC&pg=PA491&dq=ENZMANN,+Birgit.+Der+demokratische+Verfassungsstaat:+Zwischen+Legitimationskonflikt+und+Deutungsoffenheit.Wiesbaden:+Verlag+fuer+Sozialwissenschaften&hl=pt-BR&ei=dIawTcH4Bafg0QGzI-2OCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=DQgEetYdZCQC&pg=PA491&dq=ENZMANN,+Birgit.+Der+demokratische+Verfassungsstaat:+Zwischen+Legitimationskonflikt+und+Deutungsoffenheit.Wiesbaden:+Verlag+fuer+Sozialwissenschaften&hl=pt-BR&ei=dIawTcH4Bafg0QGzI-2OCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso 21/04/2011)

<sup>51</sup> ENZMANN, Birgit. **Der demokratische Verfassungsstaat**: Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit. Wiesbaden: Verlag fuer Sozialwissenschaften 2009, p.436

vinculação dos atos governamentais à lei é, normalmente, atribuído a Robert von Mohl<sup>52</sup>. Este autor associava fortemente o conceito de Estado de Direito com o conceito de polícia e, com isso, acabou por estabelecer o moderno direito público em oposição ao direito privado. Para Mohl, o Estado de Direito é o Estado da Razão (*Verstandstaat*), no qual a convivência humana é moldada de acordo com as regras do jusracionalismo para possibilitar a todos os seus membros o auto-aprimoramento individual, espiritual e físico<sup>53</sup>.

De forma bastante clara, estabelece o autor que “o Estado deve não apenas não atrapalhar esse fim, mas, ao contrário, promovê-los. Um Estado de Direito não pode ter outro fim, senão este: ordenar a convivência do povo, de modo que cada membro em si possa defender e promover o exercício e utilização mais livre e pleno de suas energias”<sup>54</sup>.

O Estado de Direito consubstancia, portanto, um momento essencialmente liberal, em que a preocupação maior é o chamado primado da lei, isto é, que um determinado conjunto de leis formais tenha validade e vincule a todos, inclusive e, principalmente, o próprio Estado. Historicamente compreende o rechaço às arbitrariedades materializadas no poder soberano de um Estado absolutista, para alicerçar-se no valor da liberdade e da igualdade formal de todos os cidadãos (agora não mais súditos) perante a lei.

É cediço que o curso da História paulatinamente abandonou um Estado meramente de Direito, de viés liberal, em busca de um Estado de bem-estar, não apenas imbuído de obrigações negativas, mas também de obrigações positivas. Não se ignora que, assim como a ascensão da burguesia culminou com a queda do Estado absolutista e com o advento de um Estado de Direito assentado em bases liberais, o liberalismo econômico sucumbiu diante de distorções injustas no campo social, ínsitas ao espírito do capitalismo e notadas por muitos, dentre os quais se destaca Marx<sup>55</sup>. Tal panorama levou o Estado de Direito Liberal a transmutar-se em um Estado Social,

<sup>52</sup> MOHL, Robert von. **Die Polizei Wissenschaft nach dem Grundsätzen des Rechtsstaates**. 3.ed. Tübingen: Lauppschen Buchhandlung, 1886. Essa opinião, contudo, não é pacífica. Matsumoto sublinha que a expressão “Estado de Direito” já havia sido utilizada, sem dúvidas, antes de Mohl, desde a “Manifestação do programa da escola kantiana” de Plácido que, datada de 1798, se opunha ao eudemonismo, bem como por Adam Müller (1809), Welcker (1813) e Aretin (1824) utilizavam o conceito com diferentes conteúdos. Cf. MATSUMOTO, Naoko. **Polizeibegriff im Umbruch: Staatszwecklehre und Gewaltenteilungspraxis in der Reichs- und Rheinbundpublizistik**. Frankfurt AM Main: Klostermann, 1999, p. 217. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=xEtEMxux59IC&printsec=frontcover&dq=MATSUMOTO,+Naoko,+Polizeibegriff+im+Umbruch:+Staatszwecklehre+und+Gewaltenteilungspraxis+in+der+Reichs-und+Rheinbundpublizistik.&hl=pt-BR&ei=vYawTd6ULcfY0QG-t4X7CA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=xEtEMxux59IC&printsec=frontcover&dq=MATSUMOTO,+Naoko,+Polizeibegriff+im+Umbruch:+Staatszwecklehre+und+Gewaltenteilungspraxis+in+der+Reichs-und+Rheinbundpublizistik.&hl=pt-BR&ei=vYawTd6ULcfY0QG-t4X7CA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso: 21/04/2011)

<sup>53</sup> MOHL, Robert von. **Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg**. Bd.I. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1929, p. 8-11, 268, 451apud ENZMANN, Birgit. **Der demokratische Verfassungsstaat: Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit**. Wiesbaden: Verlag fuer Sozialwissenschaften 2009, p.436 et seq.

<sup>54</sup> Apud ENZMANN, Birgit. **Der demokratische Verfassungsstaat: Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit**. Wiesbaden: Verlag fuer Sozialwissenschaften 2009, p.437 Trecho original: “der Staat, muß diesen Zweck nicht nur nicht hinder, sondern im gegenteil fördern. Ein Rechtsstaat kann also keinen andern Zweck haben, als den das Zusammenleben des Volkes so zu ordnen, daß jedes Mitglied desselben in der möglichst freien und allseitigen Uebung und Benützung seiner sämtlichen Kräfte unterstützt und gefördert werde”.

<sup>55</sup> O principal ícone desta crítica é, decerto, Marx. A despeito de imperfeições clássicas na sua teoria da mais-valia, é preciso ler Marx com as lentes de sua premissa maior: a da exaltação do homem sob a perspectiva de suas necessidades materiais,

sobretudo no que diz respeito à ordem econômica.

Esta transição, contudo, estendeu-se para o plano do direito penal. O chamado Estado social democrático de direito trouxe à baila um novo papel para o direito penal, a saber: o de voltar suas atenções para dimensões antes ignoradas, e é natural que assim fosse: o aumento das funções estatais acarreta a exigência de regras e todo um aparato apto a garantir uma gama de obrigações positivas. De que forma, contudo, esta passagem releva para a teoria da proteção a bens jurídicos?

### 1.3.1 O Estado Social Democrático de Direito e a proteção a bens jurídicos

Conforme acentua Zimmermann, o chamado Estado Social de Direito objetiva “um desempenho do governo que não se restrinja apenas aos limites da proteção à liberdade individual e à propriedade privada”<sup>56</sup>. Neste contexto incumbe ao Estado além da não intervenção e proteção das liberdades individuais, também e, sobretudo, a promoção do livre desenvolvimento do indivíduo, no sentido de assegurar a este certo núcleo ou esfera mínima de condições materiais. Pretende-se com isto superar as alegadas falhas de um Estado puramente social ou socialista e de um Estado puramente liberal. Trata-se da concepção de um Estado de bem estar.

Como salienta Mir Puig, “a idéia do Estado Social serve para legitimar a função de prevenção na medida em que seja necessária para a proteção da sociedade”. Tal postura, segundo o autor, “já implica vários limites que giram em torno do requisito da necessidade social da

---

personificadas na figura do trabalho. A filosofia de Marx deve, assim, ser compreendida, enquanto positividade, como uma negação da alienação do homem como força de trabalho, elemento caracterizador de suas necessidades fundamentais. Relevante ainda assinalar, e esta crítica devo à observação do professor Nilo Batista, a chamada fetichização da mercadoria. Assim escreve Marx: “A mercadoria é misteriosa simplesmente por encobrir as características sociais do próprio trabalho dos homens, apresentando-as como características materiais e propriedades sociais inerentes aos produtos do trabalho; por ocultar, portanto, a relação social entre os trabalhos individuais dos produtores e o trabalho total, ao refleti-la como relação social existente, à margem deles, entre os produtos do seu próprio trabalho. [...] De acordo com a relação social de produção que tem validade geral numa sociedade de produtores de mercadorias, estes tratam seus produtos como mercadorias, isto é, valores, e comparam, sob a aparência material das mercadorias, seus trabalhos particulares, convertidos em trabalho humano homogêneo. [...] Sem maior avanço nesta análise, limitamo-nos a ilustrar com mais alguns elementos o fetichismo da mercadoria. Se as mercadorias pudessem falar, diriam: “Nosso valor-de-uso pode interessar aos homens. Não é nosso atributo material. O que nos pertence como nosso atributo material, é nosso valor. Isto é o que demonstra nosso intercâmbio como coisas mercantis. Só como valores-de-troca estabelecemos relações umas com as outras”. Cf. MARX, Klaus. O capital. Crítica da economia política. Livro primeiro. O processo de produção do capital. Volume 1. Tradução: Reginaldo Sant’anna. 3.ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 1975, p. 81 et seq. Como acentua Ferreira dos Santos, de fato, o trabalho e, por conseguinte, o trabalhador, no sistema capitalista, está subordinado, está sempre em uma relação de dependência, que é: a) jurídica, pois o agente trabalhador está ligado ao proprietário dos meios de produção por uma convenção jurídica; b) técnica, pois o trabalhador não escolhe matéria-prima, produção, instrumentos e meios de produção, mas apenas executa a atividade; c) econômica, pois o empregado não responde diretamente pelos lucros e tampouco pelos prejuízos da empresa. D) de estamento, pois o assalariado, em geral, é oriundo de classes economicamente inferiores. Tudo isto, segundo Ferreira dos Santos, predispõe o empregado a um sentimento de opressão e exploração. SANTOS, Mário Ferreira dos. Tratado de economia, livro 1. São Paulo: Logos, 1962, p. 194. Não estamos, neste particular, assumindo uma posição marxista, mas tão só salientando as positivities da crítica ao sistema capitalista. Em linhas gerais, a economia não pode estar livre de uma concepção que considere o valor da pessoa humana, razão pela qual as utopias, seja a do socialismo, seja a do liberalismo econômico, parecem falsas soluções.

<sup>56</sup> ZIMMERMAN, Augusto. Op.cit., p. 59.

intervenção penal”<sup>57</sup>.

Segundo este autor, defensor da concepção tratada neste tópico, o Estado Democrático Social está ligado a uma série de princípios.

Em primeiro lugar, ao princípio da utilidade da intervenção penal, pois “se o Direito Penal de um Estado social só se legitima na medida em que protege a sociedade, perderá sua justificação caso sua intervenção demonstre-se inútil por ser incapaz de evitar delitos”<sup>58</sup>. Assim, “o princípio da necessidade conduz, pois, à exigência de utilidade”. Para Mir Puig a “eficácia da pena não pode ser avaliada por seus fracassos, mas somente por seus possíveis êxitos”, afirmando que no caso de uma demonstração da inutilidade de certa reação penal quanto ao seu objetivo protetor, deve esta reação desaparecer, ainda que para ceder lugar a uma reação mais leve<sup>59</sup>.

Em segundo lugar, Mir Puig quer derivar o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal da concepção de Estado social, uma vez que “o direito penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais”. Trata-se, destarte, “da lógica do Estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da “máxima utilidade possível” para as eventuais vítimas deve ser combinado com o do “mínimo sofrimento necessário” para os criminosos”, o que conduz a “uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível”<sup>60</sup>, e introduz a ideia de subsidiariedade.

Em terceiro lugar, o Estado social vincula o direito penal ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, pois “o direito penal de um Estado social justifica-se como um sistema de proteção da sociedade. Os interesses sociais que por sua importância merecem a proteção do Direito são denominados *bens jurídicos*”<sup>61</sup>.

1.3.1.1 Crítica ao Estado Social Democrático de Direito como pilar da proteção a bens jurídicos.

Situar a teoria do bem jurídico dentro de uma concepção social do Estado leva, contudo, a consequências pouco vistas na literatura jurídico-penal.

Para Falcón y Tella esta concepção de Estado teria por fins, no âmbito penal, a prevenção

<sup>57</sup> MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**. Fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

<sup>58</sup> *Ibidem.*, p. 92.

<sup>59</sup> *Ibidem.*, p. 93

<sup>60</sup> *Ibidem.*, p.93

<sup>61</sup> *Ibidem.*, p. 95

geral positiva, a prevenção especial dentro de certos limites e a retribuição como garantia. Assim, o princípio intervencionista, que vigora no Estado Social, poderia conduzir a um Direito Penal mais preocupado por sua própria eficácia que por servir a todos os cidadãos<sup>62</sup>.

Sob o ponto de vista político não parece equivocado estabelecer certa correspondência entre a existência de um Estado Social Democrático de Direito e a expansão do direito penal. Uma vez que o Estado passa a estar incumbido da obrigação de cumprir determinadas prestações, parece inevitável que as condições que asseguram este cumprimento também devem relevar. O exemplo mais significativo disto é a legislação penal econômica: a partir do instante em que o Estado passa a ser responsável pela manutenção da ordem econômica, é natural que condutas que ponham em risco esta manutenção sejam criminalizadas. O histórico recente da legislação criminal e o crescente interesse pelo chamado direito penal econômico são exemplos deste fenômeno.

O grande risco de um direito penal que opera nos termos de um Estado social, no que tange à proteção de bens jurídicos, é, contudo, inserir nesta proteção elementos que, em verdade, frequentemente, não passam de meras funções estatais, identificadas não com o interesse público primário, isto é, dos indivíduos, mas com uma mera atividade do Estado sem correspondente utilidade para os aqueles.

Não é outra a crítica de Juarez Tavares, para quem as funções, na atividade estatal, se expressam por medidas de controle. Tais medidas encerram tão-só “atividades administrativas do Estado, referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo”. Afirma-se, portanto, sem maiores dificuldades, que “se o direito penal tem como objeto de proteção a administração pública, está claro que, igualmente, podem ser protegidos todos os atos de controle decorrentes dessa administração, ainda que sejam meros atos administrativos sem qualquer repercussão na vida da pessoa humana”<sup>63</sup>.

### 1.3.2 Estado de Direito e Estado policial.

Independentemente do tipo de Estado Democrático de Direito adotado, presente ele nuances liberais ou sociais, o que releva neste ponto é a afirmação constante do Estado de Direito face ao Estado policial (*Polizeistaat*) sempre pronto a irromper.

O conceito de polícia, como assinala Kugelmann, originou-se da palavra grega “politeia”. Destarte, o termo, inicialmente, referia-se à administração pública e, posteriormente, a partir da

<sup>62</sup> FALCÓN y TELLA, María José; FALCÓN y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção**. Existe um direito de castigar? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 248.

<sup>63</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 204.

idade média, a chamada “*gute Policey*” passou a ser uma expressão sinônima de boa administração. Este significado perdurou até o surgimento do absolutismo, no qual o „Estado era o Estado de Polícia“ („Der Staat war Polizeistaat“). Neste período o termo torna-se público nas chamadas ordenações policiais. Tais ordens policiais regiam amplas esferas da segurança pública e do bem estar coletivo. A chamada boa polícia „englobava desde regras sobre monopólios, impostos e a regulamentação de profissões até o âmbito da religião e do costume ou moralidade“. Em síntese, o conceito de polícia abrangia todos os objetos que o soberano (absoluto) quisesse regulamentar<sup>64</sup>.

Conforme elucida Zaffaroni, o Estado policial situa-se em posição oposta ao Estado de direito. No Estado policial a “submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo”. São também notas características suas o paternalismo, uma justiça substancial e um direito transpersonalista. Para o Estado de Direito, por outro lado, a submissão à lei “significa acatamento a regras anteriormente estabelecidas”, bem como a justiça é procedimental, o direito é personalista e “todos os seres humanos” são respeitados por igual, uma vez que “têm uma consciência que lhes permite conhecer o bom e o possível”<sup>65</sup>.

O professor argentino salienta, ainda, que ambos os Estados são idealizações, visto que não existem na realidade. Em seu sentir, “o Estado de polícia não desaparece porque cada agência pretende estender seu poder até o arbítrio, porque a competitividade é inerente à dinâmica do poder e ao estímulo para eludir as regras estabelecidas”<sup>66</sup>.

Neste sentido também se impõe a lição de Mário Ferreira dos Santos:

O Estado tende ao *monopólio da força*, embora se verifique que tal não se dá plenamente, porque, como nos mostramos factos sociais, o mais freqüente ainda é encontrar-se, sobretudo nas sociedades mais conservadoras, de formas mais antigas, resquícios de organizações que a empregam.[...] O Estado, dominando a força, e monopolizando-a, tende naturalmente a tornar-se um organismo à parte da sociedade, pela burocratização dos seus membros componentes, o que o torna, por seu turno, odioso e opressor<sup>67</sup>

Esta peculiaridade do Estado, não enquanto mera ficção, mas compreendido em seu limiar histórico, evidencia que a despeito do conteúdo garantístico e limitador do Estado de Direito, na realidade, logra-se apenas uma maior ou menor aproximação deste conteúdo ideal, mas não sua completude.

Esta tensão dentro da órbita estatal é, ainda, potencializada em função do historicamente recente e, ao que parece, inevitável, processo de globalização. Neste sentido, se, por um lado, torna-

<sup>64</sup> KUGELMANN, Dieter. **Polizei und Ordnungsrecht**. Mainz: Springen, 2006, p. 23. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=lafggM7N6T4C&printsec=frontcover&dq=KUGELMANN,+Dieter.+Polizei+und+Ordnungsrecht.&hl=pt-BR&ei=eYiwTfa\\_HKPx0gG2ucStBw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=lafggM7N6T4C&printsec=frontcover&dq=KUGELMANN,+Dieter.+Polizei+und+Ordnungsrecht.&hl=pt-BR&ei=eYiwTfa_HKPx0gG2ucStBw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso 21/04/2011)

<sup>65</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. et al. **Direito penal brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 93-94.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>67</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. *Sociologia fundamental e ética fundamental*. São Paulo. Logos, 1957, p. 99 et seq.

se mais fácil detectar os sinais de um Estado policial em virtude de todo o progresso tecnológico na área das comunicações, por outro lado, os problemas inerentes ao Estado, como sua tendência à concentração de poder, perpetuam-se, só que agora em escala global.

No que diz respeito ao direito penal e à proteção de bens jurídicos, pode-se afirmar, sem receio, que a tutela jurídico-penal tende a universalizar-se, assim como os próprios bens jurídicos. As modernas convenções e tratados firmados em prol do combate de inimigos comuns, como a guerra declarada às drogas, aos crimes econômicos e aos crimes informáticos é, indubitavelmente, uma consequência das potencialidades tensionais entre uma ordem mundial que pretende ser democrática e garantística e uma outra que convive com o fantasma totalitário e intervencionista de tempos passados.

É por esta razão que o controle e a participação popular jamais estiveram tão em voga como na época hodierna. Se é verdade que a contenção dos excessos punitivos do Estado depende de mecanismos que possibilitem o controle deste por parte dos indivíduos, também é verdade que de pouco adianta falar-se em controle democrático do poder em sociedades acostumadas ou indiferentes à intervenção estatal. Neste ponto, tal questionamento começa a exceder, em muito, o escopo do presente trabalho, razão pela qual não se avançará nesta questão de uma forma geral. Interessa, contudo, analisar o aspecto democrático em um ponto específico: a intervenção jurídico-penal. Este é o objeto do próximo tópico.

### 1.3.3 O Estado Democrático de Direito.

Não obstante o Estado de Direito ter significado uma vitória das liberdades individuais e a correspondente derrocada de um mundo alheio ao estabelecimento de freios ao poder desmesurado do soberano, a participação popular nos processos decisórios fundamentais que lhe diziam respeito não estava plenamente assegurada. Esta possibilidade de participação é fator inerente à configuração de um Estado democrático. Contudo, a delimitação precisa e definitiva do que significa o Estado democrático de Direito não é uma tarefa fácil. Pois, se por um lado, indubitável é a necessidade da participação popular quanto às questões de organização e decisões políticas fundamentais, por outro lado, não há consenso acerca de eventuais outros elementos que ultrapassam a possibilidade de livre e igual participação do povo.

Zimmermann aduz como características básicas do Estado Democrático de Direito as seguintes: a soberania popular; a sociedade política baseada em uma Constituição escrita que reflete o contrato social entre os indivíduos que compõem aquela coletividade; o respeito à separação de

poderes como instrumento de limitação do poder do governo; o reconhecimento de direitos fundamentais, que devem ser tratados como inalienáveis da pessoa humana; a preocupação com o respeito aos direitos das minorias; a igualdade de todos perante a lei; a responsabilidade do governante, bem como temporalidade e eletividade deste cargo público; a garantia de pluralidade partidária e a observância do princípio da legalidade, isto é, a submissão de todos, inclusive do governo às leis<sup>68</sup>.

Por seu turno, Dallari assevera que o Estado Democrático de Direito é marcado não apenas pela supremacia da vontade popular, mas também por outros elementos. Destarte, a eliminação da rigidez formal (o Estado Democrático é contrário à exigência de uma forma preestabelecida), a preservação da liberdade e da igualdade substancial seriam elementos essenciais à concepção de um Estado Democrático<sup>69</sup>.

Já para Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito não é uma mera síntese dos termos “democrático” e “direito”, mas sim um novo conceito, que há de ser

um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim um diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício<sup>70</sup>.

Mas não só. Para Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito deve também configurar um Estado promotor da justiça social<sup>71</sup>.

Sem pretender uma investigação exaustiva, não parece correto inserir na ideia de Estado Democrático de Direito postulados ou elementos ideológicos. A inserção de princípios ou elementos mais próximos de posições liberais ou sociais já é o suficiente para dar à noção de Estado Democrático nuances liberais, sociais ou quaisquer outras mais ou menos próximas a estas posições. Por esta razão, reputa-se como postura mais ponderada e coerente enxergar o conteúdo distintivo do Estado Democrático de Direito, na soberania popular, isto é, na participação universal e igual do povo nas questões fundamentais do Estado. A rigor, não é a vertente ideológica seguida por um Estado que permite a este ser um Estado Democrático. Ao revés, é o reconhecimento da participação universal do povo, isto é, o reconhecimento de ter voz naquilo que os afeta. Isto é o que possibilita um determinado Estado evidenciar valores mais ou menos próximos a uma

<sup>68</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 58-59.

<sup>69</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 304 et seq.

<sup>70</sup> SILVA, José Afonso da. Op.cit.,pp.119-120.

<sup>71</sup> Ibidem.,p.120.

orientação específica.

Estas ponderações nos levariam a uma longa e interessante cadeia de desdobramentos que, contudo, situam-se fora do escopo deste trabalho. Essencial, neste tópico, foi fincar a ideia de que a intervenção jurídico-penal deve se pautar segundo um modelo de Estado que não faça discriminações entre as pessoas e, acima de tudo, conforme um modelo comprometido em preservar as conquistas de um Estado de Direito, sob pena de a legítima intervenção transmudar-se em excessos inadmissíveis, a respeito dos quais o jurista sempre deve estar alerta, pois sintomáticos de um Estado policial.

#### 1.3.4 Especificidades da intervenção penal em um Estado Democrático de Direito.

Reconhecer a necessidade de um Estado Democrático de Direito é, basicamente, reconhecer que os indivíduos devem ter sua “voz considerada naquilo que os afeta”<sup>72</sup>. No entanto, o reconhecimento deste fato conduz a outro ponto: qual o limite desta afetação? A sociedade não é um ente concreto superior aos indivíduos, mas tão só uma ficção. A sociedade nada mais representa do que as relações multifárias entre indivíduos; é o resultado das ações de indivíduos. Não se ignora, porém, que mesmo a ação aparentemente mais inocente e corriqueira de um indivíduo pode gerar consequências para outros, isto é, pode afetá-los em algum grau.

Desta observação resulta que quanto maior for o âmbito dos eventos que afetam os indivíduos, mais as vozes destes terão de ser consideradas e, por conseguinte, maior a intervenção estatal para, em uma ordem democrática, levar a cabo as conclusões da voz da maioria.

Transportada para o campo de nosso interesse, a questão democrática envolve os seguintes questionamentos: se toda a conduta, por mais inócua que pareça, afeta alguém de algum modo, deve existir algum limite à intervenção jurídico-penal sobre condutas indesejáveis, ainda que de modo bastante indireto e vago? E, caso afirmativo, será a teoria de proteção a bens jurídicos capaz de fornecer um critério limitador seguro o suficiente para que excessos advindos desta intervenção não sejam justificados sob o pretexto da voz da maioria? Será que tudo o que afeta os indivíduos lhes dá o direito de, mediante a participação política constitucional, interferir na vida de todos?

Antes de traçar as importantes consequências decorrentes da conexão entre democracia e direito penal, insta, por oportuno e essencial, tecer alguns comentários, que de modo algum pretendem exaurir o conteúdo deste objeto, acerca da democracia em si.

<sup>72</sup> Valho-me da feliz expressão de NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974, p. 290 et seq.

Consoante acentua Goyard-Fabre, “a democracia é hoje um regime de envergadura planetária”, o que não significa, entretanto, que sua “idéia esteja perfeitamente clara e que o regime político que, sem maiores precisões, é declarado “democrático” seja capaz de formular os verdadeiros problemas e resolvê-los”<sup>73</sup>.

Apesar de suas matrizes modernas repousarem no mundo grego, não é ocioso lembrar que a democracia ateniense ostentava feições distintas das atuais, sobretudo, no que diz respeito à definição do povo. Quanto a isto, o Estagirita já esclarecia que cidadão é tão-só aquele dotado de participação legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária<sup>74</sup>. A construção, ainda inacabada, de um conceito ideal de democracia é ilustrada pelas nuances agregadas ao uso do termo durante a história da humanidade.

Destarte, a democracia na Antiguidade guarda pouca compatibilidade com o conceito atual. A noção de Constituição (*Politéia*), tão cara às democracias contemporâneas, não existiu naquele período como um documento escrito, mas representa a própria existência concreta da Cidade-Estado. Assim, asseverava Aristóteles que “a constituição de um Estado é a organização regular de todas as magistraturas, sobretudo da magistratura que é dona e rainha de tudo”; que “a constituição mesma é o governo” e que “constituição e governo querem dizer a mesma coisa”<sup>75</sup>. Também a noção de “povo” ou a de “cidadão”, e por conseguinte de cidadania, não guarda identidade com os conceitos atuais. Neste sentido, a chave para compreender a descontinuidade das ideias de democracia na Antiguidade e em tempos mais recentes é o tratamento desigual dado aos homens. À democracia é essencial o reconhecimento universal da possibilidade de participação política, algo evidentemente inexistente na Antiguidade grega.

Em uma fase posterior, o uso do termo democracia insere-se no contexto da modernidade e representa essencialmente uma reação ao absolutismo. Neste sentido, a democracia acontece à luz de postulados liberais<sup>76</sup>.

Em Locke a liberdade de consentir<sup>77</sup> do povo fundamenta o próprio governo civil. O indivíduo, ao consentir sair do estado de natureza para criar a sociedade civil, compromete-se a obedecer a essas leis que valem para todos e que são por todos e cada um criadas por um ato de liberdade.

Se é possível visualizar no livre consentimento dos homens a base para o contrato social de Locke, é também possível vislumbrar, sob o manto do liberalismo, o elemento da justificação do

<sup>73</sup> FABRE-GOYARD, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14.

<sup>74</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2006, livro III, capítulo 1, parágrafo 8, p. 79.

<sup>75</sup> Idem., pp. 87, 89.

<sup>76</sup> Ressalte-se que, a despeito da relevância do Iluminismo para a conquista do que se convencionou chamar de direitos humanos, a participação das pessoas ainda não era plena. Tal, não seria demais asseverar, constitui uma conquista relativamente recente.

<sup>77</sup> LOCKE, John. **Two treatises of government**. Londres: R. Butler et al, 1821, §96, p. 108 et seq.

poder através do livre consentir do povo, isto é, dos indivíduos que nascem livres<sup>78</sup>.

Ainda atrelada ao ideário da liberdade, a democracia é elogiada por Spinoza. Para este filósofo, a democracia é, entre todas as formas de governo, a mais natural e a que mais se conforma à liberdade individual, uma vez que nela ninguém transfere de modo absoluto seus direitos naturais de modo a não ter mais voz nas decisões ou assuntos que lhe afetam<sup>79</sup>.

Ressalte-se, contudo, que a ideia de democracia, não era considerada panacéia para todos os males, de modo que suas limitações já estavam bem evidentes para liberais da estirpe de Bastiat, para quem a “doutrina dos democratas” reunia uma tripla hipótese: “a inércia radical da humanidade, a onipotência da lei, a infalibilidade do legislador”<sup>80</sup>.

Entretanto, conforme dito no parágrafo que abre este tópico, o termo democracia está longe de ser unívoco, o que permitiu a incorporação do discurso democrático, ainda que de um modo não muito claro ou científico, ao ideário igualitarista. Nesta linha esclarece Goyard-Fabre que os teóricos do socialismo democrático esperavam do sufrágio universal, sobretudo, uma mudança política cuja repercussão se faria sentir na organização socioeconômica, sob a forma do reconhecimento da promoção dos trabalhadores<sup>81</sup>.

Muito embora a democracia seja, atualmente, quase uma unanimidade, seus pontos cegos, desde há muito tempo, não são olvidados.

Aristóteles já alertava para o risco da degeneração da democracia (que ele chamava de governo constitucional) em demagogia<sup>82</sup>. Rousseau, geralmente aclamado como um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento dos ideais democráticos, afirmava que tal governo, em razão de sua pureza, conviria a um povo de deuses, mas não a um de homens<sup>83</sup>. Não obstante os riscos advindos da democracia, parece assistir razão ao pensamento de Ludwig von Mises, para quem a democracia, apesar das dificuldades que enfrenta, deve ser preferida, pois consubstancia-se em palco idôneo ao triunfo da liberdade e da justiça pelo poder das idéias. A cooperação voluntária e o desenvolvimento contínuo não podem ser atingidos fora de um ambiente pacífico. A democracia “é a forma de constituição política que torna possível a adaptação do governo às aspirações dos governados sem lutas violentas”<sup>84</sup>. Postas essas considerações, é possível voltar à discussão dos contornos do direito penal dentro de uma ordem democrática.

Apesar de adaptados ao âmbito do direito penal, os desafios da democracia permanecem, em

<sup>78</sup> Idem., § 61, p.67.

<sup>79</sup> SPINOZA, Baruch. *A Theologico Political Treatise*. Forgotten Books, 2008,16:62, p. 194.

<sup>80</sup> BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987, p.58

<sup>81</sup> Op.cit., p. 228.

<sup>82</sup> ARISTÓTELES. *Politics*. New York: Cosimo, 2008, 1279b, p. 115.

<sup>83</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. *The Social Contract*. New York: Cosimo, 2008, p.70

<sup>84</sup> MISES, Ludwig von. *Liberalism. The classical tradition*. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, p. 19.

essência, os mesmos. Neste particular, tampouco a teoria do bem jurídico é capaz de resolver satisfatoriamente a questão, uma vez que depara com uma ampla margem de decisão.

Conforme ressalta Yvonne Wilms, citando Weigend, neste particular, ao legislador “não é dado permitir a existência de normas penais que sejam simplesmente inadequadas ou não necessárias à proteção de bens jurídicos”<sup>85</sup>.

O primeiro risco da ampla margem de arbítrio do legislador é a transformação do direito penal em repositório de diversas correntes políticas e ideológicas. Como ressalta Juarez Tavares,

hoje, pode-se dizer que a norma incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro”, mas sim o “sucesso da interação dos interesses que se manifestam no processo de sua elaboração”. Neste sentido, a norma “deixa de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo, para significar muitas vezes simples manifestação de interesses partidários”<sup>86</sup>.

Inserido neste contexto, o bem jurídico não passa de interesse mais ou menos particularizável acolhido pela vontade predominante, a qual se legitima através daquilo que se convencionou chamar de “jogo democrático”, isto é, o resultado do embate de diversas forças partidárias e da postulação de seus interesses. Apesar de este processo se dar à luz da Constituição, que institui exigências de caráter procedimental e material, esta, não raro, pouco pode fazer para limitar pressões políticas circunstanciais ou mesmo evitar interpretações mutáveis de acordo com os interesses predominantes.

Chega-se, destarte, à constatação de que a vontade predominante (e que não necessariamente corresponde à vontade da maioria) imiscui-se de modo inevitável no objeto de tutela penal.

O segundo risco deste poder do legislador é fazer da norma penal um repositório das chamadas “leis penais simbólicas”. O chamado direito penal simbólico, consoante explica Roxin, quer caracterizar “dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos concretos de proteção, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas”. Deseja-se, destarte, não mais que “acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que se está fazendo algo para combater ações e situações indesejáveis”<sup>87</sup>.

O terceiro e decisivo risco é considerar como condição suficiente o procedimento, ainda que

<sup>85</sup> WILMS, Yvonne. Drogenabhängigkeit und Kriminalität. Eine kritische Analyse des § 64, StGB unter Kriminalwissenschaftlichen und Verfassungsrechtlichen Aspekten.. Münster: Lit Verlag, 2005, p. 289. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=RPLWdhXISwIC&pg=PP3&dq=WILMS.+Yvonne.+Drogenabh%C3%A4ngigkeit+und+Kriminalit%C3%A4t.+Eine+kritische+Analyse+des+%C2%A7+64,+StGB+unter+Kriminalwissenschaftlichen+und+Verfassungsrechtlich+Aspekten&hl=pt-BR&ei=94ywTYSnMeLu0gH5peHTDw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=RPLWdhXISwIC&pg=PP3&dq=WILMS.+Yvonne.+Drogenabh%C3%A4ngigkeit+und+Kriminalit%C3%A4t.+Eine+kritische+Analyse+des+%C2%A7+64,+StGB+unter+Kriminalwissenschaftlichen+und+Verfassungsrechtlich+Aspekten&hl=pt-BR&ei=94ywTYSnMeLu0gH5peHTDw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso em 21/04/2011)

<sup>86</sup> TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.0, n.0. São Paulo, 1992, pp. 75-76

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht**...p. 25 et seq.

posto em termos democrática e constitucionalmente legítimos, o que nos conduz às propostas de fundamentação ético-discursiva ou discursiva-comunicativa do direito tão em voga atualmente.

Assim, por exemplo, Habermas afirma que

se todos os possivelmente afetados no discurso prático chegassem juntos ao convencimento de que uma determinada forma de proceder em consideração de uma matéria carente de regulação é igualmente boa para todos, eles considerarão esta prática como vinculante. O consenso discursivo visado tem algo de definitivo para os participantes<sup>88</sup>.

A chave para entender o consenso de Habermas reside, contudo, na chamada força do melhor argumento que é “descoberta no bojo das condições ideais da interação comunicativa, a qual consiste no reconhecimento de oportunidades iguais para que cada partícipe possa influir no discurso mediante a liberdade de expressão que lhe pertence”<sup>89</sup>.

Também Klaus Günther pretende fundamentar o direito penal em uma ética do discurso. Como informa Kelker, para Günther, “não se trata de derivar da teoria do discurso um princípio ético-material determinado e válido em geral, mas de determinar um procedimento com a ajuda do qual os participantes possam fixar as normas a serem seguidas”. Uma norma é, assim, “válida e legítima se cada participante individual puder consentir em um discurso público acerca de dada matéria”<sup>90</sup>. Ponto de partida para tal é que a pessoa seja considerada como “capaz de ação e expressão no sentido de uma liberdade comunicativa”. “Günther entende que esta capacidade designa o que o autor chama de conceito de pessoa deliberativa”<sup>91</sup>.

Assim, como informa Kelker:

“Condição essencial é, sobretudo, que esses participantes possam concordar por boas razões que a norma vale faticamente, pois a manutenção de uma norma é apenas razoável para cada cidadão sob o pressuposto da razoabilidade e racionalidade. A fundamentação ético-discursiva não estaria, destarte, baseada em um princípio individual, mas em um princípio de reciprocidade (*Reziprozitätsprinzip*), entendendo-se as noções de autonomia individual e intersubjetividade como necessariamente recíprocas<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> HABERMAS, Jürgen. *Philosophische Texte*. Band 3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009, p. 410. Trecho original traduzido: “Wenn alle möglicherweise Betroffenen im praktischen Diskursen gemeinsam zu der Überzeugung gelangt sein sollten, dass in Ansehung einer regelungsbedürftigen Materie eine bestimmte Handlungsweise für alle Personen gleichermaßen gut ist, werden sie diese Praxis als verbindlich ansehen. Der diskursive erzielte Konsens hat für die Beteiligten etwas vergleichsweise Definitives” apud TAVARES, Juarez.. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). *Direito e Psicanálise. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, v. 01, p. 55

<sup>89</sup> HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 12 et seq

<sup>90</sup> GÜNTHER, Klaus. *Möglichkeiten einer...* p. 206 apud KELKER, Brigitte. *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007, p. 319. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=7RIE45IJ2N8C&printsec=frontcover&dq=KELKER,+Brigitte.+Zur+Legitimit%C3%A4t+von+Gesinnungsmerkmalen+im+Strafrecht.&hl=pt-BR&ei=J46wTeP2BeTk0gGaysCpCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCwQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=7RIE45IJ2N8C&printsec=frontcover&dq=KELKER,+Brigitte.+Zur+Legitimit%C3%A4t+von+Gesinnungsmerkmalen+im+Strafrecht.&hl=pt-BR&ei=J46wTeP2BeTk0gGaysCpCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCwQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso em 21/04/2011).

<sup>91</sup> GÜNTHER, Klaus. **Schuld und kommunikative Freiheit**: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 248 apud KELKER, Brigitte. *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007, p. 319.

<sup>92</sup> KELKER, Brigitte. *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007, p. 320

Com estas ponderações, fica claro que a tarefa do direito penal é a de garantir as condições fundamentais da posição de cada participante de um processo de interação, isto é, os direitos dos indivíduos, sem o que o reconhecimento recíproco da interação dos participantes mediante uma rede subjetiva de comunicações seria rasgada<sup>93</sup>. Günther recusa, com isto, a chamada proteção de bens jurídicos, assim como formulações pautadas na manutenção da confiança na norma. Seu alvo é a proteção da pessoa que participa do discurso.

Fundamentar a legitimidade de incriminações tão-só com base em um procedimento, ainda que constitucional e democraticamente estabelecido, não garante de modo algum que as decisões advindas desta interação respeitem as liberdades individuais. Isto porque, em primeiro lugar, conforme será examinado no próximo tópico, a Constituição é um documento deveras aberto e que, no caso brasileiro em especial, comporta ideologias variadas, as quais permitem interpretações igualmente multifacetadas. Em segundo lugar, o critério da maioria é simplesmente inaceitável para impor determinadas restrições a todos, inclusive e, principalmente, para os que não tiveram suas aspirações totalmente acolhidas pelo consenso. Um terceiro argumento contra o consenso consiste na observação de que, sob um ponto de vista político, dificilmente a exposição das matérias a serem discutidas, bem como as regras específicas deste debate, logrará uma situação de oportunidades iguais e de imparcialidade referente a todos os envolvidos. Ademais, não se ignora que desníveis de poder entre os setores da sociedade (poder político ou econômico) estarão presentes neste processo de modo a flexibilizar o alcance do estado das condições ideais a que essas teorias discursivas e procedimentalistas fazem referência.

O problema da ampla margem de valoração e decisão do legislador será examinado de forma mais detida à luz da teoria do bem jurídico em capítulo ulterior. Nesta sede importa apenas sublinhar possíveis inconvenientes da intrincada relação entre democracia e direito penal, a saber: que o processo de incriminação não pode atender tão-só aos desígnios de uma maioria circunstancial e, tampouco, servir de instrumento ideológico de minorias ou interesses partidários. Se o Estado Democrático de Direito convive com tais questões é igualmente correto que, tampouco, pode-se advogar o retorno a um direito penal despótico. Se a teoria do bem jurídico-penal pode ou não oferecer um substrato crítico aos riscos do mau exercício da atividade legiferante pelo legislador é algo duvidoso. Esta questão será, contudo, investigada com maior rigor em um próximo capítulo

---

<sup>93</sup> KELKER, Brigitte. Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007, p. 320.

#### 1.4 Bem jurídico e Constituição.

Determinado setor doutrinário defende que a teoria de proteção a bens jurídicos encontra esteio nos valores consagrados pela Constituição<sup>94</sup>. Na aproximação entre bem jurídico e Constituição procura-se, pois, a panacéia para todos os males de orientação e limitação da intervenção penal. Será, contudo, a Constituição o fundamento para a proteção de bens jurídicos?

A empreitada de fundamentar a teoria do bem jurídico na Constituição, a despeito de sua razoável aceitação entre juristas de escol, convive com problemas insuperáveis.

O primeiro problema da teoria constitucional do bem jurídico é sua natureza, por vezes, complexa, nimamente aberta e capaz de acolher perspectivas, não raro, opostas. Um exemplo significativo pode ser visto mesmo fora do âmbito penal. A Constituição, ao mesmo tempo em que consagra valores liberais, como o modelo capitalista de produção, da livre iniciativa e concorrência, impõe restrições tipicamente sociais, como a função sócio-ambiental da propriedade; dispositivos de desapropriação em prol da coletividade. A própria criação de um banco nacional (ou central), positivado na Constituição, e detentor do monopólio exclusivo da moeda e da centralização do crédito é nada menos que a quinta recomendação do manifesto comunista de Marx e Engels; além disso, pode-se vislumbrar, igualmente, a proibição do trabalho infantil e de outros dispositivos tendentes a minimizar a exploração capitalista. Isto basta para ilustrar a grande miscelânea que pode ser uma Constituição.

Em segundo lugar, a tentativa de derivar da Constituição um critério para orientar o Legislador esbarra em algumas obrigações explícitas que o Poder Constituinte elenca, o que pode vir a ferir os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade. A Constituição da República Federativa do Brasil impõe medidas gravosas no tratamento de certas condutas quando, por exemplo, afirma que são “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos” (artigo 5º, XLIII). Impõe também a imprescritibilidade para os crimes de racismo e para a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (artigo 5º, incisos XLII e XLIV, respectivamente). Ademais, preceitua que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas” (artigo 225, § 3º), bem como assevera que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (artigo 227, §

---

<sup>94</sup> V. BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como limite de La protección de bienes jurídicos em La sociedad de La información. In: (Ed.) HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**

4º). E, por último, mas não menos importante, o artigo 5º, inciso XLI, determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Naturalmente, não se está a advogar a tese de que ao direito penal é absolutamente vedada a atuação em determinados campos como, por exemplo, o ambiental. Tampouco se deseja discutir aqui a adequação de um tratamento penal para todas as figuras acima destacadas pela Constituição. O que se pretende deixar claro é que ao explicitar, desde o princípio, ordens no sentido da incriminação de condutas ou no sentido de um tratamento mais gravoso a algumas delas, a Constituição subtrai do legislador um espaço político-criminal para a aplicação da ideia de intervenção mínima. Em verdade, a Constituição antecipa que a proibição deve ocorrer, o que, sobretudo no caso do artigo 5º, torna qualquer mitigação ou tentativa de reformulação da profundidade e extensão da tutela penal algo dificultoso, uma vez que tais normas incluem-se na sistemática constitucional como cláusulas pétreas<sup>95</sup>.

Além disto, a consagração de tais dispositivos não apenas é compatível com um direito penal de autor ou mesmo um direito penal do inimigo, bem como viola outros princípios gerais do direito penal, como o da proporcionalidade e o da humanidade. Ao atribuir um tratamento especificamente mais duro a estas condutas, a Constituição permite a intensificação, enquanto compromisso firmado, da intervenção jurídico-penal.

O terceiro problema da perspectiva constitucional do bem jurídico consiste na distinção conceitual entre valor e bem jurídico. Conforme se verá adiante, valor é uma possibilidade autônoma transcendental; “cujo único espaço de realização é a própria subjetividade humana”<sup>96</sup>. O bem jurídico, por sua vez, não é um valor, mas a possibilidade de o sujeito estabelecer (actualizar) uma vivência (sob a forma de relação) no mundo da vida por meio de objetos, estes sim, que lhe são de valor. Assim, embora a noção de valor integre a de bem jurídico, as duas não se confundem. Conforme capítulo posterior tentará mostrar, valor e bem jurídico não se confundem, apesar de suas conexões fundamentais.

O quarto problema refere-se ao aspecto de muitas normas constitucionais não serem dotadas de eficácia suficiente para a materialização do comando proibitivo. Assim, a título ilustrativo,

---

<sup>95</sup> Sobre a questão de se a Constituição faz proceder de si mesma ordens de proibições de condutas; sobre se apenas bens constitucionalmente estabelecidos são objeto de tutela penal, bem como se a Constituição vincula a tutela penal, indispensável a ponderação de: DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos**. In: RPCC, v.4, n.2, Coimbra: 1994, p. 155 et seq. Para tais autores, a Constituição não impõe um limite ao legislador penal ordinário quando da valoração a respeito dos bens a tutelar na esfera penal. Isto significa dizer que :”o legislador não está vinculado nesta escolha ao âmbito dos bens constitucionalmente relevantes”. Cf. *Ibidem.*, p. 170. Tal postura nos parece deveras ampliadora do poder punitivo e, mais uma vez, depõe contra a capacidade de a Constituição ser um guia-limite confiável ao poder punitivo. Se se deseja considerar a Constituição como fundamento mais alto da ordem jurídica, parece-nos lógico que suas disposições obriguem a tutela penal. A única objeção viável a esta situação é procurar o fundamento em algo anterior à Constituição. É justamente o que faremos no fim desta dissertação.

<sup>96</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Cinco lições de filosofia do direito..p. 47..

apesar de prever o direito de greve, tal norma constitucional é de eficácia limitada, isto é, exige ulterior atividade legislativa. Se direitos não podem ser criminalizados, como aplicar a norma do artigo 201 do Código Penal, caso haja paralisação com efetiva lesão ao interesse coletivo? Ao revés, caso a Constituição discipline os pressupostos do exercício de greve, isto impediria o legislador ordinário de submeter o exercício do direito à presença de ulteriores pressupostos<sup>97</sup>. Tampouco pode suprir esta lacuna a atividade jurisprudencial, a não ser, ainda que de modo não muito convencional e criticável, por meio de súmula vinculante. Em quinto lugar, e de modo decisivo, a Constituição não é a base última que fundamenta a existência de bens jurídicos. A Constituição, sem ignorar os diversos sentidos que já lhe foram atribuídos e a imprescindibilidade de sua existência em um Estado de Direito, reflete um conjunto de ideologias predominantes, não raro opostas, em um dado momento histórico, que estão positivadas, na maioria das vezes, em um documento escrito solene. Os valores que orientam o conteúdo e extensão da ideia de bem jurídico-penal não se originaram na Constituição, mas obedecem, necessariamente, a um determinado fundamento que é anterior às normas constitucionais e decorre da predileção por uma determinada ética de valores. Fora deste arquétipo fundamental a Constituição não passa de um complexo de normas que enunciam valores mais ou menos abertos e suscetíveis de apropriação pela ideologia predominante no cenário político, o que torna o conteúdo desta orientação constitucionalmente pretendida algo deveras instável e avesso a critérios seguros.

Esta posição constitucional quanto à fundamentação do bem jurídico será evidenciada à frente, quando o estudo voltar-se à exposição das principais concepções da referida teoria. O que se pode, contudo, inferir desde logo é que a Constituição, por mais importante que seja, não é fundamento suficiente para o conceito de bem jurídico e, tampouco, condição suficiente para impor limites ao legislador.

### **1.5 Princípios penais fundamentais e o bem jurídico-penal.**

Entre os princípios gerais do direito penal existem três cuja presença ao lado do conceito de bem jurídico é comumente mencionada. São eles: o da intervenção mínima, o da lesividade e o da proporcionalidade. Neste momento cumpre realizar uma breve exposição desses princípios, bem como tecer algumas considerações a respeito do papel que desempenham junto à teoria do bem jurídico-penal.

---

<sup>97</sup> DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos**. In: RPCC, v.4, n.2, Coimbra: 1994, p. 156. Assim refletem tais autores: “Pois bem: do reconhecimento, na Constituição, deste ou daquele direito de liberdade, resultam, para o legislador ordinário, proibições de incriminações mais ou menos vastas”.

### 1.5.1 O princípio da intervenção mínima.

De acordo com a lição de Roxin<sup>98</sup>, a proteção de bens jurídicos não se realiza apenas através do direito penal, mas o instrumentário de todo o ordenamento jurídico deve colaborar para tal fim, de modo que o direito penal é apenas a última entre todas as medidas de proteção disponíveis. A tarefa do direito penal é, portanto, definida como uma tarefa de proteção subsidiária de bens jurídicos (*subsidiären Rechtsgüterschutz*).

Consoante a lição de Batista, mais abrangente, “ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*”<sup>99</sup>. Destarte, se, por um lado, a fragmentariedade impõe uma seleção acerca dos bens jurídicos lesados e os modos de afetação desses, por outro, a subsidiariedade é responsável por justificar a intervenção penal apenas quando qualquer outro ramo do direito se revele ineficiente.

Dizer que o direito penal, enquanto possibilidade de incriminação de condutas, deve se submeter ao cânone da intervenção mínima, significa também afirmar a sua necessidade em determinado número de casos. Isto, no entanto, requer uma apreciação prévia dos critérios que determinam aquela. Neste particular, porém, a mera enunciação de que a incriminação só se legitima diante de ofensas consideradas relevantes ou graves contra os bens jurídicos mais importantes não é o bastante.

Se imaginarmos que uma conduta “X”, que ainda não é considerada crime, tem a idoneidade de gerar riscos relevantes ou mesmo lesões a um determinado bem jurídico, e considerarmos que tal conduta não é desestimulada ou evitada por nenhum dos outros ramos do direito, ao direito penal enquanto poder punitivo restaria duas opções: ocupar aquela lacuna e incriminar a conduta “X” ou abster-se de incriminá-la.

No primeiro caso, haveria uma inegável expansão da intervenção penal em relação ao nível de intervenção anterior, pois, afinal, a partir deste momento o número de crimes existentes aumentou e, logo, o âmbito do permitido para o particular foi reduzido. Esta interpretação frustraria a essência do princípio em tela, pelo menos em termos práticos.

Poder-se-ia objetar, contudo, que a incriminação da conduta “X” neste caso, na verdade, reafirma o princípio da intervenção mínima, uma vez que tal incriminação demonstrou-se necessária. Tal objeção, entretanto, não faria mais do que afirmar o princípio da intervenção mínima tão-só como uma cláusula aberta e formal, dependente da afirmação da necessidade da atuação do

---

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. Op.cit, p. 15.

<sup>99</sup> BATISTA, Nilo. Op.cit., p. 85.

direito penal na realidade.

Na segunda hipótese, a da abstenção da incriminação, o direito penal, se, por um lado, em termos práticos, não expande o rol de condutas criminalizadas, por outro lado, frustra a ideia de que é sua tarefa proteger bens jurídicos de certos perigos ou lesões.

Este cenário revela a linha de tensão na qual se insere o princípio da intervenção mínima: sob uma perspectiva, ele deplora a expansão indiscriminada do poder punitivo. Porém, de outro lado, a aplicação do princípio vê-se obrigada a expandir o universo da criminalização na hipótese de necessidade, isto é, de ser o último recurso para estancar afetações a bens jurídicos.

Mas o que se entende por necessidade da tutela penal? Ela foi assim definida por Andrade:

A carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de *necessidade* (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de *idoneidade* (*Geeignetheit*) do direito penal para assegurar a tutela e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade<sup>100</sup>.

Esta observação conduz a uma indagação curial: o que determina quando uma criminalização é o último recurso? O que determina a necessidade da intervenção penal? A resposta não pode estar em outro lugar, senão na finalidade do direito penal em si. Da afirmação que a tarefa do direito penal é a proteção de bens jurídicos decorre a necessidade de sua aplicação sempre que os demais ramos do direito não logrem deter certa conduta reputada nociva. Tal orientação, contudo, repousa em um dever de eficiência, em uma proteção-eficiência, que, sob pena de tornar-se sem sentido, precisa demonstrar empiricamente a idoneidade de sua intervenção. Como, no entanto, obrigar o legislador a demonstrar previamente que a criminalização por ele pretendida é ou não idônea?

Todo o exposto acima sugere que o princípio da intervenção mínima, quando sujeito a um dever de proteção, enfrenta sérios problemas. A pergunta que começa a ser respondida agora e será respondida completamente em fases posteriores deste trabalho é a seguinte: pode-se deduzir da teoria da proteção a bens jurídicos algum critério capaz de delimitar a necessidade de atuação do direito penal de modo a não ultrapassar certas fronteiras de punibilidade?

---

<sup>100</sup> COSTA ANDRADE, M. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. In: **RPCC**, fascículo 2, Abril-Junho: Coimbra, 1992, p. 186 apud SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Op.cit., p. 156.

### 1.5.2 O princípio da lesividade.

Consoante o escólio de Batista, o princípio da lesividade “transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito”<sup>101</sup>. Desta consideração duas proposições são extraídas. Em primeiro lugar, “à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico”<sup>102</sup>; e, em segundo lugar, que “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”<sup>103</sup>. Noutros termos: é essencial para a configuração de um delito lesionar ou pôr em perigo concreto um determinado bem jurídico, o que significa traçar uma limitação material à configuração da conduta delituosa.

Deste princípio, costuma-se deduzir quatro corolários<sup>104</sup>.

O primeiro corolário proíbe a incriminação de atitudes internas, assim compreendidas as ideias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens. Incorpora-se, portanto o legado da máxima latina *cogitationis poenam nem patitur*, isto é, a impossibilidade de se punirem meras cogitações.

O segundo corolário rejeita a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, como, por exemplo, as hipóteses de autolesões, de tentativas de suicídio e o porte de drogas para uso próprio.

O terceiro corolário veda a incriminação de simples estados ou condições existenciais, pelo que se rejeita o chamado direito penal de autor<sup>105</sup> (*Täterstrafrecht*), isto é, a definição de crime deve estar ligada a um direito penal do fato. Tampouco é possível impor uma pena em razão de características subjetivas da pessoa que comete o crime, como, por exemplo, as referências, não incomuns, de muitos tribunais à personalidade distorcida ou à periculosidade social do autor.

O quarto corolário se refere à proibição de incriminações de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Trata-se, destarte, da preservação de um núcleo da esfera privada do cidadão, inerente ao seu processo de livre desenvolvimento de sua personalidade, ainda que esta manifestação autônoma possa vir a contrariar determinado cânone moral ou costumeiro ou venha a causar sentimentos ou sensações desconfortáveis ou repugnantes naqueles que não aprovam tal tipo de manifestação.

<sup>101</sup> BATISTA, Nilo. Op.cit., p. 91.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>103</sup> ZAFFARONI, E.R. et al. **Direito penal brasileiro**.v1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.

<sup>104</sup> Ver BATISTA, Nilo. Op.cit., p. 92 et seq.

<sup>105</sup> Doutrina defendida por: DAHM, Georg. **Deutsches Recht**. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. Köln: Kohlhammer, 1951, p. 610 et seq.

A vinculação do princípio da lesividade à ideia de alteridade, como nos informou acima a lição de Nilo Batista é de suma relevância, pois permite inaugurar um fundamento referível ao valor da pessoa humana. É neste sentido que o princípio da lesividade deve ser compreendido de acordo com o presente trabalho: como subordinado ao valor absoluto da pessoa humana com inspiração na axiologia de Scheler, conforme será desenvolvido em pormenor no último capítulo.

O princípio da lesividade, instituído nestes moldes, ou seja, jungido à noção de alteridade e do valor da pessoa humana é, por isso, importante instrumento na limitação do poder punitivo.

Por esta razão, é de se considerar um equívoco ou uma falsificação do princípio da lesividade considerá-lo tão só como uma cláusula que realça a danosidade de uma conduta em termos de repercussões desfavoráveis para o bem jurídico. E isto se dá por uma razão muito simples.

O princípio da lesividade, como limitação ao poder punitivo, se manifesta da seguinte maneira: incriminações de condutas que não causem um perigo concreto ou uma lesão ao bem jurídico são ilegítimas. São ilegítimas pois, conforme se verá, tais incriminações violam o princípio da intervenção mínima, o qual deve ser informado pela ideia de que o direito penal possui a intervenção mais grave na esfera de liberdades, de modo que somente as condutas mais graves contra os bens mais relevantes devem estar no campo de atuação da criminalização. Mas não só por isto: admitir que uma conduta tenha lesividade (cause perigo concreto<sup>106</sup> ou lesão) é admitir uma relação. Uma relação entre duas variáveis que não se confundem. Noutras palavras, é admitir que existe o “Eu” que pratica a conduta e um “outro”, diferente de mim, que a sofre. Logo, conceber uma noção de lesividade dissociada da de exterioridade é impossível. Mas não é só. A noção de exterioridade e de diferença implica admitir que os indivíduos, conforme será visto no último capítulo, estão submetidos a um estado inescapável de coexistência e é, justamente nisto, que se funda qualquer ramo do Direito. O direito existe em função dos indivíduos, e não o contrário. O direito existe, pois, para declarar quais são as regras cuja inobservância corresponde a algum tipo de violação a bens jurídicos, direitos subjetivos, enfim, à pessoa. O direito é, neste sentido, um conjunto de normas que pretende promover relações respeitadas entre os indivíduos. Se o Direito se ocupasse tão só do aspecto lesivo, então fatos evidentemente fortuitos poderiam ser imputados aos indivíduos nele envolvidos tão só pela nota da má consequência. Respeitar a norma que veda o homicídio significa respeitar o direito à vida do outro; respeitar a norma que proíbe o furto é respeitar o direito de propriedade do outro e assim por diante. A lesividade, então, juridicamente

---

<sup>106</sup> Por perigo concreto deve se entender aquela conduta que, à luz de uma avaliação ex post factum, que correspondia a uma potencial lesividade (ex ante), não causou uma lesão por um mero acidente, como a hipótese do sujeito que esquece o fogão ligado, vai viajar, provoca um incêndio em seu prédio, o qual se alastra por muitos andares, de modo a diminuir, de modo empiricamente constatável, a possibilidade de os demais moradores estabelecerem uma relação de manutenção de suas vidas, integridades..etc.

dimensionada, implica com necessidade não apenas no reconhecimento da exterioridade, mas também da alteridade radicada no valor da pessoa, que é, justamente, este “colocar-se no lugar do outro”, isto é, reconhecer o outro como um ser merecedor de tratamento igual àquele que eu mereço. Logo, conceber a lesividade, danosidade ou ofensividade como algo dissociado da alteridade configura um erro palmar.

Em síntese, pode-se dizer o seguinte quanto à lesividade: a) a lesividade é qualificativo que se atribui a uma conduta (dotada de potencialidade lesiva) que, praticada, afeta (lesiona ou causa perigo concreto) bens jurídicos do outro; b) a lesividade pressupõe, destarte, a exterioridade; c) pressupõe também a alteridade como reconhecimento da existência do outro como pessoa; d) a alteridade radicada no valor da pessoa significa que a ordem jurídica reconhece o valor do outro como valor da pessoa; e) O valor da pessoa, segundo a posição scheleriana aqui adotada, é insuscetível de objetificação e ocupa a maior escala na hierarquia de valores; f) Reconhecer o valor do outro como valor absoluto da pessoa, insuscetível de objetificação, implica reconhecer a necessidade de preservação da pessoa, de sua dignidade, que diz com sua autorrealização por meio da possibilidade do autoamor (ponto a ser desenvolvido no último capítulo); g) deste modo, quando se fala na figura do “Eu” e do “outro”, tais termos são utilizados apenas didaticamente, pois somos todos, em algum momento, “Eu” e também, ao mesmo tempo, “outro” para alguém. O “outro” não pode ser visto como algo secundário, mas como uma pessoa de igual valor. Isto de modo algum implica desconsiderar a singularidade que cada pessoa encerra. A igualdade se dá no plano do valor, não no plano da unidade concreta doadora de sentidos que é a pessoa; h) isto permite considerar, em última análise, o princípio da lesividade como referível a uma cláusula absoluta e prioritária, isto é, a cláusula maior do valor da pessoa humana, limite intransponível para o legislador e que explica a impossibilidade de criminalização de condições ou estados existenciais, pensamentos e outras condutas que dizem com a autorrealização da pessoa.

Ademais, lesividade significa causar perigo concreto ou lesão a um bem jurídico, razão pela qual não se confunde com a potencialidade para causar perigo. O sujeito que ingeriu dois copos de cerveja e decidiu dirigir, e não está embriagado, não está a causar nenhuma lesão ou perigo concreto a alguém. Potencialidade lesiva não se confunde com lesividade, uma vez que aquilo que é lesivo deve poder ser demonstrado e refutado, também em respeito à presunção de não-culpabilidade. Nos delitos de trânsito, a alegação de que o motorista acima estaria a lesionar a segurança da via é uma verdadeira excrescência jurídico-penal, uma vez que falar em segurança da via ou da coletividade que a utiliza só faz sentido em um contexto concreto e individualizado. E, então, a referência a um bem difuso perde a razão de ser. Só se pode pôr em perigo aqueles que efetivamente estejam utilizando a via naquele momento da conduta. Neste momento, porém, já se está a falar sobre a

segurança daquele indivíduo ou, de dous ou mais que estejam envolvidos, e não na segurança da via (coisa inanimada e objeto abstrato, *ante rem*, e, por isso, insuscetível de lesão).

A atribuição de uma função exclusivamente protetiva ao direito penal é, contudo, refratária à operacionalização deste princípio e o coloca em xeque se a ele sobreposta. Ao se cogitar da proteção exclusiva de bens jurídicos como máxima função-operação do direito penal, é intuitivo que esta função deve ser levada a cabo do modo mais efetivo possível. Quem se preocupa em proteger um determinado bem ou objeto contra lesões deve se valer dos mecanismos mais eficazes para tal. Neste sentido, a ampliação do poder punitivo encontra campo fértil por meio da antecipação da tutela penal, a saber: a criação de delitos de perigo abstrato<sup>107</sup>.

Sob o mesmo argumento, a saber, o de evitar da forma mais eficaz a lesão de bens jurídicos, poder-se-ia, inclusive, criminalizar: a venda de doces ou alimentos calóricos em demasia (a fim de se preservar a saúde da população); a conduta de dirigir após uma sessão de musculação, em virtude do desgaste dos músculos superiores; a não feitura de vistoria no automóvel em determinado período e muitas outras condutas. A função de exclusiva proteção a bens jurídicos possibilita, destarte, sob o pretexto de seu autocumprimento (a otimização de sua eficaciedade) a invasão de esferas cada vez maiores da liberdade até o sufocamento completo ou quase integral da pessoa. A função de proteção a bens jurídicos invoca, portanto, uma necessidade irreal de controlar o incontrolável, o contingente.

O escólio de Zaffaroni e Batista é, neste sentido, algo que corrobora este esclarecimento essencial acerca do princípio da lesividade, bem como o perigo que a ideia de tutela ou proteção a bens jurídicos representa para a limitação material exercida pela lesividade:

Essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a ideia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela<sup>102</sup>, o que instiga à criminalização sem lacunas. Como a ofensividade passa a segundo plano, ofuscada pela pretensa tutela<sup>103</sup>, e como a tutela não se verifica (senão que só se afirma dedutivamente), acaba se debilitando a própria idéia de bem jurídico, para cair na minimização do conceito e terminar afirmando que a função do direito penal se reduz a garantir a validade das expectativas normativas [...]A presença de um bem jurídico alheio afetado permite reconhecer o conflito jurídico, pelo extravasamento do âmbito pessoal da liberdade moral e pela introdução de um outro – o que implica na consideração da alteridade como pressuposto geral da intervenção penal<sup>108</sup>.

Erigir a função protetiva de bens jurídicos como premissa maior do direito penal implica, portanto, mitigar ou mesmo anular o princípio da lesividade e, por via de consequência, também o

<sup>107</sup> Este não é o espaço adequado à discussão dessa espécie de crimes. Basta dizer, contudo, que à luz do princípio da lesividade (tomado com referência á alteridade), à criminalização de condutas é necessário mais do que a mera afirmação *ex ante* de um risco desaprovado. Este pode até ensejar um ilícito administrativo; não pode, porém, constituir um ilícito penal.

<sup>108</sup> ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo et al. Direito penal brasileiro, volume 1...pp. 227, 228.

princípio da intervenção mínima. Sob a égide desta premissa tais princípios simplesmente não podem mais ter o conteúdo convencional. Serão necessariamente forçados a uma remodelagem ou releitura, que substitui a lesividade pelo mero potencial lesivo, substituindo o paradigma da lesão pelo do risco. Diante da inescapável dinâmica de riscos em que todos estamos inseridos e diante da asserção empiricamente constatável de que somos todos falíveis, não é ocioso indagar: tem alguma relevância o risco do risco de uma pessoa se equivocar? É possível, mesmo, gerenciar riscos?

### 1.5.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) situa-se, a rigor, no âmbito do direito constitucional e encontra raízes na tradição jurídica alemã e distingue-se um pouco do da razoabilidade, embora, em certa maneira, não seja de todo equivocado dizer que tudo o que é razoável tende a ser orientado por uma razão de proporcionalidade. A proporcionalidade, no dizer de Humberto Ávila é um “postulado normativo aplicativo” que impõe, pois, “uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto de outras normas”<sup>109</sup>.

Em uma definição mais convencional, eis uma clara conceituação do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgerichtshof*):

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental<sup>110</sup>.

A proporcionalidade se desdobra, assim, em três requisitos: (a) o da necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*), que consiste no imperativo de que os meios utilizados ou empregados para lograr certos fins devem ser os menos invasivos, onerosos, gravosos ou restritivos para os direitos dos cidadãos; (b) o da adequação, que exige a idoneidade ou aptidão das medidas tomadas pelo poder Público na consecução de seus fins (neste particular, a proibição deve ser idônea a proteger bens jurídicos); e (c) o da proporcionalidade em sentido estrito, que significa a necessidade de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem perseguidos, ou, em outra perspectiva, a ponderação entre os ganhos advindos da intervenção e o sacrifício ou não das liberdades individuais. Trata-se de uma avaliação das vantagens e desvantagens que uma

<sup>109</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 4, julho, 2001, p.25.

<sup>110</sup> BVerfGE, 30, 292 (316). Enunciado original: “(1) Zunächst zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Danach muss das vom Gesetzgeber gewählte Mittel geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar sein. Geeignet ist ein Mittel, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann”.

medida pode gerar, caso levada a cabo<sup>111</sup>. Apesar do atual e grande entusiasmo com que se trata este princípio, seja na esfera constitucional, seja no universo jurídico-penal, o presente trabalho defende que o princípio da proporcionalidade, apesar de um mecanismo importante, está longe de ser uma condição suficiente para orientar e limitar a prerrogativa de valoração do legislador.

No campo especificamente jurídico-penal, à luz da teoria aqui debatida, o princípio da proporcionalidade pode ser traduzido da seguinte forma: a) a incriminação de uma conduta é necessária para a proteção de determinado bem jurídico?; b) a incriminação de uma conduta é adequada, isto é, tem aptidão e idoneidade para evitar que um determinado bem jurídico seja lesionado ou posto em perigo?; c) a incriminação de uma conduta traz mais vantagens ou desvantagens no que diz respeito à proteção de um dado bem jurídico?

O primeiro desses aspectos refere-se ao já aludido princípio da intervenção mínima, o qual exige que a incriminação seja a última das medidas a serem tomadas na proteção de um bem jurídico, uma vez que o direito penal é aquele ramo capaz da intervenção mais gravosa na esfera de liberdade do indivíduo. Por esta razão, desnecessário repetir aqui o que já fora examinado em outra sede.

O segundo aspecto consiste no chamado princípio da idoneidade. Em obediência a ele, a incriminação deve ser apta a evitar a lesão ou colocação em perigo de determinado bem jurídico ou, ao menos, deve ser suficientemente adequada para melhorar a situação deste bem. Desde logo é possível observar, contudo, que nem sempre uma norma penal será suficiente para preservar com maior eficácia um bem jurídico. A rigor, esta idoneidade é de mensuração ou verificação extremamente difícil em muitos casos. Tal insuficiência hipotética pode, por exemplo, justificar a invasão indevida de esferas de liberdade do cidadão através de uma antecipação da criminalização para âmbitos muito anteriores ao do perigo ou ao da lesão. Mas não só. Pode justificar, igualmente, uma sanção penal mais rigorosa a fim de dissuadir os indivíduos.

A idoneidade é, portanto, um mecanismo importante, mas, não raro, bastante limitado e que de modo algum é condição suficiente à contenção do arbítrio do poder punitivo.

Por fim, o terceiro elemento do princípio da proporcionalidade é a ponderação de interesses.

A crítica decisiva é que a ponderação de interesses pode levar em consideração um sem-número de regras e de paradigmas para chegar a uma decisão. Além disto, é absolutamente permeável a casuísmos políticos na delimitação das variáveis que estão em jogo e qual o peso deve ser dado a cada uma delas. E, neste particular, nem mesmo a referência à Constituição é suficiente. Uma Constituição como a brasileira, que consagra um generoso rol de direitos fundamentais, sejam

<sup>111</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004., p. 228 et seq.

eles individuais, sociais ou difusos, não fornece qualquer critério suficientemente claro e idôneo para mostrar qual interesse deve predominar e por quê. Noutras palavras: a ponderação pressupõe uma hierarquia bem delimitada para poder ser levada a cabo. A Constituição não oferece essa hierarquia e, além disto, chegar a um sistema desses é extremamente difícil sem um fundamento apodítico.

Ademais, há sempre o risco de o princípio da proporcionalidade poder ser extremamente utilitarista. Considerando a escassez de recursos, pode-se avaliar, tendo em vista o valor constitucional da vida, que é preferível alocar tais recursos para salvar vidas de jovens, crianças ou pessoas com maiores chances de debelar uma doença do que com aqueles que enfrentam enfermidade mais grave.

Todas essas considerações parecem deixar algo bastante claro: o princípio da proporcionalidade é simplesmente um mecanismo de comparação que pressupõe um critério bem fundado a fim de que a solução dos problemas – neste particular, o problema dos limites à incriminação – não dependa de razões obscuras e suscetíveis às fragilidades político-ideológicas. Boas razões para a defesa de propostas, muitas vezes, opostas e colidentes sempre existirão para um lado e para o outro. Tampouco a Constituição com seu caráter aberto poderá fornecer um guia suficientemente confiável para evitar casuísmos.

### **1.6 Primeira conclusão intermediária.**

O exame cuidadoso das idéias mencionadas neste capítulo pretendeu apresentar uma série de conceitos relevantes à compreensão da teoria de proteção a bens jurídicos que, muito embora não digam respeito à teoria em si, estão, de modo indelével, a ela ligados.

Examinadas as diversas funções desempenhadas pelo conceito de bem jurídico, concluiu-se, no presente capítulo, que as funções endógenas do bem jurídico, isto é, aquelas que concernem à dogmática do direito penal, são determinadas por um conceito político-criminal daquele.

Ciente desta relação, o estudo voltou-se para a ideia de política criminal: seu conceito, seu grau de influência na teoria do delito mediante a incriminação de condutas, bem como aduziu as principais objeções ao estreitamento das relações entre direito penal e política criminal, isto é: à interferência irrestrita de decisões políticas no que diz respeito à dogmática e à intervenção jurídico-penal. Por fim, reconheceu não só o peso inegável das decisões político-criminais no processo de criminalização de comportamentos, mas, sobretudo, identificou a necessidade de estipular limites racionais ao influxo desses juízos empíricos, os quais devem ser dados por uma orientação que prestigie o valor da pessoa humana.

No âmbito das relações entre a intervenção jurídico-penal e a teoria do Estado, constatou-se que uma teoria do bem jurídico zelosa pelo valor fundamental da pessoa humana só pode ser edificada sobre as bases de um Estado Democrático de Direito.

Verificou-se, contudo, que o Estado Democrático de Direito, enquanto mera estrutura formal que busca garantir o império da lei, elaborada conforme um processo decisório universal e dotada de instrumentos para conter o poder, não constitui critério suficiente ao estabelecimento de limites à intervenção estatal. O Estado Democrático de Direito é, portanto, condição necessária, mas não suficiente ao respeito dos direitos e garantias individuais.

Ainda no plano do Estado democrático de Direito, ponderou-se acerca dos desafios potenciais com os quais depara a intervenção jurídico-penal, personificada na proteção a bens jurídicos, a saber: a necessidade da imposição de restrições para que o processo democrático acolha incriminações circunstanciais, fruto de pressões ideológicas conjunturais, bem como a necessidade de encontrar um limite claro à prerrogativa de avaliação do legislador.

No que tange às relações entre a Constituição e a teoria do bem jurídico, concluiu-se que aquela, apesar de documento essencial à sólida estruturação do Estado de Direito, não é o fundamento último à teoria do bem jurídico, uma vez que consagra um conjunto de valores, não raro, nimamente abertos e indeterminados. Ademais, o conceito de bem jurídico não se confunde com o de valor, a despeito da incontestável conexão que lhes é ínsita.

Acerca dos princípios gerais (ou mesmo político-criminais) de direito penal, tradicionalmente ligados à teoria do bem jurídico, chegou-se a três conclusões.

Em primeiro lugar, quanto ao princípio da intervenção mínima, o estudo concluiu que ele corresponde tão-só a uma cláusula geral que varia conforme a eficácia dos demais ramos jurídicos em solucionar o conflito, bem como conforme a necessidade de uma proteção mais rigorosa e restritiva do direito penal. Concluiu-se que o princípio da intervenção mínima, caso informado por uma teoria que busca proteger com eficiência bens jurídicos, se vê obrigado, quando da necessidade acima, a sofrer uma expansão ou alargamento, pois o contrário significaria frustrar o dever de eficiência na proteção desses bens.

Quanto ao princípio da lesividade, verificou-se que este, em verdade, quando submetido aos imperativos de pura proteção a bens jurídicos é debelado pela função de otimizar ou maximizar a eficiência daquela. Concluiu-se que só se preserva o princípio da lesividade quando este se funda na noção de alteridade; do ser-com, que exige a figura do outro e de sua afetação como uma consideração de respeito. Consideração esta que se dirige, em última instância, ao valor da pessoa, sempre positivo.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, verificou-se que ele pode ser um

mecanismo útil, dentro de certos limites e, até mesmo, um ponto de saída, mas jamais será condição suficiente à limitação do arbítrio da intervenção jurídico-penal.

Postas essas considerações, cumpre, doravante, remontar a trajetória histórica da teoria do bem jurídico e de suas distintas concepções ao longo deste processo, que é o escopo do próximo capítulo.

## 2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Sem a pretensão de visitar todas as colaborações propostas na história da teoria do bem jurídico, o presente capítulo buscará discorrer sobre os principais contributos teóricos propostos quanto ao objeto deste capítulo.

Como observação preliminar, vale recordar a advertência de Costa Andrade no sentido de que a pesquisa sobre o bem jurídico-penal, “longe de obedecer a um processo evolutivo linear, marcado por eventos irreversíveis, segue antes um curso em espiral”, visto que ao longo deste processo, “tópicos que fizeram escola numa época dada acabam, não raro, por voltar a emergir em contextos e horizontes histórico-culturalmente renovados”<sup>112</sup>.

A exposição, na medida do possível, buscará respeitar uma sequência espaço-temporal quanto ao surgimento, crítica e desenvolvimento da ideia de bem jurídico. Por esta razão, far-se-á indispensável tecer algumas considerações sobre o período anterior ao surgimento da noção de bem jurídico no direito penal.

Todo discurso é movimento e, portanto, transcurso de uma proposição para outra. Identificar o conteúdo de um discurso é, destarte, voltar-se para aquilo que lhe antecede e, sobretudo, para aquilo que ele não inclui, isto é, seus limites. Tal postura é não apenas uma recomendação metodológica de valor, mas também elemento vital na identificação dos discursos contrapostos, de suas intenções, influências políticas, filosóficas e históricas.

Antes de proceder à apresentação das principais teorias do bem jurídico é necessário remontar o contexto de sua aparição. Ressalte-se, por oportuno, que referências ao direito alemão serão frequentes, uma vez que este é o berço historicamente reconhecido da teoria do bem jurídico-penal. O presente capítulo não se furtará, contudo, à análise pertinente da matéria na experiência brasileira, para a qual reserva um tópico ao final.

### 2.1. Antecedentes da teoria do bem jurídico-penal

Conforme acentua Sina, para se compreender corretamente o surgimento do conceito de bem jurídico é necessário considerar a pré-história deste, bem como a história da teoria do objeto do delito à luz do estado geral do direito penal vigente na metade do século XVIII<sup>113</sup>.

Ainda durante o século XVIII, a *Constitutio Criminalis Carolina*, cuja origem remonta ao ano de 1532, vigia no direito penal alemão. Apesar do amplo domínio temporal, “muitos de seus

<sup>112</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1991, p.61.

<sup>113</sup> SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsguts”*. Helbing & Lichtenhalten: Basel, 1962, p. 3.

tipos penais eram indeterminados e, assim, davam a oportunidade de inúmeras interpretações arbitrárias”<sup>114</sup>. Não raro, elementos típicos do modo de pensar ou sentir do indivíduo eram confundidos com os tipos penais, o que deixava o preenchimento de tais descrições vagas e confusas ao arbítrio do julgador<sup>115</sup>.

Nesta esteira, a mero título exemplificativo, segundo o artigo 109 do referido diploma, a bruxaria com danos deveria ser punida com a morte pelo fogo, enquanto à bruxaria sem danos, deveria ser aplicada outra pena, a saber, um aconselhamento dos juizes segundo as circunstâncias:

quem infligir danos ou causar prejuízos às pessoas através de bruxaria deve ser punido com a morte e tal pena deve ser cumprida com fogo. Mas quando alguém tiver usado de bruxaria e, com isto, não provocar dano a ninguém, não deve ser punido de outra forma, senão, de acordo com a ocasião, na qual os conselhos de sentença devem utilizar de aconselhamentos (admoestações) conforme está escrito<sup>116</sup>. (tradução nossa)

As pessoas acusadas de bruxaria eram submetidas às provas de bruxaria (*Hexenproben*) também conhecidas como o sinal do juízo divino. Assim, um sinal de Deus, segundo a crença popular, poderia provar a inocência do acusado. Deste modo, os acusados eram forçados a provas extremamente cruéis, de modo que só seriam considerados inocentes caso resistissem a tais provas. Isto seria interpretado como um sinal de Deus.

Dentre as provas, a título ilustrativo, podem-se citar a prova da água, a prova do fogo e a prova do peso.

Como informa Willer, a prova da água consistia em amarrar a uma corda o polegar da vítima ao pé oposto e mergulhá-la em um rio ou lagoa. Caso a vítima lograsse se soltar, bem como conseguisse nadar, era sinal de que o diabo estava debaixo d'água e havia lhe ajudado a escapar. Caso a vítima afundasse, era sinal que era inocente, o que, contudo, pouco adiantava, uma vez que na maioria dos casos a vítima acabava falecendo. Há ainda a curiosidade de que tal prova poderia ser repetida até três vezes, em caso de dúvida. A justificativa para tal prova residia, conforme aduz Willer, na crença de que as bruxas tinham de ser muito leves para estarem em condições de voar<sup>117</sup>.

Beer acrescenta, ainda, que “originariamente a prova da água representava um juízo de Deus, que deveria fixar imediatamente, como meio de prova irracional, a culpabilidade ou

<sup>114</sup> Ibidem., p. 4.

<sup>115</sup> Ibidem., p. 4

<sup>116</sup> Constitutio Criminalis Carolina, 1533. CIX. Straff der Zauberey. So jemanndt den leuten durch Zauberey Schaden oder Nachtheyl zufügt / soll man straffen vom Leben zum Todt / vnnd man soll solche straff mit dem Feuer thun. Wo aber jemanndt Zauberey gebraucht / vnnd damit niemant Schaden gethan hett / soll sonst gestrafft werden / nach Gelegenheit der sach / darinnen die Vrtheyler Radts gebrauchen sollen / wie vom Radthsuchen hernach geschriben seht. Disponível em: [http://de.wikisource.org/wiki/Seite:De\\_Constitutio\\_criminalis\\_Carolina\\_\(1533\)\\_058.jpg](http://de.wikisource.org/wiki/Seite:De_Constitutio_criminalis_Carolina_(1533)_058.jpg) (último acesso em 21 de abril de 2011)

<sup>117</sup> WILLER, Sandra. Die Hexenverfolgung. Studienarbeit, 2005, p. 10 et seq. Disponível em: <http://www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/116389.html> (último acesso em: 21 de abril de 2011).

inculpabilidade de uma parte”<sup>118</sup>

A prova do fogo consistia em obrigar o acusado a usar uma peça de ferro em brasa ou fazê-lo andar descalço e com os olhos vendados em relhas de arado em brasa”. Três dias depois, se o acusado apresentasse ferimentos, era sinal de que era culpado, caso contrário, era considerado inocente<sup>119</sup>.

No terceiro caso, a chamada prova do peso, acreditava-se que as bruxas eram leves para que pudessem voar, razão pela qual a prova consistia em verificar se a acusada estava ou não cinco quilos abaixo de um peso fixado de modo arbitrário pelas autoridades. Se estivesse, só poderia ser uma bruxa e, mesmo se não estivesse, poder-se-ia cogitar de a acusada ter enfeitado a balança<sup>120</sup>.

O coito fora dos bons costumes ou, mais propriamente, contrário à natureza das coisas, tratado pelo termo “*Unkeusch*” (impuro, imoral) também era punido com a morte na fogueira. Eis o artigo 116:

Contraria a natureza a prática de imoralidades de uma pessoa com gado, de homem com homem, de mulher com mulher, os quais também merecem a morte, e devem ser condenados à morte na fogueira de acordo com os bons costumes<sup>121</sup> (tradução nossa)

Tampouco a doutrina da época se preocupava em mitigar os efeitos de tamanha indeterminação. Como assinala Sina, “para Servin o delito era a inobservância do dever e da responsabilidade”; já “para Wieland o crime era toda a violação maléfica de uma lei”, enquanto para Quistorp consistia o delito em “ações livres e lesivas a outrem que não apenas contrariavam a lei, mas também eram merecedoras de pena”<sup>122</sup>.

Tal estado deplorável em que estava submersa a ciência do direito penal alemã não tardou, contudo, a modificar-se. Próximo à virada do século XVIII para o XIX, importantes vozes já manifestavam as inquietudes com um direito penal arbitrário e infenso aos ideais da Ilustração. Justamente à luz desses novos tempos, este grupo de penalistas inaugurava uma nova fase, entre os quais, por exemplo, Kleinschrod<sup>123</sup>, já faziam alguma alusão ao jusnaturalismo, como ressalta Sina<sup>124</sup>.

<sup>118</sup> BEER, Peter. Hexenprozesse im Kloster und Klostergebiet Loccum. Göttingen: V & R, 2007, p. 100. Disponível em [http://books.google.com.br/books?id=\\_Oh6hfix82MC&pg=PA100&dq=Wasserprobe&hl=pt-BR&ei=B72fTZbuHOHz0gGl2Iy2Cw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEIQ6AEwBg#v=onepage&q=w%C3%A4geprobe&f=false](http://books.google.com.br/books?id=_Oh6hfix82MC&pg=PA100&dq=Wasserprobe&hl=pt-BR&ei=B72fTZbuHOHz0gGl2Iy2Cw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEIQ6AEwBg#v=onepage&q=w%C3%A4geprobe&f=false) (último acesso em 21 de abril de 2011).

<sup>119</sup> WILLER, Sandra. Op.cit., p. 10; Ver também: <http://www.latein-pagina.de/iexplorer/hexen1/carolina.htm>. (último acesso em 21 de abril de 2011).

<sup>120</sup> WILLER, Sandra. Op.cit., p. 11; Ver também: <http://www.latein-pagina.de/iexplorer/hexen1/carolina.htm>.

<sup>121</sup> Constitutio Criminalis Carolina, 1533. CXVI. Straff der Vnkeusch / so wider die Natur beschicht. so eyn Mensch mit eynem Vihe / Mann mit Mann / Weib mit Weib / Vnkeusch treiben / die haben auch das Leben verwürckt / vnd man soll sie der gemeynen Gewonheyt nach mit dem Feuer vom Leben zum todt richten. Disponível em: [http://de.wikisource.org/wiki/Seite:De\\_Constitutio\\_criminalis\\_Carolina\\_\(1533\)\\_061.jpg](http://de.wikisource.org/wiki/Seite:De_Constitutio_criminalis_Carolina_(1533)_061.jpg) (último acesso 21 de abril de 2011)

<sup>122</sup> SINA, Peter. .Op.cit., p.5

<sup>123</sup> KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar. **Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten, des peinlichen Rechts.** Dritter und letzter Theil. . Zweyte vermehrte und verbesserte Ausgabe. Würzburg: Erlanhen bey Johann Jacob Palm, 1799, p. 18: “Denn der Staat hat die Verbindlichkeit übernommen, die natürlichen Rechte seiner Mitglieder zu schützen”. Tradução nossa: “Pois o Estado assumiu a obrigação de proteger os direitos naturais de seus membros”. Disponível em:

### 2.1.1 A teoria da lesão a direitos subjetivos.

A teoria do crime como uma lesão a direitos subjetivos tem em Feuerbach, de modo insofismável, seu maior expoente<sup>125</sup>.

Para compreender melhor esta construção, cumpre delinear nas linhas que se seguem, resumidamente, os fundamentos filosóficos e políticos que animam o conceito de delito em Feuerbach.

Conforme nos elucida Murmann, para Feuerbach “o estado de natureza não é, na verdade, um estado anárquico, em que estão ausentes os direitos, mas um estado em que falta completamente a exteriorização da lei, isto é, um estado no qual o homem só está obrigado a obedecer as leis dadas por sua própria razão”<sup>126</sup>, de modo que “em um estado assim concebido, mesmo quando não há uma guerra permanente de todos contra todos, ninguém está a salvo”<sup>127</sup>.

Por conseguinte, sob uma clara influência kantiana<sup>128</sup>, acrescenta Murmann a conclusão inarredável de Feuerbach: que “o uso da liberdade de um ser racional não deve opor-se ao uso da liberdade de qualquer outro ser racional”<sup>129</sup>.

À garantia do exercício desta liberdade (no sentido externo se pensarmos na filosofia

[http://books.google.com.br/books?id=mhNEAAAACAAJ&pg=PA285&dq=KLEINSCHROD,+Gallus+Aloys+Kaspar.Systematische+Entwicklung+der+Grundbegriffe+und+Grundwahrheiten,des+peinlichen+Rechts&hl=pt-BR&ei=Pp6wTfi7F-e70QGk9\\_2RCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=5&ved=0CD8Q6AEwBA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=mhNEAAAACAAJ&pg=PA285&dq=KLEINSCHROD,+Gallus+Aloys+Kaspar.Systematische+Entwicklung+der+Grundbegriffe+und+Grundwahrheiten,des+peinlichen+Rechts&hl=pt-BR&ei=Pp6wTfi7F-e70QGk9_2RCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CD8Q6AEwBA#v=onepage&q&f=false) (último acesso em 21/04/2011)

<sup>124</sup> Ob.cit., p. 6 et seq.

<sup>125</sup> O italiano Filangieri, contudo, também já ensaiava uma noção de delito como a violação de direitos que, em última instância, decorriam do pacto ou contrato social. Cf. N. FILANGIERI, Gaetano. La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti. Tomo terzo. Dai Torchj di Glauco Mais: Livorno, 1827, cap. XXV, p. 3 et seq: “1. Se Le leggi sono Le formole chésprimore i patti sociali, ogni trasgressione della legge è dunque la violazione di um patto. 2. Se i patti sociali non sono altro che i doveri che ogni cittadino contrae colla società, in compenso de ‘dritti che acquisita, ogni violazione di um patto deve dunque esser seguita dalla perdita di um dritto. [...] 4. Se um cittadino può com um solo delitto violare tutti i patti sociali, egli puo dunque per um solo delitto esser privato di tutti i sociali dritti”.

Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=dUgNAAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Gaetano+Filangieri++1827&hl=pt-BR&ei=P6GxTZpGYTp0gHk\\_pWjCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CC8Q6AEwAQ#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=dUgNAAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=Gaetano+Filangieri++1827&hl=pt-BR&ei=P6GxTZpGYTp0gHk_pWjCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CC8Q6AEwAQ#v=onepage&q&f=false) (último acesso: 21/04/2011)

<sup>126</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Anti-Hobbes**. Nachdruck der Ausgabe Gießen 1797, Darmstadt 1967, p. 17 *apud* MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin. Springer, 2005, p. 63. Trecho traduzido: “...ist der Naturzustand zwar kein Zustand der Rechtlosigkeit, aber der „Stand einer völligen äußern Gesetzlosigkeit, in welchem der Mensch nur zu dem Gehorsam gegen seine ihm Von ihm selbst gegebenen Gesetze der Vernunft und Freiheit verpflichtet ist”.

<sup>127</sup> MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin. Springer, 2005, p. 63

<sup>128</sup> E aqui a clássica definição de direito kantiana: “Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann” (Direito é a mais alta representação de todas as condições sob as quais o arbítrio de um pode ser combinado com o arbítrio de uma outra pessoa segundo uma lei universal de liberdade). Cf. KANT, Immanuel. Immanuel Kants Werke. Gesamtausgabe in zehn Bänden. Fünfter Band. Metaphysik der Sitten. Leipzig: Modes und Baumann, 1838, §B. Was ist Recht?, .p.30. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=pZJQAAAAYAAJ&pg=PA29&dq=Metaphysik+der+Sitten+Einleitung+in+die+Rechtslehre&hl=pt-BR&ei=ZamxTdjAEuTo0QGxOIC8BQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDoQ6AEwAw#v=onepage&q=Metaphysik%20der%20Sitten%20Einleitung%20in%20die%20Rechtslehre&f=false](http://books.google.com.br/books?id=pZJQAAAAYAAJ&pg=PA29&dq=Metaphysik+der+Sitten+Einleitung+in+die+Rechtslehre&hl=pt-BR&ei=ZamxTdjAEuTo0QGxOIC8BQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDoQ6AEwAw#v=onepage&q=Metaphysik%20der%20Sitten%20Einleitung%20in%20die%20Rechtslehre&f=false) (último acesso em 21/04/2011). No que tange à teoria da pena, contudo, Feuerbach adota a vertente preventivista por meio da teoria da coação psicológica, enquanto Kant assume postura retribucionista.

<sup>129</sup> MURMANN, Uwe. Op.cit., p. 63.

kantiana) é garantida pela “associação da vontade e da força dos particulares”, fundando a chamada sociedade civil (*bürgerliche Gesellschaft*)<sup>130</sup>. Nesta linha de raciocínio, o fim do estado não pode ser nada além da proteção “da convivência humana de acordo com as leis do direito”<sup>131</sup>.

Chega-se, pois, ao princípio mais alto do direito penal: “toda a pena legalmente cominada no Estado é a consequência jurídica de uma lei fundada por meio da necessidade de preservação dos direitos alheios e que ameaça uma violação de direitos com um mal sensível”<sup>132</sup>.

Para Feuerbach o Estado só pode punir o caráter perigoso ou a danosidade de uma determinada conduta. Por esta razão, a mera contrariedade deste ao dever ou o caráter pecaminoso da conduta não podem ser reputados ilícitos penais propriamente ditos, tampouco a má intenção configura ilícito<sup>133</sup>. Esta linha de raciocínio é, inegavelmente, um limite imposto ao legislador penal, ou seja: a punição deve alicerçar-se em uma ação que encerre um perigo ou um dano ao direito de outrem<sup>134</sup>. De acordo com a lição de Feuerbach, “quem ultrapassa os limites da liberdade jurídica comete uma violação a um direito: ofensa, lesão. Quem viola a liberdade garantida pelo contrato social e pela lei penal comete um delito. Em sentido lato, o crime é, assim, uma ofensa contida na lei penal, ou uma ação contrária ao direito de outrem sob a ameaça de pena pela lei criminal”<sup>135</sup>. Para Feuerbach, “independentemente do exercício de um ato do governo e da declaração do Estado, existem direitos (do cidadão ou do Estado em si)”<sup>136</sup>.

Conforme explica Murmann, “o delito em sentido estrito, isto é, o injusto criminal, exige a lesão imediata de uma obrigação do cidadão fundada no contrato social, enquanto a contravenção viola a as obrigações do cidadão em face do Estado, fundadas na legislação policial”<sup>137</sup>, de modo que, segundo o próprio Feuerbach, “através dos crimes os direitos originais do Estado ou dos cidadãos são violados; através das contravenções, apenas o direito do Estado de exigir a obediência a uma determinada legislação policial será lesionado”<sup>138</sup>. Conforme dito linhas acima, a necessidade da lesão personifica uma inegável limitação material ao legislador, o qual não pode criminalizar meras desobediências à norma. Entretanto, ainda que não na condição estrita de crime,

<sup>130</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm. Lehrbuch... § 8, pp. 14-15.

<sup>131</sup> Ibidem, § 9, p. 15.

<sup>132</sup> Ibidem, § 19, p. 21. Trecho original traduzido: “Jede rechtliche Strafe im Staat ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten, und eine Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden, Gesetzes”.

<sup>133</sup> Ibidem., §42, c): Die rechtswidrige Absicht allein giebt keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit

<sup>134</sup> Também neste sentido TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**...p. 183.

<sup>135</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm. Lehrbuch...§21, p. 23. Trecho original traduzido: “ Wer die Grenzen der rechtlichen Freyheit überschreitet, beghet eine *Rechtsverletzung, Läsion* . Wer die durch den Bürgervertrag garantirte und durch Strafgesetze gesicherte Freyheit verletzt, begeht ein Verbrechen. Dieses im weitesten Sinn, ist daher, eine unter einem Strafgesetz enthaltene Läsion, oder eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Recht eines andern widersprechende Handlung”.

<sup>136</sup> Ibidem, § 22, p. 24. Trecho original traduzido: “Unabhängig von der Ausübung eines Regierungsacts und der Erklärung des Staats, giebt es Rechte (der Unterthanen im Staate oder des Staates selbst)”.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 24

<sup>138</sup> MURMANN, Uwe. Op.cit., p. 64.

Feuerbach admitia a punição de certos comportamentos violadores dos bons costumes. Assim, a partir da terceira parte de seu “*Lehrbuch*”, Feuerbach elenca uma série de figuras reputadas delitos menores, isto é, delitos policiais (*Polizey Vergehen*). Neste rol encontramos: os “*delicta carnis*” (*Fleischesverbrechen überhaupt*)<sup>139</sup>, como a cópula fora do casamento (*Schwächung*), o concubinato (*Concubinat*), o incesto (*Incest*)<sup>140</sup>, a sodomia, o sexo com animais e outros.

Importante ressaltar que através da teoria da lesão a direitos subjetivos a ciência do direito penal logrou alcançar um elemento material determinável. Mais do que isto, a precisão sistemática deste conceito, ao menos em tese, assegurava a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal (ainda que só no âmbito penal) e a indeterminação dos tipos penais.

A teoria da lesão a direitos subjetivos é, neste sentido, considerada um fruto do pensamento liberal, embora isto não seja uma unanimidade. Como salienta Sina, a teoria da lesão a direitos subjetivos, além do conteúdo liberal, revelava um duplo significado: por um lado, em um sentido sistemático-funcional, o direito subjetivo foi alçado à condição de objeto do crime. Além disto, desempenhava também uma função de limitação ao poder estatal<sup>141</sup>. A proposição segundo a qual a teoria de Feuerbach era inteiramente liberal, contudo, pode ser questionada. O liberalismo, a rigor, é uma doutrina que pouco ou nada tem a dizer a respeito da orientação moral das pessoas, de modo que a aceitação por parte de Feuerbach quanto à punição de certas condutas tidas como imoralidades (ainda que a título de menor gravidade) é incompatível com uma postura realmente liberal, segundo sustentará este estudo mais adiante.

## 2.2 As objeções à teoria da lesão a direitos subjetivos e o surgimento da teoria do bem jurídico-penal.

Contra a teoria da lesão a direitos subjetivos, entretanto, algumas objeções, oriundas de diferentes orientações, foram levantadas. Como aduz Sina, para Mittermayer, a lesão a direitos subjetivos era um elemento válido “apenas em alguns poucos casos”, mas que não pertencia ao conceito de delito<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch*....p. 599 et seq.

<sup>140</sup> *Ibidem.*, § 461., p. 411 et seq.

<sup>141</sup> SINA, Peter. *Op.cit.*, p. 12. Esclarece, contudo, o autor que “de modo estranho ou talvez significativo, a referência liberal política deste novo conceito pouco foi percebida na Alemanha”, com a exceção de Feuerbach que, como visto acima, não negava as fortes influências iluministas em sua obra, seja em razão do contrato social, seja em razão de sua nítida ligação à filosofia kantiana. Veja-se passagem em Anti-Hobbes: “Se, portanto, o direito penal é um meio natural de proteção e preservação dos direitos, então ele também está entre os meios naturais e direitos de proteção, pelos quais governos feridos protegem uma nação ferida contra as intervenções ilícitas”. FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Op.cit.*, p. 230. Trecho original traduzido: “Wenn also das Strafrecht ein natürliches Mittel der Vertheidigung und Erhaltung der Rechte ist; so gehört es auch unter diejenigen natürlichen Mittel und Rechte der Vertheidigung, durch welche eine beleidigte Nation sich gegen die widerrechtlichen Eingriffe eines beleidigenden Regenten schützt”.

<sup>142</sup> Cf. SINA, Peter. *Op.cit.*, p. 17.

Outra acusação levantada por Loening, mais adstrita ao jusnaturalismo que lastreava a teoria da lesão de direitos subjetivos, destacava que esta teoria contribuía para a perda de segurança do juiz no direito positivo, pois o direito natural anunciava o direito racional na forma de proposições filosóficas “nem sempre compatíveis” com aquele<sup>143</sup>.

Segundo Sina, resumidamente, as razões decisivas para um abandono intelectual do jusnaturalismo e, por via de consequência, da própria noção de delito como uma lesão a direitos, foram: a desilusão quanto ao racionalismo especulativo do iluminismo, os rumos filosóficos da virada do século, a preocupação com uma base mais segura para a praxe jurídica e o despertar do sentido histórico-positivo. Consoante explica ainda este autor, o contexto filosófico do surgimento de um conceito de bem, em detrimento do de direito subjetivo, nasce no bojo de uma orientação filosófica de viés positivista-moderado<sup>144</sup>.

Por quase duas décadas o conceito de lesão a direitos subjetivos esgrimido por Feuerbach imperou na teoria do delito, quando em 1820 algumas vozes iniciaram uma crítica no sentido de que a lesão a direitos subjetivos não era relevante para o conceito de delito, o que culminou na superação e substituição desta pela ideia de lesão a um bem como núcleo verdadeiro do delito. O marco histórico que designa tal transformação remonta a Birnbaum, em seu artigo intitulado “*Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonder Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*” (Sobre a exigência de uma lesão a direitos como conceito de delito com especial referência ao conceito de ofensa à honra)<sup>145</sup>.

A rigor, Birnbaum não utilizava o termo “bem jurídico” (*Rechtsgut*), mas apenas o termo bem (*Gut*)<sup>146</sup>. Apesar de não ser o responsável pelo termo bem jurídico em si, a literatura penal costuma atribuir a Birnbaum condição pioneira e de destaque na lista de fundamentação do conceito<sup>147</sup>.

A ideia de lesão a um bem significa objetivamente uma mudança, pois a expressão “direito subjetivo” faz referência direta a um sujeito designado, isto é, um sujeito de direitos. Assim, antes, os direitos eram o ponto de partida da discussão do delito. A partir de Birnbaum, porém, os objetos ou bens assumiam caráter essencial, isto é, como objetos que pertencem à pessoa.

<sup>143</sup> Cf. SINA, Peter. Op.cit., p. 14.

<sup>144</sup> Ibidem., p. 14 et seq.

<sup>145</sup> Assim também SINA. Op.cit., p. 22.

<sup>146</sup> O não uso do termo bem jurídico, contudo, é de pouca relevância, pois é possível depreender, em algumas passagens, que a ideia de Birnbaum guardava proximidade, grosso modo, com as concepções posteriores. Por exemplo, o seguinte trecho: “Pelo fato de perdermos algo ou uma coisa nos ser subtraída, que é objeto de nosso direito, pelo fato de um bem nosso, o qual nos pertence juridicamente, ser-nos retirado ou diminuído, o nosso direito não nos será diminuído ou retirado.” Cf. BIRNBAUM, J.M.F. Op.cit., p. 172. Trecho original traduzido: “Dadurch, daß wir etwas verlieren oder einer Sache beraubt werden, die Gegenstand unsers Rechtes ist, daß uns ein Gut, welches uns rechtlich zusteht, entzogen oder vermindert wird, wird já unser Recht selbst weder vermindert noch entzogen”.

<sup>147</sup> BIRNBAUM, J.M.F. *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonder Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in: Archives des Criminalrechts, VIII, 1834.

É de se notar que a crítica de Birnbaum tinha como ponto nodal esta distinção: a teoria da lesão a direitos subjetivos usava de linguagem extremamente artificial para descobrir em cada delito um direito lesionado. Isto se dava, especialmente, no âmbito dos crimes contra a honra, objeto específico de estudo de Birnbaum no supracitado artigo<sup>148</sup>.

Assim argumentava Birnbaum:

O conceito mais natural de lesão parece ser aquele segundo o qual nós relacionamos a uma pessoa ou a uma coisa, em especial a uma tal coisa que eu penso como pertencente a nós, ou relacionado a algo que é para nós um bem, que pode nos ser retirado ou diminuído por meio da ação de um outro. Neste sentido os romanos também falavam em conexão com todas as proposições fundamentais do direito em geral, desde o *neminen laedere* e *suum cuique tribuere* até a *laesio alterius* e *laesio rebus illata*<sup>149</sup>; e em nossas leis penais mais recentes é ainda frequentemente mencionada em sentido parecido do corpo, propriedade, lesão da honra ou disto, que alguém em sua vida e assim por diante é vulnerada. Essas expressões têm sua razão de ser no uso comum do idioma e nas representações concretas, e quanto menos um legislador puder lidar com as mesmas de acordo com a natureza das coisas, quanto mais ele quiser construir para o conhecimento da lei e por meio da mesma quiser contribuir para as representações que como delitos devem ser tratadas, tanto mais ele deveria se esforçar por evitar aquelas das quais derivam verdadeiramente apenas de modo figurativo uma lesão, e em parte foram transferidos de conceitos abstratos da nova filosofia apenas no uso jurídico do idioma. [...] Isto também será suficiente para mostrar que por meio da nomenclatura “Lesão do direito à vida e assim por diante absolutamente nada é ensinado, que não seja encontrado de forma muito mais natural nas palavras “crimes contra a vida” e assim por diante. Ela (a nomenclatura de Feuerbach\*) pode levar, contudo, mais facilmente a mal-entendidos e perturba-nos inteiramente a posição a partir da qual se distingue consumação de tentativa, pois da caracterização dos delitos contra a vida como lesão do direito à vida, conseqüentemente, se está obrigado a ver já na tentativa de homicídio um delito consumado...<sup>149</sup>. (tradução nossa) (\* esclarecimento nosso entre parênteses)

É de se destacar, também, o inconveniente do discurso de afetação de um direito subjetivo em um universo supraindividual, uma vez que, para Birnbaum, aquele não poderia ser aplicado de modo natural a muitos objetos, que se tornam independentes do indivíduo como o “bem comum do povo” (*Gemeingut des Volkes*)<sup>150</sup>.

Além disto, Birnbaum considerava ilógica a classificação bipartida de Feuerbach, que reconhecia e distinguia os delitos das meras contravenções policiais (*Polizeivergehen*)<sup>151</sup>. Outra

<sup>148</sup> BIRNBAUM, J.M.F. Op.cit, pp.150, 183.

<sup>149</sup> Ibidem., pp. 151, 182 e 183. Trecho traduzido: “Der natürliche Begriff von Verletzung scheint der zu seyn, nach welchem wir ihn auf eine Person oder auf eine Sache beziehen, insbesondere auf eine solche, die mir als uns gehört zu denken, oder auf etwas, was für uns ein Gut ist, das uns durch die Handlung eines Andern entzogen oder vermindert werden kann. In diesem Sinne haben auch die Römer im Zusammenhange mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen neminen laedere und suum cuique tribuere von laesio alterius und laesio rebus illata geredet<sup>1)</sup>; und in unsern neusten Strafgesetzen ist noch in ähnlichen Sinne von Körpers, Eigenthums, Ehrenverletzung oder davon, daß jemand an seinem Leben u. dgl. verletzt wird, nicht Selten die Rede. Diese Ausdrücke haben in gemeinen Sprachgebrauch und in concreten Vorstellungen ihren Grund, und jenen ein Gesetzgeber dieselben nach der Natur der Sache umgehen kann, jemeher er auf die Kenntniß des Gesetzes bauen und durch dasselbe auf die Vorstellungen derjenigen wirken will, die von Verbrechen abgehalten werden sollen, um so mehr sollte er sich bestreben, solche Ausdrücke zu vermeiden, die von jenen abgeleitet eigentlich nur förmlich eine Verletzung zu bezeichnen, und zum Theil aus abstracten Begriffen der neuern Philosophie erst in den juristischen Sprachgebrauch übergegangen sind. [...] Dies wird auch genügen, um zu zeigen, daß durch jene Benennung Verletzung des Rechts auf Leben u. dgl. gar nichts gelehrt wird, was nicht viel natürlicher aus den Worten Verbrechen gegen das Leben u. dgl. hervorgeht. Sie kann aber leicht zu Mißverständnissen führen und verrückt uns völlig den Standpunkt, von welchem aus zwischen Völlendung und Versuch bei diesem Verbrechen wider das Leben als das Charakteristische die Verletzung des Rechts auf Leben, so muß man consequent schon in dem Tötungsversuche ein vollendetes Verbrechen sehen...”

<sup>150</sup> Ibidem., p. 178.

<sup>151</sup> Ibidem., p. 168.

objeção consistia no fato de que o direito em si de um cidadão não restava diminuído ou destruído quando o objeto do direito, o bem, fosse violado ou destruído<sup>152</sup>.

Para Birnbaum, a essência do poder do Estado era assegurar que todas as pessoas, de modo igual, pudessem desfrutar de certos bens dados ao homem pela natureza ou simplesmente como resultado do desenvolvimento social ou associação cívica<sup>153</sup>.

Constitui delito, portanto, a lesão ou colocação em perigo de determinado bem garantido de modo uniforme a todos pelo Estado, imputável ao homem conforme a natureza das coisas<sup>154</sup>.

Para Birnbaum,

o objeto de toda a ciência do direito penal é a preservação de todos os grandes benefícios que se referem ao fim de todas as sociedades políticas, a saber, a vida, a honra, sendo certo que o delito ou a contravenção é aquilo que o homem faz para privar os outros desses benefícios ou para perturbá-los no gozo dessas vantagens<sup>155</sup>.

Birnbaum, contudo, não considerava e, tampouco, queria apresentar uma definição completa e sem falhas, mas apenas pretendia sublinhar que para a determinação da natureza do delito era essencial que este fosse considerado como lesão natural referida a um bem (*auf den eines Gutes bezogen werden muss*) e não a um direito (*nicht auf den eines Rechtes*)<sup>156</sup>.

Birnbaum procurava um conceito jurídico natural de delito ou um conceito de delito natural, entendendo por este aquele que “conforme a natureza do direito penal pode ser racionalmente merecedor de pena na sociedade civil”<sup>157</sup>

Mas ao contrário do que o seu conceito de bem vinculado a objetos reais e concretos como pessoas e coisas poderia sugerir, Birnbaum também qualificava como bens dignos de proteção a soma de representações morais e religiosas de uma sociedade<sup>158</sup>. Este autor reputava confirmado pela história da evolução do direito penal alemão comum que em todos os povos a devoção e os bons costumes se incluíam por si mesmos como objetos de que deveria cuidar o Estado, de modo que a blasfêmia e o incesto deveriam ser castigados da mesma forma que são castigados o homicídio e o roubo<sup>159</sup>.

Birnbaum falava ainda de ações imorais e irreligiosas puníveis, o que para ele consistia em um bem comum do povo a ser garantido de modo geral no sentido de uma soma de representações religiosas e morais, as quais poderiam ser consideradas como um bem que deveria ser assegurado a

<sup>152</sup> Em detalhes na nota 42.

<sup>153</sup> BIRNBAUM., p. 177. Tal passagem indica para alguns a ideia de que a ideia de bem, no plano filosófico, representa uma continuação da tradição iluminista-jusnaturalista. De modo claro: SINA, Peter. Op.cit., p. 20.

<sup>154</sup> Idem., p. 179.

<sup>155</sup> Ibidem., p. 175. Trecho original traduzido: “Der Gegenstand aller Strafrechtswissenschaft ist die Erhaltung jener großen Vortheile, auf welche sich der Zweck aller politischen Vereinigung bezieht, nämlich des Lebens, der Ehre, der bürgerlichen Freiheit und des Eigenthums”.

<sup>156</sup> Ibidem., p. 175.

<sup>157</sup> Idem., p.149.

<sup>158</sup> Ibidem., pp. 178-179.

<sup>159</sup> Idem., p.161.

todos de modo igual e de forma independente das distintas religiões positivas<sup>160</sup>.

Para Sina, o conceito de bem de Birnbaum “era inteiramente confuso”, pois se, “por um lado, ele não pensava na determinação como um objeto corpóreo”, por outro lado, sobre este objeto “pairava sempre algo concreto e objetivável aos olhos, algo que se poderia lesionar de maneira natural”. Os exemplos de Birnbaum eram costumeiramente a coisa que é diminuída ou privada de alguém<sup>161</sup>. Por conseguinte, para Sina, a compreensão de Birnbaum do conceito de bem permaneceu obscura “devido ao confuso empréstimo da representação do âmbito do corpóreo e, com isto, de mal-entendidos de caráter empírico-naturalísticos”<sup>162</sup>. Quanto à natureza político-filosófica deste período de abandono da lesão a direitos subjetivos e surgimento da lesão a bens, não existe unanimidade. A literatura jurídico-penal ainda discute se há ou não a possibilidade de se vislumbrar uma relação de continuidade entre as referidas teorias à luz de um ideário iluminista e liberal.

No que tange a esta controvérsia, duas teses disputam a visão político-filosófica subjacente a esta transição. De acordo com a tese da continuidade, a teoria do bem jurídico é corolário natural do iluminismo liberal<sup>163</sup>, enquanto para os adeptos da tese da descontinuidade, contudo, por diferentes razões, não se pode conceber a teoria do bem jurídico como uma teoria liberal. A teoria do bem jurídico teria, deste modo, dado um fim à tradição liberal da teoria da lesão a direitos subjetivos. Consoante Amelung, partidário desta última orientação, existe uma descontinuidade entre a teoria do bem jurídico e o liberalismo iluminista. A teoria da lesão a direitos subjetivos teria, assim, o seu reinado destruído e já em 1830, como acentua Amelung, seu destino estaria prestes a se alterar pelo influxo de orientação positivista-moderada e da escola historicista<sup>164</sup>. Em primeiro lugar, as críticas de Birnbaum no sentido de que os delitos contra a religião e os costumes seriam infensas à proibição de criminalização de meras imoralidades, típica dos ideais liberais iluministas. Não era novidade, contudo, que esta transição era conveniente sob a perspectiva do direito positivo, pois a teoria da lesão a direitos subjetivos, neste sentido, não ajudava a compreender essas figuras delituosas (meras “imoralidades”), razão pela qual a figura do “bem” seria muito mais adequada<sup>165</sup>. Ademais, ressalta Amelung que o artigo de Birnbaum teria sido escrito durante uma época em que o iluminismo já não gozava de tanto

<sup>160</sup> Idem., pp. 178, 179.

<sup>161</sup> SINA, Peter. Op.cit., p. 22;

<sup>162</sup> SINA, Peter. Op.cit., p.22.

<sup>163</sup> Idem., p. 25 et seq.

<sup>164</sup> AMELUNG. Rechtsgüterschutz, pp. 39, 43. “

<sup>165</sup> AMELUNG. Rechtsgüterschutz, pp.43, 44:

prestígio na Alemanha, como o período da escola historicista do direito ou da escola hegeliana<sup>166</sup>.

### 2.3 A escola hegeliana e o objeto do delito.

A introdução da filosofia hegeliana no direito penal corresponde ao retorno do pensamento especulativo, agora sob a forma do idealismo dialético de Hegel<sup>167</sup>. Apesar de a teoria do delito da escola hegeliana não reservar tanta importância ao conceito de bem jurídico como, por exemplo, dispensou Birnbaum, é relevante tecer algumas considerações a respeito dos desdobramentos desta escola para a noção de objeto de crime. Antes, contudo, uma breve exposição de suas bases fundamentais.

Em Hegel, o injusto significa a relação de contrariedade entre a vontade geral do Direito e a vontade particular do indivíduo. Diante desta oposição, resta ao Direito negar o injusto mediante sanção a fim de reafirmar-se e determinar-se como válido e real<sup>168</sup>. Hegel distingue, pois, três modalidades de injusto<sup>169</sup>, dentre as quais o delito seria sua verdadeira manifestação<sup>170</sup>, uma vez que, neste, aquela vontade geral estaria diante de uma oposição consciente da vontade particular do indivíduo<sup>171</sup>.

Não por outro motivo Hegel adotava como objeto do crime a noção de vontade geral do direito como direito à existência da liberdade em seu sentido concreto. Tal negação do delito poderia ocorrer sob uma forma quantitativa e qualitativa, que consubstanciava o meio necessário para violar a vontade geral.

A rigor, o delito violava o direito enquanto direito e representava “um juízo infinito negativo em seu sentido pleno, através do qual é violado não só o particular, a subsunção de uma coisa sob minha vontade, mas ao mesmo tempo o geral, infinito no predicado do que é meu, a capacidade jurídica, e sem mediação da minha opinião”. Essa seria “a esfera do direito penal”<sup>172</sup>.

<sup>166</sup> Ibidem., p. 38: “ Die Romantik bringt in Deutschland das von Kant ausgehöhlte Gebäude des rationale Naturrechts endgültig zum Einsturz”; “ So ist kein Wunder , daß die alten Mächte, die Mächte der Restauration, die die von der Aufklärung freigesetzten Kräfte fürchten, sich mit dem Historismus und Irrationalismus des romantischen Denkens verbinden”.

<sup>167</sup> Assim Sina, Peter. Op.cit., p. 28.

<sup>168</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse:** mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen. Auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel. Frankfurt am Main: Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1970, 607, p. 173 *et seq.*

<sup>169</sup> A primeira modalidade de injusto, típica dos danos civis, descrita por Hegel é o chamado injusto não malicioso (*Unbefangenes Unrecht*), em que a oposição entre vontade geral e particular é desconhecida pelo sujeito. A segunda modalidade denominada Fraude (*Betrug*), que pode ser traduzida como fraude ou engano, caracteriza-se pelo conhecimento por parte do sujeito de que sua vontade contraria a vontade geral e pelo desconhecimento de terceiro que confia na correção da vontade do particular.

<sup>170</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. Op.cit., p.178.

<sup>171</sup> A definição hegeliana de injusto espelha justamente a valorização da figura do Estado-Nação, identificado com a “vontade geral”.

<sup>172</sup> Ibidem., p. 182. Trecho original traduzido: “[...] ein negativ-unendliches Urtheil in seinem vollständigen Sinne, durch welches nicht nur das Besondere, die Subsumtion einer Sache unter meinen Willen, sondern zugleich das Allgemeine, Unendliche im

A distinção proposta por Hegel quanto aos níveis de injusto como a vontade particular dirigida contrariamente à vontade geral chegou ao direito penal, inicialmente, sem muitas modificações pelos seus pupilos<sup>173</sup>.

Assim, para Wirth a essência do delito, que o distinguia da ofensa civil, não era a mera negação de um direito determinado, mas a negação do direito em sua generalidade<sup>174</sup>.

Para Köstlin<sup>175</sup>, o delito é um dos tipos de injusto, consistente na perturbação da vontade geral pela vontade individual em sua realidade exterior. Na determinação do delito como lesão a direitos três momentos distintos eram discerníveis. Em primeiro lugar, “o objeto da agressão é o direito como tal, isto é, a essência da vontade na esfera de sua realidade externa”. Em segundo lugar, em todo o delito em si repousa “a negação do direito em sua generalidade”. Em terceiro lugar, contudo, Köstlin diverge de Hegel, ao afirmar que o “direito como objeto do delito” não é de forma alguma o direito abstrato de Hegel, mas, em oposição, o direito é “o conteúdo global da moralidade objetiva em si”, isto é, a moralidade na forma de sua existência ou realidade externa, uma vez que só nesta forma pode ela ser lesionada.

Já segundo Bekker, o delito era uma perturbação do ordenamento jurídico invisível como tal, uma lesão da ordem estatal<sup>176</sup>. Para este autor os “delitos são ações”. “Ações são exteriorizações da vontade”. Portanto, “delitos são ações que conflitam com o fim do Estado e, por isso, são proibidas sob a ameaça de pena com os meios do Estado”<sup>177</sup>.

Prädicate des Meinigen, die Rechtsfähigkeit und zwar ohne die Vermittlung meiner Meynung, eben so gegen diese negirt wird, -die Sphäre des peinlichen Rechts”.

<sup>173</sup> Entre aqueles que seguiram essencialmente as diferenciações propostas por Hegel estão Abbe, Köstlin, Trendelenburg e Wirth.

<sup>174</sup> WIRTH, Johann Ulrich. System der speculativen Ethik, eine Encyclopädie der gesamten Disciplinen der practischen Philosophie. Erster Band. Heilbronn: Carl Dreschler, 1841, p. 291: “Das Wesen des Verbrechen, durch welches es vom civilen vergehen unterschieden und vermöge dessen es die Negation nicht blos eines bestimmten Rechts, sondern des Rechts in seiner Allgemeinheit ist, hat schon das Privatverbrechen über seine vereinzelt Gestalt hinaus zu immer umfassenderen Rechtsverletzung...” Disponível em:

[http://books.google.com.br/books?id=q8hAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=wirth+System+der+speculativen+Ethik,&source=bl&ots=sxNyys\\_AuC&sig=gViA28wq7pRqBtHoDsDaq8YG5v0&hl=pt-BR&ei=PdWxTbHtJ6Xb0QGQoLjICA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBgQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=q8hAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=wirth+System+der+speculativen+Ethik,&source=bl&ots=sxNyys_AuC&sig=gViA28wq7pRqBtHoDsDaq8YG5v0&hl=pt-BR&ei=PdWxTbHtJ6Xb0QGQoLjICA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBgQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso em 21/04/2011)

<sup>175</sup> KÖSTLIN, Christian Reinhold. Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. Tübingen: Laupp’schen Buchhandlung, 1845, p. 40 et seq. Disponível em:

[http://books.google.com.br/books?id=WHqTHwQ\\_ZiIC&printsec=frontcover&dq=Neue+Revision+der+Grundbegriffe+des+Criminalrechts&hl=pt-BR&ei=LtexTZKpNqbV0QGS7ICSCO&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCwQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=WHqTHwQ_ZiIC&printsec=frontcover&dq=Neue+Revision+der+Grundbegriffe+des+Criminalrechts&hl=pt-BR&ei=LtexTZKpNqbV0QGS7ICSCO&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCwQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false)

(último acesso em 21/04/2011) *Idem*. System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Tübingen: Laupp’schen Buchhandlung, 1855, p. 3 et seq. Disponível em:

[http://books.google.com.br/books?id=pvEPAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=K%C3%B6stlin+system+des+deutschen&hl=pt-BR&ei=gtxeTeeI-f0QGT3sSWCO&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=10&ved=0CFgQ6AEwCO#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=pvEPAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=K%C3%B6stlin+system+des+deutschen&hl=pt-BR&ei=gtxeTeeI-f0QGT3sSWCO&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=10&ved=0CFgQ6AEwCO#v=onepage&q&f=false)

(último acesso em 21/04/2011). A título ilustrativo, Köstlin abandona a categoria da fraude, bem como declara o injusto civil (não malicioso) como autêntico, uma vez que a vontade individual manifestada exteriormente contraria a vontade geral, ainda que o agente não conheça essa relação de contrariedade. Preserva-se, porém, a essência da contrariedade entre a vontade do particular e a vontade geral do Direito.

<sup>176</sup> BEKKER, Ernst Immanuel. Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, t.I. Leipzig: S. Hirzel, 1859, p. 45.

<sup>177</sup> *Ibidem.*, p. 86. Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=IL0PAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Theorie+des+heutigen+deutschen+Strafrechts.&hl=pt-BR>

Posto isto, Bekker propõe de modo provisório que “todos os delitos sejam entendidos como lesões dos direitos subjetivos do Estado responsável”<sup>178</sup>. É de se destacar que, neste particular, repousa uma sutil diferença no que tange à concepção hegeliana, a saber: Bekker não enxerga o objeto do delito como o direito enquanto tal ou como a vontade geral. Ao contrário, Bekker designa a própria ordem jurídica, o Estado enquanto tal, como objeto do delito<sup>179</sup>.

Para Hälschner, o injusto criminal diferencia-se do policial em virtude de aquele não consubstanciar uma mera violação ao ordenamento jurídico na forma da lei, mas a violação de um direito reconhecido, existente e protegido legalmente enquanto tal. O direito como objeto possível do delito, porém, tem sua existência não meramente sob a forma de uma afetação subjetiva, mas também sob a forma de instituições jurídicas. Deste modo, o Estado, suas instituições e órgãos poderiam ser objetos do delito<sup>180</sup>. Este autor, por sua vez, descreveu as manifestações da vontade geral ora como bens jurídicos<sup>181</sup>, ora como direitos e bens jurídicos<sup>182</sup> e, posteriormente, como bens jurídicos e morais e instituições<sup>183</sup>. Pois se “o delito é uma existência finita na qual é apenas compreensível pelo ato delituoso, alcançável apenas na forma de direitos e bens jurídicos, então o delito pressupõe em todos os casos o dano de tais bens jurídicos”<sup>184</sup>.

No entanto, outros autores como Abegg e Geib sustentavam que um conceito material de delito não era fixável em virtude do caráter mutável da história. Para Abegg os direitos e relações jurídicas eram objetos especiais do delito, pois esses direitos e relações jurídicas eram entendidos como sujeitos às mudanças históricas e, assim, não serviam como núcleo material do conceito material de delito<sup>185</sup>. Na mesma linha de raciocínio, Geib afirmava que o conceito de delito é puramente histórico e, por isso, determinado de acordo com as diferentes épocas e povos<sup>186</sup>.

---

[BR&ei=x9exTfKqFqjV0QHStan1CA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](#) (último acesso em 21/04/2011)

<sup>178</sup> Ibidem, p.86.

<sup>179</sup> Neste sentido também SINA, Peter. Op.cit., p. 33.

<sup>180</sup> HÄLSCHNER, Hugo Philipp Egmont. Das Preußliche Strafrecht. Zweiter Theil. Den allgemeinen Theil des Systems umfassend. Bonn: Adolph Marcus, 1858, p. 3 et seq. Disponível em:

[http://books.google.com.br/books?id=G7wPAAAAyAAJ&pg=PA442&dq=der+Strafzwang+sich+richten+und+in+welcher+Weise+er+stattfinden+darf.+dar%C3%BCber&hl=pt-BR&ei=VdqxTZuXAsXq0gGTleWECQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=der%20Strafzwang%20sich%20richten%20und%20in%20welcher%20Weise%20er%20stattfinden%20darf%2C%20dar%C3%BCber&f=false](http://books.google.com.br/books?id=G7wPAAAAyAAJ&pg=PA442&dq=der+Strafzwang+sich+richten+und+in+welcher+Weise+er+stattfinden+darf.+dar%C3%BCber&hl=pt-BR&ei=VdqxTZuXAsXq0gGTleWECQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=der%20Strafzwang%20sich%20richten%20und%20in%20welcher%20Weise%20er%20stattfinden%20darf%2C%20dar%C3%BCber&f=false) (último acesso em 21/04/2011)

<sup>181</sup> Ibidem., p. 444 et seq.

<sup>182</sup> Ibidem., p. 223

<sup>183</sup> Ibidem., p. 442

<sup>184</sup> Ibidem., p. 214.

<sup>185</sup> ABEGG, Julius Friederich Heinrich. Lehrbuch des Strafrechtswissenschaft. Neustadt: J.K.G.Wagner, 1836, p. 93 et seq. Disponível em:

[http://books.google.com.br/books?id=FLNCAAAAcAAJ&pg=PR17&dq=.+Lehrbuch+des+Strafrechtswissenschaft&hl=pt-BR&ei=tdqxTYKaMOj30gGigPmFCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=8&ved=0CE0Q6AEwBw#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=FLNCAAAAcAAJ&pg=PR17&dq=.+Lehrbuch+des+Strafrechtswissenschaft&hl=pt-BR&ei=tdqxTYKaMOj30gGigPmFCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CE0Q6AEwBw#v=onepage&q&f=false) (último acesso em 21/04/2011)

<sup>186</sup> GEIB, Karl Gustav. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Zweiter Band. Leipzig: S.Kirzel, 1862, p. 173. Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=9447AAAAcAAJ&pg=PA327&dq=.+Lehrbuch+des+Strafrechtswissenschaft++Gustav+geib&hl=pt->

Postas essas considerações, o que extrair deste cenário hegeliano do direito penal e do objeto do delito? Para Sina “é de se supor que os hegelianos com suas distintas descrições para os “direitos particulares” quisessem indicar a mesma coisa que Birnbaum quis com o conceito de bem jurídico”<sup>187</sup>. Entretanto, como ressalta o próprio Sina, o elemento verdadeiramente essencial do delito não era a lesão dos direitos particulares ou dos bens jurídicos, mas da vontade geral, isto é, o direito enquanto direito. Destarte, a lesão dos direitos particulares era tão-só um momento necessário do fenômeno da violação da vontade geral<sup>188</sup>. Apesar disto, Sina crê que o conceito de bem jurídico na escola hegeliana não perde totalmente seu conteúdo ou natureza liberal, uma vez que o conceito de bem jurídico é tão-só entendido como concretização da vontade geral, a rigor, como lesão primária e necessária do objeto do delito<sup>189</sup>.

Terminada a exposição quanto ao surgimento da teoria do bem jurídico, bem como no que concerne às circunstâncias e orientações político-filosóficas que marcaram um momento de transição, faz-se imperioso expor as etapas ulteriores do desenvolvimento desta teoria. Deste modo, por amor à didática, o estudo passa a expor, primeiramente, as formulações que considera como as mais relevantes para, depois, proceder à crítica de cada uma delas<sup>190</sup>.

## **2.4 As contribuições doutrinárias ao desenvolvimento da teoria do bem jurídico: exposição e crítica.**

### **2.4.1 O bem jurídico-penal para Karl Binding.**

#### **2.4.1.1 Exposição**

A noção de bem jurídico em Binding está fortemente atrelada à sua teoria das normas. A despeito do rótulo formalista que este autor carrega, é inegável que o bem jurídico desempenha um papel mais relevante do que a crítica normalmente lhe atribui no que concerne à sua formulação teórica. Sua concepção, contudo, não impõe qualquer limite ao legislador quando do exercício da

---

[BR&ei=LNuXtfe7MKLs0gGRkYW3CQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&ved=0CDUQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false](#) (último acesso em 21/04/2011); ver também SINA, P. Op.cit., p.35.

<sup>187</sup> SINA, Peter. Op.cit., p. 36.

<sup>188</sup> Ibidem., p. 37.

<sup>189</sup> Ibidem., p. 38.

<sup>190</sup> Um sem-número de autores escreveu sobre a teoria do bem jurídico, o que, por si só, evidencia a importância que o tema teve e continua a ter no direito penal. Presente estudo optou pela abordagem das principais colaborações e, na medida do possível, procurou orientar-se, na sequência da exposição, não só por critérios meramente cronológicos, mas também tendo em vista o substrato político-filosófico que serviu de base a cada uma dessas contribuições. A exposição começa, assim, por Karl Binding, quem primeiramente utilizou o termo “bem jurídico” tal qual hoje largamente utilizado na Alemanha (“*Rechtsgut*”). A escolha dos autores procurou ser a mais ampla possível sem que, ao mesmo tempo, tornasse a exposição enfadonha. Privilegiou-se, destarte, as nuances responsáveis pelas maiores transformações na teoria do bem jurídico.

atividade legiferante penal, bem como é uma concepção eminentemente coletivista.

A denominação “bem jurídico” (*Rechtsgut*) aparece, a rigor, com Karl Binding, para quem o bem jurídico é

tudo o que aos olhos do legislador possui valor como condição de uma vida saudável dos cidadãos; tudo o que não constitui em si um direito, mas que tem valor aos olhos do legislador enquanto condição de uma vida saudável da comunidade jurídica, em cuja conservação inalterada e imperturbada essa comunidade tem, consoante seu ponto de vista, um interesse, e que o legislador, através de suas normas, está empenhado em garantir contra a lesão ou colocação em perigo indesejada<sup>191</sup>.

Para Binding todos os bens jurídicos são de índole social ou coletiva<sup>192</sup>. Assim, “o bem jurídico é sempre bem jurídico da coletividade, ainda que possa parecer individual”<sup>193</sup>, de modo que seria um grande erro admitir bens jurídicos do indivíduo, porque todos os bens jurídicos servem ao bem comum:

Esses bens possuem todos valor social. Sua incolumidade tem importância não só para este ou aquele, mas para toda a comunidade vivente. Portanto, eles encontram apenas proteção social. Nada é mais falso do que, aqui, aplicar uma visão individualista e querer separar severamente bens do indivíduo dos da sociedade e do Estado<sup>194</sup>.

Acentua, ainda, Binding, que o conceito de bem jurídico é, definitivamente, oriundo do direito público, e não do privado<sup>195</sup>.

Em contraposição a Feuerbach, Binding declara que “o bem jurídico distingue-se profundamente do de direito subjetivo”, de modo que “o que é objeto de um direito subjetivo, com freqüência, não é nenhum bem jurídico, mas apenas um meio para a preservação de bens jurídicos”<sup>196</sup>. Como afirma Binding, “à vida jurídica saudável pertence tanto, que os direitos subjetivos enquanto tais” não explicam tudo o que releva para a tutela penal.

No que respeita, então, ao bem jurídico e ao direito subjetivo, Binding era da opinião de que “todas as relações entre bens jurídicos e determinados direitos subjetivos, exceto as de sujeição, seriam resolvidas se tais relações fossem tratadas por meio da proibição de agressão, para garantir

<sup>191</sup> BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und ihre Arten des Delikts. Leipzig: Weidmann, 1922, pp. 353-354. Trecho traduzido: „...Alles, was selbst kein Recht doch in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung sie nach seiner Ansicht ein Interesse hat, und das er deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist“.

<sup>192</sup> Ibidem., p. 340

<sup>193</sup> Ibidem., p. 358. Trecho original traduzido: „Das Rechtsgut ist stets Rechtsgut der Gesamtheit, mag es schienbar noch so individuell sein“

<sup>194</sup> Ibidem., p. 340. Trecho traduzido: „Diese Güter haben alle Sozial-Wert. Auf ihre Unverletztheit muss nicht lediglich dieser oder jener, sondern das ganze lebendige Gemeinwesen Gewicht legen. Deshalb allein finden sie den Sozial-Schutz. Nichts ist falscher als hier eine individualistische Betrachtungsart anwenden und etwa Güter des Einzelnen von denen der Gesellschaft und des Staates scharf trennen zu wollen“.

<sup>195</sup> Ibidem., p. 341.

<sup>196</sup> Ibidem., pp. 342-343: „was Gegenstand eines subjektiven Rechtes ist, ist oft kein Rechtsgütern, sondern nur ein Mittel zur Erhaltung von Rechtsgütern“.

aos sujeitos de direito seus bens jurídicos”<sup>197</sup>.

Segundo acentua Franz von Liszt, Binding comete dois erros ao tratar do bem jurídico: em primeiro lugar, Binding teria formulado um conceito apressado e unilateral de Norma.<sup>198</sup> Em segundo lugar, e aqui um erro mais grave, Binding teria confundido o conceito com a coisa ao enxergar o delito como transgressão das normas e, por conseguinte, esquecer o evento real no mundo exterior<sup>199</sup>.

Assim, “o legislador busca as condições fáticas da convivência saudável; seu olhar está vinculado de modo muito mais veemente às pessoas, coisas e estados do que aos direitos”<sup>200</sup>. Apesar de adotar uma posição considerada amplamente positivista, Binding não confiava no modo de proceder nem sempre técnico e, não raro, casuístico do legislador. Por este motivo, criticava-o asperamente, bem como alertava para a existência de bens aparentes, os quais reputava uma “inventariação de bens jurídicos”<sup>201</sup>. Tal inventariação seria desvantajosa, inclusive, para as normas, uma vez que tanto as normas proibitivas como as mandamentais deveriam ser claras e, contrapartida, tais bens aparentes seriam extremamente vagos. Logo, hipóteses como “a lesão ao Estado e à personalidade seriam proibições muito vagas para servirem de princípio orientador à ação humana”<sup>202</sup>, de modo que, para Binding, esta noção generalizada “seria tão-só útil para a sistematização da parte especial do direito penal”<sup>203</sup>.

Desta forma, Binding considerava como exemplos de bens jurídicos inadmissíveis a ordem pública e a moralidade. Dizia o autor: “simplesmente inadmissível é a ordem de casamento monogâmico, o casamento como área exclusiva da vida sexual do casal, a criação sexual do autor, a liberdade das mulheres quanto à coabitação sexual, a honra sexual das mulheres [...] resumem-se a bens aparentes da moralidade”<sup>204</sup>.

A pecha de positivista é atribuída a Binding, sobretudo, em razão de clássica passagem, segundo a qual o legislador, quando da criação de bens jurídicos, estava limitado apenas por suas próprias objeções ou ponderações valorativas e pelas exigências da lógica<sup>205</sup>. É de se ressaltar, contudo, que, para Binding, “o que não pode ser lesionado ou destruído, também não pode o direito positivo reconhecer como vulnerável, tampouco como o direito positivo pode produzir uma

<sup>197</sup> Ibidem., p. 346: “Alle Beziehungen zwischen Rechtsgütern und bestimmten subjektiven Rechten ausser denen auf Botmässigkeit werden gelöst, wenn es sich darum handelt die Rechtssubjekte durch Verbot des Angriffs auf ihre Rechtsgüter sicherzustellen”.

<sup>198</sup> Ibidem., p. 221.

<sup>199</sup> Ibidem., p. 222.

<sup>200</sup> Ibidem., p. 339-340

<sup>201</sup> Ibidem., p.351.

<sup>202</sup> Ibidem., p. 351.

<sup>203</sup> Ibidem., p. 351.

<sup>204</sup> Ibidem., pp. 352-353.

<sup>205</sup> Ibidem., p. 340: “In der Schaffung von Rechtsgütern und in der Aufstellung von Schutznormen derselben ist die Rechtsquelle nur durch ihre eigene Erwägung und durch die Logik beschränkt”.

conexão causal lá onde não há nenhuma”<sup>206</sup>

#### 2.4.1.2 Crítica

A primeira grande crítica comumente realizada ao conceito de bem jurídico em Binding é o caráter positivista de sua formulação. Assim ressalta Juarez Tavares:

A noção de bem jurídico varia, conforme essas duas vertentes do positivismo. Segundo o positivismo jurídico, somente a lei expressa os objetos jurídicos, porque encerra a vontade declarada do Estado. O bem jurídico se reduz, aqui, a um elemento da própria norma, que tanto pode ser sua finalidade quanto a *ratio* de seu sistema. Representante deste posicionamento é Binding<sup>207</sup>

Também Eberhard Schmidt, em sua obra clássica sobre a história do direito penal alemão, afirma que

no campo da ciência jurídico-penal o positivismo, sob o fundamento de uma concepção do direito e do Estado completamente liberal, encontrou sua expressão mais grandiosa na obra de Karl Binding. Ele carrega inteiramente a influência do meio do século XIX. A espiritualidade desta época determina sua peculiaridade, empresta-lhe seu conteúdo e mostra-lhe seu lugar na história<sup>208</sup>

Há, contudo, que não confundir positivismo com positividade, como esclarece a lição de Aquiles Côrtes Guimarães:

a idéia de positividade é que sustenta a ordem jurídica, na sua função mantenedora do equilíbrio social, tendo em vista que o conflito é a chave inevitável das relações entre os indivíduos. Isto não significa, de modo algum, sancionar o positivismo jurídico como concepção doutrinária com todas as implicações que ultrapassam a idéia de positividade. Essa idéia está presente em todas as ciências empíricas e não poderia estar ausente nas ciências da cultura ou do espírito, notadamente no Direito<sup>209</sup>.

A formulação de Binding nos parece afeita, sim, ao positivismo, na medida, em que não desenvolve uma crítica mais sistematizada quanto à limitação do poder punitivo e em razão de deixar nas mãos do legislador um poder excessivo. Apesar disto, cumpre relembrar, por parte deste autor, o reconhecimento de certos bens como falsos ou aparentes.

Além da concessão em demasia ao legislador, outro ponto decisivo e que pesa contra a teoria

<sup>206</sup> Ibidem., p. 340: “ Was nicht verletzt oder vernichtet werden kann, kann auch das positive Recht als verletzbar nicht anerkennen, ebensowenig wie das positive Recht einen Kausalzusammenhang da hervorzuzaubern vermag, wo keiner ist”.

<sup>207</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 187.

<sup>208</sup> SCHMIDT, Eberhard. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3 Auflage. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1995, §273, p. 304. Trecho original traduzido: “Im Bereiche der Strafrechtswissenschaft hat der Positivismus auf der Grundlage einer durch und durch liberalen Rechts- und Staatsauffassung seinem großartigsten Ausdruck gefunden in dem Lebenswerk Karl Bindings. Er trägt durchhaus das Gepräge des mittleren 19. Jahrhunderts. Die Geistigkeit dieser Zeit bestimmt seine Eigenart, verleiht ihm seinem Gehalt und weist ihm seinem Platz in der Geschichte”.

<sup>209</sup> GUIMARÃES, Aquiles C.. Edmundo Husserl e o fundamento fenomenológico do direito. In: Fenomenologia e direito. Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - Volume2, Número 1. Abril/Setembro 2009. Rio de Janeiro: TRF, Região, 2008, p. 70.

de Binding é sua concepção evidentemente coletivista. Ao afirmar que todo bem jurídico possui índole coletivista, Binding expunge toda a natureza liberal atribuída à teoria do bem jurídico, o que implica negar qualquer relevância apriorística ao indivíduo. Este importante traço da teoria do bem jurídico de Binding, inclusive, é prejudicial ao seu alerta no sentido de evitar bens jurídicos falsos e aparentes, muito comuns dentro da classe dos chamados bens universais ou coletivos.

## 2.4.2 Franz von Liszt

### 2.4.2.1 Exposição

Franz von Liszt compreendia o conceito de bem jurídico como um conceito-limite (*Grenzbegriff*), pois a consideração do direito sob o ponto de vista do fim encaixa-se também no âmbito da teoria da sociedade.

Nos seguintes termos Liszt explica o significado do bem jurídico como conceito-limite:

A descrição do conceito 'bem jurídico' como um conceito-limite quer, contudo, significar mais. Ela deve acentuar de modo agudo a conexão interna da ciência do direito com a política e a necessidade de constante e mútua promoção e fecundação entre ambas; ela deve protestar contra um tratamento puramente jurídico-formal do direito, isto é, um tratamento exclusivamente lógico-jurídico<sup>210</sup>

Posteriormente, Liszt acrescenta que o conceito de bem jurídico assegura a conexão do direito penal com as ciências a ele próximas. Na medida em que tal conceito trata de delito e pena, ele abarca também uma questão de política criminal. O conceito de bem jurídico deve, portanto, incluir a proteção contra um puro formalismo, isto é, contra um tratamento exclusivamente lógico-jurídico do direito. Esta rejeição ao formalismo, conforme visto em ponto anterior, ilustra o clássico debate entre Liszt e Binding.

Segundo as palavras de Franz von Liszt,

Todo direito existe por causa das pessoas; seus interesses, o indivíduo como um todo, devem ser protegidos e promovidos através dos estatutos do direito. Aos interesses juridicamente protegidos chamamos bens jurídicos. É claro que com o bem jurídico a ideia de fim entra no âmbito da teoria do direito; que o pensamento teleológico do direito começa e o lógico-formal encontra seu término<sup>211</sup>.

Para Liszt “não é a ordem jurídica que produz o interesse, mas sim a vida; a proteção jurídica, porém, é o que alça o interesse da vida à condição de bem jurídico”, de modo que “bem jurídico não é um bem do direito ou do ordenamento jurídico, mas um bem do homem protegido e

<sup>210</sup> LISZT, Franz Von. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 8, 1888, p. 139 apud MURMANN, Uwe. Op.cit., p.97. Trecho original traduzido: “Die Bezeichnung des Begriffes ‘Rechtsgut’ al seines Grenzbegriffes will aber *noch mehr* bedeuten. Sie soll den inneren Zusammenhang der Rechtswissenschaft mit der Politik, die Notwendigkeit steter gegenseitiger Förderung und Befruchtung scharf betonen; sie soll Verwahrung einlegen gegen eine rein formaljuristische, d.h. ausschließlich juristisch-logische Behandlung des Rechts”.

<sup>211</sup>Von Liszt, Franz. ZStW, 6, 673 apud HEINITZ, Ernst. **Franz von Liszt als Dogmatiker**. In: Franz von Liszt zum Gedächtnis. Zur 50. Wiederkehr seines todestages am 21. Juni 1919, Walter de Gruyter: Berlin, 1969, p. 36.

reconhecido pelo direito”<sup>212</sup>.

Mas como distinguir interesse de bem jurídico? Assim o esclarece Liszt:

Interesse é o valor que a ocorrência ou não-ocorrência de uma determinada modificação tem para os interessados. ‘Bem’ é, diferentemente desse interesse, aquele para o qual aquela modificação tem valor. O que, porém, é aquele algo, no qual repousa o interesse da ocorrência ou não de uma modificação no mundo exterior, o agir ou não agir dos amigos do direito, dizemos com a proposição: todo direito existe por causa dos homens, todo direito protege interesses da vida humana. A existência humana é, portanto, o bem jurídico; nessas diferentes formas deste existir surge a divisão de bens jurídicos<sup>213</sup>.

Os interesses podem surgir das relações dos indivíduos entre si e dos indivíduos com o Estado e a sociedade ou vice-versa. Deste modo, onde há vida, há também força que tende a manifestar-se e desenvolver-se livremente de maneira a proporcionar pontos de cruzamento entre as vontades humanas. Deste cruzamento pode exsurgir uma colisão de esferas<sup>214</sup>.

Liszt atribuía, ainda, um significado prático ao conceito de bem jurídico como um critério de classificação dos tipos penais da parte especial. Assim, os bens jurídicos individuais contrapunham-se aos da coletividade. Para Liszt os bens jurídicos individuais estão abrangidos pelos delitos contra a integridade corporal e a vida, pelos delitos contra bens jurídicos imateriais, contra os direitos individuais e contra a propriedade. Outro grupo caracterizar-se-ia, ainda, especialmente pelo meio através do qual o objeto de proteção era atacado, e não através do objeto em si. Neste grupo estão os delitos de perigo comum por um lado, e o mau uso de explosivo e a falsificação de documentos, por outro. Por fim, os delitos contra a coletividade, que abrangem os delitos contra o Estado, contra a autoridade estatal e contra a administração da justiça.

#### 2.4.2.2 Crítica

A primeira crítica à concepção de Liszt situa-se no terreno do conteúdo do conceito de bem jurídico. Neste sentido, Liszt classifica o bem jurídico como um interesse juridicamente protegido. Apesar de Liszt não defender propriamente uma identificação entre interesse e bem, os dois conceitos não se confundem, conforme será visto em capítulo posterior.

<sup>212</sup> LISZT, Franz von. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Zehnte durchgearbeitete Auflage. Berlin, 1900, pp.53, 54 (nota de rodapé 1) Trecho original traduzido: “ Nicht die Rechtsordnung erzeugt das Interesse, sondern das Leben; aber der Rechtsschutz erhebt das Lebeninteresse zum Rechtsgut [...] Rechtsgut ist nicht ein Gut das Rechts oder der Rechtsordnung, sondern ein durch das Recht anerkanntes und geschütztes Gut der Menschen”.

<sup>213</sup> Rechtsgutbegriffs, p. 141 et seq. Trecho original: "Interesse ist der Wert , den der Eintritt oder Nichteintritt einer bestimmten Veränderung für den Betreffenden hat; "Gut" ist im Unterschiede von jenem Interesse dasjenige, wofür jene Veränderung von Wert ist. Was aber jenes Etwas ist, in dessen Interesse der Eintritt oder Nichteintritt einer Veränderung in der Aussenwelt, das Handeln oder Nichthandeln der Rechtsgenossen liegt, das sagt uns der Satz: Alles Recht ist um des Menschen willen da, alles Recht schützt menschliche Lebeninteressen. Das menschliche Dasein ist also das Rechtsgut; in den verschiedenen Gestaltungen dieses Daseins ergibt sich die Einteilung der Rechtsgüter"

<sup>214</sup> LISZT, Franz von. Lehrbuch...p. 54.

O conceito de bem jurídico defendido por Liszt revela para muitos uma nítida influência do positivismo naturalista: se por um lado o conceito de bem jurídico é um interesse que remonta à vida do homem, o que dá àquele caráter pré-jurídico, por outro lado, assim como Binding, da teoria do bem jurídico de Liszt não se deduz qualquer critério para informar ao legislador o que selecionar ou não na condição de interesse humano a ser protegido ou, nas palavras do autor, convertido em interesse jurídico.

Se Liszt não chega a incutir em seu conceito de bem elementos críticos, é bem verdade que ao denominá-lo como conceito-limite, este autor funda a possibilidade para que futuras investigações desenvolvam (e, de fato, se desenvolveram), ainda que sem uma relação de necessidade, uma noção político-criminal de bem jurídico, conforme salientado no capítulo anterior.

O impacto da ideia de fim em Liszt também contribuiu para as ulteriores concepções metodológicas do bem jurídico, o que, neste ponto, não significou um ganho crítico para a teoria do bem jurídico

#### 2.4.3 O bem jurídico à luz do neokantismo

Quando Liebmann, um dos primeiros defensores do neokantismo, propõe em 1865 o retorno a Kant (*Also muß auf Kant zurückgegangen werden*)<sup>215</sup>, a filosofia encontrava-se em momento decisivo. Conforme acentua Windelband, as chamadas ciências da natureza viam sua importância, em termos metodológicos, superar as ciências da história ou humanas; a psicologia atraía a atenção de estudiosos, sequiosos por emprestar-lhes uma feição própria, bem como as investigações acerca do significado da alma ganhavam viço<sup>216</sup>, fator este essencial ao posterior desenvolvimento da filosofia dos valores do sudoeste alemão, que se insere no contexto de oposição às doutrinas

<sup>215</sup> Em sua obra clássica, Liebmann se propõe a analisar os principais trabalhos posteriores a Kant, que deste se serviram, de alguma forma, como um ponto de referência importante, ainda que para de Kant discordarem. O autor opõe-se, assim, a cada um desses filósofos pós-kantianos, como Fichte, Schopenhauer, Schelling, Hegel e outros. Diante deste panorama, ao final de cada análise, Otto reafirma a necessidade de se abandonar a linha seguida por tais autores e de se retornar a Kant. Cf. LIEBMANN, Otto. **Kant und Epigonen; eine kritische Abhandlung**, pp. 15, 86, 110, 139, 156, 215, 203.

<sup>216</sup> WINDELBAND, Wilhelm. **Lehrbuch der Geschichte der Philosophie**. 6. Auflage. Tübingen, 1912, p.511 et seq. Sobre o momento decisivo da filosofia do século XIX: “Denn das entscheidende Moment in der philosophischen Bewegung des 19. Jahrhunderts ist zweifellos die Frage nach dem Mass Von Bedeutung, welches die naturwissenschaftliche Auffassung der Erscheinungen für die gesamte Welt- und Lebensansicht in Anspruch zu nehmen hat”; Sobre o esvaziamento da metafísica e do iluminismo e ascensão das ciências naturais (p. 512): “Die Metaphysik des 17. Und deshalb auch die Aufklärung des 18. Jahrhunderts standen im grossen und ganzen unter der Herrschaft des n a t u r w i s s e n s c h a f t l i c h e n D e n k e n s”. Sobre o desprendimento e progressiva autonomia da psicologia em relação aos assuntos filosóficos (p. 519): “ Eine charakteristische Veränderung in den allgemeinen wissenschaftlichen Verhältnissen während des 19. Jahrhunderts ist die stetig fortschreitende und jetzt als prinzipiell vollendet anzusehende Ablösung der Psychologie von der Philosophie1”. Sobre os debates acerca dos assuntos da alma, mais especificamente sobre a sua imortalidade e acerca da personalidade de Deus (p. 524): “Bei den Debatten über die Seelenfrage in Frankreich und England mischt sich natürlich auch immer das religiöse oder t h e l e o l o g i s c h e I n t e r e s s e n a dem Begriffe der S e e l e n s u b s t a n z ein[...] Sie drehten sich wesentlich um die P e r s ö n l i c h k e i t G o t t e s und die U n s t e r b l i c h k e i t d e r S e e l e”.

contrárias à metafísica. É neste cenário, sobretudo de reação ao materialismo das ciências naturais, que se desenvolve o neokantismo.

Antes de proceder aos reflexos do neokantismo sobre a teoria do bem jurídico é necessário, contudo, aduzir, ainda que de modo não exaustivo, o paradigma filosófico dessa escola de pensamento e, em particular, o que representou a mencionada filosofia dos valores e o conceito de cultura para o objeto examinado nesta sede.

É em virtude desta contextualização é conveniente esclarecer, desde logo, que o neokantismo apresenta duas tradições distintas de pensamento, a despeito do ponto comum do retorno a postulados kantianos.

Consoante assinala Ferrater Mora, a escola de Marburgo

representa a tendência mais racionalista, conceptualista, objetivista e até científicista, entendendo-se por esta última característica a orientação para as ciências da Natureza e, em particular, para o modelo da física matemática. O que a Escola de Marburgo tem em comum com a maioria das linhas neokantistas é o pressuposto de que a única justificação legítima do saber filosófico consiste em não permitir que se dissolva ou numa intuição romântica do real ou nas conceptualizações próprias das ciências particulares<sup>217</sup>.

Tal escola rejeitava, destarte, propostas intuitivas e queria impor aos conceitos um rígido método baseado na análise<sup>218</sup> das condições do conhecimento tal como Kant as concebeu. Tal consideração lógico-analítica aproximava-se, inexoravelmente, das ciências naturais, uma vez que delas retirava os dados para análise.

Em campo diametralmente oposto situa-se a escola de Baden, capitaneada por Windelband, Rickert e Lask. A escola de Baden logrou passar da filosofia transcendental kantiana à propositura de uma teoria dos valores e, nesta empreitada, coube a Windelband classificar as ciências em nomotéticas e ideográficas. Enquanto as ciências nomotéticas apresentavam um viés generalizante e, vinculadas à descrição físico-matemática da realidade, apontavam na direção da feitura de leis universalmente válidas, as ciências ideográficas revelavam matiz individualizador com forte referência à história, aos valores e à cultura.

Assim explica Ferrater:

Windelband havia distinguido o caráter nomotético das ciências naturais e o caráter idiográfico das ciências históricas. Rickert estabeleceu uma distinção em alguns aspectos similar e em outros distinta: as ciências se dividem em ciências generalizantes e ciências individualizadoras. Em princípio, um mesmo objeto poderia ser considerado de dois pontos de vista: o generalizante e o individuador, no primeiro caso, é um objeto de alguma das ciências naturais, no segundo, um objeto de algumas das ciências culturais. A divisão entre um modo de pensar individualizante está na base da divisão entre ciência natural e ciência cultural. A ciência natural trata seus objetos abstraindo dos casos particulares as leis gerais – ou formulando leis gerais que se aplicam a todos os casos particulares que caem dentro

<sup>217</sup> FERRATER MORA, J. **Dicionário de filosofia**, t.III. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1994, pp.1858-1859.

<sup>218</sup> A adoção deste ponto de partida analítico é especialmente visto nos primeiros trabalhos de Hermann Cohen, fundador da escola: “mas os conceitos, tomados individualmente, podem apenas fornecer uma forma de a priori: a analítica” (*Aber die Begriffe, einzeln genommen, können nur eine Art der Apriorität leisten: die analytische*). Cf. COHEN, Hermann. **Kants Theorie der Erfahrung**. Ferd. Dümmler’s Verlagsbuchhandlung, 1871 p. 80. Como assinala Ferrater, Cohen queria fundar uma filosofia dos valores tendo a lógica como guia, pois só a lógica é capaz de explicitar seus fins e limites próprios, bem como só ela é capaz de, por si só, demonstrar a própria validade. Cf. FERRATER MORA, J. **Dicionário de filosofia**, t.I. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 490-491.

dela. A ciência cultural se ocupa do individual. [...] Enquanto a ciência natural se desenvolve com independência de valores e valorações, a ciência cultural está estreitamente relacionada com eles.<sup>219</sup>

No que diz respeito a esta classificação, interessa especialmente ao estudo a concepção de ciências ideográficas ou do espírito e, por conseguinte, os conceitos de história, valor e cultura.

A introdução do valor na filosofia da escola de Baden, de modo decisivo, se dá pelas mãos de Lotze, para quem os valores estão totalmente ancorados, bem como são percebidos, na intuição, na vontade ou desejo e na repugnância, de modo que os valores não são abrangidos nem pelo pensamento e nem mediante esforço, mas sim através do sentimento intuitivo<sup>220</sup>. Assim, “cada simples percepção sensitiva, cada cor, cada tom corresponde originariamente a um próprio grau de desejo ou repugnância”<sup>221</sup>, revelando que “nessa vivência de sentimento o espírito é possuído por valores infinitos, como o pássaro pela melodia, cuja beleza é maior que ele mesmo”<sup>222</sup>. Este sentimento, conforme acentua o autor, é “o comportamento psíquico através do qual nós entramos em relação com um mundo de valores”<sup>223</sup>.

A axiologia de Lotze foi recebida por Rickert, a quem coube aprimorá-la, por meio de uma concepção objetivista e universal dos valores, que se realizam no curso da história. Neste ponto, insta fortalecer a ideia de que a cultura está diretamente relacionada ao método teleológico das ciências do espírito ou históricas, conforme o próprio Rickert apregoa:

Nós vemos, em resumo, assim: nosso primeiro conceito proposto de cultura era ainda muito amplo. Cultura existe apenas lá onde também há ou é dado o desenvolvimento histórico-teleológico., e então se mostra uma conexão mais íntima entre cultura e história. [...]. Só os valores da cultura fazem a história possível como ciência e só o desenvolvimento histórico produz valores culturais. [...] A ciência da história é mesmo um produto da cultura e só pode surgir, por isso, por meio do desenvolvimento cultural histórico<sup>224</sup>.

A transposição dos postulados da escola de Baden para o direito penal, em especial no que tange à teoria do bem jurídico ou, de modo mais amplo, do objeto do delito, revelou uma concepção preocupada com a proteção dos valores da comunidade. O bem jurídico ou objeto da proteção traduzia, destarte, uma fórmula sintetizada dos valores culturais consagrados em dada sociedade e

<sup>219</sup> FERRATER MORA, J. **Dicionário de filosofia**, t.IV. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 2536.

<sup>220</sup> LOTZE, Hermann Rudolf. **Mikrokosmos**. Ideen zur Naturgeschichte und Geschichte der Menschheit. Versuch einer Anthropologie. Bd.I. Leipzig: Hirzel, 1856, p. 261.

<sup>221</sup> Idem., p. 264. Trecho original: “Jeden einfachen sinnlichen Empfindung, jede Farbe, jedem Tone entspricht ursprünglich ein eigenen Grad der Lust oder Unlust”.

<sup>222</sup> LOTZE, Hermann Rudolf. **Metaphysik**. Leipzig: Weidmann'sche Buchhandlung, 1841, p. 6. Trecho original: “In jenem Gefühlerlebnis wird der Geist von den unendlichen Werten in Besitz genommen, wie der Vogel von Melodien, deren Schönheit größer ist als er selbst”.

<sup>223</sup> LOTZE, Hermann Rudolf. **Logik**. Drei Bücher vom Denken, vom Untersuchen und vom Erkennen, Leipzig<sup>2</sup>, 1928, pp. IX-XCII *apud* WERNER, Folke. **Vom Wert der Wert**: die Tauglichkeit des Wertbegriffs als Orientierung gebende Kategorie menschlicher Lebensführung. Eine Studie aus evangelischer Perspektive. Münster; Hamburg: Lit Verlag, 2001, p. 58. Trecho original traduzido: “...das Gefühl ist das psychische Verhalten, durch das wir in Beziehung zu einer Welt der Werte treten”.

<sup>224</sup> RICKERT, Heinrich. **Die Grenzen der naturwissenschaftlichen...** pp. 579-580: “ Kurz, wir sehen: unser zuerst aufgestellter Begriff von Kultur war noch zu weit. Kultur ist nur dort, wo s auch teleologisch-historische Entwicklung giebt, und so zeigt sich ein noch engerer Zusammenhang von Kultur und Geschichte. [...] Kulturwerthe allein machen die Geschichte als Wissenschaft möglich , und geschichtliche Entwicklung allein bringt Kulturwerthe hervor.[...] Die Geschichswissenschaft ist selbst ein Kulturprodukt und kann daher erst durch eine historische Kulturentwicklung entstehen”.

reconhecidos pelo legislador. Objeto de proteção e finalidade da norma penal passam a significar uma coisa só, o que acarreta não apenas uma confusão ou erro categorial, mas também traz problemas de ordem político-criminal.

Neste próximo tópico o trabalho apresenta, de forma resumida, os principais juristas que trataram da questão do bem jurídico sob alguma influência da filosofia do sudoeste alemão.

#### 2.4.3.1 O conceito teleológico de bem jurídico-penal: Richard Honig, Erich Schwinge e Ernst-Joachim Lampe.

Para Honig o objeto de proteção jurídico-penal diz com a circunstância de o “direito penal servir à proteção da comunidade jurídica como objeto reconhecidamente valoroso”<sup>225</sup>, de modo que “o legislador penal orienta-se, neste sentido, consoante a visão de mundo ou consciência do povo”<sup>226</sup>.

A proteção dos valores da comunidade é, portanto, a finalidade do direito penal e, “neste sentido e nesses limites são aqueles valores os objetos de proteção das proposições jurídico-penais”<sup>227</sup>. Logo, à luz desta premissa, a noção de bem jurídico não é outra coisa senão “o fim reconhecido nas proposições penais individuais em sua fórmula mais resumida” (*in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannte Zweck in seiner kürzesten Formel*)<sup>228</sup>. Assim explica Honig:

Para que toda prescrição jurídico-penal previna de lesão ou da colocação em perigo de valores significativos para a vida jurídica, o conceito de objeto de proteção deve se ocupar apenas daquela síntese categorial, com a qual o pensamento jurídico captura o sentido e fim das proposições penais em forma comprimida<sup>229</sup>.

Segundo assinala este autor, o critério para a determinação dos valores da comunidade é tomado pelo legislador “a partir da cultura fundada na consciência do povo”, de modo que “o juízo de desvalor que prevalece na consciência da comunidade quanto a uma ação é o motivo da proteção jurídica legislativa”<sup>230</sup>. O objeto de proteção enquanto síntese categorial é um resultado da construção conceitual especificamente jurídica. Isto significa que “a proteção de objetos não existe

<sup>225</sup> Cf. AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 130.

<sup>226</sup> Ibidem., p. 130.

<sup>227</sup> HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten*. Mannheim;Berlin;Leipzig: Bensheimer, 1919, p. 92 apud AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 131.

<sup>228</sup> Apud AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 131.

<sup>229</sup> Apud AMELUNG, Knut. Op.cit. 131. Trecho original: “Indem ein jeder strafandrohender Rechtssatz der Verletzung oder Gefährdung eines für das Rechtsleben bedeutsamen Wertes vorzubeugen bestrebt ist, ist der Begriff des Schutzobjektes nur diejenige kategoriale Synthese, mit welcher juristisches Denken Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze in komprimierter Form zu erfassen bestrebt ist”. (tradução nossa)

<sup>230</sup> Apud AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 131. Trecho original traduzido: Das Unwerturteil, das sich im Bewußtsein der Gemeinschaft hinsichtlich einer Handlung durchsetzt, ist das Motiv des gesetzgeberischen Rechtsschutzes”.

como tal, mas ela ganha vida apenas quando nós capturamos os valores da comunidade como objetos-fim das proposições jurídico-penais”<sup>231</sup>.

Outro defensor da construção teleológica do conceito de bem jurídico é Schwinge, para quem o âmbito de aplicação das proposições penais deveria levar em conta uma série de aspectos.

Seu ponto de partida situava a ciência do direito no ramo das ciências culturais ou do espírito (*Kultur-oder Geisteswissenschaften*), o que encontrava eco na escola de Baden, conforme visto acima. Disto decorria que a construção do conceito de bem jurídico levaria em conta objetos individualizados mediante um procedimento referido a valores. A construção do tipo penal, segundo Schwinge, é determinada com referência ao valor escolhido pelo legislador, o que faz alusão à chamada *ractio legis* como método de interpretação dos tipos. Noutros termos: consagra-se a equiparação entre valor e finalidade<sup>232</sup>.

Como a finalidade do direito penal é, para este autor, a proteção dos valores da comunidade, a proteção de bens jurídicos se dá através da proteção dos direitos provenientes dos valores reconhecidos da vida e da cultura de uma comunidade<sup>233</sup>.

Este autor sustenta uma concepção de bem jurídico que pode ser situada neste apartado, uma vez que apresenta estreitos laços com a noção de valores culturais. Para construir o seu raciocínio e justificar sua posição, Lampe estabelece quatro premissas, a saber: a) bens jurídicos possuem valores culturais como fundamento (“*Rechtsgüter haben kulturelle Werte zur Grundlage*”); b) valores culturais possuem necessidades individuais como fundamento (“*Kulturelle Werte haben individuelle Bedürfnisse zur Grundlage*”); c) necessidades individuais tornam-se valores culturais quando são valores sociais dominantes (“*Individuelle Bedürfnisse werden zu kulturellen Werten, wenn sie sozial dominant sind*”); d) valores culturais tornam-se bens jurídicos apenas quando há confiança em sua existência e carência ou necessidade de proteção jurídica (“*Kulturelle Werte werden nur dann zu Rechtsgütern, wenn das Vertrauen in ihrer Bestand rechtsschutzbedürftig erscheint*”)<sup>234</sup>.

Segundo afirma Lampe, “a cultura é a totalidade da ordem econômica, social, política e em sentido estrito, cultural, de uma sociedade”. A cultura é, portanto,

um sistema normativo, um sistema de ordem, que cerca o homem porque ele precisa se encaixar em seu ambiente em uma densa rede de regras de organização, a partir das quais o homem aprende o que fazer e tolerar em qual situação, em síntese, como ele tem de se comportar<sup>235</sup>.

<sup>231</sup> Apud AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 131. Trecho original: “Die Schutzobjekte existieren nicht als solche, sie gewinnen erst Leben, indem wir die Gemeinschaftswerte als Zweckobjekte der Strafrechtssätze ins Auge fassen”(tradução nossa).

<sup>232</sup> Cf. AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 133. Ver também: SCHWINGE, Erich. **Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht**. Ein Beitrag zu strafrechtlichen Methodenlehre. Bonn: Rohrscheid, 1930, p. 22

<sup>233</sup> Cf. AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 134.

<sup>234</sup> LAMPE, Ernst-Joachim. **Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis**. In: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 151 et seq.

<sup>235</sup> Ibidem., p. 153. Trecho original: “Kultur ist die Gesamtheit der wissenschaftlichen, sozialen, politischen und i.e.S. kulturellen Ordnung einer Gesellschaft [...] Die Kultur ist ein normative System, ein System der Ordnung, das den Menschen deshalb umgibt,

Uma vez compreendidas as teses como um todo, chega-se ao conceito de bem jurídico:

Bens jurídicos são fundamentos de legitimação para as normas jurídicas e suas sanções estatais [...]. Definidos de forma mais clara, bens jurídicos são, por isso, aqueles valores culturais em cuja existência a coletividade confia e para cuja proteção ela considera como necessário o uso de força<sup>236</sup>

Outros autores que merecem citação nesta sede são Erik Wolf e Mittasch, os quais também tinham por premissa o fato de a ciência do direito penal ser uma ciência da cultura<sup>237</sup>. O objeto do direito penal é, portanto, a cultura social ou, noutras palavras, bens culturais, como a família o Estado e a nação. Proteger tais bens culturais é proteger os fins do direito e, através da proteção jurídica, tais bens culturais tornam-se bem jurídicos<sup>238</sup>.

Deste modo, a ordem jurídica não faz nada além de selecionar bens culturais. Tal seleção carece, contudo, de princípios que forneçam critérios e ideias. Este princípio segundo Wolf, com base em Rickert, é a moralidade. No entanto, fundamental para o direito penal é o conteúdo que o Estado dá a essa ideia, a chamada “ideia do Estado” (*Staatidee*)<sup>239</sup>.

Com alicerce em Rickert, Wolf defende que bens são “como vínculos (*Bindglieder*) que ligam o mundo dos valores ideais à realidade, de modo que o bem jurídico não é um resultado no mundo exterior e tampouco possui natureza física, mas revela uma realidade cultural”<sup>240</sup> ou, no dizer de Mittasch, “algo imaterial”<sup>241</sup>.

#### 2.4.3.2 Crítica

Que o direito é um saber que se situa no campo das relações humanas e que estas não apenas são o produto de uma determinada manifestação cultural, bem como são reveladoras da seleção de um determinado valor, é algo de que não se pode sensatamente duvidar. O que não decorre desse reconhecimento, sem antes alguma estruturação mais específica do pensamento, é o modo pelo qual a natureza normativa do direito se relaciona com a ideia de valor. Também não deriva diretamente do reconhecimento de que o direito é uma manifestação cultural ou, de modo mais adequado, um

---

weil er zur Einpassung in seine Umwelt eines engmaschigen Netzes, aus denen er erfährt, was er in welcher Situation zu tun und zu lassen, kurz wie er sich zu benehmen hat...”

<sup>236</sup> Ibidem., p. 164. Trecho original: Rechtsgüter sind Legitimationsgründe für Rechtsnormen und ihre staatliche Sanktion [...] Genauer definiert sind Rechtsgüter daher diejenigen kulturellen Werte, auf deren Bestand die Allgemeinheit vertraut und zu deren Schutz sie den Einsatz von Zwang für erforderlich halt’

<sup>237</sup> Cf. AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 147. Ver também: WOLF, Erik. Strafrechtliche Schuldlehre: Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre. Teil I. Manheim-Berlin-Leipzig, 1928, p. 76 et seq; MITTASCH, Helmut. Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik. Berlin: Walter de Gruyter, 1939, p. 3.

<sup>238</sup> Cf. AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 147.

<sup>239</sup> Ibidem., p. 147.

<sup>240</sup> Ibidem., p. 147.

<sup>241</sup> Ibidem., p. 147.

objeto cultural, o modo pelo qual determinada cultura deve ou não relevar para o legislador. Pois se o direito é um objeto cultural, é, também, por outro lado, “criador de cultura e até possibilitador da cultura também ele”<sup>242</sup>.

Isto significa que o direito, ao mesmo tempo em que procura conservar, também é instado a modificar a cultura. No que diz respeito ao conceito de cultura utilizado pela escola de Baden, este é um conceito bastante amplo e, como se assinalou alhures, mais formal que material (e, talvez, isto não possa ser de outro modo). Se por cultura compreende-se, pois, um conjunto de forças normativas oriundas das mais diversas manifestações da experiência humana (política, jurídica, econômica, social e outras), então, simultaneamente, afirma-se o constante fluxo dessas diversas manifestações no modo de organização das relações humanas. Tal conceito amplo não pode, contudo, ingressar no mundo do direito sem critérios prévios. Coube, justamente, aos penalistas sob a influência desta escola de pensamento, organizar o “como” a filosofia neokantista deveria relevar para o direito penal. Neste particular, a classificação dos métodos se faz presente no sentido metodológico-teleológico que as teorias do bem jurídico inspiradas neste postulado irão apresentar. Outro aspecto de clara absorção é o pensamento referido a valores.

Todos esses elementos se traduziram, no campo do direito penal, em uma proposta que se, por um lado, enaltece o papel dos valores na normatização das relações humanas, por outro lado não é capaz de distinguir fim de valor. O reconhecimento do direito penal como uma ciência da cultura, todavia, também não é levado adiante de forma a investigar como os chamados bens culturais devem relevar para o direito penal.

Ponto decisivo para a teoria do bem jurídico, contudo, é o chamado processo de desmaterialização de seu conteúdo, que é, hoje, bastante criticado pela doutrina, uma vez que abre um extenso leque de possibilidades para as incriminações sem a contrapartida da refutação empírica.

Entre os aspectos criticáveis dessas contribuições, em maior ou menor grau vinculadas à escola filosófica do sudoeste alemão, quatro são os pontos que merecem comentário: o significado da concepção metodológica ou teleológica do bem jurídico; a objeção do caráter positivista do conceito; a dilatação do conteúdo do conceito de bem jurídico; a equivalência entre valor e bem e o aspecto coletivista.

O significado histórico mais óbvio das contribuições de Honig e Schwinge é a difusão do sentido metodológico-teleológico do conceito de bem jurídico. Assim, hodiernamente, é um lugar comum interpretar os tipos penais da parte especial do código com a referência ao bem jurídico

---

<sup>242</sup> NETO, A.L.Machado. Sociologia Jurídica. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 154.

protegido, pedra angular desta interpretação. Tal fórmula também se expressa na proposição segundo a qual toda a incriminação deve ser dirigida à tutela de um bem jurídico específico. Por outro lado, este sentido metodológico em nada colabora para uma limitação do legislador, já que não evidencia um sentido crítico. Além disto, confunde-se, não raro, a ideia de fim com a ideia de bem jurídico, o que em nada contribui para uma delimitação rigorosa do conceito de bem jurídico.

É justamente do reconhecimento da pouca ou nula aptidão do sentido metodológico-teleológico do bem jurídico para orientar o legislador que nasce a objeção de que, no fundo, apesar de apresentarem estruturas diversas, o resultado a que chegam Honig e Schwinge, por exemplo, não é muito diferente de um resultado essencialmente positivista, seja de caráter lógico-formal em uma alusão a Binding, seja de caráter naturalista, em uma referência a Liszt. Muito embora não seja correto atribuir a estes autores o rótulo de positivistas, é adequado verificar que, sob um ponto de vista mais restrito, o fato de não se estabelecer qualquer critério orientador ou limitador à atividade legislativa conduz, em termos de resultados, à inexistência diferenças sensíveis entre as duas concepções.

A objeção decisiva, contudo, é aquela que diz respeito ao conteúdo do conceito. Atribuir ao bem jurídico o conteúdo de valores comunitários, valores culturais ou algo similar amplia em muito a prerrogativa do legislador e, com isto, a possibilidade de incriminações arbitrárias. Há, portanto, uma dilatação do conteúdo conceitual que permite não só a incriminação de sentimentos, de meras atitudes antissociais, bem como a criminalização de condutas supostamente contrárias ao Estado, violadoras do sentimento dominante em uma Nação (algo que, por si só, é de difícil identificação e duvidosa legitimidade face às liberdades constitucionalmente garantidas) entre outras possibilidades.

Ademais, resta obscura a distinção específica entre fim, valor e bens, ainda que culturais. Tal diferença específica se impõe, pois se trata de categorias inconfundíveis, conforme visto no capítulo anterior e como ainda será mencionado em outros tópicos.

Por fim, a identificação do bem jurídico com valores da comunidade é costumeiro alvo de críticas por parte dos setores doutrinários que vêem no indivíduo o ponto a partir do qual deve ser desenvolvida uma teoria do bem jurídico. O grande problema de se identificar os bens jurídicos com os valores comunitários é a tendência que este raciocínio coletivista tem para a consagração de certo autoritarismo. As dificuldades já começam pela própria definição dos valores comunitários. Afinal de contas, o que faz de um valor um valor da comunidade? Bastaria para tal um critério estatístico?

Mas o que há de tão errado em querer proteger certos valores comunitários se, em geral, todos admitem que a função primordial do Direito é, de certo modo e dentro de suas possibilidades,

construir uma convivência pacífica? Conforme advoga este estudo, há uma grande diferença entre valores da comunidade e valores ou condições essenciais à boa relação dos indivíduos que integram esta comunidade. A aceitação de que a comunidade, um ente abstrato e insuscetível de materialização, pode ser uma portadora de valores é um expediente bastante conveniente para que o Estado, agindo em nome dos interesses dessa mesma comunidade, estabeleça determinados valores que, não raro, não seriam referendados por todo e cada indivíduo integrante desta comunidade. O fato é nenhum dos autores analisados nesta sede logrou esclarecer o que se entende por valores da comunidade.

Os inconvenientes de uma teoria calcada aprioristicamente na comunidade, na coletividade, no Todo e em outros *topoi* similares serão minudenciados em momento oportuno. Para os fins deste tópico, em particular, basta a constatação de que falar em valores da comunidade sem explicitá-los, bem como os seus critérios de identificação, é um argumento fraco e cuja tendência mais clara é a de negar a relevância do sujeito<sup>243</sup>

#### 2.4.4 Hans Welzel

##### 2.4.4.1 Exposição

Decisivo para entender a compreensão de Welzel acerca do bem jurídico é entender a filosofia de seu sistema finalista, em grande medida influenciado pela escola fenomenológica da filosofia dos valores, sobretudo, pela obra de Nicolai Hartmann<sup>244</sup>. Por este motivo, faz-se imperioso apresentar as linhas gerais da orientação filosófica que lhe serviu de base.

Hartmann distingue ao lado do mundo das coisas reais um reino de essências ideais. Para este autor, “valores têm uma existência ideal em si” (*ideales Ansichsein*) e não são oriundos de um sujeito que os estipula. Aor revés, deve-se entender que os valores são dados à consciência, embora independentes desta, assim como independentes dos sujeitos e suas opiniões<sup>245</sup>. Os valores distinguem-se dos demais objetos do reino da idealidade pelo fato de eles “insistirem em tornarem-se reais”. É, portanto, o valor que determina o dever-ser (e não o contrário, como em Kant), de modo que o ser dos valores é o próprio dever-ser. A rigor, o “dever-ser” do conteúdo do valor se estabelece ou converte-se em um dever-fazer (*tun sollen*). No que diz respeito especificamente ao

<sup>243</sup> Neste sentido: TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 190.

<sup>244</sup> Apesar de alguma controvérsia acerca desta influência, ela é inegável. O próprio Welzel escreve que “uma teoria da ação verdadeira” só pode ser desenvolvida na ética de Nicolai Hartmann. Trecho original: “ Eine wirkliche Handlungslehre sehe ich gegenwärtig bezeichnenderweise nur in einer E t h i k entwickelt: in N. Hartmanns „Ethik”. WELZEL, Hans. Abhandlung...p. 125, nota 12.

<sup>245</sup> HARTMANN, Nicolai. Ethik. Berlin; Leipzig.: Walter de Gruyter, 1926, p. 715

injusto pessoal, nota característica do sistema de Welzel, a filosofia de Hartmann é especialmente importante. Este autor declara que os tipos de valores determinam-se de acordo com os diferentes depositários de valores. Eis as palavras do filósofo:

Valores de um determinado tipo estão sempre essencialmente referidos a um determinado tipo de depositários de valor. Assim, valores da coisa referem-se às coisas, valores de bens de modo absoluto aos substratos reais (independentemente se coisas, relações reais, condutas reais de pessoas etc.), valores da vida às essências da vida, valores morais a sujeitos pessoais<sup>246</sup>.

Deste modo, os valores de ato realizam-se nas ações dos sujeitos e o marcam como um ser de atitude honesta, confiável, amável ou o oposto de tudo isto, conforme a hierarquia de valores que se opõem. A pessoa moral é, assim, o depositário dos valores do ato, enquanto com os valores de bens ocorre algo diverso: estes são realizados no resultado da ação. Os valores do resultado repousam, destarte, em substratos reais<sup>247</sup>.

Desta relação entre valores morais e a pessoa, como depositária destes, surgiria depois toda uma escola finalista, segundo a qual a norma penal proíbe ações, condutas e não resultados, o que significou, inequivocamente, uma valorização do desvalor da ação no bojo do injusto. Tal relação é posta de modo claro por Hartmann:

Todo valor moral é valor de um comportamento, todo comportamento é, porém, contra alguém. Ele tem um objeto real, e este é sempre uma pessoa ou uma comunidade de pessoas. Ele tem um tal objeto também, ainda que seja puramente interior, uma conduta meramente intencional, meramente atitude intrínseca sem ação, mesmo sem a exteriorização da atitude interna. O objeto do comportamento de uma pessoa é sempre uma pessoa. Trata-se de pessoas, não de coisas, é sentido contra pessoas, não contra coisas<sup>248</sup>.

Reduzir os escritos de Welzel à mera transposição da obra de Hartmann é, contudo, não só errado como inadmissível. Faz-se necessário, portanto, à compreensão mais aproximada de seu contributo a exposição dos pilares de sua filosofia.

Em sua obra filosófica magna, Welzel não só fornece uma análise das doutrinas jusnaturalistas, bem como expõe sua própria contribuição. Ponto de partida desta filosofia é a ideia de obrigação. Conforme salienta este autor, a contraposição entre o direito positivo e o natural revela de maneira incontestável que nas relações humanas não só

há algo que se impõe por sua superior força, o que é concluído, sem mais, por um costume inveterado, por algo que possui mais do que mera faticidade real, algo que, independentemente de uma ordem ou de um costume, obriga-nos uma ação no mais íntimo de nosso ser. A ideia do estar obrigado incondicionalmente é o núcleo e o conteúdo de verdade permanente do direito natural. Essa ideia se refere a um momento que vai além de toda a realidade meramente existente e pertence à esfera de um

<sup>246</sup> HARTMANN, Nicolai. Ethik, p. 131. Trecho original: "Werte einer bestimmten Art sind immer wesentlich bezogen auf eine bestimmte Art von Wertträger. So Dingwerte auf Dinge, Güterwerte überhaupt auf reale Substrate (einerlei ob Dinge, reale Verhältnisse, reales Verhalten von Personen usw.), Lebenswerte auf Lebenwesen, sittliche Werte auf personale Subjekte".

<sup>247</sup> Ibidem., p. 128 et seq.

<sup>248</sup> Ibidem., p. 130. Trecho original traduzido: "Jeder sittliche Wert eines Verhaltens, jedes Verhalten aber ist Verhalten gegen jemand. Es hat ein reales Objekt, und dieses ist immer eine Person oder eine Gemeinschaft von Personen. Es hat ein solches Objekt auch dann, wenn es ein rein innerliches, bloss intentionales Verhalten, blosses Gesinnung, ohne Handlung ist, ja selbst ohne Äusserung der Gesinnung. Der Gegenstand des Verhaltens einer Person ist immer wieder eine Person. Man handelt an Personen, nicht an Dingen, ist gesinnt gegen Personen, nicht gegen Dinge".

outro. Face a este momento aparece o comando real, por mais eficaz que seja, como mera presunção de dever, mas não como dever obrigatório.<sup>249</sup>

Tal ideia de estar obrigado é, portanto, segundo Welzel o axioma do qual não só ele parte, mas todas as teorias do direito natural. Este axioma encontra-se, pois, na consciência humana. Esta obrigatoriedade pressupõe, contudo, a ideia de que os homens são responsáveis. Noutras palavras, a obrigatoriedade impõe ao homem a responsabilidade “por uma ordem de sua vida que seja dotada de sentido”, tornando-o “sujeito da conformação” de sua própria vida<sup>250</sup>.

Neste sentido, são elementos inseparáveis a ideia de obrigação e a de pessoa ou sujeito responsável. Isto quer dizer que em toda obrigação o obrigado é considerado como pessoa responsável. Toda a ordem que pretenda obrigar alguém a algo tem que reconhecer o obrigado como pessoa. O “reconhecimento do homem pessoa como pessoa responsável” é, assim, o “pressuposto mínimo” de toda a ordem social<sup>251</sup>.

Mas não só a ideia de obrigação incondicionada e de sujeito responsável formam as verdades eternas do direito natural. Também a natureza ordenada do agir ético-social e a conformidade das ordens ético-sociais<sup>252</sup>. Da admissão de um agir conforme a natureza ético-social resulta, obviamente, uma gama de possibilidade de agir contrárias a esta ordem. Ambas, contudo, são precedidas por uma decisão axiológica primária não passível de prova. De acordo com Welzel, as manifestações acerca dos conteúdos do dever-ser estão “alicerçados em estruturas de sentido primárias, nas quais o homem busca interpretar o sentido de sua existência”. Tais estruturas de sentido são, pois, “ensaios de interpretação do dever-ser transcendente no aqui e agora”<sup>253</sup>.

A interpretação humana acerca do agir eticamente correto é, todavia, falível, de modo que o homem só pode perceber a transcendência na imanência de sua consciência e razão. A caracterização dos conteúdos do dever-ser como ensaios de interpretação do sentido da existência não significa, conforme salienta Welzel com alguma frequência, o entregar-se ao arbítrio, aos caprichos individuais. Tampouco significa, tal qual o faz a doutrina existencialista, que o homem cria ou inventa tais conteúdos. Antes disso, é algo incrustado na consciência dos homens o fator possibilitador ao acesso deste conteúdo.

<sup>249</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, p. 237. Trecho original traduzido: “...nicht bloß etwas gibt, das durch seine überlegene Macht zwingt oder von uns infolge einer eingewurzelten Gewohnheit tatsächlich geübt wird, etwas, das mehr besitzt als bloß faktische Realität, vielmehr etwas, das – unabhängig von einem Befehl oder einer Gewohnheit – uns in unserem innersten Sein zu bestimmten Handeln verpflichtet. Der Gedanke des unbedingten Verpflichtet-Seins ist der Kern und der bleibende Wahrheitsgehalt des Naturrechts. Dieser Gedanke bezieht sich auf ein Moment, das alle bloß daseiende Realität, übersteigt und einer anderen Sphäre angehört. Diesem Moment gegenüber erscheint der wirkliche Befehl, mag er noch so wirksam sein, als bloße Sollensanmaßung, nicht aber als verpflichtendes Sollen”; Também ver: WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía...* p. 322 et seq.

<sup>250</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht.*, p. 238; WELZEL, Hans. *Introducción.*, p. 323.

<sup>251</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht.*, p. 238; WELZEL, Hans. *Introducción.*, p. 324

<sup>252</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht.*, p. 239 et seq; WELZEL, Hans. *Introducción.*, p. 325

<sup>253</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht.*, pp. 240-241; WELZEL, Hans. *Introducción.*, p. 327.

Mas com isto o sistema de Welzel ainda não está completo. Peça fundamental para se avaliar se o agir humano pode buscar este sentido ético-social é a natureza final desta ação. A estrutura da ação humana é, assim, o pressuposto de possibilidade para valorações que, a rigor, só podem ser valorações de ações<sup>254</sup>.

No plano ôntico, contudo, há uma limitação quanto às possíveis estruturas de sentido e de seu conteúdo, uma vez que é neste plano ôntico que o homem, dentro da estrutura social, se vê em certa medida condicionado pela sua fragilidade física, pela distinção entre sexos e pela ‘sociabilidade’, isto é, a necessidade que cada homem tem em relação aos outros, ou melhor, sua dependência para com os outros. Este fator dá o tom da ordem social, pois “no princípio de todas as estruturas sociais humanas se encontram as ‘instituições’ da propriedade, do matrimônio (família) e da comunidade política (do Estado)”<sup>255</sup>. Por instituições Welzel quer compreender tão-só as unidades sociais indispensáveis à existência humana. “Essencial é, nelas, em primeiro lugar, sua absoluta necessidade existencial e, em segundo, seu caráter obrigatório incondicionado”<sup>256</sup>. São, portanto, unidades supraindividuais vitais.

Disto resulta claro que, em uma ordem social, o importante é a manutenção dessas instituições imprescindíveis. Uma ordem social só é jurídica, conforme Welzel, se é mais que a manifestação de uma dada relação de poder, isto é, se nela está contida a intenção de tornar real o justo. Só a partir desse ponto de vista pode uma ordem social enfrentar o indivíduo não só mediante a coação, mas com a pretensão de obrigar-lhe no plano da consciência<sup>257</sup>. Segue o autor afirmando que “na realidade apenas há bens jurídicos quando e na medida em que eles estão em função”, isto é, na medida em que eles sejam atuantes e seus efeitos sejam recebidos na vida social”<sup>258</sup>.

Postas estas considerações, compreende-se mais facilmente o papel secundário que o bem jurídico desempenhava na concepção de Welzel. Segundo este autor,

B e m J u r í d i c o é um bem da vida da coletividade ou do indivíduo, que por causa de seu significado social é juridicamente protegido. Pode-se dar a eles diversos tipos de substrato: como objeto psicofísico ou ideal-espiritual (por exemplo, respectivamente a vida – e a honra) ou como estado real (por exemplo, a paz doméstica) ou como relações da vida (por exemplo, o casamento ou parentesco), ou como relações jurídicas (por exemplo, a propriedade, o direito de caça), assim como comportamentos de um terceiro (por exemplo, o dever de lealdade dos funcionários, protegido contra o suborno, corrupção). Bem jurídico é toda situação social desejável que o direito quer garantir contra lesões. A soma de bens jurídicos não forma, contudo, um monte atomizado, mas a ordem social e, por isso, o significado de um bem jurídico não está isolado em si mesmo<sup>259</sup>.

<sup>254</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht.*, p. 243 et seq; WELZEL, Hans. *Introducción.*, p.330.

<sup>255</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht.*, p. 245; WELZEL, Hans. *Introducción.*, p. 331 Trecho original traduzido: “So stehen am Anfang aller menschlichen Sozialentwürfe die “Institutionen” des Eigentums, der Ehe (Familie) und der politischen Gemeinschaft (des Staates)”

<sup>256</sup> WELZEL, Hans. *Introducción.*, p. 331.

<sup>257</sup> WELZEL, Hans. *Naturrecht.*, p. 252;

<sup>258</sup> Apud JAKOBS, Günther. *Strafrecht.*...p. 45.Trecho original: “In Wirklichkeit gibt es Rechtsgütern nur, wenn und soweit sie in “Funktion” sind, d.h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen”.

<sup>259</sup> WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung.* 5. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1956, p. 4. Trecho original: “Rechtsgut ist ein Lebensgut der Allgemeinheit oder des Einzelnen, das wegen seiner sozialen Bedeutung rechtlich

Conforme pondera Welzel, o ponto central de orientação das normas penais é o valor do ato, não o valor do estado de coisas. Assim,

as lesões a bens jurídicos (o desvalor do estado de coisas) são só um momento parcial dependente-condicional dentro do desvalor global de ato da conduta. O conteúdo material das proposições jurídico-penais não é a mera proteção a bens jurídicos, mas a preservação de valores de ato da consciência jurídica.<sup>260</sup>

Isto se explica porque para proteger bens jurídicos o direito penal chega normalmente atrasado<sup>261</sup>. É também por esta razão que

mais essencial do que a proteção dos bens jurídicos concretos individuais é a tarefa de garantir a validade real (observância) dos valores do ato da consciência jurídica; eles são o fundamento mais sólido que alicerça o Estado e a sociedade. A mera proteção a bens jurídicos tem apenas uma meta negativo-profilática, preventivo-policial. A tarefa mais profunda do direito penal, ao contrário, é de natureza positiva e ético-social: ao proscrever e punir a inobservância realmente efetiva dos valores fundamentais, revela na forma mais impressionante, a qual está à disposição do Estado, a validade inquebrantável desses valores positivos do ato, molda o julgamento ético-social dos cidadãos e fortalece sua consciência de permanente fidelidade jurídica<sup>262</sup>.

A proteção de bens jurídicos não passa, portanto, de um mero instrumento para um fim maior, que personifica a verdadeira missão do direito penal. Nas palavras de Welzel:

Uma proteção permanente e eficiente de bens jurídicos só é alcançável através da garantia dos valores ético-sociais elementares da ação. A proteção a bens jurídicos será garantida de modo mais profundo e forte através da abrangente função ético-social do que através do mero conceito de proteção a bens<sup>263</sup>.

Se a defesa dos valores ético-sociais é mais relevante do que a proteção de bens jurídicos, então também o atual esforço para retirar bens jurídicos “espiritualizados” do direito penal é vão. Segundo afirma o próprio Welzel, “naturalmente é indiferente se o “bem jurídico” é físico-material

---

geschützt wird. Dem Substrat nach kann es in verschiedenster Art auftreten: als psychophysisches oder als ideellgeistiges Objekt (jenes z. B. das Leben — dieses die Ehre) oder als realer Zustand (z.B. der Hausfrieden) oder als Lebensbeziehung (z.B. Ehe oder Verwandtschaft) oder als Rechtsverhältnis (z.B. Eigentum, Jagdrecht), já sogar als Verhalten eines Dritten (z.B. die Pflichttreue des Beamten, geschützt vor Bestechung). Rechtsgut ist jeder erwünschte soziale Zustand, den das Recht vor Verletzungen sichern will. Die Summe der Rechtsgüter bildet nicht einen atomisierten Haufen, sondern die soziale Ordnung, und darum ist die Bedeutung eines Rechtsgutes nicht isoliert für sich allein, sondern nur im Zusammenhang mit der gesamten sozialen Ordnung abzuschützen.”.

<sup>260</sup> WELZEL, Hans. FS- Kohlrausch, 101, 106 apud MÜSSIG, Bernd. Schutz abstrakter...p. 28. Trecho original: “Die Rechtsgüterverletzung (der Sachverhaltsunwert) ist nur ein unselbständiges bedingendes Teilmoment innerhalb des umfassenden Aktunwerts der Handlung. Materiale Gehalt der Strafrechtssätze ist nicht der bloße Rechtsgüterschutz, sondern die Erhaltung der Aktwerte rechtlicher Gesinnung”.

<sup>261</sup> WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht. 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 3

<sup>262</sup> WELZEL, Hans. Das Deutsche...p. 3. Trecho original: “Wesentlicher als der Schutz der konkreten einzelnen Rechtsgüter ist die Aufgabe, die reale Geltung (Befolgung) der Aktwerte rechtlicher Gesinnung sicherzustellen; sie sind das stärkste Fundament, das den Staat und die Gemeinschaft trägt. Bloßer Rechtsgüterschutz hat nur eine negative-vorbeugende, polizeilich-präventive Zielsetzung. Die tiefste Aufgabe des Strafrechts dagegen ist positive-sozialethischer Natur: Indem es den wirklich betätigten Abfall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung verfehmt und bestraft, offenbart es in der eindrucksvollsten Weise, die dem Staat zur Verfügung steht, die unverbrüchliche Urteil der Bürger und stärkt ihre bleibende rechtstreue Gesinnung”.

<sup>263</sup> Idem., p. 4. Trecho original: “ Nur über die Sicherung der elementaren sozialethischen Handlungswerte ist ein wirklich dauerhaft und durchgreifender Schutz der Rechtsgüter zu erreichen. Durch die umfassendere sozialethische Funktion des Strafrechts wird der Rechtsgüterschutz tiefer und starker gewährleistet als durch den alleinigen Güterschutzgedanken”.

ou espiritual-ideal – também a honra é, enquanto objeto do insulto, um bem jurídico”<sup>264</sup>.

A compreensão do conceito de bem jurídico apresentado por Welzel também é entendido à luz da teoria das normas, conforme pode-se depreender desta passagem:

Para um conceito útil de bem jurídico é preciso, em primeiro lugar, não indagar do que mediante pena deve ser protegido, mas apenas o que deve ser protegido mediante a norma, isto é, através do mandamento ou proibição. [...] Bem jurídico é apenas aquilo que se refere ao comportamento mandado ou proibido como seu objeto de ação material ou ideal, mas não o comportamento em si<sup>265</sup>.

#### 2.4.4.2 Crítica

A noção de bem jurídico no sistema jurídico-filosófico de Welzel assume uma importância secundária, conforme se procurou evidenciar. O fato de o bem jurídico ser um mero coadjuvante está longe de ser uma mera coincidência. É, ao contrário, corolário da finalidade que Welzel atribui ao direito penal e, também, consequência de seu sistema jurídico finalista.

Filosoficamente Welzel está muito próximo à filosofia dos valores alemã e, em especial, está próximo à concepção ética e axiológica de Hartmann, muito embora o pensamento de Welzel não seja uma mera repetição das ideias do filósofo tedesco.

Ao defender a existência da ideia de obrigação incondicionada na pessoa responsável Welzel alinha-se segundo o rol de autores que reconhece um sentimento de obrigação inato. O sentido moral é, assim, algo inato e, ao contrário do que defendia Rosseau, em Welzel, não se trata de um sentido infalível.

Admitir uma consciência moral, da qual advém o sentimento ou ideia inata de obrigação, do estar obrigado a algo, pressupõe um dever-fazer (um imperativo que, no campo da Ética é passível de frustração) e um poder-não-fazer, que está no cerne desta possibilidade de frustrar imperativos. Da consciência moral que está por trás desta obrigação, por seu turno, deriva a apreensão do valor, isto é, um ato de preferência, de escolha que, por sua vez, aduz o conceito de vontade.

Como Welzel, ao lado da pessoa humana responsável e da ideia de obrigação incondicional, também reconhece um agir ético-social conforme a uma ordem ética, isto implica o reconhecimento da ética como uma ciência do dever-ser invariante. A escolha de determinados valores imprescindíveis a este agir ético dá, portanto, o tom da ética welzeliana e, neste ponto, chega-se a uma primeira objeção comumente feita à concepção de Welzel. Tal objeção é, em geral, aquela dirigida à própria finalidade atribuída ao direito penal: a de promover na consciência dos cidadãos

<sup>264</sup> WELZEL, Hans. Abhandlungen, p. 137.

<sup>265</sup> Ibidem., p. 137. Trecho original traduzido: “Zum brauchbaren Rechtsgutsbegriff kommt man überhaupt erst dann, wenn man nicht schon das, was durch Strafe geschützt werden soll, sondern nur das, was durch die Norm, d.h. durch das rechtliche Gebot oder Verbot, geschützt werden soll, als Rechtsgut bestimmt. Rechtsgut ist nur das, worauf sich das gebotene oder verbotene Verhalten als sein materielles oder ideelles Handlungsobjekt bezieht, nicht aber das Verhalten selbst”.

determinados valores ético-sociais elementares. Se é certo que uma sociedade não sobrevive sem o apelo a certos valores, também é certo que o direito não deve se ocupar de promovê-los ou incuti-los com obrigatoriedade, isto é, à força, na consciência das pessoas. Tal postura soa, inclusive, improfícua, na medida em que o processo de interiorização de valores pelos cidadãos deve ser fruto de um ato livre. Quando valores são impostos, ao invés de efetivamente escolhidos e vivenciados, o que se consegue é tão-somente uma aparente ordem estável, mas que tem seus alicerces frágeis, visto que fincados no terreno da coerção, da autoridade e não no da liberdade responsável. Com tal postura não se confunde, decerto, o fato de que a aplicação concreta do direito, de certo modo, afirma a relevância de certos valores em detrimento de outros.

Em um primeiro momento, Welzel parece não ignorar este importante aspecto, ao assinalar o caráter contraproducente que a imposição de determinada concepção de mundo pelo direito, por meio da sanção, entrará também em conflito com a consciência do indivíduo. Ao revés, segundo o autor, quanto mais o direito se limitar aos elementos fundamentais das instituições sociais, tanto mais se poderá “esperar seu cumprimento, inclusive, de convicções éticas diferentes, já que não há vida social sem certo marco institucional”<sup>266</sup>.

Esta preocupação, contudo, se esfacela diante dos valores imprescindíveis à ordem social segundo Welzel que, a rigor, são valores predominantemente coletivistas ou comunitários, conforme será visto adiante. A aceitação de uma obrigação inata e incondicionada, apesar de alvo de críticas por vários setores filosóficos, é absolutamente coerente com a premissa jusnaturalista de Welzel.

Mas o que há de errado na proposição segundo a qual o direito penal deve promover a manutenção de certos valores ético-sociais imprescindíveis à ordem social?

Segundo a crítica de Dias, “não é função do direito penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estatalmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo”, de modo que “uma concepção deste teor é, pois, absolutamente inadequada à estrutura e às exigências (mesmo, ou sobretudo, às exigências éticas!) das sociedades democráticas e pluralistas dos nossos dias”<sup>267</sup>.

A observação do professor português é correta e evidencia o risco de se fazer do ramo mais invasivo e de intervenção mais gravosa na liberdade do direito uma espécie de promotor de valores e modelador de consciências. Não se nega, porém, que há um substrato axiológico por trás de toda a norma jurídico-penal, sem o qual nenhuma ordem social seria possível. Não estamos convencidos

<sup>266</sup> WELZEL, Hans. *Introducción*, p. 342.

<sup>267</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 59-60. Apud SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e engenharia genética humana. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.102.

de que Welzel tenha pretendido desvalorizar deliberadamente a liberdade individual ao ponto de impor um projeto ético-social a qualquer custo. Ao revés, o autor trata de reputar a noção de sujeito responsável como uma das pedras angulares de seu sistema. Como a responsabilidade supõe a noção de liberdade, não é possível vislumbrar em Welzel um desprezo pelo indivíduo. Esta intenção, todavia, não é suficiente para garantir que a proteção jurídica não se confunda com a moral, como assinala Tavares<sup>268</sup>. Segundo defende este trabalho, o projeto de promoção de valores ético-sociais de Welzel falha ao incorporar neste rol de valores a figura do Estado<sup>269</sup>. O Estado é um ente abstrato de natureza contingente e não absoluta, isto é, sua existência só se justifica em razão dos indivíduos. O Estado é meramente um instrumento justificável apenas na medida em que efetivamente serve ao cidadão. Incluir o Estado no rol de valores a serem perseguidos encerra uma consequência inaceitável e duas possibilidades nocivas. A consequência inaceitável é que se procede a uma justificação absoluta do Estado, sem que seu caráter instrumental precise ser justificado a cada intervenção. Quanto às implicações decorrentes disso, pode-se apontar: a) por um lado, se, afinal, quem exerce o poder estatal são indivíduos, que, conforme acentua o próprio Welzel, são falíveis e estão submetidos ao plano ôntico do “homem empírico”, então nada impede que os chamados “valores ético-sociais” elementares se transmudem em valores meramente individuais, dotados apenas de subjetividade e, por isso, potencialmente arbitrários; b) por outro lado, retira-se o caráter essencial da lesividade ao bem jurídico, uma vez que a mera violação aos valores do Estado em si (ou seja, valores que não se ocupam do chamado interesse público primário, mas de interesses que dizem apenas com a própria estrutura estatal) seria suficiente para fundamentar um tipo penal.

Além disto, não se pode concordar que a figura do Estado é uma instituição imprescindível, de necessidade absoluta existencial. A noção de ordem não se confunde com a de Estado que é, tão-só, um modo de ser da necessidade de ordem, esta, sim, de absoluta necessidade em qualquer sociedade humana.

Ainda no campo dos valores ético-sociais, o papel de outras instituições imprescindíveis à ordem social não parece suficientemente claro a fim de que se logre uma definição do que realmente encerra o conteúdo de tais valores. Tal delimitação é deveras relevante porque impõe um freio à incriminação da mera antissociabilidade.

O risco da criminalização da antissociabilidade só fica claro na teoria do injusto de Welzel, cuja alusão à axiologia de Hartmann é patente. Em sua concepção de injusto pessoal está, de modo

---

<sup>268</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do injusto...p. 193.

<sup>269</sup> Não se objeta, contudo, que a família e a propriedade (enquanto relação de disponibilidade imprescindível à satisfação das necessidades humanas) são bases fundamentais à ordem social. Estranhável, repise-se, é o fato de o valor da liberdade, possibilitador de todos os outros, não consta como elemento imprescindível à ordem social.

insofismável, sobredimensionado o desvalor subjetivo da ação. Se é verdade – e nisto reside uma conquista inegável do finalismo – que a norma penal só pode proibir ações, e não resultados<sup>270</sup>, também é verdade que não é toda ação que pode ser incriminada, sob pena de se tornar inviável a convivência de indivíduos falíveis. E, neste sentido, tampouco o desvalor da intenção pode ser nota suficiente ao processo criminalizante<sup>271</sup>.

No que diz respeito à relevância do bem jurídico em todo este edifício, Welzel salienta com razão o caráter eminentemente preventivo desta teoria. Welzel sabia, conforme será aprofundado em capítulo posterior pertinente, que atribuir como função primordial do direito penal a de proteger bens jurídicos contra lesões e perigos é o mesmo que emprestar ao direito penal um fundamento exclusivamente preventivista, o qual será sempre dependente da comprovação empírica e faz de toda e qualquer incriminação algo extremamente contingencial, sem qualquer controle.

Ciente disto, Welzel procurou um fundamento mais sólido ao direito penal e, de fato, logrou realizá-lo ao estreitar as ligações inegáveis entre valores e norma penal. A proposta welzeliana falha, contudo, ao ampliar em demasia o âmbito da criminalização através da imposição de certo modo de agir ético-social. O fundamento moral passa a confundir-se com o fundamento para a criminalização de condutas de tal maneira que, não raro, é difícil vislumbrar o limite daquele, sobretudo, quando se tem em consideração a importância do desvalor da intenção na configuração do injusto para este autor.

## 2.4.5 A teoria do bem jurídico-penal e o direito penal nacional-socialista

### 2.4.5.1 Exposição

Conforme elucida Rüthers, citado por Murmann, “a literatura teórico-jurídica pós 1933 é lida, a partir da perspectiva atual, como uma competição da ciência jurídica para melhor possibilitar

---

<sup>270</sup> KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen: Schwartz, 1954, p. 282: “Den Gegenstand der Normen freilich vermochte Binding nur ungenau zu bestimmen. Nicht eine „Tat“ i.S. Bindings, jene na einen rudimentären finalen Kern sich ankrystallisierende Verursachung, kann Gegenstand eines Gebotes oder Verbotes sein, sondern nur reine finale Handlung, wie sie Welzel als apriorische Struktur im Objekt der rechtlichen Regelung erkannt hat”; p. 71: “Aus diesen „Ereignissen“ oder „Geschehnissen“ aber heben sich diejenigen heraus, die Menschenwerk sind: “Zunächst die menschlichen Handlungen, in deren Zweck es (notwendig mit) lag, „Rechtsgüter“ zu beeinträchtigen, zu schützen oder hervorzubringen, dann auch – nach subtileren sozialer und kausaler Erkenntnis – diejenigen Handlungen, deren Durchführung eine zwar unbeabsichtigte, aber nach den Kausalgesetzen mehr oder minder wahrscheinliche Beeinträchtigung, Bewahrung oder Förderung von Rechtsgütern mit sich bringt. Bewertet wird hier nicht die Kausalität als „Ereignis“ oder „Geschehnis“, sondern der „teleologische Setzungszusammenhang der Intentionalität des Menschen”<sup>215</sup>). Das Geschehnis wird zum „Willenswerk“, die Finalität macht das „Ereignis“ einem Menschen zurechenbar, und die Wertung bezieht den Menschen in ihren Gegenstand ein: “„personales Unrecht“. Bei negative Wertung sind „Aktwerte“ das Ergebnis, bei positive Wertung „Aktwerte””.

<sup>271</sup> Esta crítica, agora especificamente no campo do injusto, mais aprofundada em: REIS, Marco Antonio S. *Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista*, In: *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 17, n. 78, maio-junho 2009, p. 46 et seq.

a execução da exigida renovação étnica-racial do direito enquanto meta jurídico-política do nacional-socialismo”<sup>272</sup>. Ao contrário dos esforços iluministas no sentido de limitar o poder do Estado, o Estado nacional-socialista caracteriza-se por ser “um Estado ideológico”<sup>273</sup>, sendo o povo “o maior valor”<sup>274</sup>, “raiz, essência e meta da renovação nacional-socialista”<sup>275</sup>.

O teor das relações entre Estado e sociedade é bem evidenciado por Frank, um dos juristas que integraram o partido nacional-socialista. Neste sentido, tal relação é comemorada com certa efusividade nas palavras deste autor:

O nacional-socialismo enquanto ideologia não separa mais Estado e povo, mas os engloba em uma única unidade criadora. A unidade entre Partido e Estado é como que uma construção orgânica total que, em ordem crescente, a partir do solo da origem do povo, representa, com o reconhecimento da necessidade da regulação total para proveito de todo o povo, o Estado em face da contínua vontade do povo e faz com que a autoridade do Estado crie através de seu arranjo a instituição e realização da norma<sup>276</sup>.

Consoante salienta Sina, “o conceito de bem jurídico foi bastante discutido durante o período nacional-socialista”. Sobretudo, o conceito foi criticado, uma vez que carregava consigo um conteúdo liberal, herdado desde os idos da teoria de lesão a direitos subjetivos<sup>277</sup>. O período nacional-socialista, no que diz respeito ao direito penal e, em particular, à teoria do bem jurídico observou o embate de duas orientações distintas. Por um lado, a concepção metodológica do bem jurídico, já abordada neste capítulo, que tinha como ícones Honig, Schwinge e outros. Em campo oposto fortalecia-se a chamada escola de Kiel (*Kieler Schule*), com a qual este tópico se ocupará mais detidamente. Esta última posição notabilizou-se pela sua característica antiliberal e, por conseguinte, pelo rechaço à teoria do bem jurídico. Dahm e Schaffstein são as duas figuras mais representativas dessa escola e do chamado direito penal nacional-socialista.

Conforme explica Nagler, “o indivíduo deixou de ser elemento autônomo na construção da organização social...[...] ele é exclusivamente membro responsável; sua posição jurídica está sempre, numa ordem hierárquica, atrás do interesse geral”<sup>278</sup>. Do mesmo modo sustentava Frank ao afirmar que “para o novo pensamento da comunidade, o indivíduo só é reconhecido como membro

<sup>272</sup> RÜTHERS, Bernd. Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts Von 1933 bis 1945. In: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.) Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Baden-Baden 1992, p. 19 *apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p. 127.

<sup>273</sup> KRÜGER. Die geistigen, p. 163 *apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p. 127.

<sup>274</sup> SIEGERT. Grundzüge, p. 8 *apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p.127

<sup>275</sup> FREISLER, Roland. Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken. Berlin: Spaeth & Linde, 1938, p. 9 *apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p. 128.

<sup>276</sup> FRANK, Hans. Grundsätze des nationalsozialistischen Rechtsdenkens. In: FRANK, Hans. Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. 2. Auflage. München: Franz Eher, 1935, p. 18 *apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p.130. Trecho original traduzido: “Der Nationalsozialismus als Weltanschauung trennt Staat und Volk nicht mehr, sondern faßt sie zu einer einzigen schöpferischen Einheit zusammen. Die Einheit von Partei und Staat ist gleichsam ein organisches Gesamtbilde, das, aus dem völkischen Urgrund aufsteigend, mit dem Erkenntnis der Notwendigkeit von Gesamtregelungen zum Vorteil des Gesamtvolkes dem Staat gegenüber fortlaufend den Volkswillen repräsentiert und den Staat autoritärer veranlasst, durch seine Einrichtung Norm und Verwirklichung der Norm zu schaffen”

<sup>277</sup> SINA, Peter. Op.cit., p. 70.

<sup>278</sup> NAGLER, Johannes. Staatsidee und Strafrecht, GS 103, 1933, p. XVIII *apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p.132.

da personalidade jurídica da comunidade, seu valor é medido meramente de acordo com o grau de espírito de sacrifício e cumprimento do dever”<sup>279</sup>. Ou, ainda, de modo sintético, mas impactante, o lema nacional-socialista: “ Você não é nada – seu povo é tudo”<sup>280</sup> (Du bist nichts – Dein Volk ist alles).

O direito penal nazista pode ser, destarte, identificado pela sua postura contrária ao individualismo. Mas não só. No campo teórico pretendia-se a substituição da ideia de tipo pela de essência, bem como a introdução de ideias como a do primado do “são sentimento do povo” (*gesundes Volksempfindung*). Ademais, advogava-se um direito penal do autor e o abandono da ideia de lesão a bens jurídicos. Em seu lugar deveria valer a noção da lesão ao dever (*Pflichtverletzung*), de modo que, conforme assinala Freisler, “raça e nacionalidade deveriam em primeiro lugar ser protegidos”<sup>281</sup>.

Sintomáticas são as palavras de Dahm neste sentido:

Não acreditamos na existência de um método puramente técnico como que ao lado dos valores e conteúdos, mas estamos convencidos de que à mudança da visão jurídica também deve corresponder uma modificação e posterior desenvolvimento de nosso pensamento metodológico, de que a única natureza jurídica do método em si está enraizada em determinados pressupostos ideológicos<sup>282</sup>.

Entre as objeções, os penalistas do nacional-socialismo ressaltavam que “certamente há um âmbito de delitos que só se harmoniza com tal sistema da lesão a bens jurídicos ao custo de dificuldades, porque seu conteúdo criminal consiste em algo diferente do que na lesão de bens tangíveis, como os delitos de perigosidade geral, certos delitos contra os costumes (por exemplo, a conduta homossexual do § 175 StGB) ou o perjúrio”<sup>283</sup>. Ademais, “o conteúdo do injusto do delito não se esgota na lesão a bens jurídicos” e “tampouco as penas se limitam à mera função de proteção”<sup>284</sup>.

Para Dahm, a consideração do delito apenas à luz do resultado e da lesão a bens jurídicos leva a consequências equivocadas, pois, na verdade, os bens jurídicos também seriam melhor

<sup>279</sup> FRANK, Hans. Rede zum Thema: „Die Einwirkung des nationalsozialistischen Ideengutes auf das deutsche Rechtsleben”. In: DR, 1934, p. 65 *apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p.131. Trecho traduzido: “Für das neue Gemeinschaftsdenken, das dem Einzelnen nur als Glied der Gemeinschaft Rechtspersönlichkeit zuerkennt, seinen Wert lediglich nach dem Grad seiner Einsatzbereitschaft und Pflichterfüllung bemißt”.

<sup>280</sup> Cf. MURMANN, Uwe. Op.cit., p.132.

<sup>281</sup> FREISLER, Roland. Op.cit., p. 9 *apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p.130

<sup>282</sup> DAHM. Methodenstreit, p. 228 *apud* SINA, Peter. Op.cit., p. 80. Trecho traduzido: “Wir glauben nicht an das Vorhandensein einer rein technischen, gleichsam neben den Werten und Inhalten bestehenden Methode, sondern sind davon überzeugt, daß dem Wandel der Rechtsanschauungen auch eine Veränderung und Weiterentwicklung unseres methodischen Denkens entsprechen muss, ja daß die Lehre von der einzig juristischen Natur der Methode selbst wieder in bestimmten weltanschaulichen Voraussetzungen wurzelt.

<sup>283</sup> DAHM. Deutsches Recht, p. 624. Trecho original: “Freilich gibt es eine Reihe von Taten, die sich in ein solches System der Rechtsgutsverletzungen nur unter Schwierigkeiten einordnen lassen, weil ihr krimineller Gehalt in etwas anderen besteht als in der Verletzung greifbarer Güter, so die gemeingefährlichen Verbrechen, gewisse Sittlichkeitsdelikte (z.B. die homosexuelle Verfehlung des § 175StGB) oder der Meineid”.

<sup>284</sup> *Ibidem.*, p. 625.

protegidos através de um direito penal que englobe a punição de ações ético-socialmente intoleráveis<sup>285</sup>.

#### 2.4.5.2 Crítica

Afora a crítica óbvia concernente aos desdobramentos jurídico-penais abomináveis advindos do nacional-socialismo, um aspecto bastante curioso das objeções dos juristas que se incluem neste processo é o seguinte: assim como os críticos da teoria da lesão a direitos subjetivos de Feuerbach alegavam que seu construto teórico não explicava um sem-número de crimes existentes, um dos argumentos esgrimidos contra a teoria do bem jurídico calcava-se justamente, como, por exemplo, o fez Dahm, na inépcia do conceito de bem jurídico para abranger as exigências criminalizantes do ideário nacional-socialista.

O apelo à legislação vigente soa menos como coincidência, em ambos os casos, do que como um argumento atrelado ao positivismo jurídico, que, grosso modo, vê na legislação posta o fundamento último para o direito.

Outros aspectos, contudo, podem ser sublinhados no que diz respeito ao pensamento jurídico-penal do nacional-socialismo. A primeira dessas implicações é a negação do sujeito e a exaltação de mais uma figura abstrata de difícil precisão: o povo alemão. A segunda implicação é o esvaziamento da teoria do bem jurídico mediante a negação de um de seus elementos essenciais: a lesão ao bem jurídico, também, não raro, sinônimo das expressões “lesividade social” ou “dano social”. A proposta da lesão a um dever desnatura, portanto, a teoria do bem jurídico e, mais uma vez, chega a resultados práticos similares aos do positivismo jurídico.

#### 2.4.6 Herbert Jäger: uma tentativa de limitar a desmaterialização do bem jurídico

##### 2.4.6.1 Exposição

Em seu trabalho<sup>286</sup> sobre bens jurídicos e os delitos sexuais, Jäger desenvolve, no cenário do pós-segunda guerra mundial, um conceito de bem jurídico que pretende limitar o poder punitivo e, por conseguinte, impedir a criminalização de imoralidades. Para tal, Jäger atribui ao conteúdo do conceito de bem jurídico um caráter real, objetivo, empiricamente vulnerável.

---

<sup>285</sup> Ibidem., p. 625.

<sup>286</sup> JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*. Stuttgart: Enke, 1957 *apud* AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 301

Bens jurídicos para este autor são, portanto, “situações valorosas, vulneráveis e socialmente dignas de proteção”<sup>287</sup>. Os bens jurídicos não são, destarte, objetos, situações ou dados sensíveis à percepção ou concretos, mas espécies de valor (“*Wertgattungen*”) “que podem ser apenas mentalmente abarcados”<sup>288</sup>.

Este autor, como nos informa Amelung, põe-se claramente contra a concepção metodológico-teleológica do bem jurídico porque tal concepção, ao introduzir como objeto de proteção tudo o que é finalidade do legislador, permite considerar meras abstrações como bens jurídicos<sup>289</sup>. Uma vez que não existe bem jurídico que antes já não seja algo real, independentemente do reconhecimento do legislador, Jäger critica as tendências desmaterializadoras que lhe precederam.

A partir desta premissa, da vulnerabilidade empírica do bem jurídico, Jäger passa a analisar e criticar a formulação de bens jurídicos que não passam de meras imoralidades ou condutas socialmente reprováveis no âmbito do direito penal sexual, as quais não poderiam ser qualificadas como bens jurídicos<sup>290</sup>.

#### 2.4.6.2 Crítica

A obra de Jäger significou, conforme dito, um marco no direito penal sexual alemão e, de certo modo, contribuiu para o abandono, por exemplo, da criminalização do homossexualismo com o advento da reforma penal na década de setenta<sup>291</sup>.

A proposta deste autor também é importante no sentido de uma limitação do poder punitivo contra o chamado moralismo jurídico-penal, ainda hoje em voga em inúmeros tipos penais. Apesar do esforço para circunscrever o bem jurídico a um âmbito real, o conceito de Jäger parece pouco claro, conforme acentua, por exemplo, Amelung. Se por um lado Jäger acentua o caráter real dos objetos de proteção e defende este ponto de vista contra as teorias influenciadas pelo neokantismo, que enxergavam no bem jurídico apenas uma estrutura de sentido irreal, por outro lado, realça que os bens jurídicos são alcançados apenas mediante uma operação mental e que não consistem em objetos sensivelmente perceptíveis<sup>292</sup>.

Com isto, os limites que Jäger pretendia impor ao conteúdo do conceito de bem jurídico sofre uma inegável flexibilização: permite-se a compreensão não apenas de bens jurídicos

<sup>287</sup> Ibidem., p. 13 *apud* AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 301

<sup>288</sup> Cf. AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 301

<sup>289</sup> Ibidem., p. 13 *apud* AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 301

<sup>290</sup> Ibidem., pp. 22, 38 *apud* AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 301

<sup>291</sup> Ibidem., p. 38 *apud* AMELUNG, Knut. Op.cit., p. 301

<sup>292</sup> Neste sentido: AMELUNG, Knut. Rechtsgüterschutz...p. 302.

suscetíveis de modificação no mundo exterior, como a vida e a integridade corporal, como também o reconhecimento de outros estados ou situações de valor e que só podem ser mentalmente abarcados<sup>293</sup>.

Como assinala Sporleder de Souza, o trabalho de Jäger propiciou uma discussão no bojo dos delitos sexuais, de modo que “os crimes relacionados com o incesto, com a homossexualidade, com a sodomia e outras condutas similares, quando praticadas por adultos, não afetam individuais nem universais bens jurídicos, apenas constituindo-se em meras imoralidades”<sup>294</sup>.

## 2.4.7 Hassemer

### 2.4.7.1 Exposição

Para Hassemer, “uma teoria sobre o conceito e função do bem jurídico é o substrato material da teoria do delito”<sup>295</sup>. Neste sentido, o autor postula uma série de proposições para orientar o que se deve entender por bem jurídico.

A primeira delas é que o bem jurídico é algo irrenunciável como critério de uma boa política criminal. O bem jurídico também deve se concentrar em seu tradicional núcleo negativo e crítico. Em terceiro lugar, admite os bens jurídicos universais como bens jurídicos no sentido jurídico-penal, insistindo, porém, na ressalva de que esses bens devem ser funcionalizados a partir da pessoa. Por fim, conclui que uma política criminal moderna e digressiva viola também o conceito tradicional de bem jurídico mediante a utilização de bens jurídicos, simultaneamente, vagos e extremamente generalizantes<sup>296</sup>.

Ao mesmo tempo em que aduz tais orientações, Hassemer é claro ao afirmar que o problema da determinação do bem jurídico depende do esclarecimento das relações constituintes da sociedade. Isto é, a proteção de bens jurídicos deve ser compreendida e debatida à luz de categorias sociológicas, pois a questão de “qual comportamento em uma sociedade deve ser visto como insuportável, e que deve ser rejeitado com os meios mais duros da organização estatal, depende do

<sup>293</sup> Neste sentido: TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 219.

<sup>294</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 70.

<sup>295</sup> HASSEMER, Winfried. Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt am Main: Athenäum, 1973, p. 16 apud MÜSSIG, Bernd J.A. Schutz abstracter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1994, p.58.

<sup>296</sup> HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 96.

valor que a sociedade dispensa aos objetos que foram postos em perigo ou lesionados por aquele comportamento”<sup>297</sup>.

Assim, “uma teoria do bem jurídico que tenha a referência contextual de bens jurídicos queira aclarar sua correspondência com as experiências de valor sociais deve, por isso, perguntar o que aparece como delito em uma sociedade”<sup>298</sup>

Por esta razão, na visão de Hassemer, os bens jurídicos não são conceitos teóricos cuja viabilidade prática ainda necessita de ser provada na realidade, mas na experiência valorativa social, ou melhor: conforme os momentos da frequência de uma violação de interesses, da intensidade da exigência em relação aos bens violados e da intensidade socialmente percebida da ameaça da violação<sup>299</sup>.

Deste modo, “a racionalidade de uma teoria do bem jurídico não decide somente (de modo abstrato) sobre a coerência interna de sua existência, mas (concretamente) sobre a concepção de políticas alternativas. Alternativas de ação só podem ser, contudo, concebidas a partir do contexto da ação concreta: sobre a base da experiência de valor social atual”<sup>300</sup>

Segundo sustenta Hassemer, cinco são os pontos fundamentais, os quais merecem ser debatidos no bojo da teoria do bem jurídico, a saber: o conceito de bem jurídico; como os bens jurídicos se originam e se mantêm na realidade social e individual; como eles se classificam em relação uns com os outros; como eles devem se integrar nos sistemas jurídico e, talvez, a mais fundamental: pode-se punir penalmente uma conduta que não afete qualquer bem jurídico?<sup>301</sup>

Hassemer também é um dos autores mais destacados que vinculam a teoria do bem jurídico à Constituição. Neste sentido, conforme salienta o autor, três aspectos decorrentes da teoria constitucional relevam para limitar a intervenção estatal, que se deve dar conforme os ditames constitucionais<sup>302</sup>.

Em primeiro lugar, desempenha papel central a chamada proibição de excesso, cuja essência consiste em impor limites às intervenções do Estado. Segundo Hassemer, “o bem jurídico se integra de maneira natural à proibição de excesso constitucional”, de modo que não seria possível a

<sup>297</sup> Ibidem., p. 147 *apud* MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., pp. 58-59.

<sup>298</sup> Ibidem., p.157. Trecho traduzido: “ Eine Rechtsgutslehre, welche den Kontextbezug der Rechtsgüter, ihre Korrespondenz mit gesellschaftlichen Werterfahrungen aufhellen will, muss deshalb allgemein nach dem fragen, was in einer Gesellschaft als Verbrechen erscheint” *apud* MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., p. 59.

<sup>299</sup> HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre , in: Scholler, Heinrich/Phillips, Lothar (Hrsg.): Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, p. 85.

<sup>300</sup> *apud* MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., 60. Trecho traduzido: “Die Rationalität einer rechtsgutslehre entscheidet sich nicht (abstrakt) nur na der inneren Schlüssigkeit ihrer Forderung, sondern (konkret) am Entwurf von Handlungsalternativen. Handlungsalternativen aber können nur aus dem konkreten Handlungskontext entworfen werden, hier: auf der Basis der aktuellen gesellschaftlichen Werterfahrung”.

<sup>301</sup> HASSEMER, Winfried. **Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt**. Berlin: Berliner Wissenschafts – BWV, 2008, p. 83.

<sup>302</sup> Idem., p. 87 et seq.

reconstrução penal deste princípio sem a ideia de bem jurídico<sup>303</sup>.

Dentro do âmbito da proibição de excesso, Hassemer fala, primeiramente na finalidade admitida ou carente de justificação de toda intervenção estatal. Desta forma toda ingerência jurídico-penal precisa de uma justificação geral e específica, que se infere da consideração acerca dos limites da liberdade de ação. Tais limites são dados, justamente, pela lesão ao bem jurídico protegido. Por outro lado, uma proibição penal só é justificável se adequada para uma finalidade admitida, no caso, a proteção de um bem jurídico legítimo<sup>304</sup>.

Outro ponto importante, consoante defende o autor, é a hierarquia de bens jurídicos. Tal hierarquia fixa não só a proporcionalidade da intervenção jurídico-penal, como também informa os graus de gravidade que determinam uma proporção adequada entre a proibição de ação e a ameaça penal e o ataque ao bem jurídico<sup>305</sup>.

Hassemer reconhece, contudo, que a teoria do bem jurídico encontra dificuldades no que tange à margem de manobra do legislador. Desta maneira, três questões seguem abertas: a) quando o legislador deve responder à lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico; b) até que ponto o legislador está autorizado a estender a punibilidade das ações em cada caso e c) como é possível justificar e organizar um exame sobre a correção das decisões legislativas.

Tais questões, em verdade, escapam ao alcance da teoria do bem jurídico e exigem o exame de aspectos político-criminais, os quais o autor não apenas reconhece, mas enuncia: a lesividade social, a proporcionalidade, a subsidiariedade e a tolerância enquanto princípios aptos a orientar o legislador penal<sup>306</sup>.

A teoria do bem jurídico, para o autor, também é imprescindível para a realização do chamado dever de proteção ou proibição de proteção defeituosa, pois a admissão de um bem jurídico necessitado e merecedor de proteção é o fundamento do qual surge aquele dever.

A conclusão de Hassemer segue a orientação de que o conceito de bem jurídico é imprescindível e não pode ser questionado seriamente. Nesta esteira, três são os critérios formulados pelo autor para uma conceituação suficiente do bem jurídico:

- a) O conceito de bem jurídico deveria ser próximo à realidade: trata-se, no caso do bem jurídico, de uma relação correta entre direito e vida, de uma ponte firme até os verdadeiros bens das pessoas hoje; isto exige uma integração inteligente das condições de vida da sociedade moderna, sobretudo, de interesses universais no sistema de bens jurídicos;

<sup>303</sup> HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p.98 et seq.

<sup>304</sup> HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p.99.

<sup>305</sup> HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 99.

<sup>306</sup> Ibidem., p. 95.

- b) O conceito de bem jurídico deveria ser delimitado de forma nítida: trata-se dos limites da intervenção na liberdade de ação humana, de um conceito de proteção à liberdade, portanto; que exige diferenciação precisa dos objetos e relações estreitas adequadas entre os fatos;
- c) Por fim, o conceito de um bem jurídico deveria ser de compreensão geral: ele tem que facilitar o controle democrático do legislador penal, uma vez que, em primeiro lugar, ele deve possibilitar este controle; isto proíbe generalizações nebulosas, sobre as quais ninguém pode representar algo a respeito<sup>307</sup>.

#### 2.4.7.2 Crítica

A proposta de Hassemer possui um caráter individualista referido a um substrato social necessário à sedimentação de bens jurídicos como merecedores de dignidade jurídico-penal. É, também, uma tentativa clara de orientar os parâmetros da incriminação de condutas. Trata-se, pois, na linguagem do próprio autor, de um conceito de bem jurídico transcendente ao sistema; um conceito crítico, negativo ou de teor político-criminal e não puramente dogmático.

A concepção de Hassemer, à primeira vista, parece ser, criticável em virtude da amplitude conceitual. O autor se limita a dizer que bens jurídicos são “interesses humanos carentes de proteção penal”<sup>308</sup>, o que é bastante vago e suscetível a interpretações variadas. Esta amplitude aparente é, contudo, esclarecida quando o autor exige que tais interesses devam ser próximos à realidade.

Um segundo ponto a ser criticado é que, conforme já visto no primeiro capítulo, os princípios da lesividade, da subsidiariedade e da proporcionalidade não são critérios idôneos à orientação do legislador.

Um terceiro ponto criticável é a admissão, por parte de Hassemer, da existência de um dever de maximização da proteção ou, simplesmente, da proibição de proteção defeituosa. Conforme será visto no próximo capítulo com maiores detalhes, um dos pontos cegos da teoria do bem jurídico como critério de orientação da intervenção jurídico-penal é, justamente, a incompatibilidade entre a atribuição de um dever de máxima proteção ou efetividade à norma e, ao mesmo tempo, o desejo de, não raro de forma um tanto casuística, limitar o âmbito de situações que podem ou não ser consideradas bens jurídicos. Noutras palavras: não é possível, ao mesmo tempo, exigir eficiência na proteção e limitá-la sem que nem uma e nem outra tarefa restem incompletas.

<sup>307</sup> Idem., p. 92. Trecho original traduzido: a) Der Begriff des Rechtsguts sollte realitätsnah sein: Es geht beim Rechtsgut um ein richtiges Verhältnis von Recht und Leben, um eine tragfähige Brücke zu den „wirklichen“ Gütern der Menschen heute; das fordert den klugen Einbau von Lebensbedingungen der modernen Vergesellschaftung, also vor allem Von universellen Interessen, in das System der Rechtsgüter; b) Der Begriff des Rechtsguts sollte abgrenzend scharf sein: Es geht um Schranken von Eingriffen in die menschliche Handlungsfreiheit, um ein freiheitsschützendes Konzept also; das verlangt präzise Differenzierung die Gegenstände und sachnahe Bezeichnungen; c) Endlich sollte der Begriff eines Rechtsguts allgemein Verständlich sein: Er muß die demokratische Kontrolle des Strafgesetzgebers erleichtern, ja er muß sie zuerst einmal ermöglichen; das verbietet wolkige Generalisierungen, unter denen kein Mensch sich etwas vorstellen kann.

<sup>308</sup> *Apud* MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., p. 60.

## 2.4.8 Roxin

### 2.4.8.1 Exposição

Segundo Roxin, o conceito de bem jurídico é derivado da própria função do direito penal. Esta função consiste “em assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica à luz de todos os direitos humanos constitucionalmente garantidos”<sup>309</sup>. Esta descrição de fins “corresponde à compreensão atual de um Estado democrático de Direito”. Tal função inclui a proteção de bens jurídicos que, para este autor, são “todos os dados da realidade ou fins declarados necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização de seus direitos fundamentais e para o funcionamento do sistema estatal edificado para assegurar tais finalidades”<sup>310</sup>.

Conforme este conceito, Roxin admite a existência de bens coletivos, desde que eles representem uma condição necessária para a realização do indivíduo. Noutras palavras, a legitimidade de tais bens coletivos está na dependência de que estes sirvam ao indivíduo<sup>311</sup>.

Roxin parte do princípio liberal de que o Estado existe em razão do indivíduo, o que demonstra, como ele mesmo diz, que sua concepção de bem jurídico é desenvolvida “à luz da tradição iluminista”<sup>312</sup>. É certo que Roxin se vale da ideia de contrato social dentro de um contexto liberal como base política, uma vez que, para ele, “os cidadãos, detentores do poder estatal, cedem ao legislador só aquelas faculdades penais que são necessárias para alcançar uma convivência livre e passífica, e só na medida em que este fim não possa ser logrado por meios menos graves”<sup>313</sup>.

Eis, claramente, o fundamento político aduzido por Roxin:

em um Estado democrático de Direito, que é o modelo de Estado que tomo por base, as normas penais só podem perseguir a finalidade de assegurar a seus cidadãos uma coexistência livre e pacífica garantindo em tempo o respeito de todos os direitos humanos. Assim, pois, e na medida em que isto não possa ser feito de forma mais desejável, o Estado deve assegurar penalmente não só as condições individuais necessárias para tal coexistência (como a proteção da vida e a integridade física, da liberdade de agir, da propriedade, etc.), senão também as instituições estatais que sejam imprescindíveis a tal fim (uma Administração da justiça que funcione, sistemas fiscais e monetários intactos, uma Administração sem corrupção, etc)<sup>314</sup>.

<sup>309</sup> ROXIN, Claus. AT, Strafrecht, p. 16.

<sup>310</sup> Ibidem., p.16. Trecho original traduzido: “[...] sind unter Rechtsgütern alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind”.

<sup>311</sup> ROXIN, Claus. Es La protección de bienes jurídicos uma finalidad...p. 448.

<sup>312</sup> ROXIN, Claus. Strafrecht... p. 18

<sup>313</sup> ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos uma finalidad del Derecho penal? In: (Ed.) HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 447.

<sup>314</sup> Ibidem., p. 447.

O entendimento esposado por este autor não pretende atribuir ao conceito de bem jurídico um caráter apenas metodológico, enquanto instrumento de interpretação dos tipos penais, mas também busca estabelecer certos limites ao legislador, quando do processo legiferante penal. Tais limitações consubstanciam nove recomendações ou proposições, elencadas a seguir<sup>315</sup>.

Em primeiro lugar, as leis penais puramente ideológicas, arbitrárias, ou que representem violações a direitos fundamentais, são ilegítimas e, por conseguinte, não protegem nenhum bem jurídico.

Em segundo lugar, tipos penais que espelhem somente a descrição de finalidades legislativas não são legítimos e tampouco podem legitimar a afirmação de um bem jurídico. Um exemplo disto seria a errônea identificação da ideia da existência de uma sociedade livre de drogas com um bem jurídico legítimo denominado “saúde pública”.

Em terceiro lugar, comportamentos imorais, obscenos ou censuráveis pelos outros ainda não constituem um fundamento suficiente para configurar uma lesão a um bem jurídico.

Em quarto lugar, a lesão da própria dignidade também não constitui razão suficiente para gerar uma incriminação.

A quinta limitação se refere à impossibilidade de se reconhecer como bem jurídico a proteção de sentimentos, exceto quando se tratar de um sentimento de ameaça. É preciso traçar um limite, ali, “onde o cidadão, em razão de certos modos de comportamento alheio, sente-se afetado em seu sentimento de segurança”, “pois uma coexistência livre e pacífica pressupõe” que não haja discriminações e temores entre os cidadãos. Por esta razão, os delitos contra a honra, para Roxin, são legítimos, assim como é legítimo o tipo penal que proíbe condutas exibicionistas, quando estas provocarem medo e insegurança quanto a possíveis agressões sexuais em mulheres vítimas deste tipo de manifestação.

Autolesões conscientes e o fato de torná-las possíveis ou o favorecimento destas também não podem legitimar uma sanção penal.

Em sétimo lugar, Roxin defende o abandono de normas penais predominantemente simbólicas.

A oitava limitação indica que tabus não podem ser considerados bens jurídicos. “Uma proibição penal protege um tabu quando o comportamento incriminado em extensos círculos sociais é considerado inaceitável”. Exemplo de tabu, citado pelo autor, é o do coito entre parentes (*Beischlaf zwischen Verwandten*), tipo penal do § 173 do StGB: “Coito entre parentes: (1) Quem

---

<sup>315</sup> Tais considerações estão, na respectiva ordem, apresentadas em: ROXIN, Claus. *Strafrecht...*, pp. 18-29. Também em: ROXIN, Claus. *Es la protección de bienes jurídicos...*p. 449 et seq.

praticar coito com descendente consanguíneo será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou com pena de multa”<sup>316</sup>.

Como último critério destinado ao legislador, Roxin exclui do conceito de bem jurídico certos “objetos de abstração insuscetíveis de apreensão ou intangíveis”, como a proteção da saúde pública (*Schutz der Volksgesundheit*) ou da paz pública (*Schutz des öffentlichen Friedens*).

Como é de se notar, e o próprio Roxin reconhece, esta é uma lista um tanto fragmentária, meramente exemplificativa<sup>317</sup> e até mesmo um tanto casuística. Trata-se, contudo, de enfatizar, mediante a delimitação de tais critérios, a função de diretriz político-criminal que o conceito de bem jurídico deste autor oferece para o legislador.

É de se perceber, ainda, que Roxin não reputa o bem jurídico como condição necessária e suficiente para o processo de criminalização de um comportamento. É o caso da proteção penal de animais (*der strafrechtliche Tierschutz*) e da proteção de embriões (*der Embryonenschutz*)<sup>318</sup>, situações em que não é possível vislumbrar um bem jurídico, conforme a literatura especializada tradicional, e que serão analisadas de forma mais detida no próximo capítulo.

#### 2.4.8.2 Crítica

A concepção de Roxin pretende ofertar ao legislador um conceito crítico ou político-criminal de bem jurídico, orientando-o a produzir incriminações legítimas. Seu esforço, neste sentido, é louvável. Apesar disto, a formulação de Roxin é criticável em alguns pontos. Em primeiro lugar, o rol estabelecido pelo autor parece um tanto arbitrário e casuístico. Da compreensão do bem jurídico como um dado vinculado aos direitos fundamentais e ao desenvolvimento do indivíduo e do sistema social, o qual ele integra, não se extraem de modo suficiente as nove limitações que o autor estabelece.

A rigor, muitas delas tratam de pontos distintos e cujo tratamento ocupa um ponto anterior à discussão do âmbito suscetível de interferência estatal.

Em segundo lugar, algumas dessas limitações soam incompatíveis entre si. Assim, da mesma forma que Roxin quer proibir bens jurídicos intangíveis, o autor abre uma exceção para a criminalização de condutas que sejam ameaçadoras ao sentimento de segurança da comunidade. Outra contradição é revelada no desejo de, por um lado, expungir do direito penal a criminalização

<sup>316</sup> Cf. StGB § 173 **Beischlaf zwischen Verwandten** (1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft..

<sup>317</sup> Ibidem., p. 29.

<sup>318</sup> Ibidem., pp. 29-30.

de tabus e, por outro lado, permitir a criminalização de condutas exibicionistas que, não raro, não causam uma lesão ou um perigo concreto de lesão, mas tão-só animosidades, medo e censura no meio social. Outra inconsistência é a declaração, no conceito de que bens jurídicos são também os fins declarados necessários à convivência pacífica em comparação à declaração ulterior de que finalidades legislativas não podem integrar o conceito de bem jurídico.

Em terceiro lugar, toda a incriminação encerra, de alguma maneira, um caráter simbólico, de modo que é difícil constatar o quanto de simbólico possui cada norma penal. A própria aceitação de que o sentimento de ameaça à comunidade é algo digno de proteção deixa transparecer uma carga relevante de simbolismo.

Em quarto lugar, o reconhecimento de que a teoria do bem jurídico, em alguns tipos penais, sequer é condição necessária no desenvolvimento de critérios que possam limitar o processo de criminalização e orientar o legislador neste desiderato soa como uma confissão indireta de que a teoria do bem jurídico encerra fragilidades insuperáveis.

O esforço de Roxin no sentido de impor barreiras ao moralismo jurídico-penal e a incriminações duvidosas é legítimo e isto há de ser elogiado. Entretanto, o teor fragmentário e casuístico desse esforço demonstra que a teoria do bem jurídico parece ser incapaz de fornecer orientações adequadas para o legislador.

#### 2.4.9 Rudolphi: A unidade funcional de valor.

##### 2.4.9.1 Exposição

Hans-Joachim Rudolphi também ofereceu um olhar crítico à noção de bem jurídico, identificando duas dimensões que se completam. Em uma primeira dimensão, o bem jurídico encerra um valor essencialmente dogmático enquanto critério para as interpretações teleológicas dos tipos penais. O bem jurídico é, destarte, um ponto central para se entender o núcleo material do injusto, comum a toda conduta ilícita e que busca, além disto, tornar-se importante elemento no deslinde de inúmeros problemas na teoria do delito.

Por outro lado, sublinha-se o substrato social do objeto de proteção, que Rudolphi procura capturar com o conceito de unidade funcional.

Para Rudolphi o conceito de bem jurídico “é completamente jurídico-positivo”<sup>319</sup>. Acentua-se, assim, que o núcleo da proteção penal possível de bens é afirmado pelo legislador penal, isto é,

---

<sup>319</sup> *Apud* MÜSSIG, Bernd J.A. *Op.cit.*, p. 42.

da decisão valorativa fundamental da lei. A tarefa do direito penal “é parecida com a do injusto administrativo (*Polizeirechts*) na prevenção de perigos”<sup>320</sup>.

Conforme assinala Rudolphi, “o bem protegido dos distintos delitos contra a propriedade não é a coisa concreta em seu correspondente estado”. Decisiva é, deste modo, a função objetiva da coisa em sua relação com o proprietário na realidade social. Na condição de bem protegido, a coisa aparece só na medida em que a ela, em virtude de sua relação com o proprietário, corresponde a tarefa de dar a este a possibilidade de domínio. “O substrato real do bem jurídico “propriedade” não é, portanto, um estado determinado, senão a função da coisa em sua correspondência jurídica com o proprietário, que lhe abre a este a possibilidade de um determinado domínio e por sua vez de um desenvolvimento de sua personalidade mediante o aproveitamento dessas possibilidades”<sup>321</sup>.

O substrato social do conceito de bem jurídico é delimitado por Rudolphi com a indicação de que a sociedade “não é algo estático, mas algo construído que está sempre mudando e evoluindo”<sup>322</sup>. O objeto da proteção penal “não é, assim, qualquer estado ou situação, isto é, algo estático, mas uma unidade funcional viva” (“*nicht etwas Staatliches, sondern lebendige Funktionseinheiten*”) <sup>323</sup>.

#### 2.4.9.2 Crítica

A contribuição de Rudolphi para a teoria do bem jurídico apresenta três problemas. Em primeiro lugar, novamente, vê-se a prioridade daquilo que o autor chama de “unidade funcional” em detrimento de uma posição que, de fato, dispense alguma relevância ao indivíduo. Este, por sinal, parece assumir uma posição de maior destaque dentro da teoria de Rudolphi apenas quando da afirmação de que é na relação entre o proprietário e o bem, enquanto uma forma de desenvolvimento pessoal daquele. Esta valorização do sujeito é, contudo, apenas aparente, pois este está submetido aos apelos de uma unidade funcional que tem como alicerce o substrato social constantemente em mutação. A tarefa do direito penal, portanto, passa a ser a de proteger a unidade funcional das funções sociais enquanto substrato real dos bens jurídicos.

O segundo problema reside no caráter exclusivamente jurídico-positivo do conteúdo do bem jurídico (“*ein durch und durch positivrechtlicher Begriff*”). Delimitada nestes termos, a teoria do bem jurídico não revela qualquer sentido de orientação ou limitação á atividade criminalizante do

<sup>320</sup> *Apud* Ibidem., p. 42

<sup>321</sup> *Apud* MURMANN, Uwe. Op.cit., p. 150.

<sup>322</sup> *Apud* MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., p. 42.

<sup>323</sup> *Apud* MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., p. 42.

legislador. O bem jurídico não passa de mera referência dogmático-interpretativa, tal qual defendia a escola metodológica-teleológica.

Em terceiro lugar, se o decisivo é a função objetiva da coisa em sua relação com o proprietário dentro do contexto da unidade funcional, então permitir-se-á a proteção jurídico-penal de meras funções do Estado ou, noutras palavras, criminalizar-se-á a violação da simples desobediência. Ademais, a identificação do bem jurídico como relação funcional não é correta: o fato de uma pessoa furtar determinado bem de outra não retira desse bem a função econômica que lhe é ínsita, mas sim a disponibilidade física que seu proprietário possuía. Em quarto lugar e mais profundamente, a noção de propriedade não é algo tão incontroverso como parece ser. Apesar de a propriedade figurar como direito praticamente inquestionável em muitas (senão todas) codificações, há sérios problemas no que diz respeito ao seu estatuto jurídico superior ou não ao da posse. Parece a este estudo que a propriedade não pode ser concebida de modo absoluto, como uma visão puramente liberal propugnava. Isto quer dizer que, a rigor, e pelo menos no que diz respeito ao Brasil, a propriedade há de exercer sua função social e as implicações penais deste princípio ainda foram pouco vistas. Em tópico ulterior este ponto será discutido de forma um pouco mais detida, ainda que não exaustiva, visto que não é este o escopo do trabalho e tampouco haveria forças para tanto.

#### 2.4.10 Marx.

##### 2.4.10.1 Exposição

Em Marx o conceito de bem jurídico adquire um caráter antropológico. Segundo este autor, “o direito penal protege objetos que possibilitam ao homem sua autorrealização”, de modo que tais objetos são denominados bens jurídicos <sup>324</sup>.

Relevante para se esclarecer o significado da estrutura da relação para a pessoa enquanto aspecto valorativo decisivo à determinação material do bem jurídico, como informa Müssig, é o fato de Marx considerar essa estrutura relacional quando da “determinação da lesão de um bem jurídico como o verdadeiro objeto de lesão”<sup>325</sup>.

Desta forma, Marx “determina também a constituição de bens jurídicos supraindividuais a partir de uma perspectiva individual, de modo que uma diferenciação principiológica entre bens

<sup>324</sup> MARX, Michael. Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 1972, p.62 *apud* STRATENWERTH, Günther. Zum Begriff des „Rechtsguts”. In : FS- Theodor Lenckner. München: C.H. Beck, 1998, p. 378. Trecho original traduzido: “Das Strafrecht schützt die Objekte, die dem Menschen seine Selbstverwirklichung ermöglichen”.

<sup>325</sup> Cf. MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., p. 46.

individuais e coletivos não deve ser admitida”<sup>326</sup>.

Consoante informa Müssig, para Marx os chamados bens da coletividade são, na verdade, comparáveis a uma copropriedade. Esta circunstância encerra, contudo, consequências jurídicas apenas na forma de uma restrição ao poder de disposição da liberdade individual<sup>327</sup>.

O argumento de Marx para a restrição dos bens jurídicos universais tradicionais repousa no fato de que o “Estado é representado como um bem na medida e enquanto ele “for garantidor da autorrealização humana, pois cada indivíduo concreto é valioso e constitui um bem”” de acordo com a definição deste autor<sup>328</sup>.

Destarte, os bens jurídicos coletivos só possuem uma função derivada (dos bens individuais) e são justificáveis apenas na medida em que protejam interesses do indivíduo, isto é, enquanto referência constitutiva à autorrealização desses indivíduos, conforme o conceito inicial.

O bem jurídico limitar-se-á, desta forma, aos objetos que sejam valorosos para o homem, porque ele os exige para a sua autorealização.

#### 2.4.10.2 Crítica

A proposta de Marx é, inegavelmente, correta no que tange à sua posição individual e não extremada do bem jurídico. A grande dificuldade do conceito de Marx está, contudo, na imprecisão deste, aliada à ideia de que ao Estado cabe a garantia e promoção desta autorrealização.

O conteúdo do bem jurídico passa a alcançar, assim, uma variedade de objetos ou dados que se coloquem nesta relação de realização pessoal, independentemente de serem objetos materiais ou imateriais. Esta indeterminação conta a favor da atividade criminalizante legislativa que, sob o pretexto de justificar a existência e ação do Estado na garantia dessa mesma realização pessoal, pode criar incriminações sem um limite palpável.

Esta tentativa de fundamentar o conceito de bem jurídico a partir das funções do Estado ignora o grande desafio que a teoria do bem jurídico não se mostra apta a ultrapassar: a atribuição um sentido crítico, negativo ou transcendente ao sistema ao bem jurídico diz com um fundamento político capaz de limitar a intervenção do Estado e não, ao revés, com um raciocínio que misture, a um só tempo, proteção e restrição em uma função positiva do Estado.

#### 2.4.11 Amelung e a teoria da danosidade social.

<sup>326</sup> Cf. MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., p.47.

<sup>327</sup> Cf. MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., p. 47.

<sup>328</sup> Cf. MÜSSIG, Bernd J.A. Op.cit., p. 48.

### 2.4.11.1 Exposição

A crítica de Knut Amelung à teoria do bem jurídico é bastante significativa, pois propõe uma ruptura em relação ao modelo tradicional que atribui àquela teoria uma natureza eminentemente liberal, fruto do iluminismo. Amelung pretende, destarte, recuperar a base do direito penal iluminista e, para tal, vale-se, sobretudo, das teorias sociológicas de Parsons. Esta é, portanto, a chave para entender sua posição: um retorno e a revisitação da lesividade, que assume, neste autor, as feições de uma teoria da danosidade social (*Sozialschädlichkeitstheorie*). Para compreender seu contributo teórico é imperioso conhecer com maior riqueza a crítica que este autor realiza ao desenvolvimento histórico da ideia de bem jurídico.

Deste modo, segundo pontua Amelung,

a teoria do objeto de proteção de Birnbaum se afasta da teoria da lesão do direito subjetivo em três aspectos significativos: na criação do conceito de bem da comunidade; no alargamento do espectro de tarefas e fins legítimos do Estado; e, por último e estreitamente conexionado, na recusa a basear a teoria do objeto do crime numa teoria das condições de convivência humana, com antes tinham feito os iluministas<sup>329</sup>.

Fica clara, assim, a intenção inicial de sua obra, a saber: “se esta teoria de proteção a bens jurídicos diz o mesmo que todo o pensamento desenvolvido pelos iluministas, segundo o qual o direito penal tem as condições de garantir a convivência humana”<sup>330</sup>.

Amelung irá oferecer uma resposta negativa a esta suposta continuidade que o pensamento iluminista-liberal tem na figura da teoria do bem jurídico. Trata-se da tese da descontinuidade. O espírito que inspirou esta transição é, portanto, alvo de controvérsia. Se para a tese da continuidade (*Kontinuitätsthese*) este processo de mudança encerra apenas uma correção<sup>331</sup> à teoria da lesão a direitos subjetivos, preservando-lhe a índole liberal de raízes iluministas e jusnaturalistas, para a tese da descontinuidade (*Diskontinuitätsthese*) a teoria do bem jurídico rompe com esta tradição,

<sup>329</sup> AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz**...p. 49. Trecho original traduzido: “*Birnbaums* Schutzobjekttheorie weicht demnach in drei politisch bedeutsamen Punkten von der Rechtsverletzungslehre ab: in der Schaffung des Begriffes des Gemeingutes, in der Erweiterung des Staatszweckes und – eng damit zusammenhängend – darin, daß er darauf verzichtet, die Lehre vom Verbrechenobjekt aus einer Theorie von den Bedingungen menschlichen Zusammenlebens abzuleiten, wie dies Aufklärer und Frühliberale getan hatten. Allerdings hätte *Birnbaum* wohl nachdrücklich bestritten, daß er durch diesen Verzicht die Bestimmung des Schutzobjektes einem bloßen Wertungsakt und damit letztlich der politischen Willkür eines wertenden Subjektes überließ, wie hier behauptet wurde”.

<sup>330</sup> Idem., p. 1. Trecho original traduzido: “Ob diese Lehre vom Rechtsgüterschutz das gleiche besagt wie jener Von den Aufklärern entwickelte Gedanke, das Strafrecht habe die Bedingungen menschlichen Zusammenlebens zu gewährleisten, ist die Frage, die in der vorliegenden Arbeit zur Diskussion steht”.

<sup>331</sup> Como referência mais importante deste setor: SINA, Peter. **Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsguts”**. Helbing & Lichtenhalten: Basel, 1962, p. 24 et seq.

inaugurando uma nova orientação no bojo da teoria do delito<sup>332</sup>.

Eis os argumentos do autor para esta posição:

A resposta à questão levantada acima sobre a relação do dogma do bem jurídico para a teoria do iluminismo, de se o direito penal tem as condições de garantir a convivência humana, transparece já nas últimas exposições. A teoria de proteção a bens jurídicos tem pouco que ver com este postulado. Historicamente o dogma da proteção a bens jurídicos é um produto do positivismo, e politicamente significou já a introdução do conceito de bem através de Birnbaum no campo dos delitos contra a religião e contra os costumes e mesmo dirigida contra a teoria do dano social iluminista-liberal. Com isto não se nega que o pensamento de proteção a bens seja, essencialmente, um produto da ciência penal do século XIX, mas seu liberalismo foi consumido e seu conteúdo essencial retirado pelas derrotas políticas depois de 1813 e 1848, assim como pelo desenvolvimento metodológico na segunda metade do século XIX. Os fatores históricos, a partir dos quais esse resultado se segue – a primeira formulação do conceito de bem jurídico em um ensaio de Birnbaum no meio da idade da restauração e a difusão do dogma da lesão a bens jurídicos através do veio positivista de Binding – são largamente conhecidos há muito tempo pela teoria do direito penal. Uma série estranha de interpretações equivocadas em cadeia, cuja responsabilidade é, sobretudo, de Frank e Schaffstein, e talvez também de algumas proposições de Liszt, tem, contudo, em tempos mais recentes, deixado a impressão no aprendizado do direito penal de que a teoria de proteção a bens jurídicos encerra um conteúdo político idêntico ao da concepção do direito penal da Ilustração. Que isto não é o caso, prova-se não apenas historicamente, mas também objetivamente. Pois enquanto a teoria do dano social objetiva uma reflexão racional, em última análise sociológica, sobre as condições da convivência humana, a teoria de proteção a bens jurídicos corta decisivamente tal reflexão. Para a constituição de bens é relevante um elemento voluntário. Bens jurídicos surgem através de um movimento, cujo objeto é fixado pelo legislador penal. A teoria do direito penal não pode renunciar a essa abordagem sem virar de cabeça para baixo o longo e costumeiro uso do conceito de bem jurídico. Ela também não deveria restringi-lo (o conceito de bem jurídico) e, com isto, negar, a partir de alguma pré-compreensão, a determinados objetos – por exemplo, animais – a propriedade para ser bem jurídico, quando fixa que só esses objetos valorados pelo legislador são dignos de proteção. Pois, deste modo, ela fornece o perigo de que se jogue fora de modo precipitado o ganho dogmático que a descoberta de Binding rompeu<sup>333</sup>.

Como tentativa de solucionar as distorções causadas pela série de equívocas interpretações inadequadas, conforme acima mencionado, sustenta este autor uma teoria própria da danosidade social.

<sup>332</sup> AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens. - Frankfurt/M: Athenäum, 1972, p. 39.

<sup>333</sup>Ibidem., pp.4-5. Trecho original traduzido: Die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage nach dem Verhältnis des Rechtsgutsdogmas zu der Lehre der Aufklärer, das Strafrecht habe die Bedingungen menschlichen Zusammenlebens zu gewährleisten, scheint in den letzten Ausführungen bereits durch. Die Lehre vom Rechtsgüterschutz hat mit diesem Postulat wenig zu tun. Historisch ist das Dogma vom Rechtsgüterschutz ein Produkt des Positivismus, und politisch war schon die Einführung des "Guts" –Begriffes durch Birnbaum im Bereich der Religions- und Sittlichkeitsdelikte sogar gegen die aufklärerisch-frühliberale Sozialschadenlehre gerichtet. Damit wird nicht geleugnet, daß der Güterschutzgedanke im wesentlichen ein Produkt der liberalen Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ist; aber ihr Liberalismus wurde die politischen Niederlagen nach 1813 und 1848 sowie durch die methodische Entwicklung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ausgezehrt und wesentlicher Inhalte beraubt. Die historischen Fakten, aus denen dieses Ergebnis gefolgert wird – die erstmalige Formulierung des Gutsbegriffes in einem Aufsatz Birnbaums mitten im Zeitalter der Restauration und die Verbreitung des Rechtsgutsverletzungsdogmas durch den Erzpositivisten Binding – sind der Strafrechtslehre seit langem bekannt. Eine seltsame Kette historischer Fehldeutungen, für die vor allem Frank und Schaffstein, vielleicht aber auch einige Sätze Liszts verantwortlich sind, hat aber in neuerer Zeit manchen Strafrechtlern den Eindruck vermittelt, die Lehre vom Rechtsgüterschutz sei ihrem politischen Gehalt nach mit der aufklärerischen Strafrechtskonzeption identisch. Daß dies nicht der Fall ist, läßt sich nicht nur historisch, sondern auch sachlich belegen. Denn während die aufklärerische Sozialschadenlehre auf eine rationale, letztlich soziologische Reflexion über die Bedingungen menschlichen Zusammenlebens abzielt, schneidet die Lehre vom Rechtsgüterschutz solche Reflexion dezisionistisch ab. Für die Konstituierung von Gütern ist ein voluntatives Element maßgeblich. Rechtsgüter entstehen durch einen Bewegungsakt, dessen Gegenstand der Strafgesetzgeber festlegt. Auf diesen Ansatz kann die Strafrechtslehre nicht verzichten, ohne den seit langem üblichen Gebrauch des Rechtsgutsbegriffes auf den Kopf zu stellen. Sie sollte ihn auch nicht dadurch einschränken, daß sie aus irgendeinem Vorverständnis heraus bestimmten gegenständen – z. B. Tieren – die Eigenschaft abspricht, Rechtsgut zu sein, wenn feststeht, daß eben diese Gegenstände vom Gesetzgeber als schutzwürdig bewertet wurden. Denn sie liefe dann Gefahr, voreilig den dogmatischen Gewinn zu verspielen, den ihr Bindings Erfindung einbrachte".

Para entender o que Amelung pretende dizer com sua teoria da danosidade social é necessário, contudo, expor em breves linhas o marco teórico sistêmico-sociológico do qual parte este autor.

Deste modo, para Amelung “a ação individual é objeto de análise sociológica apenas em um caso extremo”, uma vez que o conceito de ação interessa à ciência social principalmente porque ele contribui para dar contornos ao campo específico das investigações daquela. Em geral, “a ciência social não tem que ver com ações individuais, mas com uma conexão de muitas ações” e esta circunstância que uma teoria dos sistemas da ação tem em conta<sup>334</sup>.

Resta claro, portanto, que o conceito de ação “serve para delimitar os sistemas com os quais as ciências sociais têm que ver”. Amelung não nega que a ação individual é a “menor unidade” (*kleinste Einheit*), “o átomo do sistema”, “mas relevante sob a perspectiva sociológica” é, contudo, “a ação individual apenas quando inserida na categoria dos sistemas de ação, isto é, quando formulada como condição que também determina a estrutura dos sistemas de ação”<sup>335</sup>.

Naturalmente, ao se introduzir a ideia de sistema, o “ponto de referência é um outro que não a pessoa”. Os “sistemas sociais não se constroem sobre as necessidades e estimativas de uma pessoa individual, mas sobre as condições de interação entre, ao menos, duas pessoas”<sup>336</sup>.

Segundo afirma Amelung, “sociedades são um caso especial de tais sistemas de interação”, de modo que pode-se chamar sociedade um “sistema social que se sustenta, que sobrevive ao tempo de vida de um indivíduo e complementa-se através da reprodução biológica, onde ela assume a socialização de cada nova geração”<sup>337</sup>.

A estabilidade de um sistema social não é algo óbvio. Um sistema de interações deve cumprir certas exigências para manter seus limites a fim de que possa sobreviver. Neste ponto, Amelung recorre a Parsons, que aduz quatro problemas do sistema, os quais devem ser resolvidos, para que este possa durar, a saber: o problema da integração, o problema de adaptação, o problema da realização das metas e o problema da manutenção de padrões<sup>338</sup>.

Ainda à luz do pensamento de Parsons, Amelung assevera que “a estrutura de um sistema de interação repousa, portanto, na institucionalização de modelos culturais de orientação e de comportamento”. Desta forma, “os elementos estruturais de uma sociedade são a introdução de valores institucionalizados e normas, coletividades (isto é, construções coletivas como associações,

---

<sup>334</sup> Ibidem., p. 352.

<sup>335</sup> Ibidem., p. 353.

<sup>336</sup> Ibidem., p. 353.

<sup>337</sup> Idem., p. 354. Trecho original traduzido: “Gesellschaften sind ein Spezialfall solcher Interaktionssysteme. Als Gesellschaft kann man ein Sozialsystem bezeichnen, das sich selbst erhält, die Lebenszeit eines Individuums überdauert und sich durch biologische Reproduktion ergänzt, wobei es die Sozialisierung der jeweiligen neuen Generationen übernimmt”.

<sup>338</sup> Idem., pp. 354-355.

organizações burocráticas, empresas comerciais etc) e papéis, que se compõem de instituições”<sup>339</sup>.

A raiz de toda a compreensão para entender como solucionar os problemas para a manutenção do sistema social está, assim, “na ideia de função social”. Pontua Amelung que “a função social de um elemento estrutural é – algo como uma norma – sua contribuição para a manutenção do sistema social, isto é, para a gestão de um problema do sistema”. Por outro lado, “disfuncional é, ao contrário, um fenômeno que ameaça a preservação do sistema”<sup>340</sup>. O conceito de função social não deve ser confundido, porém, com o conceito de fim. O conceito de fim, segundo explica, “indica a direção de uma ação e é referido ao sujeito, enquanto o conceito de função aponta para uma relação dentro do sistema”<sup>341</sup>.

A referência do sistema da função social é o sistema social e, quando se trata do direito penal, o qual tem “por finalidade a garantia das condições da convivência humana na sociedade”, trata-se, portanto, do sistema social da sociedade. A rigor, a “função do direito penal é reagir contra os problemas do sistema na condição de um mecanismo de controle social”<sup>342</sup>

Com estas observações o conceito de danosidade social já pode ser melhor compreendido. Não como um dano social qualquer, mas como uma disfuncionalidade, segundo as palavras de Amelung:

Socialmente danosa é, neste sentido, uma manifestação de disfuncionalidade; um fenômeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas de sua estabilidade e manutenção. Tais fenômenos sociais podem tomar as formas mais variadas. Eles podem mostrar-se, por exemplo, na fricção entre subsistemas sociais ou no caso trágico de uma parte da população literalmente fixar uma melhor consciência em modelos de comportamento internalizados que se tornaram há muito tempo um obstáculo ao sistema. O crime é apenas um caso especial de fenômenos disfuncionais e, em geral, raramente o mais perigoso. O crime é disfuncional enquanto violação de uma norma institucionalizada („deviance”), indispensável à solução dos problemas de subsistência da sociedade. [...] Como as reflexões quanto à diferenciação social e o problema da ordenação hierárquica revelam, seu perigo repousa verdadeiramente no fato de impedir a solução dos problemas do sistema, ao pôr em questão a validade das normas que de algum modo contribuem para esta tarefa<sup>343</sup>.

A aplicação deste ponto de partida fundado na teoria social dos sistemas, sobretudo nas contribuições de Talcott Parsons, é trazida para o âmbito do direito penal da forma que, agora, passa-se a expor.

<sup>339</sup> Idem., pp. 356-357.

<sup>340</sup> Idem., p. 358.

<sup>341</sup> Idem., p. 358.

<sup>342</sup> Idem., p. 361.

<sup>343</sup> Ibidem. Trecho original traduzido: “Sozialschädlich ist in diesem Sinne eine dysfunktionale Erscheinung, ein Sozialphänomen, das es verhindert oder erschwert, daß das Sozialsystem der Gesellschaft die Probleme seines Fortbestandes bewältigt. Solche dysfunktionalen Sozialphänomene können die unterschiedlichste Gestalt annehmen. Sie können sich z.B. in Reibungen zwischen gesellschaftlichen Subsystemen zeigen oder in dem tragischen Fall, daß Teile der Bevölkerung buchstäblich besten Gewissens an internalisierten Verhaltensmustern festhalten, die dem System längst hinderlich geworden sind. Das Verbrechen ist nu rein Spezialfalldysfunktionaler Phänomene, im allgemeinen wohl kaum der gefährlichste. Das Verbrechen ist dysfunctional als Widerspruch gegen eine institutonalisierte Norm („deviance”), die für die Bewältigung der Bestandprobleme der Gesellschaft nötig ist. [...] Wie die überlegungen zur sozialen Differenzierung und zur Problemstufenordnung ergaben, liegen seine Gefahren eher darin, daß es die Lösung der Systemprobleme behindert, indem es die Geltung von Normen in Frage stellt, die zu dieser Aufgabe etwas beitragen”.

De acordo com Amelung, a “teoria da interação dos sistemas mostra um caminho” comprometido com a análise do campo específico social a partir da realidade e conecta-se com a única tarefa que pode ser atribuída ao direito penal, a saber: a de garantia das condições para a convivência humana. A teoria do sistema sociológico encerra assim um significado muito importante para a ciência do direito penal. Por um lado suas categorias abstratas como as de sistema social, a do problema de subsistência e a estrutura e conceito de função sozial oferecem pontos de partida para um raciocínio deste jaez. Por outro lado, “oportuniza-se uma aproximação entre dogmática e comprovação empírica, isto é, os dados colhidos no bojo do sistema social de determinada sociedade”<sup>344</sup>.

Da premissa de que o direito penal deve assegurar as condições para a convivência humana, Amelung assume que “a Constituição exige um dano social para que uma conduta seja penalmente proibida”. Este princípio constitucional implica, portanto, “impedir que a descrição do que vem a ser um dano social dependa absoluta e simplesmente do legislador penal”<sup>345</sup>.

A determinação objetiva do conteúdo do conceito de danosidade social, além dos limites de sua objetividade são, por isto, imperativos. Deste modo,

a resposta à questão do que deve ser visto como socialmente danoso em uma sociedade não fica, portanto, abandonada ao mero arbítrio, mas a concreta danosidade social de um fenômeno social pode sempre apenas ser relativamente determinada, tendo em vista as decisões estruturais antecedentes. Expresso de outra forma: “pré-positiva”, isto é, são dadas ao legislador a princípio apenas problemas de organização fundamentais da convivência; as respostas serão determinadas em seu modo já através do engenhoso instrumento de solução de problemas do direito positivo – em todo o caso nas modernas sociedades [...] A importância da questão da função social de uma norma penal emerge quando se lembra que a Constituição exige que o direito penal só proíba o agir socialmente danoso. Desse princípio constitucional segue que cada norma penal apenas deve ser aplicada de modo que ela realize uma contribuição para a preservação do sistema social de uma sociedade. Por isto é necessário dar mais atenção à questão de como a função social de uma norma penal deve ser determinada.<sup>346</sup>

### Pode-se dizer, destarte, que

socialmente danoso é o delito como perturbação de um sistema social e todas as consequências de um crime devem, por isso, ser traduzidas nas categorias do sistema social, se se quiser englobá-las como *sociais*. Isto significa que, mais uma vez, em última análise, todos os efeitos danosos de fatos criminosos devem ser descritos como efeitos nos pressupostos da existência de um sistema de interações, ao qual, como mostrado, também pertence a garantia de um espaço livre para a ação individual, dentro do qual interações desnecessárias não têm lugar. Uma vez que todos os sistemas de interação são sistemas de ação, resulta da posição aqui desenvolvida que as consequências do delito sempre são descritas como efeitos sobre o comportamento humano, aproximadamente como perturbação dos processos de interação ou como afetação das chances de ação individual que se

<sup>344</sup> Ibidem., p. 367.

<sup>345</sup> Ibidem., p. 367.

<sup>346</sup> Ibidem., pp. 368, 370. Trecho original traduzido: “ Die Beantwortung der Frage, was in einer Gesellschaft als sozialschädlich angesehen werden muß, bleibt demnach zwar nicht der bloßen Willkür überlassen, aber die konkrete Sozialschädlichkeit einer sozialen Erscheinung kann immer nur relative, im Hinblick auf vorausliegende Strukturentscheidungen bestimmt werden. Anders ausgedrückt: „vorpositiv“, d.h. dem Gesetzgeber vorgegeben, sind grundsätzlich nur fundamentale Organisationsprobleme des Zusammenlebens; die Lösungen werden in ihrer Art – jedenfalls in modernen Gesellschaften – bereits durch das genial Problemlösungsinstrument des positive Rechts bestimmt [...] Die Bedeutung der Frage nach der sozialen Funktion einer Strafnorm tritt hervor, wenn man sich daran erinnert, daß die Verfassung fordert, das Strafrecht dürfe nur sozial-schädliches Tun verbieten. Aus diesem Verfassungssatz folgt, daß jede Strafnorm nur so angewendet werden darf, daß sie einen Beitrag zur Erhaltung des Sozialsystems der Gesellschaft leistet. Es ist deshalb nötig, etwas näher auf die Frage einzugehen, wie die soziale Funktion einer Strafnorm zu ermitteln ist”.

comportam normativamente no âmbito da integração de interesses individuais na forma de “direitos subjetivos”<sup>347</sup>.

Segundo Amelung esta posição encerra muitas vantagens. Em primeiro lugar, tal posição “situa os efeitos de todos os delitos no mesmo nível de realidade e cria, com isto, uma perspectiva para a avaliação das consequências de diversas condutas”, como o “homicídio, a corrupção e o estacionamento ilegal”<sup>348</sup>.

Por outro lado, o objeto dos efeitos do dano ganha em dinâmica e realismo („*Lebensnähe*”) por meio do ponto de referência adotado, uma vez que a dinâmica da vida social tem base na ação humana. Por fim, a delimitação das consequências danosas do delito em relação ao sistema social possui implicações ético-políticas: “o postulado de que apenas o agir socialmente danoso deve ser punido significa, na versão que lhe é dada aqui, que nem toda ação que modifica de algum modo o mundo exterior deve estar proibida, mas que apenas um tal ato que tenha efeitos perturbadores no sistema social”<sup>349</sup>.

A ideia de danosidade social, conforme exposto linhas acima, encontra limites. Dois são os limites defendidos por Amelung: um liberal e outro referido ao conceito de bem jurídico.

A restrição liberal nasce da proposição de que “a lesão da pessoa é, como mostrado, socialmente danosa, pois nenhum sistema de interação pode existir sem pessoas”<sup>350</sup>. Desta proposição decorrem duas importantes implicações de relevância ética.

Em primeiro lugar, a danosidade social da lesão da pessoa é sublinhada não a partir da perspectiva do indivíduo, mas da perspectiva da sociedade. A atribuição ao direito penal da garantia das condições da convivência humana não é, para Amelung, algo que deva ser referível à pessoa, mas, sim, à sociedade<sup>351</sup>. A proteção a bens jurídicos é, portanto, proteção da sociedade.

A segunda implicação revela que “a garantia da pessoa não é o único problema de subsistência de um sistema social, pois toda a solução de problemas tem seus custos, o que não impede que haja o sacrifício de interesses individuais para que se proteja o sistema social”<sup>352</sup>.

---

<sup>347</sup> Idem., p. 386. Trecho original traduzido: “*Sozial* schädlich ist das Verbrechen als Störung eines sozialen Systems, und alle Folgen einer Straftat müssen daher in die Kategorien des sozialen Systems übersetzt werden, wenn man sie als *soziale* erfassen will. Dies bedeutet einmal, daß letztlich alle schädlichen Auswirkungen krimineller Taten als Auswirkungen auf die Voraussetzungen des Bestandes eines Interaktionssystems beschrieben werden müssen, zu denen, wie gezeigt, auch die Sicherung individueller Handlungsspielräume gehört, innerhalb derer nicht unbedingt Interaktionen stattzufinden brauchen. Da alle Interaktionssysteme Handlungssysteme sind, ergibt sich aus dem hier entwickelten Ansatz weiter, daß die Folgen des Verbrechens stets als Wirkungen auf menschliches Handeln zu beschreiben sind, etwa als Störung von Interaktionsprozessen oder als Beeinträchtigung individueller Handlungschancen, die im Rahmen der Integration individueller Interessen in der Form „subjektiver Rechte” normative abgesichert sind”.

<sup>348</sup> Ibidem., p. 370.

<sup>349</sup> Ibidem. Trecho original traduzido: “das Postulat, daß nur sozialschädliches Tun unter Strafe gestellt werden darf, bedeutet in der Fassung, die ihm hier gegeben wird, nicht schon, daß jede Handlung untersagt werden darf, die irgendwie die „Außenwelt” verändert, sondern nur reine solche Tat, die sich im sozialen System störend auswirkt”

<sup>350</sup> Ibidem., p. 388

<sup>351</sup> Ibidem., p. 389

<sup>352</sup> Ibidem., p. 389.

Quanto ao conceito de bem jurídico em si, Amelung assevera que “o dogma do bem jurídico possui todas as vantagens de uma investigação compreensiva das representações de um legislador que atua finalisticamente; ao contrário, a investigação das funções sociais de uma norma detém todas as vantagens da análise sociológica do seu significado objetivo no sistema social da sociedade”<sup>353</sup>.

No entanto, conforme ressalta o autor, “a teoria do delito como perturbação de um sistema social não pode simplesmente substituir o dogma do delito como lesão do bem jurídico”<sup>354</sup>. A teoria do delito como sistema social não parece, porém, suficiente, uma vez que lhe falta uma específica vantagem do pensamento do bem jurídico, a saber: “o desenvolvimento imediato do objeto dos efeitos danosos de um delito a partir de um juízo de valor”. Esta abordagem constrói, com efeito, “um limite intransponível para a objetivização da danosidade social sobre o fundamento do dogma do bem jurídico”<sup>355</sup>.

#### 2.4.11.2 Crítica

A obra de Amelung, apesar de um trabalho de fôlego e da proposta de recuperação do ideário da danosidade social ínsita ao direito penal do iluminismo, merece críticas ásperas em muitos pontos.

Conforme ainda se esmiuçará neste tópico, a teoria de Amelung afigura-se extremamente infensa à valorização do indivíduo, atitude esta que pouco tem que ver com um suposto apelo à reconstrução do ideário iluminista à luz da danosidade social.

Impende salientar que a teoria da danosidade social de Amelung padece de três problemas incontornáveis: a premissa comprometida com o sistema social em detrimento do indivíduo; o caráter declaradamente utilitário do direito penal na proposta do autor e a necessidade da imposição ou institucionalização de modelos culturais.

Ultrapassaria o escopo do presente estudo e deste tópico uma ampla exposição das teorias sistêmicas sociológicas e seu impacto no direito<sup>356</sup>. Nesta sede basta salientar o seguinte: a afirmação de que os indivíduos só têm relevância enquanto peças atomizadas de um sistema social resulta em uma intolerável *instrumentalização* do ente humano, reduzindo-o a um mero executor de

<sup>353</sup> Idem., p. 394. Trecho original traduzido: Das Rechtsgutsdogma besitzt demnach alle Vorzüge „verstehender“ Ermittlung der Vorstellung eines zweckhaft handelnden Gesetzgebers, die Suche nach den sozialen Funktionalen einer Norm dagegen alle Vorteile der sozialwissenschaftlichen Analyse ihrer objektiven Bedeutung im sozialen System der Gesellschaft”

<sup>354</sup> Ibidem., p. 394. Trecho original traduzido: ...kan die Lehre vom Verbrechen als Störung eines sozialen Systems das Dogma vom Verbrechen als „Rechtsgut“ -Verletzung nicht einfach ersetzen”.

<sup>355</sup> Ibidem., p. 394.

<sup>356</sup> Uma crítica minha ao funcionalismo sistêmico, mas, especificamente à concepção de Jakobs, em: REIS, Marco Antonio S. Op.cit., p. 60 et seq.

papéis, isto é, a um meio para a consecução de uma discutível estabilidade.<sup>357</sup>

Conforme argumenta Amelung, a ação individual só tem que ver com a conexão de muitas dessas ações, de modo que só lhes cabe alguma relevância quando inseridas no sistema social. O que Amelung ignora, e que salta aos olhos, é que o conjunto de ações individuais relacionadas umas com as outras não dá vida autônoma a um objeto meramente mental chamado sistema. O total desfazimento do indivíduo é o primeiro passo para a aceitação de regimes autoritários sob o pretexto da força maior e impositiva de um ente superior, seja ele o “sistema social”, o “são sentimento do povo” ou qualquer outro construto tão-só imaginário.

Com efeito, a premissa funcionalista sistêmica nos leva a um segundo aspecto alarmante: o utilitarismo. Pois se o que importa é a estabilidade do sistema, então, conforme o próprio Amelung faz questão de sublinhar, “a garantia da pessoa não é o único problema”, de modo que a solução em prol da higidez do sistema impõe, inelutavelmente, sacrifícios e custos individuais. Franqueia-se, portanto, a entrada do que se poderia chamar de utilitarismo do “sistema social”, em que a ação eticamente correta é agir para maximizar a estabilidade ou minimizar a disfuncionalidade do sistema.

Um terceiro ponto inolvidável é que tal doutrina impõe a institucionalização de modelos culturais imprescindíveis à estabilidade do sistema, o que, por si só, não apenas dificulta, mas torna desnecessariamente traumática qualquer mudança mais sensível na ordem das interações individuais. Como o crime é não mais que a perturbação do sistema social, uma disfuncionalidade que fere os padrões culturais institucionalizados, permite-se, também, a incriminação da antissociabilidade.

Por fim, o conceito de bem jurídico, se de algum modo ainda é necessário, apesar das ressalvas de Amelung, encontra-se plenamente funcionalizado em relação ao sistema. Perde-se, assim, qualquer aproximação com o sujeito individuado como portador de bens dignos de proteção, o que, a rigor, pouco tem que ver com o ideário iluminista.

## 2.4.12 A concepção de Zaffaroni

### 2.4.12.1 Exposição

---

<sup>357</sup> A proposta examinada neste tópico fulmina o segundo imperativo categórico kantiano: “Age de tal modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na dos demais, sempre como fim, nunca simplesmente como meio.” (Handle so, dass Du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst). KANT, Immanuel. Kritik der reinen praktischen Vernunft. PHILLIPP RECLAM JUS. STUTTGART, 1992, P.53 ET SEQ.

Zaffaroni se associa a uma orientação negativa da teoria do bem jurídico. Para este autor, o bem jurídico é algo indispensável para a efetividade do princípio da lesividade. Rechaça, contudo, qualquer conceito legitimador do poder punitivo, alertando para a necessária distinção entre o uso limitativo do conceito de bem jurídico e o uso legitimador, uma vez que este último termina atuando como um “verdadeiro conceito legitimador diferenciado”, que é o pretendido bem jurídico tutelado<sup>358</sup>.

O chamado “mito do bem jurídico protegido”, o qual se deve, segundo o autor, à teoria imperativista do direito, pressupõe a aceitação da eficácia protetora do poder punitivo, consagrada de modo supostamente dedutivo. Conforme esta concepção de bem jurídico, “se uma norma proíbe uma ação que lesiona ou põe em perigo um bem é porque a norma o tutela”. Assim, em virtude da impossibilidade de a norma proibir resultados, a pena adquire um “sentido policial-preventivo”. A crítica de Zaffaroni enxerga nesta premissa um juízo falso, a saber: “o de que as normas protegem ou tutelam bens jurídicos”. Tal juízo, quando submetido “à verificação da operatividade do poder punitivo, ao menos na maioria dos casos, resulta em um valor de verdade falso”<sup>359</sup>.

Segundo o pensamento de Zaffaroni, o conceito legitimador do bem jurídico resulta de uma confusão incompatível com o caráter fragmentário-sancionador da legislação penal, uma vez que a legislação penal não cria bens jurídicos, mas estes são criados pela Constituição, pelo direito internacional e pelo resto da legislação<sup>360</sup>. O máximo que a lei penal faz é, eventualmente, “individualizar alguma ação que afeta o bem jurídico de um modo particular, porém a lei jamais pode exercer uma tutela ampla ou plena, sob pena de frustrar sua natureza fragmentária e excepcional”. “O direito penal recebe o bem jurídico já tutelado e a norma que se deduz do tipo não faz nada além de anunciar um castigo para certos modos específicos e isolados de lesão ao bem”<sup>361</sup>.

Logo, “se a lei penal não fundamenta, também não decide a tutela”. Neste particular, salienta o autor a importância do conceito limitador, que serve como exigência ou pressuposto de ativação do poder punitivo sob a forma da afetação de um bem jurídico tutelado pelo direito. Pensamento distinto deste (limitador) significa para Zaffaroni Sustentar o reconhecimento de uma “função constitutiva à lei penal” e, portanto, “abrir a via da criminalização para mais uma aspiração complementadora (não fragmentária)”<sup>362</sup>.

A circunstância de que tal conceito restritivo tenha sido pervertido até desembocar em um conceito legitimador, que abre caminho para uma ilimitada criminalização, apenas manifesta a

---

<sup>358</sup> ZAFFARONI, E.R. Derecho penal...p. 486.

<sup>359</sup> Ibidem., p. 486

<sup>360</sup> Ibidem., p. 486

<sup>361</sup> Ibidem., p. 486

<sup>362</sup> Ibidem., 487.

insuficiência do próprio conceito legitimador para limitar a criminalização primária. Para Zaffaroni “é natural que assim seja, porque ao não poder definir para que serve a pena, não é possível distinguir entre poder punitivo legítimo e ilegítimo”. Por via de consequência, também resta inviável estipular limites à incriminação de comportamentos<sup>363</sup>. A insuficiência do conceito legitimador para conter o legislador não deve significar um total abandono do bem jurídico. Deve apenas restringi-lo à sua função redutora. Ademais, o bem jurídico como categoria lógica necessária, indicativa da lesão, é imprescindível. Afirma Zaffaroni que a “ideia de tutela é imprescindível para legitimar a configuração da vítima e, como tal, o momento de assentamento do poder punitivo”<sup>364</sup>.

Feitas essas ponderações, cumpre agora enunciar o conceito de bem jurídico para Zaffaroni: “a relação de disponibilidade de um sujeito para com um objeto”<sup>365</sup>, o que o aproxima do conceito de Sina, com o acréscimo da característica da disponibilidade. Zaffaroni endossa a tradição liberal ao retirar do campo das incriminações qualquer tentativa de paternalismo estatal, de imposições morais. Nega também a validade de bens jurídicos universalizantes baseados num suposto direito à segurança, como a paz ou a ordem pública, o bem comum e outras figuras inacessíveis<sup>366</sup>.

#### 2.4.12.2 Crítica

A contribuição de Zaffaroni intui de modo correto uma das fragilidades da teoria do bem jurídico, a saber: o problema empírico-contingencial, que será tratado de forma mais detida em capítulo posterior. Também não lhe escapa a ausência de limites que um fundamento positivo personificado na proteção de bens jurídicos oferece para o avanço do poder punitivo. Não há como negar o fato de que a pergunta sobre se uma incriminação efetivamente protege algum bem jurídico é uma questão dependente de uma comprovação empírica. Raramente, contudo, procura-se oferecer algum estudo confiável a respeito desta verificação e, sobretudo, da eficiência desta tutela.

Neste sentido, eis as palavras do próprio Zaffaroni que resumem de modo precioso as críticas a serem expostas no próximo capítulo:

Por outro lado, é muito difícil sustentar uma tutela do bem ofendido, porque é óbvio que no homicídio não se tutela com pena a vida da vítima, senão que, pelo menos, a tese tutelar deveria admitir que não se trata da vida concreta, senão de uma idéia abstrata de vida. Essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a idéia de bem jurídico tutelado digere e

<sup>363</sup> Ibidem., p. 487

<sup>364</sup> Ibidem., p. 487

<sup>365</sup> Ibidem., p. 487.

<sup>366</sup> Ibidem., p. 492

neutraliza o efeito limitador da idéia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas<sup>367</sup>.

As ponderações de Zaffaroni apenas soam contraditórias quando ele assevera que o conceito de bem jurídico funda-se na Constituição e na ordem jurídica internacional e, ao mesmo tempo, nega o reconhecimento de bens jurídicos como a paz pública, os bons costumes e outros *topoi* com dignidade constitucional e, não raro, também internacional. O problema não estar em negar tais bens jurídicos que, em verdade, são vazios de conteúdo e redutíveis a bens individuais, mas na premissa que acaba levando à contradição. Conforme visto na primeira parte deste trabalho, a referência à Constituição como ponto de partida para o reconhecimento de bens jurídicos de modo algum garante uma limitação do poder punitivo. A ideia de bem jurídico como relação, contudo, é bastante interessante, embora insuficiente, conforme se verá no próximo capítulo quando da exposição do conceito defendido por este trabalho.

### 2.4.13 Günter Stratenwerth

#### 2.4.13.1 Exposição

Entre os mais acentuados críticos da teoria do bem jurídico está Günter Stratenwerth. As objeções de Stratenwerth encontram respaldo, sobretudo, em sua orientação político-filosófica que, grosso modo, nega a prioridade de uma concepção jungida ao princípio de autorrealização ou autoafirmação do indivíduo<sup>368</sup>. Esta orientação se deve à proposta deste autor no sentido de construir um direito penal voltado para os desafios futuros<sup>369</sup>. Conforme pontua o autor, citando como prelúdio dos tempos atuais o livro de Rachel Carson<sup>370</sup>, o avanço econômico e tecnológico gerou um potencial devastador de todas as manifestações de vida no planeta terra, que incluem o risco do esgotamento dos recursos naturais, a contaminação da terra e das águas, a destruição da camada de ozônio, a preservação das possibilidades de vida das gerações futuras entre outros aspectos<sup>371</sup>. Um ponto a ser destacado quanto à preocupação futura, em especial no que respeita às condições do meio ambiente, é a proposição de que os seres humanos não devem ser

<sup>367</sup> ZAFFARONI, E.R./ BATISTA, N. Direito penal...p. 227.

<sup>368</sup> STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: Teoría del bien jurídico...p. 366.

<sup>369</sup> Tal posição pode ser vista com detalhes em: STRATENWERTH, Günter. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts? In: ZStW, v. 105, 1993, pp. 679-696

<sup>370</sup> CARSON, Rachel. Silent Spring. Australia: Pinguin Books, 1971.

<sup>371</sup> STRATENWERTH, Günter. Op.cit., p. 679 et seq.

compreendidos como algo afastado da natureza, mas devem estar inseridos no contexto de vida que abarca tanto os seres humanos como aquela<sup>372</sup>.

Diante de tais desafios a teoria do bem jurídico se mostra não só improfícua como dispensável. A rigor, Stratenwerth considera que “uma definição material completa do bem jurídico é a quadratura do círculo”<sup>373</sup>. Reputa, ainda, que “a pretensão de universalidade do bem jurídico não pode lograr êxito em face das distintas tradições culturais e conjuntos de valores presentes no mundo”<sup>374</sup>.

Consoante Stratenwerth esta concepção universalista e individual, calcada em uma orientação liberal do mundo se alicerça sobre uma decisão “em favor de uma concreta pauta básica de comportamento que não se pode inferir de nenhuma premissa”. A busca por este fundamento ético último, típico de uma filosofia kantiana, é, para o autor, um caminho a ser abandonado. Esta visão liberal, segundo o autor, atribui à pessoa a condição de centro do mundo; uma pessoa alheada da sociedade, dos outros e que se esgota em si mesma<sup>375</sup>.

Segundo Stratenwerth,

o reconhecimento do outro como pessoa não consiste só em deixá-lo agir a seu gosto em seu próprio círculo vital, senão também em respeitar seus objetivos supraindividuais, em considerá-lo como alguém que gostaria de ver o mundo, seu mundo, ordenado de uma determinada maneira e que talvez esteja preparado para sacrificar tudo por isto<sup>376</sup>.

Tal circunstância encerra verdadeiro obstáculo ao reconhecimento de bens coletivos ou universais<sup>377</sup>.

Nesta linha de raciocínio, sustenta o autor que o princípio da igualdade tem a oferecer um corolário ulterior ao direito: o de incluir “no discurso moral as consequências das ações humanas para as gerações futuras”<sup>378</sup>. Ao direito penal incumbe, portanto, proteger as consequências do agir humano para as conexões vitais em si, da humanidade como um todo, rechaçando-se qualquer referência ao âmbito dos interesses individuais<sup>379</sup>.

Além disto, embora não o faça explicitamente, Stratenwerth parece defender que o mero consenso social ou posição majoritária é suficiente, em um Estado democrático de Direito, para a criminalização de certos comportamentos, cujas consequências sejam nocivas para tais conexões vitais<sup>380</sup>.

<sup>372</sup> Ibidem., p. 691.

<sup>373</sup> STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des „Rechtsgutes”. In: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, p. 389.

<sup>374</sup> STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos..., p. 369

<sup>375</sup> Ibidem., p. 369

<sup>376</sup> Ibidem., p. 369

<sup>377</sup> Ibidem., p. 369.

<sup>378</sup> Ibidem., p. 371.

<sup>379</sup> STRATENWERTH, Günter. **Zukunftssicherung mit den Mitteln...** p. 690 et seq.

<sup>380</sup> STRATENWERTH, Günter. **La criminalización en los delitos...** p. 369.

Sob uma perspectiva dogmática, Stratenwerth verifica que o conceito de bem jurídico não é unívoco e claro. Assim, “sem definições precisas dos bens protegidos uma interpretação adequada da lei na maioria dos delitos contra a pessoa não é possível”<sup>381</sup>.

Noutros tipos de delitos a insuficiência da teoria do bem jurídico também restaria patente, como, por exemplo, no crime de maus tratos a animais (*Tierquälerei*) e no caso de delitos sexuais, os quais não afetam outra coisa senão tabus culturais<sup>382</sup>.

#### 2.4.13.2 Crítica

Stratenwerth realiza algumas críticas pontuais à teoria do bem jurídico, como a nebulosidade e ausência de consenso acerca do conceito e a dificuldade da teoria para explicar alguns tipos penais. O que este autor propõe em substituição ao dogma do bem jurídico é, contudo, uma alternativa pior.

Em primeiro lugar, não é verdade que, por exemplo, a ética kantiana traduz uma concepção isolada do indivíduo. O imperativo que ordena o indivíduo a agir de acordo com aquelas máximas através das quais ele possa, ao mesmo tempo, querer que elas se tornem uma legislação universal (“*Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die Du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde*”) não permite concluir uma opção pelo indivíduo isolado de todos os demais. Da mesma forma, a proibição de instrumentalização, materializada no imperativo segundo o qual não é dado tratar o outro como meio, mas como fim em si mesmo, traduz uma preocupação com as relações entre indivíduos.

O cerne da crítica de Stratenwerth é, indubitavelmente, dirigida à premissa do indivíduo em contraposição à sociedade, um antigo problema das ciências humanas. A posição de Stratenwerth é eminentemente coletivista e inaceitável pelas razões que Ludwig von Mises expõe com precisão:

O que distingue o coletivismo do realismo conceitual ensinado pelos filósofos não é seu método de aplicação, mas as tendências políticas implícitas. O coletivismo transforma a doutrina epistemológica em uma pretensão ética. Ele diz às pessoas o que elas devem fazer. Não existe uma ideologia coletivista uniforme, mas várias doutrinas coletivistas. Cada uma delas enaltece uma entidade coletivista diferente e exige que todas as pessoas decentes se submetam a elas. Cada seita idolatra seu próprio ídolo e é intolerante com todos os ídolos rivais. Cada uma ordena a total subjeção do indivíduo; todas são totalitárias. O caráter particularista das várias doutrinas coletivistas poderia ser facilmente ignorado, pois elas normalmente utilizam como ponto de partida a oposição entre a sociedade em geral e os indivíduos. Nesse contraste, existe apenas um coletivo, o qual abrange todos os indivíduos. Não é possível, portanto, surgir nenhuma rivalidade entre várias entidades coletivas. Porém, no curso detalhado da análise, um coletivo especial é imperceptivelmente substituído pela abrangente e única 'sociedade'<sup>383</sup>.

<sup>381</sup> STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff...p. 388.

<sup>382</sup> Ibidem., pp. 386, 389.

<sup>383</sup> MISES, Ludwig von. Theory and History. An interpretation of social and economic evolution. Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2007, p. 250 et seq. Trecho original traduzido: Modern collectivist philosophy is a coarse offshoot of the old doctrine of conceptual realism. It has severed itself from the general philosophical antagonism between realism and nominalism and hardly pays

Por fim, também é inaceitável subordinar a criminalização de condutas ao mero consenso democraticamente estabelecido. Tal expediente, seja baseado em uma teoria da ação comunicativa de Habermas ou em uma ideia meramente procedimentalista, não atende às exigências de limitação à prerrogativa de valoração do legislador, conforme crítica feita na primeira parte deste estudo.

#### 2.4.14 Günther Jakobs

##### 2.4.14.1 Exposição

Outra posição infensa à teoria do bem jurídico é a de Günther Jakobs. A crítica de Jakobs é, inegavelmente, uma decorrência de sua concepção funcionalista sistêmica, a qual não será exaustivamente tratada nesta sede<sup>384</sup>.

Sucintamente, a vertente funcional-sistêmica enxerga na manutenção e na garantia da identidade normativa da sociedade a finalidade precípua do direito penal, o que evidencia o seu caráter autopoietico<sup>385</sup>. Nas palavras do autor:

O direito penal confirma, portanto, a identidade social. O delito não é considerado como início de uma evolução nem tampouco como evento que deva ser solucionado de modo cognitivo, mas como comunicação defeituosa, imputando-se este defeito ao autor como culpa sua. Dito doutro modo, a sociedade mantém as normas e se nega a compreender a si mesma de outro modo. Nesta concepção, a pena não é tão só um meio para manter a identidade social, mas já constitui a própria manutenção. (...) O direito penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbadora da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como conseqüência de uma infração da norma. E isto significa, ao mesmo tempo, que com isso se representa a identidade não modificada da sociedade<sup>386</sup>.

---

any attention to the continued conflict of the two schools. It is a political doctrine and as such employs a terminology that is seemingly different from that used in the scholastic debates concerning universals as well from that of contemporary neorealism. But the nucleus of its teachings does not differ from that of the medieval realists. It ascribes to the universals objective real existence, even an existence superior to that of individuals, sometimes, even, flatly denying the autonomous existence of individuals, the only real existence. What distinguishes collectivism from conceptual realism as taught by philosophers is not the method of approach but the political tendencies implied. Collectivism transforms the epistemological doctrine into an ethical claim. It tells people what they ought to do. It distinguishes between the true collective entity to which people owe loyalty and spurious pseudo entities about which they ought not to bother at all. There is no uniform collectivist ideology, but many collectivist doctrines. Each of them extols a different collectivist entity and requests all decent people to submit to it. Each sect worships its own idol and is intolerant of all rival idols. Each ordains total subjection of the individual, each is totalitarian. The particularist character of the various collectivist doctrines could easily be ignored because they regularly start with the opposition between society in general and individuals. In this antithesis there appears only one collective comprehending all individuals. There cannot therefore arise any rivalry among a multitude of collective entities. But in the further course of the analysis a special collective is imperceptibly substituted for the comprehensive image of the unique great society. [...]Men cooperate with one another. The totality of interhuman relations engendered by such cooperation is called society. Society is not an entity in itself. It is an aspect of human action. It does not exist or live outside of the conduct of people. It is an orientation of human action. Society neither thinks nor acts. Individuals in thinking and acting constitute a complex of relations and facts that are called social relations and facts.

<sup>384</sup> Sobre o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs tecemos algumas considerações críticas em: REIS, Marco Antonio S. Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 78. Revista dos Tribunais, 2009, ano 17, pp. 41-74.

<sup>385</sup> Autopoiesis quer dizer autoprodução. A palavra surgiu pela primeira vez na literatura internacional em 1974, num artigo publicado por Varela, Maturana e Uribe, para definir os seres vivos como sistemas que produzem continuamente a si mesmos. Esses sistemas são autopoieticos por definição, porque recompõem continuamente os seus componentes desgastados. Pode-se concluir, portanto, que um sistema autopoietico é ao mesmo tempo produtor e produto. VARELA, Francisco; MATURANA, Humberto e URIBE, Roberto. "Autopoiesis: the organization of living systems, its characterization and a model". *Biosystems* 5:187-196, 1974.

<sup>386</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**, tradução de CANCIO MELIÁ e FEIJÓO SÁNCHEZ, Madrid: Cuadernos Civitas, 1996, p.18-19.

Numa referência à teoria dos papéis<sup>387</sup>, Jakobs idealiza um sistema de organização social baseado no cumprimento de um conjunto normativo que, ao mesmo tempo, assegura o seu caráter estável e permite a satisfação do feixe de expectativas geradas pelo papel desempenhado por cada um. Neste contexto, duas são as espécies de expectativas. Em relação às expectativas cognitivas<sup>388</sup>, o indivíduo adapta-se à realidade que o circunda. Por outro lado – e aqui eis o alvo de nosso interesse –, as expectativas normativas estabelecem-se contrafaticamente, isto é, conservam-se apesar de eventual violação de seu conteúdo. Uma vez defraudada a expectativa normativa, resta uma decepção que deverá ser processada, sob pena de se infirmar a estabilidade do sistema. Esse processamento se realiza, dentre outras maneiras, mediante a sanção, revitalizadora da expectativa contida na norma<sup>389</sup>. O direito funciona como instrumento de seleção de expectativas de comportamento em dimensões sociais, temporais e práticas.

Grosso modo, o delito é, portanto, a defraudação de expectativas normativas; é a negação da norma. Por seu turno, a “tarefa da pena é a preservação da norma como modelo de orientação para o contato social. O conteúdo da pena é uma negação sucessiva contra o repúdio à norma às custas do violador desta”<sup>390</sup>

Conforme ressalta Jakobs, a discussão comumente encetada envolvendo o bem jurídico e o direito penal traduz a ideia de que a norma penal só é legítima quando protege bens jurídicos, sem que seja particularmente claro o que é um bem jurídico nesta relação, o que, desde logo, impõe a controvérsia a respeito das qualidades que esse objeto de proteção deve ter: se vinculado a uma visão monista ou dualista<sup>391</sup>. Jakobs define bem como um fato (no sentido amplo) positivamente avaliado, de modo que o conceito não abrange só objetos (corpóreos e não corpóreos), mas também situações ou estados. O bem jurídico é, assim, um bem pelo fato de que ele goza de proteção jurídica.

Para Jakobs, contudo, a teoria do bem jurídico é de pouca valia para responder ao questionamento do que pode ou não ser elevado a objeto de proteção da norma, uma vez que tal

---

<sup>387</sup> Jakobs baseia-se em Niklas Luhmann que esclarece: “a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática (...) e podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativa” -. **Sociologia do Direito I**. trad. Gustavo BAYER. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 116 -. Nitidamente nesse trecho : “*Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible*”. JAKOBS, Günther, **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**, tradução de Manuel CANCIO MELIÁ e Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Paracuellos de Jarama (Madrid): Cuadernos Civitas, 1996, p.50-51.

<sup>388</sup> Segundo assevera LUHMANN , “*Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride.*” **Sociologia do Direito I**...p.53.

<sup>389</sup> Op.Cit. ,p.66-73.

<sup>390</sup> JAKOBS, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**. 2.ed. Berlin;New York: De Gruyter, 1993, pp. 9-10

<sup>391</sup> Ibidem., p.38

resposta depende muito mais da danosidade social do comportamento violador<sup>392</sup>.

Duas objeções predominam na crítica deste autor.

Em primeiro lugar, o conceito de bem jurídico revelaria “um ganho teórico pobre”. Assim, “a teoria do bem jurídico não consegue compreender o bem em sua relação com o proprietário sem, com isto, poder declarar a necessidade de assegurar também o bem sob um ponto de vista jurídico-penal. Em termos exemplificativos: a verdade de uma informação é para o informante sempre um bem e, contudo, apenas em raras hipóteses ela é assim reconhecida”<sup>393</sup>.

Por isto, deve “a lesividade social ser gravada na violação do bem para que ela possa ser qualificada como uma lesão a bens jurídicos”. Assevera o autor que a “ordem protegida pelo direito penal não pode ser definida por meio de todos os bens”. A rigor, “a soma de todos os bens jurídicos” não cria, para Jakobs, a ordem social, mas “é tão-só uma amostra oriunda desta ordem social que, ademais, apenas pode ser indicada completamente através do conhecimento dos seus limites”. Segundo o autor, “apenas o interesse público na preservação de um bem pode transformá-lo em bem jurídico”. Todavia, “o interesse público não trata sempre somente da preservação de bens”<sup>394</sup>.

Em segundo lugar, Jakobs afirma que “mesmo os bens jurídicos penalmente reconhecidos não gozam de proteção absoluta”. Para este autor “a sociedade não é uma organização destinada à preservação de bens ou maximização deles, mas tem a função de possibilitar o contato social”, de modo que “quais os riscos um bem sem proteção jurídico-penal deve suportar não se deduz dos bens em si, pois esses bens não estão isolados, mas, antes, inseridos no contato social, em uma hierarquia determinada”. Disto resulta que “só existem bens jurídicos quando e na medida em que sejam bens socialmente funcionais”. É neste sentido que “bens como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade e outros revelam sua essência nesta conexão social, existem em função desta”. Por esta razão, prossegue Jakobs, “uma norma não pode proteger um bem contra tudo, mas tão só contra aqueles riscos que representam consequências necessárias do contato social permitido”. Todavia, “aquilo que se entende por contato social permitido, conforme este autor, não é dado à teoria do bem jurídico esclarecer”<sup>395</sup>.

#### 2.4.14.2 Crítica

---

<sup>392</sup> Ibidem., p. 39

<sup>393</sup> Ibidem., p. 40

<sup>394</sup> Ibidem., p. 44

<sup>395</sup> Ibidem, p. 45 et seq.

As críticas que este estudo apresentou acerca dos teóricos que baseiam suas ponderações em teoria sociológicas, privilegiadoras do sistema em detrimento do indivíduo podem aqui, também, ser repetidas.

No que diz respeito, especificamente, aos argumentos de Jakobs, a defraudação de expectativas, em si, não é objeto de grande controvérsia. O direito, enquanto um ramo do conhecimento atrelado à Ética é, de certo modo, um conjunto de imperativos ou normas passíveis de frustração. A frustrabilidade é, portanto, uma nota característica do direito. O problema desta construção está no fato de que tais expectativas estão, de um modo não muito claro, ligadas à teoria dos papéis, isto é, à função social que cada indivíduo desempenha sob a perspectiva do corpo social. O corpo social, contudo, a não ser mediante uma operação de soma, não possui uma expectativa uma acerca das funções a serem desempenhadas. Não raro, inclusive, tais expectativas, que só podem ser individuais, são opostas, o que fulmina as pretensões de unidade sistêmica.

Afora estas dificuldades, Jakobs acerta ao reconhecer que a proteção a bens jurídicos jamais é absoluta, seja no alcance ou extensão, uma vez que não tutela todos os bens reputados socialmente dignos de proteção, seja no campo da eficiência desta proteção.

#### 2.4.15 Tatjana Hörnle

##### 2.4.15.1 Exposição

Em longo trabalho de análise das chamadas “condutas grosseiramente ofensivas” (Grob antössiges Verhalten), esta autora trata de várias questões relevantes e controvertidas para a teoria do bem jurídico, como, por exemplo, a incriminação de imoralidades e condutas socialmente reprováveis. Tais pontos são, sem dúvidas, aspectos problemáticos para a teoria do bem jurídico (sobretudo para aquelas de contornos mais individuais e restritivos), que se vê, não raro, em dificuldades para explicar incriminações deste tipo.

Hörnle afirma que assiste razão a Stratenwerth quando este alega que o direito penal também se ocupa de violações contra normas sociais e, por isso, carrega inegável substrato cultural, bem como defende a inevitabilidade de o direito penal proteger interesses coletivos:

O resultado das investigações na parte especial desse trabalho leva à mesma orientação da avaliação de Stratenwerth, a qual aponta que o direito penal também sanciona violações contra normas sociais, que aplicam as formas culturais da convivência humana e que nem sempre são reconduzíveis aos interesses do indivíduo. Existe, na realidade, uma área de proibições penais que não protege os

direitos de terceiros e nem o princípio da dignidade humana como concretização das leis morais, mas sim representações morais, sentimentos e tabus<sup>396</sup>.

Apesar de reconhecer que as investigações a respeito da parte especial do código penal alemão conduzem a um direito penal que inclui a proteção dos aspectos supramencionados, Hörnle defende uma espécie de retorno à teoria dos direitos subjetivos, conforme sua conclusão deixa claro:

O objetivo do meu trabalho vai, contudo, além dessa exigência mínima para tomar a sério questões delicadas de um discurso não oculto. Ele advoga por isso avaliar os tipos penais criticamente e não mais justificar aqueles que não protejam direitos de outros (ou o princípio da dignidade humana, que tem, contudo, pouco significado). Tipos penais que sejam classificados como protetores da moral, de sentimentos ou de tabus devem ser abolidos<sup>397</sup>.

A razão para a recusa da teoria do bem jurídico, consoante esta autora, parece ser eminentemente prática. A rigor, Hörnle assevera que o conceito de bem jurídico pode aceitar basicamente qualquer conteúdo, de modo que uma concepção transcendente ao sistema ou crítico-restritiva dificilmente logra obter aplicação concreta. Eis suas palavras:

Ponto de partida foi a constatação de que uma abordagem que pergunta qual bem jurídico é protegido através da respectiva proibição não nos leva muito adiante. A pouca importância do conceito para as decisões de criminalização mostra-se no fato de que praticamente para todos os tipos penais pode-se indicar algum bem jurídico. Na literatura de comentários e em outros escritos jurídico-penais domina uma compreensão imanente ao sistema do bem jurídico, enquanto uma investigação transcendente ao sistema deve se estender para além da concepção tradicional alemã. Em especial a corrente referência ao bem jurídico “paz pública” encobre os problemas relevantes. Por trás dela oculta-se um sem-número de teses diferentes para conexões possíveis entre ações típicas e consequências negativas. O medo de que outros, através da perturbação da “paz pública”, pudessem ser estimulados à prática de crimes pode se mostrar na direção correta, isto é, quando com isto uma criação de risco desde uma perspectiva individual seja considerada. Se se pode atribuir riscos existentes e ulteriores desenvolvimentos também ao autor, pode se ameaçar com a pena criminal as ações enquanto delitos de criação de perigo. Quanto à “convivência tolerante”, ela deve ser protegida contra perigos, independentemente de ser construído um bem jurídico coletivo, que pode afetar a qualidade de vida, mas permanece muito vago como bem jurídico protegido. Em outros modelos de fundamentação o recurso à paz pública acaba no não reconhecimento aberto de normas que protegem sentimentos, a saber, que se executa quando a confiança na população está protegida<sup>398</sup>.

<sup>396</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Grob antösseiges Verhalten.**, p. 483. Trecho original traduzido: “Das Ergebnis der Untersuchungen im Besonderen Teil dieser Arbeit führt in dieselbe Richtung wie die Einschätzung Stratenwerths, der darauf verweist, dass das Strafrecht auch Verstöße gegen soziale Normen sanktioniere, die kulturell geprägten Formen menschlichen Zusammenlebens gälten und die nicht immer direkt auf Interessen des Einzelnen zurückzuführen seien. Es gibt in der Tat eine Reihe von Strafverboten, die nicht Rechte anderer und auch nicht das Menschenwürdeprinzip als Konkretisierung des Sittengesetzes schützen, sondern Moralvorstellungen, Gefühle und Tabus”.

<sup>397</sup> Ibidem. Trecho original: “Das Anliegen meiner Arbeit geht jedoch über diese Mindestbedingung für einen ehrlichen, heikle Fragen nicht verschleiernenden Diskurs hinaus. Sie plädiert dafür, Straftatbestände kritisch zu begutachten und diejenigen nicht mehr zu rechtfertigen, die nicht die Rechte anderer (oder den Menschenwürdegrundsatz, der aber wenig praktische Bedeutung hat) schützen. Straftatbestände, die als moral-, gefühls- oder tabuschützend eingestuft werden, sollten aufgehoben werden”.

<sup>398</sup> Idem., p. 467. Trecho original: “Ausgangspunkt war die Feststellung, dass eine Herangehensweise nicht viel weiter führt, die fragt, welches *Rechtsgut* durch das jeweilige Verbot geschützt werde. Die geringe Bedeutung des Begriffs für Kriminalisierungsentscheidungen zeigt sich darin, dass für praktisch alle Tatbestände irgendein Rechtsgut angegeben werden kann. In der Kommentarliteratur und dem sonstigen strafrechtlichen Schrifttum dominiert ein systemimmanentes Rechtsgutverständnis, während eine systemtranszendente Untersuchung über den traditionellen deutschen Ansatz hinausreichen muss. Insbesondere verschleiert der gängige Verweis auf das Rechtsgut „öffentlicher Friede“ die relevanten Probleme. Dahinter verbirgt sich eine Vielzahl unterschiedlicher Thesen zu möglichen Zusammenhängen zwischen den Tatbestandshandlungen und negative Folgezuständen. Die Befürchtung, dass andere durch „Störungen des öffentlichen Friedens“ zu Straftaten aufgehetzt werden könnten, kann in die richtige Richtung weisen, nämlich wenn damit auf eine Gefährdung von Individuen Bezug genommen wird. Wenn Risiken bestehen und später einsetzende Entwicklungen dem Täter auch zugerechnet werden können, können die Handlungen als Gefährdungsdelikte unter Strafe gestellt werden. Soweit das „tolerante Zusammenleben“ dagegen unabhängig von Gefahren

#### 2.4.15.2 Crítica

Hörnle parece propor uma volta à teoria da lesão a direitos subjetivos em uma clara tentativa de superar as deficiências da teoria do bem jurídico. Sobretudo, suas preocupações são no sentido de barrar por completo o moralismo jurídico-penal no conjunto de suas proibições que envolvem sentimentos, costumes e tabus.

#### 2.4.15 Wolfgang Frisch

##### 2.4.15.1 Exposição

Uma das críticas mais ponderadas acerca da capacidade ou potencial crítico da teoria do bem jurídico é a formulada por Frisch. Sua crítica é importante porque não se limita ao problema da indeterminação conceitual, mas explora outros pontos que, segundo o autor, realçam as fragilidades da teoria.

Frisch concentra, assim, sua análise em três pontos. Em primeiro lugar, corrobora o já conhecido problema da conceituação extremamente vaga ao afirmar que “o conceito de bem jurídico é altamente relativo” e que significa qualquer coisa “menos um conceito inequívoco quando se procura precisá-lo recorrendo às condições de existência e desenvolvimento dos indivíduos”. Esta deficiência no estabelecimento de critérios à sua conceituação verifica-se, sobremaneira, nos delitos de maus-tratos aos animais (falta a referência ao indivíduo), na criminalização de sentimentos morais e outros<sup>399</sup>.

Em segundo lugar, Frisch chama a atenção para o problema dos atores que, efetivamente, decidem a respeito da determinação do que é e do que não é um bem jurídico. Segundo o autor, esta função, que em tempos anteriores estava nas mãos do legislador e do jurista, pertence, hodiernamente, a atores diferentes, que exercem, não raro, uma regulação anterior ao próprio direito penal. Nas palavras de Frisch, isto se manifesta na chamada “ausência de competência legítima em muitos âmbitos do penalista e, especialmente, do legislador penal para tomar a decisão sobre se determinadas realidades são ou não bens jurídicos”<sup>400</sup>.

---

geschützt werden soll, wird ein kollektives Gut konstruiert, das die Lebensqualität beeinflussen mag, aber als strafrechtliches Schutzgut zu vage bleibt. In anderen Begründungsmustern läuft der Rekurs auf den „öffentlichen Frieden“ auf die nicht offen eingestandene Anerkennung gefühlsschützender Normen hinaus, nämlich wenn ausgeführt wird, dass das Vertrauen in der Bevölkerung geschützt werde”

<sup>399</sup> FRISCH, Wolfgang. **Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el context de la legitimación de La pena estatal**. In: HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 312 et seq.

<sup>400</sup> *Ibidem.*, p. 315.

Deste modo, áreas como a do direito penal econômico-administrativo, do direito do consumidor, do direito ambiental e outras constituem esferas de normativizações especiais que antecedem o direito penal. Para Frisch este fato encerra consequências relevantes: “significa, quando menos, que a questão do bem jurídico, no sentido estrito de uma decisão que deva adotar o penalista, só se levanta ali onde não existam as correspondentes regulações prévias ao direito penal”, de modo que “se são as regulações extrapenais as que indicam que o legislador tenha qualificado determinadas realidades como bens jurídicos, então, o espaço de possível reflexão que resta ao penalista em relação às questões de incriminação efetuadas sobre a base da qualidade de bem jurídico daquelas realidades é extraordinariamente limitado”<sup>401</sup>.

Além desses problemas, consoante sustenta Frisch, a teoria do bem jurídico não engloba todos os pontos relevantes à proibição de uma conduta, isto é, “a extensa concentração no bem jurídico como pedra de toque da legitimação penal provocou, majoritariamente, o abandono de outras questões centrais da legitimação do direito penal”<sup>402</sup>.

Entre essas questões figuram dois aspectos fundamentais: a) a necessidade de lastrear as proibições penais com a noção de adequação e idoneidade do comportamento para lesionar bem jurídicos e, por outro lado, da idoneidade da proibição para protegê-lo; b) a necessidade de maior aprofundamento do princípio da responsabilidade como ponto a ser abordado, logicamente, em momento anterior ao da idoneidade, da necessidade e da adequação, bem como a introdução do pensamento de imputação e de estrutura do delito<sup>403</sup>.

#### 2.4.16.2 Crítica

A contribuição de Frisch, como assinalado, expõe outras deficiências importantes da teoria do bem jurídico. Em uma análise inteligente, Frisch constata que as questões sobre a idoneidade, necessidade e proporcionalidade da proteção, apesar de encerrarem alguma relevância, de modo algum são suficientes para orientar e limitar o processo de criminalização.

Em especial, sublinha-se a necessidade de pensar o chamado princípio da responsabilidade antes de todas essas questões. A delimitação da responsabilidade, seja no campo individual ou no campo coletivo, é sem dúvidas, um ponto a ser perscrutado para que se possa decidir com alguma solidez o que pertence e o que não pertence ao âmbito do criminalizável. Tal empreitada carece de um fundamento ético anterior que, contudo, não pode ser explorado neste trabalho.

---

<sup>401</sup> *Ibidem.*, p. 318.

<sup>402</sup> *Ibidem.*, p. 318.

<sup>403</sup> *Ibidem.*, p. 319 et seq

O princípio da responsabilidade, a despeito de exercer um papel importante no que diz respeito às decisões do que pode ser criminalizado, ainda é, contudo, algo pouco explorado pela literatura penal e suas implicações para a teoria do delito precisam ser pensadas com alguma cautela, sob pena de se depositar importância excessiva e ilusória sobre o princípio, bem como sob pena de, em função de respostas apressadas, o potencial do referido princípio ser subaproveitado.

#### 2.4.17 A subordinação ao direito constitucional e à teoria dos direitos fundamentais: Otto Lagodny

##### 2.4.17.1 Exposição

A crítica de Lagodny ampara-se, essencialmente, no direito constitucional e sua alegada prioridade em relação aos outros ramos jurídicos. Conforme sustenta este autor, “a dogmática constitucional atual relativiza não poucos princípios nucleares do direito penal; e em tal medida o direito constitucional tem o potencial de analisar criticamente a dogmática penal”<sup>404</sup>

Sua contribuição parte, portanto, do fato de que “as argumentações jurídico-penais não têm em conta a dogmática dos direitos fundamentais comumente aceita entre os constitucionalistas”<sup>405</sup>. A teoria dos direitos fundamentais leva em consideração, antes de qualquer coisa, a pergunta acerca do âmbito de proteção e dos critérios para a intervenção em um direito fundamental existente. Apenas em um momento ulterior é que esta teoria indagará da finalidade legítima a ser perseguida, a qual deve ser idônea, necessária e proporcional em sentido estrito, isto é, adequada à consecução da finalidade assinalada<sup>406</sup>.

Segundo o autor, a intromissão penal se dá em dois níveis: o responsável pela proibição penal em si e o que produz a legitimação para formular uma reprovação jurídico-penal<sup>407</sup>.

No que diz respeito ao universo do estudo aqui proposto, interessa, sobremaneira, a

<sup>404</sup> LAGODNY, Otto. **El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmatica constitucional**. In: (Hrsg. ) HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento del Derecho penal o juego de abalorios dogmatic?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 135.

<sup>405</sup> *Ibidem.*, p.129

<sup>406</sup> *Ibidem.*, p. 130

<sup>407</sup> *Ibidem.*, p. 131

intromissão penal enquanto proibição de condutas. Neste ponto, apesar da base constitucionalista, Lagodny reconhece que nem os aspectos da idoneidade e necessidade e tampouco o da proporcionalidade em senso estrito são suficientes para limitar a prerrogativa de avaliação do legislador<sup>408</sup>.

Além de também ser excessivamente permissiva em relação à mencionada prerrogativa, a teoria do bem jurídico esbarra em dificuldades incontornáveis. Como exemplo, Lagodny cita o caso paradigmático dos maus-tratos a animais, tipo penal incompatível com uma teoria do bem jurídico antropológica<sup>409</sup>.

Como alternativa à teoria do bem jurídico, Lagodny propõe que os critérios para a intervenção jurídico-penal sejam dados por considerações relativas à teoria dos direitos fundamentais, radicada num plano constitucional<sup>410</sup>.

Com o objetivo de fornecer critérios mais seguros às incriminações, Lagodny estabelece duas proposições orientadoras à luz da dogmática da ponderação de interesses tal qual a concebe Alexy. Assim, em primeiro lugar, “pode-se dizer que quanto mais importante seja o interesse geral no estabelecimento de uma norma de conduta, tanto antes poderá se recorrer a uma reprovação jurídico-penal”<sup>411</sup>.

Em segundo lugar, no que concerne às proibições de criação de perigo abstrato, o princípio deve seguir esta forma: “quanto menos plausível resultar a colocação em perigo abstrato-geral dos interesses da comunidade como bem jurídico em sentido disposto pela dogmática de direitos fundamentais, tanto maior deve ser o peso dos interesses que devem ser protegidos”. Apenas nesta hipótese “pode-se conceder aos interesses da comunidade a primazia sobre os interesses protegidos por direitos fundamentais que operam em sentido oposto”. Deste modo, “quanto mais valioso for o interesse da comunidade a ser protegido, tanto antes poderá o legislador recorrer a tipos penais de perigo abstrato”<sup>412</sup>.

#### 2.4.17.2 Crítica

---

<sup>408</sup> Ibidem., p. 132

<sup>409</sup> Ibidem., p. 135

<sup>410</sup> Ibidem., p.135

<sup>411</sup> Ibidem., p. 135.

<sup>412</sup> Ibidem., p. 135.

A fundamentação exclusivamente constitucional do direito penal, mediante o princípio da proporcionalidade e seus elementos essenciais, deve ser rechaçada pelas razões já expostas no primeiro capítulo e cuja repetição é desnecessária.

#### 2.4.18 O bem jurídico-penal e o princípio do dano (*harm principle*)

##### 2.4.18.1 Exposição

O princípio do dano é, geralmente, atribuído a Stuart Mill em seu clássico ensaio sobre a liberdade. Neste escrito, Mill defende a concepção de que

o único motivo a partir do qual a humanidade, individuada ou em associação, tem o poder de interferir na liberdade de ação de seus membros é este: proteger a si mesmo. O único propósito com que se pode exercer coerção de forma justificável contra a vontade de um membro em uma sociedade civil é este: evitar o dano a terceiros.[...] Apenas na medida em que seu comportamento afete outros é alguém da sociedade responsável.[...] Compreende em primeiro lugar o campo interno da consciência, exigindo a liberdade de consciência no sentido mais amplo da palavra, a liberdade de pensar e sentir, a liberdade absoluta de opiniões e de sentimentos, sobre qualquer assunto prático, especulativo, científico, moral ou teológico. A liberdade de expressar e de publicar as opiniões pode parecer submetida a um princípio diferente, já que pertence àquela parte da conduta de um indivíduo que se refere a seus semelhantes, porém, como é de quase tanta relevância como a liberdade de pensamento e repousa em grande medida sobre as mesmas razões, estas duas liberdades são inseparáveis na prática. Em segundo lugar, o princípio da liberdade humana requer a liberdade de gostos e de inclinações, a liberdade de organizar nossa vida seguindo nosso modo de ser, de fazer o que nos apraz, sujeitos às consequências de nossos atos, sem que nossos semelhantes não o impeçam, desde que não o prejudiquemos, e inclusive, ainda que eles possam considerar nossa conduta estúpida, má ou errada. Em terceiro lugar, desta liberdade de cada indivíduo resulta dentro dos mesmos limites, a liberdade de associação entre os indivíduos a liberdade de unir-se para a consecução de um fim qualquer sempre que seja inofensivo para os demais e que as pessoas associadas sejam maiores de idade e não se encontrem sob coação ou sejam enganadas<sup>413</sup>.

Tendência recente em determinado setor da literatura penal é a análise da teoria do bem jurídico à luz deste princípio do dano, de tradição anglo-saxã. Neste sentido, pode-se citar Andrew von Hirsch.

A análise moderna deste princípio parece centrar-se, contudo, na obra de fôlego do professor norte-americano Joel Feinberg. A obra deste autor engloba quatro livros, como informa

---

<sup>413</sup> MILL, John Stuart. Über die Freiheit. Stuttgart, 1988, pp. 16, 20 *apud* WOHLERS, Wolfgang. Deliktstypen...pp. 254-255. Trecho original traduzido: "daß der einzige Grund, aus dem die Menschheit, einzeln oder vereint, sich in die Handlungsfreiheit eines ihrer Mitglieder einzumengen befugt ist, der ist: sich selbst zu schützen. Daß der einzige Zweck, um dessentwillen man Zwang gegen den Willen eines Mitglieds einer zivilisierten Gemeinschaft rechtmäßig ausüben darf, der ist: die Schädigung anderer zu verhüten...Nur insoweit sein Verhalten andere in Mitleidenschaft zieht, ist jemand der Gesellschaft verantwortlich.[...] ...als erstes das innere Feld des Bewußtseins und fordert hier Gewissensfreiheit im weitesten Sinne, ferner Freiheit des Denkens und Fühlens, unbedingte Unabhängigkeit der Meinung und der Gesinnung bei allen Fragen, seien sie praktischer oder philosophischer, wissenschaftlicher, moralischer oder theologischer Natur. Die Freiheit, Meinungen in Wort und Schrift zu vertreten, scheint unter einen anderartigen Grundsatz zu fallen, da sie zu dem Teil persönlicher Lebensführung gehört, die andere Leute mitbetrifft. Aber da sie fast von gleicher Bedeutung ist wie Gedankenfreiheit selbst, und zum großen Teil auf denselben Gründen beruht, ist sie praktisch untrennbar von ihr. Zweitens verlangt dies Prinzip Freiheit des Geschmacks und der Studien, Freiheit, einen Lebensplan, der unseren eigenen Charakteranlagen entspricht, zu entwerfen und zu tun, was uns beliebt, ohne Rücksicht auf die Folgen und ohne uns von unseren Zeitgenossen stören zu lassen- solange wir ihnen nichts zuleide tun -, selbst wenn sie unser Benehmen für verrückt, verderbt, oder falsch halten. Drittens: aus dieser Freiheit jedes einzelnen folgt – in denselben Grenzen – diejenige, sich zusammenzuschließen, die Erlaubnis, sich zu jedem Zweck zu vereinigen, der andere nicht schädigt, unter der Voraussetzung, daß die sich vereinenden Personen voll erwachsen sind und nicht unter Zwang oder veranlaßt durch Vorspielungen in eine Verbindung treten".

Wohlers, que, respectivamente, tratam do dano para os outros (*harm to others*), das ofensas para os outros (*offense to others*), do dano para si mesmo (*harm to self*) e a má conduta inofensiva (*harmness wrongdoing*).

No primeiro livro, Feinberg trata da ideia reitora segundo a qual uma conduta só é penalmente relevante se gera um dano a interesses de terceiros ou, em linguagem mais técnica, atos lesivos a terceiros. O dano (*harm*) é definido como afetação de interesses (*setback of interest*), que se representam, ao mesmo tempo, como violações de um direito (*violation of a person's rights*)<sup>414</sup>. Para Feinberg os interesses penalmente relevantes não são meros desejos ou inclinações (*passing wants*) e tampouco finalidades ou objetivos de uma pessoa, mas os interesses relativos ao bem estar (*welfare interests*) ou, em expressão mais ampla: os requisitos básicos do bem estar de uma pessoa (*basic requisites of a man's well-being*)<sup>415</sup>.

No segundo livro, Feinberg introduz o chamado princípio da ofensa, o qual também é idôneo a justificar incriminações. Com o conceito de ofensa o autor deseja abarcar certas situações ou fatos desagradáveis, isto é, estados negativos ou indesejáveis da mente (*disliked states of mind*). Segundo as palavras do próprio autor: “nós podemos, assim, usar o verbo “ofender” significando “causar a outrem a experiência de um estado mental cuja aversão é universal (por exemplo, asco, vergonha)”<sup>416</sup>. Para que uma conduta seja ofensiva é necessário, contudo, o preenchimento de dois pressupostos, a saber: que tal conduta seja considerada também uma intervenção nos direitos alheios e, em segundo lugar, devem ser ponderados os interesses do sentimento perturbado face aos interesses da pessoa que agiu<sup>417</sup>. Feinberg não deixa de reconhecer que se por um lado há fortes razões para criminalizar certas ofensas, por outro lado, “existem razões abundantes, contudo, para ser extremamente cauteloso na aplicação do princípio da ofensa”, uma vez que não se pode, por exemplo, ter como base de uma criminalização preconceitos bastante espalhados como no caso de casais de etnias diferentes “andando de mãos dadas em uma cidade do Sul” dos Estados Unidos (lugar em que o racismo se apresenta historicamente forte naquele país)<sup>418</sup>. A posição de Feinberg quanto ao princípio da ofensa pode ser resumida pelas palavras do próprio autor:

Ser forçado a sofrer uma ofensa, ser uma afronta aos sentidos, asco, choque, vergonha, irritação ou humilhação, é uma desagradável inconveniência e, portanto, um mal, mesmo quando não é por meio algum lesivo. A ofensa pertence àquela classe de mal (o que, portanto, inclui danos como outra espécie) que são diretamente sofridas por pessoas específicas, quem se queixa realmente. Suas vítimas são injustiçadas mesmo quando elas não são lesadas. Por esta razão apenas, é moralmente legítimo para o direito penal preocupar-se com sua regulação. O princípio da ofensa é por este meio

<sup>414</sup> FEINBERG, Joel. **The moral limits of the Criminal Law, Volume One: Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984, pp., 31,36 *apud* WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen...*p. 257.

<sup>415</sup> *apud* WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen...*p. 257.

<sup>416</sup> FEINBERG, Joel. **The moral limits of the Criminal Law, Volume Two: Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1985 p. 2. Trecho original traduzido: “We can also use the verb “to offend” meaning “to cause another to experience a mental state of a universally disliked kind (eg. disgust, shame)

<sup>417</sup> *Ibidem.*, p. 25

<sup>418</sup> *Ibidem.*, p. 25

endossado como um dos princípios legitimadores da atividade legislativa que nós estivemos buscando. Aquele endosso, porém, não implica diretamente a aprovação de proibições criminais de qualquer tipo de conduta ofensiva, pois se o legislador deve evitar invasões da liberdade no atacado que são contrárias ao senso comum e à convicção liberal, ele deve mediar a aplicação do princípio da ofensa através de vários parâmetros restritivos listados acima, ebalancear em cada tipo de caso a seriedade da ofensa causada contra a independente falta de razão da conduta do ofensor<sup>419</sup>.

O terceiro livro de Feinberg versa a respeito da autolesão e diz, invariavelmente, com a controversa questão dos limites do paternalismo estatal ou, noutros termos: há alguma possibilidade de o Estado proibir autolesões ou lesões consentidas? Neste sentido, Feinberg opera importante distinção entre o que ele chama de paternalismo presumivelmente condenável e paternalismo presumivelmente não condenável. O primeiro é usado como uma espécie de síntese da ideia pejorativa de “tratar adultos como crianças”, o que pode levar consigo uma carga benevolente (“*for their own good*”) ou não benevolente (“*for the good of other parties*”); o segundo, por seu turno, consiste em defender sujeitos reputados vulneráveis contra ameaças ou perigos externos de alta gravidade, ainda que as partes protegidas não consentam com esta proteção. Enquanto o primeiro deve ser alvo de recusa e objeções, o segundo deve ser considerado com maior interesse<sup>420</sup>.

O terceiro livro merece ainda comentário no que diz respeito à introdução da ideia de autonomia, a qual pode ser entendida como capacidade, como condição atual de autogoverno, como ideal de caráter e como autoridade pessoal soberana<sup>421</sup>. Valendo-se, destarte, do que se pode ou não entender por paternalismo e, a partir da ideia de autonomia e seus sentidos, Feinberg desenvolve um trabalho de fôlego, caso a caso, a respeito dos limites de ambos, o que, contudo, não pode ser esmiuçado nesta sede.

O quarto e último livro discute certas condutas reputadas ruins mas que não geram lesões. Neste ponto, Feinberg apresenta uma verdadeira classificação dessas condutas a fim de determinar até que ponto há espaço para um moralismo legal como fundamento para a proibição dos referidos comportamentos. Neste sentido, o autor entende que a fundamentação moral de certas proibições não é incompatível com a ideia de autonomia, de modo que não se pode renunciar às considerações

---

<sup>419</sup> Ibidem., p. 49. Trecho original traduzido: “To be forced to suffer na offense, be it na affront to the senses, disgust, schock, shame, annoyance, or humiliation, is na unpleasant inconvenience, and hence na evil, even when it is by no means harmful. Offense, moreover, belongs to that class of evils (which also includes harms as another species) that are directly suffered by specific persons, who then voice real grievances. Their victims are wronged even though they are not harmed. For that reason alone, it is morally legitimate for the criminal law to be concerned with their regulation. The offense principle then is hereby endorsed as one of the legislative legitimizing principles which we have been seeking. That endorsement, however, does not directly imply approval of criminal prohibitions of any or all types of offensive conduct, for if the legislature is to avoid wholesale invasions of liberty that are contrary to common sense and liberal conviction, it must mediate its application of the offense principle by the various restrictive standards listed above, and balance in each type of case the seriousness of the offense caused against the independent reason-ableness of the offender’s conduct”.

<sup>420</sup> FEINBERG, Joel. **The moral limits of the Criminal Law, Volume Three: Harm to Self**. New York: Oxford University Press, 1986., p. 5.

<sup>421</sup> Ibidem., p. 28

não normativas para a determinação de proibições penais<sup>422</sup>.

Na tentativa de lançar nova luz sobre a teoria do bem jurídico, Andrew von Hirsch em recente artigo promove verdadeiro cotejo entre as teorias. Neste sentido, observa von Hirsch que o *harm principle* está alicerçado, justamente, no conceito de dano, que é “a conduta lesiva, ou seja, a lesão de um recurso de cuja existência integral e ileso um terceiro tem direito”. Por sua vez, por recurso se entende “aquilo que em circunstâncias normais ostenta certo valor para a qualidade de vida, que possui uma dimensão temporal”. Os recursos são erigidos “à condição de interesses apenas quando um terceiro ostentar uma pretensão à sua integridade suscetível de fundamentação normativa”. Assim, segundo von Hirsch, o *harm principle* pode abarcar condutas lesivas de bens jurídicos coletivos, mas exige que a razão desses bens, ao menos em circunstâncias normais, esteja radicada na proteção da qualidade de vida dos seres humanos<sup>423</sup>.

Sustenta ainda este autor que no caso dos delitos de perigo abstrato, deve-se ter em conta que “as condutas perigosas deveriam ser, *prima facie*, penalmente proibidas quando possa se esperar com grande probabilidade a produção de grandes danos”<sup>424</sup>.

No que tange às autolesões, a questão torna-se de autonomia pessoal, o que é um freio ao paternalismo. Contudo, poder-se-á “conceder às proibições paternalistas como a proibição do consumo de drogas por meio do recurso à proteção das possibilidades futuras de sobrevivência de uma pessoa frente à sua própria negligência, a qual pode dar lugar a lesões graves e irreparáveis”<sup>425</sup>.

#### 2.4.18.2 Crítica

Há, inegavelmente, muitas semelhanças entre o princípio do dano e a teoria do bem jurídico, uma vez que ambas as formulações têm como ponto de partida a lesão a “algo” que se considera relevante, seja um bem jurídico, seja um interesse ou um recurso para o ser humano.

John Stuart Mill, ao estabelecer o dano como limite material para a criminalização de condutas, não quis dizer outra coisa senão o mesmo que os atuais defensores da teoria do bem jurídico desejam, quando asseveram que uma incriminação só é legítima se lesiona ou põe em perigo um determinado bem jurídico.

Conforme se verá adiante, este critério ou limitação material baseado no dano ou na lesão do

<sup>422</sup> FEINBERG, Joel. **The moral limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing**. New York: Oxford University Press, 1986., pp. 4, 11.

<sup>423</sup> HIRSCH, Andrew von. **El concepto de bien jurídico y el principio del daño**. In: (Hrsg. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 40 et seq.

<sup>424</sup> *Ibidem.*, 46.

<sup>425</sup> *Ibidem.*, p. 48.

bem jurídico é insuficiente. Por agora, cumpre examinar o princípio do dano na teoria de Feinberg e suas repercussões para o direito penal e, em especial, para a teoria do bem jurídico.

A obra de Feinberg é, de fato, complexa e bastante rica, pois ultrapassa o mero paradigma do dano ou da lesão para abranger uma série de outras questões que, não raro, antecedem o exame da superveniência do dano e de sua relevância, isto é, referem-se ao que pode ou não ser criminalizado. Neste ponto Feinberg oferece ponderações bastante profícuas e que, em geral, são pouco vistas pela teoria do bem jurídico, como, por exemplo, a introdução da ideia de autonomia e de seus sentidos em conexão com os limites da intervenção legislativa.

Feinberg também desenvolve, sempre com bastante cautela, a relevância de certas condutas ofensivas que, embora não gerem um dano, repercutem de maneira indesejável na sociedade. A compreensão de até que ponto tais condutas devem ou não relevar para o legislador é, inegavelmente, ao menos, uma forma mais profunda de expor o problema do que, tal qual realiza a teoria do bem jurídico, simplesmente buscar esculpir conceitos que ora abrangem a tutela de sentimentos, aspectos morais ou sensações e ora os recusam, nem sempre através de argumentos muito claros<sup>426</sup>.

Outro aspecto elogiável do trabalho de Feinberg é a discussão que promove quanto aos limites da ação paternalista do Estado, separando o paternalismo aceitável do reprovável e o paternalismo direto do indireto. Com isto, Feinberg evita a ingênua recusa operada pelo argumento que parece acreditar cegamente na hipótese de que todas as pessoas são responsáveis e sempre estão em condições de agir de modo a fazer escolhas que não as coloquem em situações realmente graves, de difícil reversibilidade e potencialmente lesivas a outras. A análise jungida ao caso concreto também procura fugir da intervenção excessiva que justifica praticamente qualquer invasão à esfera de liberdade alheia sob o pretexto da proteção do maior número.

Se a obra de Feinberg revela todas essas vantagens, ela também revela uma falha fundamental, que é a de permitir que condutas meramente ofensivas aos sentimentos, à cultura ou aos bons costumes possam ser transformadas em objeto de criminalização. Inconveniências e situações desagradáveis acontecem a todo instante no cotidiano e, nem sempre, podem ser claramente atribuídas com objetividade a um tipo de conduta. Um direito penal liberal deve estar calcado no princípio da tolerância. Tolerar, por definição, implica não concordar ou até mesmo pôr-se veementemente contra uma determinada prática, contra determinada filosofia de vida ou convicção, sem, contudo, impor esta contrariedade e, nem tampouco, sem ter de submeter-se ao que

---

<sup>426</sup> Por exemplo, do estabelecimento de que o bem jurídico deve possuir um sentido material-físico não se explica a tutela da honra, da mesma forma que não se explica a existência de certos bens jurídicos ligados à Administração Pública. De outro modo, um conceito mais elástico e “espiritualizável” de bem jurídico proporciona a tutela de objetos nem sempre apreensíveis devido ao alto grau de abstração que encerram.

é tolerado. Noutros termos: quem tolera algo, em geral, discorda deste “algo” e até pode divergir publicamente deste “algo”. Só não pode, contudo, obrigar o silêncio de quem concorda ou aprova este “algo” via coerção estatal. Um cidadão pode não aprovar a conduta homossexual de outros. Pode, inclusive, colocar-se veementemente contrário a esta prática, dentro dos limites da civilidade. Mas não pode exigir que pessoas homossexuais sejam punidas por isto e, tampouco, pode ele mesmo puni-las. Do mesmo modo, um cidadão homossexual pode deplorar o fato de existirem pessoas que os discriminam. Pode fazê-lo, com veemência, inclusive publicamente, desde que nos limites da civilidade. Mas não pode exigir que o Estado puna pessoas pelo simples fato de estas haverem emitido juízos de valor contrários ao homossexualismo ou a pessoas homossexuais, se este juízo não é, explicitamente, um juízo ofensivo diretamente dirigido àquelas.

O Estado deve abster-se de regular tais fenômenos justamente em virtude da possibilidade de os indivíduos procurarem nele uma espécie de ente superior incumbido de afastar, rechaçar ou censurar aquilo que, simplesmente, não agrada àqueles indivíduos, mas que em nada lhes interfere na determinação de suas vidas.

Uma complementação à teoria do bem jurídico nestes moldes permitiria, certamente, a criminalização ou punição do meramente antissocial e indesejável sob o ponto de vista deste ou daquele setor social mais influente, o que é inadmissível para uma ordem jurídica comprometida com a salvaguarda de liberdades individuais mínimas.

## **2.5 O bem jurídico-penal na doutrina brasileira**

A doutrina brasileira também se ocupou da tarefa de vislumbrar um conceito de bem jurídico enquanto limitação material ao legislador. A rigor, o setor mais tradicional, contudo, se limitava a falar em objeto jurídico, reservando ao bem jurídico pouco ou nenhum espaço. É possível, contudo, visualizar algumas exceções que lograram ir além, seja sob uma perspectiva dogmática, seja sob uma perspectiva político-criminal. Sem a pretensão de realizar uma listagem exaustiva, as principais e mais valiosas contribuições nacionais serão aqui comentadas.

Tobias Barreto, por exemplo, já nos idos da década de setenta do século XIX, discorria acerca do que hoje se entende por bem jurídico nos seguintes moldes:

Mas esta ação ou omissão pressupõe um objeto, contra quem se dirige o seu efeito. Segundo a natureza desse objeto, imediatamente ofendido (objeto prático), no qual a ação se efetua, e que goza da proteção penal do Estado, é que o código especializa e sistematiza os delitos; operação esta, que bem merece o nome de morfologia criminal, ou estudo das diversas formas, que pode tomar, em relação a seu objeto, a vontade criminosa. Não se trata do objeto mediato do crime (objeto jurídico), pois este é sempre e por toda parte o mesmo, isto é, a ordem de direito que deve ser mantida e respeitada. O que aqui nos interessa é o primeiro mencionado. A consideração desse objeto prático dá lugar, como acabamos de ver, às diferentes categorias de

ação criminosa, conforme elas se dirigem imediatamente contra o Estado ou imediatamente contra os cidadãos, no que diz respeito à vida, à integridade corpórea, à liberdade, à honra e à propriedade<sup>427</sup>.

De acordo com Hungria, “bem ou interesse jurídico penalmente protegido é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional)”<sup>428</sup>.

Para Bitencourt, o bem jurídico é “todo o valor da vida humana protegido pelo Direito”<sup>429</sup>. Este autor não se limita, contudo, a identificá-lo como a *ratio legis*, isto é, como base da estrutura e interpretação dos tipos penais. Acompanhando posição de Jescheck, Bitencourt afirma que o bem jurídico deve “possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir à sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações”<sup>430</sup>, sem, contudo, deixar claro como se dará esta limitação ou no que consiste este sentido próprio social anterior à norma.

Afora esta conceituação um tanto comum, é relevante destacar quatro autores que dispensaram uma atenção maior ao bem jurídico.

### 2.5.1 Heleno Fragoso

Por sua vez, Heleno Cláudio Fragoso, em clássico artigo intitulado “Objeto do crime”, afirmava que

o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma *realidade* contemplada pelo direito. Bem jurídico é um *bem* protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica. Não é possível afirmar *a priori* que o bem jurídico é sempre um estado ou uma condição, e muito menos a identidade substancial do objeto de proteção: este será, conforme seja a norma, realmente, um estado (como a integridade corporal), mas pode também ser um sentido (como a honra ou o respeito aos mortos), um direito subjetivo (como a propriedade), enfim, um bem corpóreo ou incorpóreo. Só é possível afirmar que o bem jurídico é sempre um *estado*, se se admite constituir o bem o estado de integridade ou tranqüilidade em que se acha a realidade que o crime ofende, como seja, a honra, a paz pública, o patrimônio, a fé pública, etc. estado que se refere a um sentimento, à condição de um objeto, ao imperturbável exercício de um direito, etc. Nesse sentido, não há objeção à teoria do bem jurídico como estado<sup>431</sup>.

Fragoso reconhecia até mesmo como bens jurídicos algumas hipóteses atualmente rejeitadas: “certos conceitos, como o de fé pública, moral pública, saúde pública e outros, relativos a crimes

<sup>427</sup> BARRETO, Tobias. Estudos de Direito. Campinas – SP: Bookseller, 2000, p. 245 et seq.

<sup>428</sup> HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código penal**. Tomo II. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.11, n.5

<sup>429</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol.I. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 204.

<sup>430</sup> Ibidem., p. 203.

<sup>431</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Objeto do crime**. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, vol.189, 1977, p. 22

contra a coletividade”, que conforme as palavras do autor “são necessariamente menos precisos, porque correspondem a bens ou valores abstratos ou ideativos, representando um sentimento, um estado ou interesse coletivo”<sup>432</sup>.

A despeito desse caráter ideal e abstrato, “nem por isso, todavia, deixam de referir-se a concreta realidade social”, pois o bem não se confunde com o interesse protegido. A rigor, na visão de Fragoso, “o objeto da tutela é o bem, não o interesse, mas nada impede que a este se refira o intérprete, pois se trata, tão-somente, de um aspecto subjetivo ou de um juízo de valor sobre o bem como tal”.

Fragoso não aceita “o conceito objetivo de interesse, visto que este denota sempre uma atitude mental”, pois “não é possível afirmar que existe um interesse, sem um juízo ou uma opinião sobre a capacidade ou idoneidade do bem para satisfazer uma necessidade”<sup>433</sup>.

Por fim, Fragoso se empenha em distinguir o bem jurídico do escopo da norma. Para ele “fim e objeto são categorias logicamente distintas, embora não haja escopo sem objeto. O fim da norma é a tutela de um valor social, que não se compõe exclusivamente de um bem jurídico: o desvalor da conduta delituosa não é dado apenas pela ofensa a um bem jurídico”<sup>434</sup>.

### 2.5.2 Cunha Luna

Everardo da Cunha Luna dispensou uma atenção maior do que aquela geralmente reservada pela doutrina brasileira, à questão do bem jurídico, demonstrando uma preocupação técnico-dogmática com bens, inclusive atualmente, considerados vagos.

Para este autor,

alguns bens jurídicos, como a vida e a integridade corporal, não oferecem problemas demasiado complexos, pelo menos no que se relaciona com a prática, a serviço do qual se vem construindo a doutrina jurídica. Outros, porém, como a fé pública e os costumes, são dificilmente esclarecidos, havendo mesmo autores que lhe negam realidade jurídica, ou, pelo menos, unidade normativa<sup>435</sup>.

Destarte, Cunha Luna considerava a questão do bem jurídico imprescindível sob o prisma prático-normativo. Criticava, ainda, uma concepção puramente teleológica e formalista do bem jurídico, fazendo, neste sentido, clara alusão às contribuições de Honig e Schwinge:

Não satisfaz, igualmente, a teoria da inacessibilidade de determinação do conteúdo material do bem jurídico, de Honig, Grünhut e Schwinge, porque vazia e formalista: trata-se de um conceito teleológico, que se funda na captação de sentido e do fim dos preceitos penais, aberto para qualquer conteúdo, método de interpretação jurídica que o é, sem dúvida, mas insuficiente porque também

<sup>432</sup> Ibidem., p. 22.

<sup>433</sup> Ibidem., p. 23

<sup>434</sup> Ibidem., p. 23

<sup>435</sup> LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 123.

incapaz de determinar o conteúdo material da antijuridicidade, circunscrito que fica ao âmbito da *ratio legis*<sup>436</sup>.

Cunha Luna operava com clareza a distinção entre bem jurídico e objeto material, uma vez que para ele “o problema fundamental é o de saber em que consiste esse objeto, que se protege pela norma penal e se viola pelo fato punível”<sup>437</sup>, sendo certo que, “antes de tudo, não se trata de um objeto material, alguma coisa da realidade fenomênica e do mundo natural, mas de uma realidade jurídica, a qual, com o necessário apoio dos fatos, se constrói normativamente, toma forma e significação jurídica, ganha sentido na ordem do direito”<sup>438</sup>.

É possível observar em Cunha Luna uma preocupação política, ao que parece inserida em um conflito de classes ou grupos sociais, no sentido de uma limitação ao poder punitivo, visto que para este autor “deve-se evitar a proteção exacerbada dos interesses dessa ou daquela camada social”<sup>439</sup>, sejam interesses particulares ou coletivos, públicos ou privados.

Cunha Luna advogava, ainda no âmbito de questões correlatas ao caráter limitador do bem jurídico, a exclusão de crimes bagatelares, das ofensas puramente morais, dos perigos abstratos e dos perigos gerais vazios de conteúdo, pois, segundo as palavras do autor “na ânsia de tudo dizer, na verdade, não dizem nada”<sup>440</sup>.

### 2.5.3 Nilo Batista e o bem jurídico como sinal da lesividade.

Por fim, se por um lado este autor constatava com apreço as modernas tentativas de vincular a noção de bem jurídico à Constituição, por outro, ressaltava ser necessário lembrar que a Constituição deve estar à altura da época em que foi elaborada, a fim de não conservar “os velhos valores duvidosos” e sempre acolher “os novos valores conquistados”<sup>441</sup>.

Em sentido parecido, Nilo Batista entende que “o bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, “revelando” e demarcando a ofensa”. Batista definitivamente acerta ao afirmar que “essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima”<sup>442</sup>, situação que, grosso modo, corresponde ao problema central da teoria. Vale a pena transcrever as palavras deste autor quanto aos limites do legislador na incriminação de condutas e no que se refere ao aspecto político-criminal

---

<sup>436</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>437</sup> Ibidem, p. 125

<sup>438</sup> Ibidem, p.127

<sup>439</sup> Ibidem, p. 130

<sup>440</sup> Ibidem., p. 135

<sup>441</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>442</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica**...p. 95.

que, conforme este estudo salientou no primeiro capítulo, influencia sobremaneira o alcance e profundidade da teoria sob exame:

O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador. Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido a bem jurídico pelo legislador). Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais<sup>443</sup>.

#### 2.5.4 Juarez Tavares

A contribuição igualmente relevante veio, contudo, sem dúvidas, das mãos de Juarez Tavares. O conceito de bem jurídico esposado por este autor insere-se também em uma tradição limitadora do poder punitivo, cuja pedra angular é a presença do valor individual da pessoa humana. O bem jurídico não serve, pois, à tarefa de legitimar uma função positiva à pena ou ao direito penal, mas constitui, sim, um objeto de preferência da norma penal, no sentido de limitar a intervenção estatal.

Destarte, para Juarez Tavares

o bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção 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. Por isso são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem um resultado de dano ou de perigo a esse mesmo bem jurídico. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal<sup>444</sup>.

Segundo Tavares, o bem jurídico, alçado à condição de valor, está inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumprindo uma “função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica”<sup>445</sup>. Desta forma, Tavares se associa àqueles para quem o bem jurídico só é algo legítimo e válido quando representado enquanto “objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor”<sup>446</sup>.

<sup>443</sup> Ibidem., p. 96.

<sup>444</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 198.

<sup>445</sup> Ibidem., p. 199.

<sup>446</sup> Ibidem., p. 199.

Concebe-se, destarte, o bem jurídico entendido como valor, e não como um dever. O significado de bem jurídico é, neste diapasão, “reconduzido à condição de delimitador da norma”<sup>447</sup>, condição esta elevada à característica essencial do bem jurídico e que deve ser levada em consideração em qualquer circunstância<sup>448</sup>.

A despeito de certo consenso a respeito da divisão entre bens individuais e coletivos, Tavares considera esta classificação algo arbitrário<sup>449</sup> e perigoso, na medida em que ela “pode conduzir à confusão entre bem jurídico e função”<sup>450</sup>. Esta distinção, entre bem jurídico e função é, a rigor, outro aspecto relevante para se compreender com inteireza a noção de bem defendida por este autor.

Assim, é preciso “descartar da noção de bem jurídico a noção de função, que encerra atividades administrativas do Estado, referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo”<sup>451</sup>. Em termos mais claros, eis o raciocínio empreendido:

Se o direito penal tem como objeto de proteção a administração pública, está claro que, igualmente, podem ser protegidos todos os atos de controle decorrentes dessa administração, ainda que sejam meros atos administrativos sem qualquer repercussão na vida da pessoa humana. Este raciocínio é, evidentemente falacioso e deve ser combatido. Para fazê-lo, no entanto, convém precisar melhor, primeiramente, o conceito de função, depois, os fundamentos pelos quais se possa efetuar sua distinção dos bens jurídicos e, finalmente, indicar sua verdadeira importância na definição do injusto<sup>452</sup>.

Para Juarez Tavares, a fonte para se entender a confusão feita entre bem jurídico e função<sup>453</sup> reside na “indefinição acerca do objeto de preferência da norma”. Segundo este autor, o bem jurídico constitui, simultaneamente, “objeto de preferência, como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, e objeto de referência, como pressuposto de validade da norma, bem como de sua própria eficácia”<sup>454</sup>. Com razão, este autor observa que a literatura jurídico-penal tem trabalhado, sem distinções, com essas duas categorias, ignorando o fato crucial de que o objeto de referência depende do objeto de preferência. Logo, caso se tome o bem jurídico somente como objeto de referência, é fácil confundi-lo com qualquer função, pois na condição de objeto referencial o bem jurídico desempenha uma função de validade e eficácia da

---

<sup>447</sup> Ibidem., p. 200

<sup>448</sup> Ibidem., p. 200.

<sup>449</sup> Segundo o autor são três as consequências desta classificação arbitrária: a) a de impor a adoção de um sistema dualista, funcionalizando os bens individuais; b) a de incrementar um estado de proteção simbólica desses bens e c) a de tornar obscuras suas propriedades. Ibidem., p. 215.

<sup>450</sup> Ibidem., p. 203.

<sup>451</sup> Ibidem., p. 203

<sup>452</sup> Ibidem., p. 204.

<sup>453</sup> Para Juarez Tavares, a distinção básica entre bem jurídico e função é o fato de esta não existir por si mesma, uma vez que depende de uma relação e de suas variáveis, possibilitando unicamente cálculos de predicados, que não podem ser confundidos com valores. Ibidem., p. 212.

<sup>454</sup> Ibidem., p. 205.

norma penal. Para tornar o bem jurídico um objeto de garantia, faz-se imperioso “pensá-lo como objeto de preferência, vinculado a um valor”<sup>455</sup>.

Postas essas considerações, o autor passa a definir critérios de identificação do bem jurídico. Para realizar tal desiderato, Tavares submete a percepção de um bem jurídico a duas fases seqüenciais: em primeiro lugar, opera uma redução individual e, posteriormente, passa a elencar as propriedades e princípios normativos de sua delimitação.

No que concerne ao primeiro passo, o bem jurídico só poderá ser algo reduzível a um ente próprio da pessoa humana, implicando direta ou indiretamente um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde ao interesse de uma ou de um grupo indeterminado de pessoas<sup>456</sup>.

Quanto ao segundo passo inerente ao processo de identificação de bens jurídicos, Tavares salienta que este deve ser dotado da característica da universalidade e da substancialidade, isto é, “sua subsistência como valor, independentemente de uma relação”<sup>457</sup>. A substancialidade do bem jurídico se define, pois, como um dado condicionado à sua capacidade de sofrer uma alteração real em sua constituição.

À guisa de conclusão, Tavares, valendo-se em grau comparativo da filosofia de Wittgenstein, “a modalidade do jogo de linguagem (*Sprachspiel*)”, submete a identificação do bem jurídico a uma orientação baseada em dois sentidos. Segundo um primeiro sentido, o bem jurídico não pode perder, direta ou indiretamente, sua referência a um dado do ser. Assim, a vida humana tem existência real, independentemente de sua consideração normativa, assim como a liberdade, em suas diversas dimensões, exprime um universo de relações de disponibilidade fáticas, antes de constituir, por exemplo, no âmbito do patrimônio, uma relação de domínio ou propriedade<sup>458</sup>.

Em segundo lugar, o processo de cognição do bem jurídico deve estar orientado conforme a um juízo de refutabilidade, isto é, submetido a uma contra-prova. Assim, só poderá ser bem jurídico “aquilo que possa ser concretamente lesado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo seja suscetível de um procedimento de contestação”, o que atende aos “preceitos de um Estado democrático, fundado na mais absoluta transparência de seus objetivos”<sup>459</sup>.

Em recente escrito o autor atribui ao conceito de bem jurídico um mero simbolismo de

---

<sup>455</sup> Ibidem, p. 205

<sup>456</sup> Assim, “a incolumidade pública, para assegurar sua qualidade de bem jurídico, não pode ser vista dentro do contexto da ordem pública, mas na de um estado de estabilidade da pessoa humana, sentida dentro de um grupo social ainda que indeterminado em face de perigos para a sua vida, saúde e patrimônio”. Rejeita-se, destarte, “a incolumidade pública como o simples controle do tráfego de veículos”. Ibidem., p. 217.

<sup>457</sup> Ibidem., p. 218.

<sup>458</sup> Ibidem., p. 220.

<sup>459</sup> Ibidem., pp.220-221.

legitimação da intervenção jurídico-penal. Segundo pontua o autor de modo incisivo, “o que ocorre, na verdade, com o conceito de bem jurídico é bastante simples: é mais um elemento simbólico, usado semanticamente, para legitimar a incriminação”<sup>460</sup>.

## 2.6 Segunda conclusão intermediária

Neste capítulo, buscou-se remontar, ainda que não de forma exaustiva, ao menos a essência dos debates que se inserem no contexto de abandono da teoria da lesão a direitos subjetivos e de surgimento da teoria do bem jurídico-penal. Mas não só. Intentou-se, ainda, trazer a lume as principais contribuições ulteriores que, de certo modo, representam ou uma releitura das bases da teoria do bem jurídico ou um rechaço a esta. De toda esta exposição, o que parece relevante acentuar?

O primeiro ponto a destacar é que a teoria da lesão a direitos subjetivos, apesar de atrelada a um discurso iluminista, o qual se contrapunha à concepção teocrática e absolutista do Estado, não logrou livrar-se completamente dos resquícios do cenário que lhe era anterior. Apesar do princípio da secularização propugnado por Feuerbach, é verdade que se este autor não tratava imoralidades e atos condenáveis pelos costumes ou pela religião como delitos, tais figuras eram admitidas como delitos em um sentido lato, circunscritos à polícia dos costumes. Apesar de aceitar tais condutas no campo do direito policial, pode-se dizer que a posição de Feuerbach era mesmo avançada para a época caso se pense, como visto, que outros defensores da teoria da lesão a direitos subjetivos justificavam tais imoralidades ainda como delitos.

Isto não impede, contudo, que se reconheça, em grande parte, a improcedência das objeções dirigidas a Feuerbach. Assim, a famosa objeção quanto à artificialidade e inadequação da teoria para abranger certos tipos penais, como os delitos carnais, contra os bons costumes ou contra a religião ou a divindade, tem no fundo uma essência positivista. Noutras palavras, critica-se uma teoria pelo simples fato de ela não abarcar todas as incriminações vigentes do modo mais adequado, sem se indagar, em primeiro lugar, se há alguma legitimidade naquela incriminação. Incorre-se, destarte, em uma *petitio principii*. Um argumento que só faz sentido se se reconhecer que tudo aquilo aprovado pelo legislador é indiscutível.

---

<sup>460</sup> TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). Direito e Psicanálise. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka.. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, v. 01, p. 55

Não é mera coincidência que este viés positivista tenha encontrado, desde distintas perspectivas, seguidores importantes como Binding e Liszt e, mais tarde, a própria escola metodológico-teleológica.

Um segundo ponto a ser sublinhado é que a adoção da teoria do bem jurídico possibilitou não só explicar de modo mais “natural” (como queria o próprio Birnbaum) as incriminações vigentes, bem como flexibilizar e muito o conteúdo daquilo que se pretende proteger. A defesa, por parte de Birnbaum, de imoralidades como bens do povo (*Güter des Volkes*) é um bom exemplo de que a teoria do bem jurídico não é propriamente uma teoria liberal, no sentido de partir de uma concepção individual e de vedação à moralização do direito penal.

Conforme será visto em momento ulterior, nenhuma das duas teorias responde com exatidão ao que se deve entender por objeto do delito. Não há dúvidas de que objetos são imprescindíveis ao sujeito, assim como não há dúvidas de que o delito não atua sobre o objeto em si, senão sobre a possibilidade de o sujeito estabelecer uma relação com o objeto que lhe é de valor.

Um terceiro e fundamental ponto, segundo defende este trabalho, é que nem a tese de Feuerbach e tampouco os argumentos de seus críticos, assim como muitos dos teóricos da teoria do bem jurídico, são compatíveis com uma postura inteiramente liberal. O porquê desta afirmativa é simples: o liberalismo é uma doutrina que nada tem a dizer a respeito da orientação moral ou religiosa das pessoas. O liberalismo, ao contrário, prega a tolerância e que o Estado se abstenha de interferir em quaisquer dessas questões que dizem com a esfera íntima do indivíduo. É uma doutrina que se preocupa em atribuir ao Estado tão-só o desempenho de tarefas básicas e essenciais, a saber: a proteção da vida, da liberdade e da propriedade. Sobre isto, eis as palavras de Ludwig von Mises, um conhecido e inarredável defensor do liberalismo:

De acordo com o liberal, a tarefa do Estado consiste somente e exclusivamente em garantir a proteção da vida, da saúde, da liberdade e da propriedade privada. Qualquer coisa além disto é um mal. O liberalismo limita sua preocupação inteira e exclusivamente à vida e aos empreendimentos terrenos. O reino da religião, por outro lado, não é desse mundo. Logo, liberalismo e religião podem ambos existir lado a lado sem que suas esferas se toquem. [...] O liberalismo demanda tolerância como uma questão de princípio, não de oportunismo. Demanda tolerância inclusive com ensinamentos obviamente insensatos, formas absurdas de heterodoxia e superstições infantis. Demanda tolerância para com doutrinas e opiniões que considera em detrimento e em ruína da sociedade e mesmo para com os movimentos que, infatigavelmente, combate<sup>461</sup>.

---

<sup>461</sup> MISES, Ludwig von. **Liberalism. The classical tradition**. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, pp. 30, 33-34. Trecho original traduzido: “As the liberal sees it, the task of the state consists solely and exclusively in guaranteeing the protection of life, liberty, and private property against violent attacks. Everything that goes beyond this is an evil. Liberalism limits its concern entirely and exclusively to earthly life and earthly endeavor. The kingdom of religion, on the other hand, is not of this world. Thus, liberalism and religion could both exist side by side without their spheres touching. [...] Liberalism demands tolerance as a matter of principle, not from opportunism. It demands toleration even of obviously nonsensical teachings, absurd forms of heterodoxy, and childish silly superstitions. It demands toleration for doctrines and opinions that it deems detrimental and ruinous to society and even for movements that it indefatigably combats”.

Outro expoente do liberalismo, de origem alemã e contemporâneo de Feuerbach, corrobora em sua obra acerca dos limites da atuação do Estado o argumento aqui exposto. Eis o pensamento de Wilhelm von Humboldt quanto à relação entre religião, moral e Estado:

A história mostra-nos que todos os Estados têm feito uso desse tipo de influência, embora por meio de propósitos bem diferentes, e em diferentes graus para agir sobre os costumes através das idéias religiosas[...] Quando o Estado acredita que a moralidade e a religiosidade estão inseparavelmente associadas e considera que pode e deve valer-se delas como forma de influenciar, torna-se difícil que não prefira uma religião à outra. O Estado tende, por conseguinte, a favorecer indiretamente as crenças que o beneficiem, suprimindo outras possíveis crenças dos indivíduos. Devido à ambiguidade de todas as expressões, o Estado seria obrigado a fornecer alguma interpretação definitiva do termo religiosidade, antes que a pudesse aplicar como uma regra clara de conduta.[...] Assim sendo, eu negaria, de maneira absoluta, qualquer possibilidade de interferência do Estado em assuntos religiosos.[...] Concluindo, em razão dos princípios desenvolvidos, que desaprovam qualquer eficácia estatal direcionada para metas positivas e que se aplicam aqui como com força particular, já que é precisamente o homem moral aquele que sente mais profundamente cada uma das restrições, refletindo, além disso, sobre o fato de que, se existe um aspecto do desenvolvimento que mais que qualquer outro deve sua mais alta expressão de beleza à liberdade, esse é precisamente o cultivo do caráter e da moral. Nesse caso, a justiça do princípio que se segue tornar-se-á suficientemente óbvia: o Estado deve abster-se por completo de qualquer tentativa de atuar direta ou indiretamente sobre os costumes ou o caráter da nação, a não ser quando isso possa se tornar inevitável como uma consequência natural de outras medidas absolutamente necessárias; e que tudo que possa favorecer esse propósito, em particular toda medida especial sobre a educação, religião, leis da luxúria, etc está absolutamente fora dos limites de sua atividade<sup>462</sup>(tradução nossa).

Não faz sentido, portanto, falar nem em tese da continuidade e tampouco em tese de descontinuidade, uma vez que, a rigor, nenhuma das duas teorias era inteiramente liberal. Caso realmente o fossem, não haveria controvérsia alguma entre seus respectivos defensores acerca da criminalização ou não de imoralidades e condutas contra os costumes sociais ou contra a religião. Tais práticas seriam irrelevâncias jurídicas, nem mesmo sendo possível encaixá-las como uma espécie de delito menor, como queria Feuerbach.

Se é inquestionável, por um lado, que a teoria da lesão a direitos subjetivos se insere na tradição iluminista, é equivocado considerá-la uma teoria liberal. Liberalismo e iluminismo, apesar de apresentarem pontos em comum, não se confundem. Se entre os iluministas é possível encontrar liberais como John Locke, também é possível encontrar pensadores como Rosseau, cujas ideias não são reconduzíveis ao liberalismo.

---

<sup>462</sup> HUMBOLDT, Wilhelm von. **Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen**. Breslau: Edward Trewendt, 1851, pp. 62,63,83,100. Trecho original traduzido: “Alle Staaten, soviel uns die Geschichte aufzeigt, haben sich dieses Mittels, obgleich in sehr verschiedner Absicht; und in verschiedenem Maasse bedient. [...] Denn wenn der Staat einmal Moralität und Religiosität unzertrennbar vereint glaubst, und es für möglich und erlaubt halt, durch dies Mittel zu wirken.[...] Selbst wenn er dies gänzlich vermeidet, und gleichsam als Beschützer und Vertheidiger alles Religionspartheien auftritt; so muss er doch, da er nur nach den äusseren Handlungen zu vertheilen vermag, die Meinungen dieser Partheien mit Unterdrückung der möglichen abweichenden Meinungen Einzelner begünstigen.[...] Hierzu kommt nur noch über dies alles, dass, bei der Zweideutigkeit aller Ausdrücke, bei der Menge der Ideen, welche sich Einem Wort nur zu oft unterschieben lassen, der Staat selbst dem Ausdruck Religiosität eine bestimmte Bedeutung unterliegen müsste, wenn er sich desselben irgend, al seiner Richtschnur bedienen wollte[...] Ohne weitere Gründe hinzuzufügen, glaube ich demnach den auch an sich nicht neuen Satz aufstellen zu dürfen, dass alles, was die Religion betrifft, ausserhalb der Gränzen der Wirksamkeitdes Saats liegt.[...] So dürfte die Richtigkeit der folgenden Grundsatzes keinem weiteren Zweifel unterworfen sein, des Grundsatzes nämlich: dass der Staat sich schlechterdings alles Bestrebens, direkt oder indirect auf die Sitten und den Charakter der Nation anders zu wirken, als insofern dies al seine natürliche, von selbst entstehende Folge seiner übrigen schlechterdings nothwendigen Maassregeln unvermeidlich ist, gänzlich enthalten müsse, und dass alles, was diese Absicht auf Erziehung, Religionsanstalten, Luxusgesetze u.s.f schlechterdings ausserhalb der Schranken seiner Wirksamkeit liege”.

Deste modo, com exceção de uma vertente restritiva que propugna um conceito negativo de bem jurídico (e que, em geral, nega a tarefa de proteção a bens jurídicos pelo direito penal), as ulteriores formulações variam entre concepções coletivistas, baseadas em teorias sistêmico-sociológicas; concepções que propõem certa desmaterialização do bem jurídico, as quais se destacam pela proximidade e, às vezes, identidade entre a noção de bem e de valor e outras propostas que enxergam na Constituição a chave para não só fundar uma teoria do bem jurídico, bem como para limitar o poder criminalizante do legislador.

A teoria de proteção ao bem jurídico apresenta, contudo, deficiências tais que a impedem de ser um critério capaz de limitar o poder punitivo. Tais deficiências serão analisadas no capítulo seguinte, o qual pretende evidenciar por que motivo a teoria de proteção a bens jurídicos é inidônea para orientar e limitar a atividade criminalizante do legislador e por que o conceito de bem jurídico geralmente sustentado, enquanto objeto do delito, também é insuficiente para um direito penal preocupado em garantir as liberdades fundamentais do sujeito contra o arbítrio do Estado.

### 3 DA INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Realizada a exposição a respeito do contexto histórico do surgimento da teoria do bem jurídico e dos ulteriores contributos, acolhedores ou não desta teoria, insta retomar as objeções aduzidas na introdução, as quais sustentam a posição advogada nesta sede: a de rejeitar a teoria de proteção a bens jurídicos como finalidade da intervenção jurídico-penal.

Entre as objeções levantadas estão aquelas que aqui serão denominadas respectivamente de: a) o problema da busca pela maximização da efetividade da função (operação) de proteção; b) o problema da constante necessidade de comprovação empírica da proteção; c) o problema da ampla margem de decisão do legislador; d) o problema reflexo do caráter preventivo da pena e) o problema da insuficiência do conceito de bem jurídico.

Todos estes problemas têm um ponto em comum: desembocam no problema mais geral e importante da ausência da limitação ao exercício da intervenção jurídico-penal. No fito de esmiuçar cada um desses problemas, o trabalho procede agora à análise isolada destes, o que não quer dizer que entre tais problemas não haja uma relação bastante clara.

Essencial destacar que a teoria de proteção a bens jurídicos é, neste capítulo, criticada à luz do conceito de função como operação. É a partir do caráter funcional-operacional que se realiza esta crítica. Em última análise, porém, o ponto essencial é o seguinte: o problema da finalidade do direito penal, ou da finalidade da proteção, no caso da teoria criticada nesta sede, só pode ser resolvido após o problema do fundamento do direito penal. Como defende este trabalho, só é possível saber para que serve o direito penal se se souber, também, em que se funda o Direito Penal, isto é, por que razão ele tem alguma importância. Após o deslinde de seu fundamento, é possível saber sua finalidade e, por fim, saber o que, de fato, é o objeto do delito (no caso, o bem jurídico). E, neste

ponto, reside a falha primordial de muitos penalistas que trataram da teoria de proteção a bens jurídicos e da própria conceituação de bem jurídico: ignoraram a busca pelo fundamento do direito penal ou confundiram-no com finalidades preventivistas e, via de regra, com aspectos contingenciais, incapazes de fornecer um alicerce sólido e coerente.

### **3.1 O que há de errado com a atribuição ao direito penal de uma função (operação) exclusiva de proteção a bens jurídicos?**

O termo função encerra, a rigor, dois sentidos: o de operação e o de relação, conforme esclarece Nicola Abbagnano<sup>463</sup>.

No primeiro sentido, que é alvo do interesse deste tópico, “função é a operação própria da coisa, no sentido de ser aquilo que a coisa faz melhor do que as outras coisas”<sup>464</sup>. Isto é, a função encerra uma operação para um fim ou de algo capaz de realizar um fim.

Tem-se, assim, a proposição segundo a qual “o direito penal tem por operação a proteção de bens jurídicos contra lesões e perigos”. Sobre isto, três perguntas são de fundamental relevância: a) o direito penal efetivamente protege bens jurídicos?; b) o direito penal consegue proteger todos os bens jurídicos? ; c) o direito penal, e apenas ele, é capaz de proteger bens jurídicos?

Antes de procurar respondê-las, contudo, faz-se necessário perscrutar da forma pela qual o direito penal protege bens jurídicos. Neste ponto, não há como duvidar que o direito penal pretende proteger bens jurídicos por meio da ameaça de sanção, isto é, da ameaça de um mal, da ameaça de privação de algum grau de liberdade.

Reconhecido o instrumento por meio do qual o direito penal pretende proteger bens jurídicos, pode-se proceder à resposta das indagações acima realizadas.

Que a norma jurídico-penal por meio da ameaça de sanção evita que alguns bens jurídicos possam ser lesionados é algo bastante razoável de se supor. O que é totalmente incerto, contudo, é a efetividade do direito penal na consecução deste desiderato. Se tal proteção é rarefeita ou portentosa, é algo que depende de uma comprovação empírica que, na prática, é extremamente

---

<sup>463</sup> ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 548.

<sup>464</sup> *Ibidem.*, p. 548.

difícil.

Que a norma jurídico-penal não logra defender ou proteger todos os bens jurídicos é algo absolutamente correto, pois crimes continuam a ocorrer. Poder-se-á objetar que não é importante a norma proteger todos os bens jurídicos, pois isto é impossível. Entretanto, uma contra-argumentação poderia aduzir: do que serve, então, uma proteção cuja máxima efetividade é inviável ou impossível? Do que serve um carro de corrida incapaz de chegar à máxima velocidade? Do que serve uma borracha incapaz de apagar por completo escritos à lápis? Decerto que, em tais exemplos, a variável em questão pode até servir um pouco para alguma coisa, mas se não serve, de todo, à consecução de um determinado fim é porque não é o meio mais idôneo para alcançá-lo.

Por fim, que a norma jurídico-penal, por si só, é incapaz de proteger bens jurídicos é, também, algo fora de dúvidas. Isto se dá porque a mera existência da norma não é condição suficiente (e quiçá tampouco necessária) à preservação dos bens jurídicos. A preservação da vida, da liberdade e do patrimônio, apenas para que se eleja bens indiscutíveis, depende de uma série de outros fatores tão ou mais significativos do que a ameaça de pena.

Em primeiro lugar, a proteção de bens jurídicos carece da atuação do aparato de criminalização secundária, isto é, carece da atuação competente e perfeita dos órgãos policiais, fiscalizadores e administrativos do Estado. As funções administrativas desempenhadas por tais órgãos são, contudo, em última análise, levadas a cabo por pessoas suscetíveis ao erro. Ademais, como bem assinala Zaffaroni, “a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida”<sup>465</sup>. O mestre argentino prossegue corretamente, ao afirmar que o “conjunto de delitos cometidos por operadores das próprias agências do sistema penal é mais ou menos amplo na razão direta da violência das agências executivas e na razão inversa do controle que sofrem da parte de outras agências. Ele é conhecido pelo nome genérico de sistema penal subterrâneo”<sup>466</sup>. Logo, a seletividade com que agem as agências policiais e administrativas que se ocupam da criminalização secundária é mais uma nota característica da deficiência na busca pela proteção de bens jurídicos o mais eficaz possível.

Em segundo lugar, a proteção a bens jurídicos depende, em grande medida, da disposição dos destinatários da norma a obedecerem tal comando, seja em função do temor que lhes é inspirado pela sanção; seja em função do sentimento de respeito que um cidadão nutre pelo seu semelhante. O quanto este temor ou este respeito está presente em dada sociedade é sempre uma questão vaga, incerta. Leis penais duríssimas contra a corrupção provavelmente teriam pouca

---

<sup>465</sup> ZAFFARONI, E. R. Direito penal brasileiro, volume-I...p. 51.

<sup>466</sup> Ibidem., p. 53.

eficaciedade em um país acostumado a tais práticas.

Em terceiro lugar, e agora desde uma perspectiva econômica, a proteção fática de bens jurídicos demanda a utilização de recursos escassos oriundos dos contribuintes particulares. Por maior que seja a carga tributária de um país, sobretudo sob o contexto de um Estado Social, não há recursos suficientes para serem alocados no setor de segurança pública. Ademais, uma maior alocação de recursos neste setor significa não só o esvaziamento no que diz respeito a outros setores, como o da saúde e o da educação, mas representa um fluxo de recursos empregados na utilização da violência; empregados no recrudescimento do poder punitivo. Ainda no que respeita ao aspecto econômico, não bastasse a escassez de recursos, a proteção de bens jurídicos, sob pena de se tornar também ilegítima sob este aspecto, necessita justificar o gasto com o setor de segurança pública. A justificação de tais gastos, mesmo diante de resultados pífios ou incertos, contudo, dificilmente é vista por parte das agências oficiais do Estado.

Os fatores responsáveis por uma virtual eficaciedade plena da proteção são inúmeros e, não raro, muito específicos. De todo desnecessário discorrer mais do que o já feito até o instante para constatar que a norma, por si só, não é condição suficiente para a proteção de bens jurídicos.

De nenhum modo se está justificando, contudo, uma completa inutilidade da norma jurídico-criminal. Ela é essencial para garantir a esfera de liberdade dos sujeitos, bem como para mostrar os limites do exercício desta liberdade. Não se pretende aniquilar com o direito penal, contudo, apenas demonstrar que a função de proteção a bens jurídicos não lhe cabe. À guisa de síntese, pode-se dizer que o direito penal é capaz de punir e de atribuir responsabilidades (e mesmo assim apenas à parte dos casos que chegam ao conhecimento da Justiça), mas não é capaz de proteger, por si só, bens jurídicos, pois depende da cooperação eficaz de outros fatores.

O ponto curial de se estabelecer uma função de proteção ao direito penal é, contudo, outro, além da demonstrada insuficiência. Ao se atribuir ao direito penal a execução de uma função, é natural que não se espere outra coisa senão a execução mais perfeita e plena daquela. Impõe-se, portanto, sob pena de se afirmar a inidoneidade do instrumento, que a proteção seja o mais perfeita, eficaz e plena possível. Torna-se um dever do Estado, mediante os órgãos envolvidos na persecução e atribuição de ilícitos penais a busca por mecanismos de maximização ou otimização desta proteção. Isto se dá por meio da aplicação de dois métodos: ou se antecipa a criminalização de condutas, reduzindo, até quando parecer necessário, a liberdade do cidadão; ou se impõe o recrudescimento do teor da ameaça penal.

Há, portanto, duas formas de se entender uma função de proteção a bens jurídicos. Ou se admite que, para estar justificada, uma função deve ser capaz de realizar aquilo a que se propõe com uma eficácia considerável ou plena; ou se defende que exigir isto do direito penal é não só injusto

como irreal. Analisemos essas duas vertentes, portanto. Ao final, segundo defende este estudo, estará provado que tanto uma compreensão como a outra apresentam inconvenientes que justificam o abandono da crença na proteção jurídico-penal a bens jurídicos.

Se uma função de proteção, para estar justificada, deve ser capaz de ter plena eficaciedade, então, logo de início, no campo do direito penal, ela não se justifica. Por quê? Pelo simples fato de que crimes continuam a ocorrer. Isto por si só já é prova incontestada de que ao direito penal, até os dias de hoje, tem sido impossível a plena eficaciedade na evitação de lesões a bens jurídicos. Mas não apenas isto. Mesmo que fosse possível lograr esta plena eficaciedade, restaria, ainda, indagar se esta eficiência se deu ou não exclusivamente pela existência da norma penal. Se em uma região qualquer em que nenhum bem jurídico é lesionado por condutas humanas, e nesta região não há um órgão policial e judiciário constituído e, tampouco, uma legislação penal, então a plena eficaciedade da proteção se dá em virtude da cultura deste povo, de normas de costume ou da virtude que essas pessoas desenvolvem no que concerne ao respeito aos seus semelhantes. Isto, contudo, não tem nada que ver com direito penal. Do mesmo modo, a plena eficaciedade da proteção, como visto, depende de uma série de fatores que não tem que ver com a existência ou não de uma incriminação. Fatores como a) a disponibilidade ou não de recursos materiais suficientes para a fiscalização de todas as condutas ou para o implemento da estrutura de segurança pública; b) as limitações humanas daqueles responsáveis pela segurança dos bens jurídicos, seja no sentido físico ou intelectual; c) a disposição interior das pessoas para obedecer a norma, entre outros.

Atestar que a função de proteção é incapaz de lograr plena eficaciedade, no entanto, não é suficiente. Poder-se-ia objetar que exigir plena eficaciedade do direito penal na proteção de bens é uma exigência descabida. Isto significa dizer que a função protetiva de bens estaria justificada, ainda que não levada a cabo plenamente. Alguns poderiam se contentar com uma alta eficaciedade, o que significa defender um argumento de custo-benefício e, portanto, utilitário. Outros poderiam se contentar mesmo com uma eficaciedade mediana. O importante, contudo, não é sequer o grau de eficaciedade. A justificação de uma proteção não plena é incabível por duas razões.

Em primeiro lugar, esta justificação não convence simplesmente porque ela deixa cidadãos sem cobertura protetiva. Dizer que a proteção jamais é plena, mas ainda assim é justificável, significa dizer que esta proteção é seletiva. Seleção implica exclusão. No entanto, como justificar a exclusão de cobertura protetiva para cidadãos dotados, ao menos em teoria, de direitos e garantias iguais? Esta deficiência fica ainda mais clara para aqueles que defendem uma fundamentação baseada na ideia de contrato social. Se todos os membros cedem parte de sua liberdade para que o Estado venha a garantir a fruição de seus bens, justificar uma proteção que é seletiva significa eliminar a contraprestação desses cidadãos excluídos.

Em segundo lugar, é de se notar que tal seletividade não é meramente uma implicação lógica, mas carrega em seu bojo um sentido político. Ao menos no que diz respeito ao Brasil (embora o estudo leve em consideração também dados de outros países), o Mapa da Violência, no ano de 2010, chegou à conclusão óbvia da relação entre pobreza, desigualdade social e o grupo alvo de vitimização quanto a homicídios. Eis a conclusão do estudo:

Com isso podemos concluir que, mais do que a pobreza absoluta ou generalizada, é a pobreza dentro da riqueza, são os contrastes entre ambas, com sua seqüela de maximização e visibilidade das diferenças, a que teria maior poder de determinação dos níveis de homicídio de um país<sup>467</sup>

Considerando que o estudo ainda revela que as maiores vítimas de homicídios no Brasil estão no grupo de jovens negros e pobres, resta patente a seletividade desta proteção que, anualmente, exclui milhares de vítimas do direito à proteção de seu bem jurídico mais valioso: a possibilidade de viver.

A terceira objeção é, na verdade, uma constatação. Se, como visto, a norma jurídico-penal não é condição suficiente para proteger bens jurídicos e essa proteção depende da convergência de outros fatores, como a atuação de órgãos policiais, por exemplo, então é correto dizer que mesmo para aqueles que se contentam com uma proteção seletiva, a norma encerra pouco significado para garantir tal proteção. Quem, de fato, atualiza as possibilidades de proteção são os órgãos policiais incumbidos de deter agressões. Neste ponto, contudo, é preciso admitir: o direito penal não se confunde com um “direito policial” Um não pode operar fora da Constituição e de uma estrutura de garantias. A polícia, contudo, pertence à órbita administrativa, ao contexto dos atos de império e de teor inquisitivo. É, portanto, a polícia que tem a missão de atuar para proteger bens jurídicos, não o direito penal. O direito penal enquanto conteúdo normativo não pode fazer mais do que declarar ou delimitar as zonas do proibido e do permitido, atribuindo a responsabilidade (e não um juízo de culpabilidade) pelos crimes cometidos. Nada mais do que isto.

Por fim, a quarta e última objeção é uma repetição do que se disse alhures: consentir com uma proteção seletiva, não plena, mas que tem a pretensão de otimizar ou maximizar sua eficaciedade (pois não há sentido algum em uma proteção que não pretenda ser mais efetiva), significa o mesmo de permitir a antecipação desta tutela ou o recrudescimento do instrumento pelo qual se pretende proteger tais bens (o incremento da sanção penal), o que torna o poder punitivo virtualmente desmesurado, sobretudo, quando erigido, como é o caso para grande parte da doutrina, à condição de máxima função do direito penal.

De toda esta exposição, considerando correto o posicionamento aqui defendido de que ao direito penal cabe tão-só a declaração das zonas do proibido e do permitido e da atribuição de

---

<sup>467</sup> Estudo disponível em: <http://www.sangari.com/midias/pdfs/MapaViolencia2010.pdf> (último acesso em 21 de janeiro de 2011), p. 148 et seq.

responsabilidades, não é ocioso indagar: será que a proteção de bens jurídicos é levada a cabo, da forma mais eficiente possível, pelo direito penal? Ou será que, irrefletida, política, simbólica e corriqueiramente se pretende atribuir ao direito penal funções que não lhe são idôneas? Segundo defende este trabalho, a preservação dos bens jurídicos depende, em grande parte, de fatores eminentemente não coercitivos como o direito penal, mas do nível de aperfeiçoamento das relações humanas por meio de elementos que fogem do alcance da presente investigação.

### 3.2 O problema da necessidade de comprovação empírica da proteção

Neste tópico, o estudo se ocupará daquilo que denomina o problema da necessidade da comprovação empírica da proteção. Este problema revela duas facetas conforme a acepção que seja atribuída ao termo “empírico”.

Se a função do direito penal é a de evitar com maior eficiência a lesão a bens jurídicos, isto indica que, em medida não olvidável, a decisão pela proibição depende de um juízo empírico-contingencial. Por empírico, neste particular, deve se entender aquilo que se contrapõe ao que é experimental, isto é, o empírico em alusão à experiência bruta ou à observação não verificada. Designa, portanto, um conjunto de proposições não confrontadas, não verificadas<sup>468</sup>.

Assim, quando o legislador decide criminalizar uma conduta no fito de evitar lesões ou perigos que dela possam advir, ele nem sempre sabe, de início, se aquela proibição será necessária, idônea e proporcional em sentido estrito para proteger um bem jurídico. É neste sentido que o “empírico”, agora como “atributo do conhecimento válido, do conhecimento que pode ser posto à prova ou verificado”<sup>469</sup> aparece como fator relevante e indicativo de uma deficiência insuperável: se (a) toda a intervenção jurídico-penal só se legitima quando idônea a proteger um bem jurídico e (b) esta idoneidade, a rigor, é algo que, em certas ocasiões mais ou menos extensas, só pode ser aferido *a posteriori*, então resta a constatação de que a teoria de proteção a bens jurídicos permite que a proposição fundamentadora de uma incriminação, nesses casos, seja ilegítima sob este aspecto. De forma mais clara: o caráter empírico-contingencial da decisão acerca da proibição permite que intervenções jurídico-penais sejam realizadas sem que sua idoneidade esteja comprovada.

A necessidade de comprovação da eficiência da proteção é, contudo, problemática e pouco viável por três razões.

---

<sup>468</sup> ABBAGNANO, Nicola. Op.cit., p. 377.

<sup>469</sup> Ibidem., p. 377.

Em primeiro lugar, a exigência ou comando de efetividade permite sempre raciocinar da seguinte maneira: no caso de uma norma proibitiva se revelar insuficiente para alcançar seu fim, pode ser que a falha esteja no fato de que ela deva aprimorar sua proteção através de um maior rigorismo da sanção ou de uma antecipação no funcionamento de seus mecanismos, isto é, criminalizar estágios anteriores à efetiva lesão ou perigo.

Em segundo lugar, não é nada fácil verificar se uma norma penal (neste particular identificada com o instrumento da proteção) é ou não suficiente ou adequada à realidade para proteger bens. Verificar a suficiência e idoneidade significa não apenas levantar a razão pela qual os bens não estão sendo afetados (se por medo ou respeito à norma por parte dos destinatários ou por outra contingência qualquer), bem como verificar se a existência ou não daquela norma teria como consequência o aumento ou a diminuição de lesões a bens jurídicos. Tais comprovações empíricas, seja para um lado ou para o outro, dificilmente aparecem junto ao argumento para justificar-lhe a adoção.

Em terceiro lugar, ainda que essa verificação empírica quanto à eficiência da proteção fosse de fácil execução, ela estaria submetida a um mero cômputo estatístico como critério informativo da criminalização. O recurso estatístico é importante em certa medida, mas, por si só, não explica falhas ou déficits de eficiência na tutela penal, fraturas essas que podem ter sua origem em fatores multifários, desde uma determinada cultura social contrária à iniciativa de uma criminalização específica até distorções das agências que se ocupam da persecução penal.

Pode-se ainda ressaltar que este problema carrega consigo um outro: o das reformas penais de ocasião. Como assinalam Zaffaroni e Batista, “desgraçadamente têm sido frequentes no Brasil respostas criminalizantes contingentes, elaboradas ao sabor de comoções públicas (o homicídio de uma atriz de televisão, no Rio de Janeiro, conduziu o homicídio qualificado à classe polêmica dos “crimes hediondos”) ou em conexão com projetos políticos pessoais (a campanha de um ministro da Saúde sobre controle de qualidade dos medicamentos levou a uma reforma legislativa dos crimes contra a saúde pública, a partir da qual a pena mínima da comercialização irregular de um produto saneante passou a ser reclusão por dez anos; a pena mínima por homicídio simples é reclusão por seis anos”<sup>470</sup>.

De todo o exposto, cumpre observar que a norma jurídico-penal é apenas uma condição necessária à proteção eficiente de bens jurídicos, mas não uma condição suficiente, pois parte desta eficiência depende de uma disposição interna do destinatário para conformar sua conduta à norma (de difícil mensuração em muitos casos) e do desempenho das agências administrativas, policiais e

---

<sup>470</sup> ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo. Direito penal brasileiro, volume 1...p. 242.

judiciais envolvidas nesta tarefa. Disto resulta que é irreal a exigência de uma teoria de proteção a bens jurídicos que atinja eficiência máxima, muito embora a perseguição desta meta lhe seja inerente.

Posto isto, o problema da necessidade de comprovação empírica da proteção a bens jurídicos pode ser resumidamente expresso nesses termos: uma teoria que pretenda limitar a intervenção jurídico-penal não pode depender de elementos empíricos, mas deve estar vinculada a razões mais sólidas e menos contingenciais.

### **3.3 O problema da ampla margem de decisão do legislador.**

Não se ignora que o Poder Legislativo é o exercente do poder ou, para alguns, da competência constitucional para elaborar leis. Sob pena de se ferir a separação de funções (e não de poderes), consagrou-se a fórmula pela qual uma determinada função não pode se imiscuir no exercício da outra. Como a Constituição é, essencialmente, um documento aberto, que dispõe de forma geral sobre vários temas, cabe ao Legislativo, à luz de um processo democrático e constitucionalmente legítimo, decidir acerca da necessidade de se criminalizar condutas. Concede-se, destarte, ao legislador uma determinada margem de decisão que se dá, ao menos formalmente, em nome do povo, titular do poder constituinte derivado e do poder para legislar. Não se pretende, de todo, contudo, indagar do grau de fidelidade e consonância prática entre os anseios do povo e a representação pelo Legislativo. Insta apenas asseverar que o legislador, dotado desta margem de decisão, exerce mister deveras importante.

Assim como os demais problemas da teoria da proteção a bens jurídicos, a ampla margem de decisão do legislador também diz com a incapacidade de se extrair desta teoria barreiras ao avanço do poder punitivo. Neste particular, dois pontos sobressaem: a) a possibilidade de a teoria do bem jurídico impor limites ao resultado do consenso democraticamente estabelecido para gerar incriminações e b) a não obrigatoriedade de adoção da teoria pelo legislador e sua frágil aplicação pelo judiciário.

#### 3.3.1. Pode a teoria do bem jurídico impor limites às decisões oriundas de um consenso democraticamente estabelecido para incriminar condutas?

Um primeiro problema que a teoria do bem jurídico enfrenta no que diz respeito à ampla margem decisória do legislador é que suas aspirações restritivas dificilmente são compatíveis com

as decisões oriundas de um consenso resultante de um procedimento democraticamente construído. O rol de fatores que tornam esta relação especialmente dificultosa é grande. Podem-se citar, em um plano mais amplo, os problemas crônicos que as democracias representativas ou semi-representativas do mundo enfrentam, justamente, na qualidade e realidade desta representação.

O ponto a ser destacado aqui é, contudo, mais específico. Independentemente de se, com efeito, a vontade do povo é acolhida pelos seus representantes, as questões que se põem são: pode uma teoria que, de um lado, ordena a proteção de certos bens jurídicos e, de outro lado, quer restringir o universo desses bens jurídicos passíveis de tutela, impedir os resultados que dela difiram e que sejam baseados em um procedimento democrática e constitucionalmente estabelecidos? Neste sentido, é possível falar em uma espécie de dificuldade contramajoritária, uma vez que se a vontade popular decidir pela criminalização de determinada conduta dirigida a um estado de coisas considerado inaceitável pela teoria do bem jurídico, o que poderia esta teoria contra-argumentar?

Assim, em primeiro lugar, esta constante tensão de uma teoria que a um só tempo ordena uma proteção eficiente e recomenda restrições à atividade protetora que se dá mediante a criminalização gera um resultado nulo, isto é: o que com uma mão ela retira, oferece com a outra; se por um lado recomenda que a incriminação fique em certos limites, por outro lado, ordena que o legislador proteja bens essenciais contra perigos e lesões. Isto quer dizer algo muito simples: a teoria do bem jurídico não pode ser, ao mesmo tempo, um elemento positivo de legitimação do poder punitivo e um elemento de limitação deste.

Por fim, a teoria do bem jurídico, mesmo em seus momentos mais restritivos, não poderia opor objeções em uma situação hipotética em que a atividade legislativa dos representantes coincidissem com a vontade popular no sentido de estabelecer incriminações violadoras daquelas restrições.

Imagine-se, por exemplo, que a quase totalidade de cidadãos se manifeste favorável à criminalização da homossexualidade; favorável à criminalização do consumo de bebidas alcoólicas ou favorável à criminalização do ateísmo? Em tais casos, ainda que mais ou menos improváveis, pouco adiantaria argumentar que tais figuras não são bens jurídicos válidos.

### 3.3.2 Está o legislador obrigado a adotar a teoria do bem jurídico-penal?

Apesar dos apelos da teoria do bem jurídico para orientar o processo legislativo penal no sentido de uma restrição das condutas que podem ser alvo de incriminação, o legislador, em geral, apresenta uma visão do bem jurídico muito mais próxima àquela metodológico-teleológica, de

modo que, não raro, os tipos penais são o retrato de uma finalidade legislativa a qual se pretende proteger.

A rigor, sob uma perspectiva histórica, a teoria do bem jurídico, desde Birnbaum, demonstra uma insatisfação tipicamente legislativa: a acusação de que a teoria da lesão a direitos subjetivos não lograva explicar e justificar devidamente muitos tipos penais existentes à época, ainda que de legitimidade duvidosa, evidencia a escassa preocupação do legislador com aspectos restritivos à intervenção jurídico-penal.

Mas será que existe alguma boa razão para que o legislador esteja obrigado a respeitar os critérios restritivos da teoria do bem jurídico?

Sob o ponto de vista constitucional não existe qualquer dispositivo que obrigue o legislador a adotar a teoria do bem jurídico. A Constituição simplesmente não menciona qualquer expressão ou alusão à referida teoria. Uma análise imparcial da Constituição, ao contrário, evidenciará que é mesmo difícil a aceitação de um construto doutrinário para limitar a atividade legislativa penal, uma vez que, a título exemplificativo, o artigo 5<sup>a</sup>, inciso XLI, cláusula pétrea, declara que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Deste modo, a análise puramente baseada na Constituição acolheria com muito mais clareza uma teoria da lesão a direitos subjetivos, e não uma teoria do bem jurídico.

Destarte, se a Constituição, maior manifestação jurídica do sistema, não impõe tal restrição oriunda da teoria do bem jurídico, por que motivo deveria o legislador adotá-la?

Sob o ponto de vista prático é difícil crer numa disposição de vontade e, tampouco, de conhecimento jurídico por parte dos parlamentares como um todo no sentido de aplicar a referida teoria

Se o Poder Legislativo pouco dá importância à teoria do bem jurídico, o Poder Judiciário lhe reconhece, esporádica e casuisticamente, alguma relevância que, geralmente, está atrelada aos chamados princípios da lesividade e da insignificância. Este reconhecimento é, contudo, vacilante e, não raro, trata tais questões através de critérios bastante inconstantes. Um exemplo prático e jurisprudencial no campo dos chamados delitos de perigo abstrato pode elucidar o caráter casuístico das decisões.

Uma análise percuciente e recente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela uma certa contradição : em 2004 a Primeira Turma do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus 81.507 – SP (DJ 29/04/2005)<sup>471</sup>, decidiu que o porte de arma desmuniada era fato atípico,

---

<sup>471</sup> Texto da ementa: “Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir

uma vez que consoante o princípio da lesividade, a arma desmuniada ou sem possibilidade de pronto municiamento, seria instrumento inidôneo para efetuar disparo, sendo portanto, incapaz de gerar lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico da incolumidade pública. O paradigma é modificado em 2009, ocasião em que a Supremo Tribunal Federal mudou o seu posicionamento e passou a reputar típica o comportamento de portar arma de fogo desmuniada. Isto porque o bem jurídico-penal tutelado pelo chamado estatuto do desarmamento ultrapassaria a mera proteção da incolumidade pessoal para alcançar a tutela da liberdade e do corpo social como um todo, asseguradas tanto uma como a outra pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei pretende resguardar e promover. Desta forma, se mostraria irrelevante, no caso, cogitar da eficácia da arma para configuração do crime, uma vez que o fato de a arma não estar muniada não descaracterizaria a arma e nem retiraria o seu potencial de intimidação, especialmente porque se trata de crime de mera conduta e de perigo abstrato<sup>472</sup>.

Ressalvada a questão acerca do princípio da lesividade e a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, o que se pode notar é que em um primeiro momento o Tribunal opta por um bem jurídico coletivo denominado incolumidade pública para negar que haja qualquer lesividade. Curiosamente, em um segundo momento, a mesma turma do Tribunal julga que a referida conduta é, sim, típica, uma vez que fere a segurança pública e o corpo social (entidades ou bens coletivos). Utiliza-se, portanto, um mesmo bem coletivo e, no entanto, há duas argumentações absolutamente opostas. Isto não apenas mostra a fragilidade dos critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, como também revela o importante fato de que a tutela penal de perigos abstratos encontra vasto campo de

---

sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. 2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da armade fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do prin cípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em conseqüência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica”.

<sup>472</sup> São vários os julgados no mesmo sentido a partir de 2009. Como exemplo: Recurso em Habeas Corpus 90.197- DF, julgado em 09/06/2009. Reproduzimos aqui o texto da ementa: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGODESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 da Lei 10.826/03. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO DESPROVIDO. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a Lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não muniada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação. III - Recurso desprovido”.

desenvolvimento à luz de uma função que se preocupa tão só em evitar, com a maior eficiência possível, que bens jurídicos sejam afetados.

A pouca relevância dispensada à teoria do bem jurídico pelo legislador e a fragilidade de sua aplicação pelos tribunais demonstra que a teoria do bem jurídico, em termos práticos, jamais logrou posição de destaque na criação e aplicação do direito penal brasileiro.

### **3.4 O problema do reflexo do caráter preventivo da proteção na teoria da pena.**

Se o importante é proceder à maximização ou otimização de uma proteção efetiva e esta proteção se dá, via de regra, por meio do caráter dissuasório da pena, é de se notar que a chamada “função de exclusiva proteção de bens jurídicos” do direito penal, obriga que se adote uma teoria preventivista da pena, forçosamente, ao menos, uma função de prevenção geral-negativa.

Qual é, contudo, o inconveniente de uma função preventiva geral-negativa da pena e suas repercussões na proteção a bens jurídicos? Conforme salienta Zaffaroni, “no plano político e teórico essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais graves, porque não se consegue nunca a dissuasão total, como demonstra a circunstância de que os crimes continuam sendo praticados”<sup>473</sup>. Ademais, e com razão, assinala o mestre argentino que “o intimidatório discurso exemplarizante desenvolvido coerentemente até suas últimas conseqüências, desemboca no privilégio de valores como a ordem e a disciplina sociais ou em um generalizado direito do estado à obediência de seus súditos”<sup>474</sup>.

Tais aspectos, no plano da proteção ao bem jurídico repercutem de maneira a possibilitar: a) a antecipação do poder punitivo mediante a criação de tipos penais desrespeitosos à limitação material da lesão ou do perigo concreto; b) o desenvolvimento de bens jurídicos vagos, nimamente abstratos, como a paz pública, a incolumidade ou ordem pública e congêneres e c) permite o recrudescimento da ameaça de sanção para, supostamente, lograr maior eficiência na proteção. Além disto, a função de prevenção geral negativa, sabidamente, coisifica o indivíduo responsável pela infração penal. Ao estabelecer que se deve punir um dado crime para evitar que outros o cometam no futuro, esta função ignora qualquer possibilidade de reparação, pois fixa-se no futuro, ou seja, é prospectiva. Usa-se o infrator como um procedimento de exemplarização. Ou, como diz Hassemer, “a teoria da prevenção geral ameaça a dignidade do condenado” e, ademais, “ela sabe que não contribui em nada para a realização da execução da pena” ou, ainda, de modo mais claro,

---

<sup>473</sup> ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro...p. 119.

<sup>474</sup> Ibidem., p. 119.

“a teoria da pena de Feuerbach não chegou ao nível da filosofia do Iluminismo, ela fez do homem um objeto”<sup>475</sup>.

Esta função preventiva é, assim, o retrato do desrespeito ao valor da pessoa humana que, conforme será visto, deve significar um núcleo reitor, insuscetível de intervenção via legislativa.

### **3.5 Os problemas da insuficiência e da não-uniidade do conteúdo conceitual.**

Todo conceito engloba o que se afirma de algo e, ao mesmo tempo, indica tudo quanto está ausente deste algo. O problema do conceito de bem jurídico, a despeito de não ser o único e tampouco o principal, conforme se procurou demonstrar nos tópicos anteriores, encerra, inegavelmente, significado no que se refere aos limites da intervenção jurídico-penal.

Este tópico se ocupa, portanto, de duas questões: a) por um lado trata das deficiências do conteúdo do conceito de bem jurídico e b) por outro lado, questiona se o conceito de bem jurídico tal qual defendido pela doutrina é um critério apto ou condição suficiente à incriminação de condutas.

A investigação acerca da possibilidade de um conceito não apenas dogmático de bem jurídico, mas, sobretudo, de um conceito capaz de orientar o legislador quando de sua atividade legiferante, também exige o esclarecimento de outras questões derivadas deste ponto.

A primeira dessas questões é o interminável debate entre a teoria monista e dualista do bem jurídico. Neste sentido, a controvérsia também se situa no plano da limitação do poder punitivo e, em especial, diz com a admissão ou não de bens jurídicos coletivos.

Assim, um primeiro setor, rechaça a possibilidade de bens jurídicos coletivos por si só, mas apenas dentro de uma relação que tenha seu cerne no indivíduo<sup>476</sup>. Um segundo setor, cuja representação hodierna é rarefeita, admite a existência tão-só de bens coletivos. Por fim, um terceiro grupo, crescente, defende a concepção dualista do bem jurídico, a saber: a existência autônoma tanto de bens individuais como de coletivos<sup>477</sup>.

#### 3.5.1 A identificação dos bens jurídicos

---

<sup>475</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 404 et seq.

<sup>476</sup> Por todos: HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: PHILIPS/SCHOLLER (Hrsg.) *Jenseits des Funktionalismus*. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag. Heidelberg: Decker & Müller, 1989, p. 90 et seq.

<sup>477</sup> Por todos: TIEDEMANN, Klaus. **Tatbestandsfunktionen in Nebenstrafrecht**. Tübingen: J.C.B (Paul) Mohr Siebeck, 1969, p. 119 *apud* HEFENDEHL, Roland. *Op.cit.*, p. 75.

Conforme se depreende das inúmeras contribuições e formulações da teoria do bem jurídico, não existe uma unidade a respeito das características essenciais que compõem o conteúdo do conceito de bem jurídico. Esta indefinição, por si só, pesa contra a teoria do bem jurídico, uma vez que objetividade, clareza e certa unidade são atributos que se espera de qualquer teoria, sobretudo quando esta teoria tem o papel de orientar o legislador. Do contrário, o conceito de bem jurídico toma ares instáveis, tal qual a clássica objeção de Liszt a Binding, de modo a significar “um Proteus que toma todas as formas; uma palavra que hoje significa uma coisa e amanhã outra totalmente diferente, um cheque em branco a que se pode dar qualquer conteúdo que lhe convier”<sup>478</sup>.

Não basta, contudo, afirmar que os conceitos oferecidos são, não raro, muito diferentes. É preciso explicar o porquê desta deficiência.

### 3.5.1.1 Bem jurídico como valor

Não raro o bem jurídico é definido como sinônimo de valor. Neste sentido, por todos, Jescheck descreve o bem jurídico “como um valor da ordem social juridicamente protegido”<sup>479</sup>.

Conceituar como objeto do delito e da proteção um determinado valor é, contudo, incorrer em um erro crasso.

Em primeiro lugar, não é possível lesionar ou pôr em perigo um determinado valor. Valores são escolhidos ou preteridos pela conduta humana, mas não podem ser lesionados ou postos em perigo, porque não possuem existência física; também não podem ser desobedecidos ou violados porque não são normas.

Não se pretende aqui realizar um excuro a respeito das distintas compreensões filosóficas sobre o valor, mas tão-só reforçar o fato de que bem jurídico e valor não se confundem.

Muito embora seus contornos sejam bem distintos, é óbvio que valor e objeto do delito se relacionam em grande medida. O bem jurídico é objeto de preferência de uma determinada norma porque contém um valor para os indivíduos ou, no caso de bens puramente coletivos, para a subsistência de determinadas organizações ou instituições. É inerente ao valor, portanto, o ato de preferir e, ao mesmo tempo, o ato de preterir, de modo que o ato de valorar é dimensão necessária a qualquer ordem jurídica.

Posto isto, maiores esclarecimentos a respeito da relevância da noção de valor para o objeto desta investigação serão fornecidas no capítulo seguinte.

---

<sup>478</sup> LISZT, Franz Von. *Strafrechtliche Vorträge*...p. 224. Trecho original traduzido: “...ein Proteus, der alle Gestalten annimmt; ein Wort, das heute das und morgen wieder etwas ganz anderes bedeutet, ein Blankett, dem jeder den Inhalt geben kann, der ihm gerade paßt”.

<sup>479</sup> Ibidem., p. 257.

### 3.5.1.2 Bem jurídico como interesse

A identificação do conteúdo do bem jurídico com a noção de interesse foi defendida principalmente por Liszt, em sua clássica definição: “aos interesses protegidos pelo direito damos o nome de bens jurídicos. Bem jurídico é, assim, o interesse juridicamente protegido”<sup>480</sup>.

Esta tentativa de conceituação tampouco pode prosperar, uma vez que os conceitos também não se confundem. A rigor, como assinala Stratenwerth, o bem jurídico é o objeto do interesse e não o próprio interesse<sup>481</sup>.

Filosoficamente, interesse é a “participação pessoal numa situação qualquer e a dependência que dela resulta para a pessoa interessada”<sup>482</sup>. O interesse, portanto, engloba um universo maior do que o do bem jurídico, tal qual formulado pela doutrina. O interesse é algo, via de regra, subjetivo e pode, por exemplo, incluir participações sem qualquer referência ao sujeito ou ao interesse público primário.

Desta forma, o interesse em uma sociedade livre das drogas pode criar, como de fato criou, o falso bem jurídico da “saúde pública” que, por sua vez, pode justificar intervenções do Estado para proibir qualquer fato ou conduta considerados lesivos à saúde, ainda que estejam envolvidos apenas adultos responsáveis e plenamente conscientes das consequências de suas ações para a própria saúde e que tais consequências não sejam tão graves ou irreversíveis.

O Estado também pode criminalizar toda e qualquer conduta contrária a um interesse que possui na implementação de determinada política econômica cuja idoneidade de forma alguma é comprovada.

Considerar, portanto, o bem jurídico como mero interesse é, na prática, não estabelecer qualquer restrição à atividade legislativa criminalizante.

### 3.5.2 Bens jurídicos individuais e coletivos.

Além da controvérsia acerca do conteúdo em si do conceito de bem jurídico, também inexistente consenso a respeito das espécies de bens jurídicos. Neste ponto, há quem sustente que todo e qualquer bem jurídico deve guardar referência ao indivíduo<sup>483</sup> (teoria monista-pessoal do bem

<sup>480</sup> LISZT, Franz von. **Lehrbuch des Deutschen Strafrecht**. 6. Auflage. Berlin, 1894, p.1. Trecho original traduzido: “Die durch das Recht geschützten Interessen nennen wir Rechtsgüter. Rechtsgut ist also das rechtliche geschützte Interesse”.

<sup>481</sup> STRATENWERTH, Gunther. **Zum Begriff des Rechtsgutes**...., p. 377, 380.

<sup>482</sup> ABBAGNANO, Nicola. Op.cit. p. 655.

<sup>483</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal...p. 289 et seq.

jurídico); há quem reconheça a existência de bens individuais e coletivos (teoria dualista do bem jurídico)<sup>484</sup> e, por fim, há um setor bastante minoritário e ultrapassado que sustenta que todos os bens jurídicos são coletivos<sup>485</sup>.

A grande dificuldade neste ponto é a aceitação, por parte da teoria monista, de que possam existir bens coletivos autônomos, isto é, sem uma referência direta ao indivíduo.

### 3.5.2.1 Os bens jurídicos coletivos falsos ou aparentes

Se por um lado, conforme visto, os bens jurídicos coletivos e difusos não são propriamente uma novidade para o direito penal, por outro lado, cada vez mais a doutrina tem dispensado atenção ao problema dos bens jurídicos falsos ou aparentes.

Como exemplo de falsos bens jurídicos a doutrina, usualmente, cita a chamada paz pública, a segurança pública e a saúde pública<sup>486</sup>.

A solução dada pela doutrina consiste na elaboração de alguns critérios, os quais não apenas distinguem os bens coletivos dos individuais, bem como acusam a falsidade de um bem coletivo.

O primeiro desses critérios é o da chamada não-distributividade (*“Nicht-Distributivität”*) que conforme esclarece Hefendehl, tomando a definição emprestada de Alexy, é um critério destinado a distinguir bens individuais de coletivos. Assim, “um bem é, portanto, coletivo quando conceitual, efetiva ou juridicamente é impossível decompor este bem em partes e assim atribuí-los aos indivíduos como unidades”<sup>487</sup>. Por este critério fica claro por que o bem jurídico “saúde pública” é considerado falso, uma vez que não existe algo como uma saúde de todos, divisível e atribuível em partes a cada um dos indivíduos. O que existe é tão-só a saúde de todos os indivíduos que, se meramente somadas, estatisticamente, pode resultar em uma média boa ou ruim de saúde de uma população.

O segundo critério é o da não-exclusão no uso (*“Nicht-Ausschliessbarkeit”*), segundo o qual um bem jurídico coletivo para ser verdadeiro deve permitir que um determinado sujeito “A” utilize o bem sem que o uso de “B” seja comprometido. Ao lado deste critério, está o da não rivalidade no consumo (*“Nicht-Rivalität”*), segundo o qual o consumo de um determinado bem por parte de um sujeito não pode comprometer a chance de outros de também consumi-lo. Um consumo, portanto, contrário ao direito pode prejudicar a própria subsistência deste bem<sup>488</sup>.

<sup>484</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal...p. 295 et seq.

<sup>485</sup> Cf. BINDING, Karl. **Die Normen**...p. 358.

<sup>486</sup> Assim: HÖRNLE, Tatjana. Op.cit., pp. 88, 90, 93, 105;

<sup>487</sup> HEFENDEHL, Roland. Op.cit., p. 112. Trecho original: “Ein Gut ist danach dann ein kollektives, wenn es begrifflich, tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist, dieses Gut in Teile zu zerlegen und diese den Individuen als Anteile zuzuordnen”.

<sup>488</sup> Ibidem., p. 112.

Deste critério se deriva outro que diz com o não-desgaste de bens coletivos essencialmente passíveis de consumição. Neste sentido, o trabalho pioneiro de Hefendehl inaugura o tratamento dos chamados bens coletivos em grupos<sup>489</sup>. Tais grupos correspondem, destarte, a diferentes estruturas de bens coletivos.

O primeiro grupo refere-se ao bem jurídico da confiança socialmente relevante (*das gesellschaftsrelevante Vertrauensrechtsgüter*). Neste sentido, Hefendehl fornece os exemplos da confiança na incorruptibilidade do aparato funcional ou na confiança quanto à segurança da moeda como meio de troca.

A confiança para Hefendehl não é, aqui, retratada como confiança na vigência da norma ou do ordenamento jurídico, mas como uma confiança constitutiva. Tal confiança estaria sujeita a pressupostos específicos tanto de desenvolvimento como de destruição<sup>490</sup>.

De acordo com Hefendehl “não se confia “um pouco”, mas ou se confia ou não se confia”. A destruição desta confiança, contudo, não se dá abruptamente, mas gradualmente. Assim, em exemplo do próprio autor, não é porque um ônibus apresenta um defeito em determinado dia, que as pessoas deixarão de utilizá-lo no dia seguinte, de modo que o limite para a quebra da confiança não é dado só pelo volume de circunstâncias de desconfiança, mas também através do número de titulares desta confiança<sup>491</sup>.

Tal critério alusivo à confiança é, contudo, criticável por vários aspectos. Em primeiro lugar, não se entende por que há diferença substancial entre a confiança no ordenamento e a suposta confiança constitutiva. Se a confiança constitutiva das pessoas se refere à eficiência ou idoneidade de uma determinada instituição em cumprir seus fins, e esta instituição é, em última análise, regulamentada e protegida pelo direito, então, se, porventura, esta instituição começar a apresentar falhas periódicas graves, isto significa que as normas que lhe desejam dar eficácia não estão sendo observadas, o que pode acontecer devido a diversos motivos. Se o transporte público de metrô apresenta periodicamente falhas na segurança com resultados alarmantes, isto quer dizer, no fundo, que as normas jurídicas de segurança foram desrespeitadas e que a população dependente desta atividade já não confia que este transporte público se dê conforme as normas que existem justamente para cumprir este desiderato de segurança.

Um segundo ponto a ser destacado é que a ideia de confiança, seja ela subjetiva ou não, é deveras frágil e depende da informação, como, aliás, reconhece o próprio autor. O problema é que a informação não só nem sempre está disponível a todos, bem como, hodiernamente, não raro, exige

---

<sup>489</sup> Ibidem., p. 123 et seq.

<sup>490</sup> Ibidem., p. 124

<sup>491</sup> Ibidem., pp 125, 130 et seq.

esforços relevantes de fiscalização e verificação quanto ao seu conteúdo. Além disto, haverá hipóteses em que a quebra de confiança virá do próprio Estado. Em virtude de uma inclinação natural das autoridades ao controle ideológico e político da opinião pública, será difícil não apenas arrostar essa quebra de confiança, bem como mesmo ter acesso a todos os dados imprescindíveis para que se possa formar um juízo de valor a respeito do caso.

Um bom exemplo da falta de informações ou da ação estatal que não inspira confiança é o próprio valor de uma determinada moeda como meio de troca ou a confiança na estabilidade do sistema financeiro como bens jurídicos tuteláveis. Sucessivas políticas monetárias equivocadas de governos ao redor de todo o mundo têm originado processos inflacionários terríveis. A inflação consiste, essencialmente, na expansão da base monetária de um determinado país, seja mediante a emissão de papel-moeda, seja mediante a expansão creditícia. Conforme informa a escola austríaca de economia, bem como as lições de Milton Friedman<sup>492</sup>, a quantidade extra de dinheiro injetado gera distorções em toda a economia levando à criação de demandas irreais, ao desemprego e à perda do poder aquisitivo, sobretudo, nas camadas de renda inferior. Numa hipótese como esta surge uma dificuldade notável: por um lado, a quebra da confiança se dá em razão de uma ação do Estado e, depois de certo tempo, torna-se patente; por outro lado, esta ação estatal, em geral, é tomada como uma política monetária inserida no campo da discricionariedade executiva e cuja finalidade se identifica supostamente com a recuperação da confiança perdida. Assim, de pouco importa a quebra da confiança se, a rigor, pouco se pode fazer para resgatá-la<sup>493</sup>.

---

<sup>492</sup> Uma série de casos relativamente recentes (até a década de noventa) são estudados em: FRIEDMAN, Milton. **Episódios da história monetária**. Rio de Janeiro: Record, 1994.

<sup>493</sup> Tal expediente utilizado por governos mundo afora é algo que, certamente, contribui e muito para a desvalorização do poder aquisitivo da população. A chamada TACE (teoria austríaca dos ciclos econômicos) explica como este processo se dá: “A política monetária não é “neutra”: ela não afeta todos os preços de maneira uniforme e, portanto, altera os preços relativos e, assim, a estrutura temporal de produção. A idéia central é que o dinheiro novo entra em um ponto específico do sistema econômico e, sendo assim, ele é gasto em certos bens e serviços específicos, até que, gradualmente, vai-se espalhando por todo o sistema, assim como um objeto qualquer, ao ser atirado na superfície de um lago, forma círculos concêntricos com diâmetros progressivamente maiores (mises), ou como quando se derrama mel no centro de um pires e ele vai se espalhando a partir do montículo que se forma no ponto em que está sendo derramado (Hayek). [...] Assim, as alterações provocadas nos preços relativos produzem mudanças na alocação de recursos. Quando ocorre uma expansão do crédito bancário, supondo que as expectativas quanto à inflação futura não existam, as taxas de juros, inicialmente, caem, mantendo-se abaixo dos níveis que alcançariam se o crédito não tivesse aumentado. O efeito disso é que, necessariamente, os padrões de gastos sofrerão alterações: os gastos de investimentos subirão relativamente aos gastos de consumo corrente e às poupanças. Portanto, a expansão monetária, necessariamente, provoca uma descoordenação entre os planos de poupança e de investimento do setor privado. [...] Hayek porém vai mais longe: ele estabelece em pormenores as alterações que a expansão creditícia provoca nos padrões de gastos e de produção. Na abordagem hayekiana, a produção é vista como uma série de “estágios”, que começam na produção de bens exclusivamente de consumo final (ou de “primeira ordem” e vão até estágios de “ordens” mais elevadas [...] Isto significa que a produção consiste em uma série de processos interligados, em que bens de capital caracterizados pela heterogeneidade são combinados em diversas proporções, juntamente com a terra e o trabalho. [...] A política monetária, ao alterar os preços relativos, modifica os sinais emitidos pelos preços. No caso de uma expansão monetária, estes sinais apontam para a redução dos lucros das empresas que produzem para consumo corrente e para o aumento dos lucros da produção de bens para consumo futuro. Alteram-se, portanto, as taxas de retorno sobre as várias combinações de capital. Os retornos nos estágios de produção mais próximos do consumo caem, enquanto crescem os retornos nos estágios de produção mais afastados do consumo; recursos não-específicos deslocam-se dos primeiros para os segundos; vai diminuindo a produção de bens de consumo, ao mesmo tempo em que os padrões de produção de bens que se adaptem a estruturas de produção que abarquem mais estágios do que anteriormente. Observemos que, para que esses investimentos se completem até o estágio dos bens de consumo final, mais recursos deverão ser subtraídos do consumo, o que significa que a produção de bens de ordens mais baixas deverá manter-se em queda, até que a nova estrutura de produção se complete. O processo descrito é auto-reversível: na medida em que as rendas dos titulares dos

O terceiro e fundamental ponto cego é que a confiança constitutiva como uma espécie de interesse ou expectativa que todos possuem quanto ao funcionamento regular de uma instituição ou atividade mascara um detalhe crucial: não se confia no Estado, mas nas pessoas que atuam em nome dele; não se confia em algo como o “Poder Judiciário”, mas nos órgãos jurisdicionais (pessoas físicas) que tomam decisões; não se confia em algo abstrato como “o sistema financeiro ou monetário nacional”, mas se confia nas pessoas, nos indivíduos que atuam neste contexto, sejam eles burocratas ou operadores de mercado. Ou seja, pode-se até acreditar que é possível confiar na figura ficcional do Estado em suas diversas manifestações, mas só é possível confiar ou não em pessoas e em suas ações.

Além disto, é extremamente duvidoso que muitas pessoas dependentes de determinadas instituições possam, simplesmente, fazer valer a sua desconfiança. Para utilizar um exemplo próximo ao que Hefendehl fornece, os usuários de um meio de transporte público que, apesar de não apresentar tantos acidentes graves, constantemente apresenta falhas em normas técnicas de segurança básicas, certamente, demonstrarão desconfiança. O fato concreto de que tais usuários, por vicissitudes sócio-econômicas, sejam obrigados a utilizar aquele meio de transporte diariamente, contudo, pode simplesmente impedi-los ou dificultar sobremaneira a manifestação desta desconfiança. Tampouco esses usuários poderiam demonstrá-la por meio de recusa ao uso do específico meio de transporte.

Por fim, concentrar na confiança uma relevância desse tipo pode justificar verdadeiras atrocidades ou injustiças. Neste sentido, a princípio não haveria problema algum em torturar uma pessoa ou mesmo prender um indivíduo sem que a veracidade dos fatos fosse realmente apurada sob o pretexto de que se a medida não foi justa, ao menos, contribuiu para não frustrar a confiança ou a expectativa nutrida pela coletividade nas autoridades policiais e de segurança.

O segundo grupo de bens jurídicos diz respeito àqueles que consistem em contingentes esgotáveis e relevantes para a sociedade (“*Das Rechtsgut als aufzehrbares gesellschaftsrelevantes Kontingent*”), como os bens ambientais. Tais bens são consumíveis e, por isto, esgotáveis, limitados. Em virtude de sua imprescindibilidade para os indivíduos e de sua não-renovabilidade ou difícil e longa recuperação, a proteção jurídico-penal se impõe<sup>494</sup>. O terceiro grupo diz respeito

---

fatores de produção aumentam (em decorrência da expansão monetária), cresce a demanda por bens de consumo, o que faz com que os preços desses bens, relativamente aos preços dos bens mais afastados do consumo, aumentem. Reverte-se, desta forma, o processo: caem os retornos nos estágios mais afastados do consumo final, enquanto sobem os retornos nos estágios mais próximos do consumo final; recursos não específicos fazem o caminho de volta; os bens de capital, que haviam sido dimensionados para a estrutura de produção anterior, têm agora que ser redimensionados para uma estrutura menos intensiva em capital; surgirão perdas e desemprego, que serão mais fortes nos setores que anteriormente haviam se expandido mais e que, agora, defrontam-se com superproduções. As perdas e o desemprego gerados nada mais são do que a contrapartida das alocações perversas de recursos geradas pela expansão monetária. Em linguagem direta, expansão monetária e recessão são inseparáveis”. Cf. SOUZA, Ubiratan Jorge Iorio de. Economia e Liberdade. A escola austríaca e a economia brasileira. São Paulo.: Inconfidentes, 1995, p. 135 et seq.

<sup>494</sup> HEFENDEHL, Roland. Op.cit., p. 132 et seq.

àqueles bens que convergem para a proteção das condições marco do Estado. Este grupo de bens se justifica, conforme a doutrina, pois a Constituição atribui ao Estado uma função instrumental importante de garantir e promover certos direitos imprescindíveis à sociedade. Os delitos contra o Estado funcionam, destarte, como uma garantia de que o Estado gozará das condições básicas para realizar suas funções<sup>495</sup>.

### 3.5.2.2 Crítica à controvérsia envolvendo o embate entre bens jurídicos individuais e coletivos.

Conforme defende este estudo, a acirrada discussão doutrinária entre monistas e dualistas é um pseudoproblema. Em primeiro lugar pelo fato de, a rigor, nem mesmo os mais árdios defensores da teoria monista, como Hassemer, ignorarem ou recusarem a existência de bens coletivos. É bem verdade que esta aceitação está subordinada a uma referência imediata ao indivíduo, o que os põe a meio caminho de uma concepção declaradamente dualista. O problema é que, não raro, esta referência ao indivíduo não é propriamente imediata. Nestas hipóteses, o que fazer? Simplesmente negar a relevância do bem jurídico ou mesmo recusá-lo como tal? Um grave desmatamento em uma área verde pouco povoada pode ter repercussões apenas indiretas para os indivíduos, o que de forma alguma elide o fato de que se lesionou ou se reduziu de forma não irrelevante um objeto imprescindível à base da vida dos seres vivos, humanos ou não.

Tal posição monista-pessoal guarda uma verdade importante, que consiste em reconhecer que o direito serve ao indivíduo, à pessoa e não a entes coletivos abstratos de forma isolada. No entanto, tende a ignorar que a existência de certas condições, estados ou mesmo instituições sejam relevantes para esses indivíduos. Neste sentido, a não ser que se queira assumir uma posição anárquica, a teoria monista vê-se forçada a admitir, pelo menos, certos bens estatais, o que relativiza o seu intento individualista.

Ademais, a teoria monista, apesar de acolher uma referência acertada (ao indivíduo), ainda trata o bem jurídico como um objeto, como uma coisa. Tende, portanto, a despeito da mencionada referência à pessoa, a valorizar os objetos de valor para aquela do que a pessoa em si.

Por outro lado, também não se pode aceitar bens coletivos autônomos no sentido de que estes se justifiquem por si só. Ainda que a referência ao sujeito seja indireta, é preciso que haja esta referência. Assim, os chamados bens estatais não podem valer por si só. Devem estar ligados a uma atividade diretamente voltada aos sujeitos, conforme o que se convencionou denominar de interesse público primário. Ademais, não se pode conceber algo como a suposta “confiança constitutiva” de

---

<sup>495</sup> Ibidem., p. 135

Hefendehl como bem jurídico válido, pelas razões já expostas. A delimitação de critérios aptos a indicar o que pode ou não ser aceito como objeto jurídico coletivo é, contudo, uma empreitada promissora, a despeito de ainda incipiente e insuficiente.

De todo este debate restam duas certezas: a) se o direito penal serve ao sujeito, todo e qualquer objeto juridicamente relevante deve estar ligado àquele; b) se os sujeitos não vivem isolados, mas em constante troca de relações em prol de uma cooperação voluntária, traço essencial do que se entende por sociedade, é de se reconhecer que certos objetos, cuja existência e importância são necessariamente partilhadas por muitos ou por todos, devem adquirir relevância jurídico-penal, mas como instrumentos ou meios para a realização dos sujeitos; não como alvo preferencial da proteção.

As três orientações são, assim, insuficientes. A orientação monista-coletivista ou estatal é rechaçável de plano por todas as objeções ao raciocínio coletivista até aqui já esgrimidas. Ou seja: o Direito é quem serve ao indivíduo, e não o contrário, em uma formulação sintética do argumento.

A orientação monista-pessoal ao exigir uma referência absolutamente direta à pessoa humana, não explica satisfatoriamente certos crimes contra a Administração Pública e muitos outros, seja no âmbito do direito penal do meio ambiente, seja na esfera dos tipos penais não referíveis a interesses humanos.

A orientação dualista é mais completa, mas ainda assim peca por considerar que bens coletivos bastam em si mesmos e, ou não precisam guardar uma relação com bens individuais, ou, apesar de admitir uma referência indireta a bens individuais, não a considera tão relevante.

Por fim, nenhuma das orientações parece abarcar conceitualmente a melhor descrição do que vem a ser bem jurídico, conforme este estudo pretende demonstrar em tópicos ulteriores.

### **3.5 É aconselhável um retorno à teoria da lesão a direitos subjetivos?**

Tendo em vista as deficiências insanáveis da teoria do bem jurídico, é possível vislumbrar vozes que se põem no sentido de um retorno à concepção do direito subjetivo como objeto do delito<sup>496</sup>.

Veja-se, por exemplo, Naucke, para quem:

---

<sup>496</sup> Por exemplo: HÖRNLE, Tatjana. **Grob antösseiges Verhalten.**, p. 483 et seq.

A concepção de que o delito consiste materialmente apenas em uma lesão ou colocação em perigo de direitos, decorre do vínculo entre a teoria do Estado e a teoria do Direito com a teoria do direito penal. O estabelecimento do Estado através do contrato social cria um 'direito' à garantia da liberdade. Quem desconsidera esse direito comete um delito na forma de uma lesão a direitos. E de acordo com essa aproximação há direitos naturais que o Estado deve garantir: o direito à proteção da vida, do corpo, da liberdade, a estabilidade das relações estatais. A agressão a esses direitos é um delito enquanto lesão a direitos<sup>497</sup>

O que, afinal, pensar de um retorno a Feuerbach? Depois de tudo o que foi exposto acerca da teoria do bem jurídico, será que, afinal, assistia razão à Feuerbach? Será que a teoria do bem jurídico foi uma involução para o direito penal? Ou, ainda, será que a teoria da lesão a direitos subjetivos pode defender-se melhor das críticas endereçadas à teoria do bem jurídico? Segundo defende este estudo, a teoria da lesão a direitos subjetivos, apesar de apresentar uma conformação diferente, depara com problemas parecidos.

Em primeiro lugar, a teoria da lesão a direitos subjetivos também permite a proteção de realidades coletivas. A obra de Feuerbach deixa claro, sobretudo com a alusão à doutrina do contrato social, que esta teoria admitia como portadores de direitos subjetivos não só o indivíduo, mas também a figura do Estado e da sociedade. Deste modo, os bens jurídicos estatais hoje tão criticados, como a moralidade da Administração Pública ou a administração da Justiça, seriam facilmente abarcáveis. O mesmo valeria para os tipos penais inerentes ao direito penal ambiental, ao direito penal econômico e tantos outros tipos que cuidam de bens coletivos.

Em segundo lugar, em virtude de a teoria admitir a sociedade como um titular de direitos subjetivos, a teoria consagrada por Feuerbach também não impede a criminalização de tabus, sentimentos e outros comportamentos antissociais. A lesão aos sentimentos pode vir a se tornar, efetivamente, algo criminalizável. O estabelecimento e progressivo distanciamento e processo de diferenciação entre minorias de toda a ordem é um sinal de que o respeito a certas práticas de costume ou sentimentos de grupo estão, paulatinamente, incorporando relevância no seio do Direito. À luz do raciocínio da proteção (por meio da prevenção) penal desses possíveis direitos, a criminalização de condutas meramente antissociais não parece tão distante ou inviável. Basta que, para tal, uma determinada sociedade cultive a existência de determinados valores culturais e a prática de certos costumes em detrimento de outros. Historicamente, ademais, conforme se verificou no primeiro capítulo, uma série de delitos deste jaez eram legítimos e admitidos, ainda que, às vezes, a título de contravenções ou delitos menores.

---

<sup>497</sup> NAUCKE, Wolfgang. **Der materielle Verbrechensbegriff**....., p. 269 *apud* HEFENDEHL, Roland. Kollektive Rechtsgüter...p. 12. Trecho traduzido: "Die Auffassung, das Verbrechen bestehe materielle nur in einer Verletzung oder Gefährdung von Rechten, folgt aus der Verbindung der Staats- und Rechtstheorie mit der Strafrechtstheorie. Die Gründung des Staates durch Vertrag schafft ein 'Rechte' auf Sicherung der Freiheit. Wer dieses Recht mißachtet, begeht ein Verbrechen in der Form der Rechtsverletzung. Und es gibt nach dieser Annäherung natürliche Rechte, die der Staat zu garantieren hat: das Recht auf Schutz des Lebens, des Körpers, der Freiheit, des Beständigkeit staatlicher Verhältnisse. Der Angriff auf diese Rechte ist Verbrechen als Rechtsverletzung".

Em terceiro lugar, e de modo mais decisivo, a teoria da lesão a direitos subjetivos de modo algum impede o processo de expansão do direito penal. Desde a época de Feuerbach até os dias atuais, o direito passou por importantes transformações, o que acarretou o reconhecimento de direitos não apenas individuais (típicos do iluminismo, os chamados direitos de primeira geração ou dimensão), mas também de direitos sociais, econômicos, coletivos e difusos, de modo que se o importante é proteger direitos subjetivos, o legislador penal não poderia simplesmente ignorar todo este novo rol de direitos surgidos no último século e ainda em expansão.

Para visualizar esta possibilidade, basta consultar a atual Constituição para verificar que, por exemplo, o direito à segurança está alçado à condição de direito fundamental. Sob o pretexto de tutelar este direito, a intervenção jurídico-penal estatal pode criminalizar estágios cada vez mais adiantados, como no caso dos delitos de perigo abstrato, numa espécie de gerenciamento rigoroso de riscos, não raro, insuscetíveis de controle.

No entanto, há de se reconhecer que uma volta à teoria de lesão a direitos subjetivos nos exatos termos de Feuerbach é uma proposta mais restritiva do que a atual teoria do bem jurídico, pois, como já salientado noutra lugar deste trabalho por Juarez Tavares, ela impõe uma limitação material mais ampla.

### **3.6 A essência do problema da função de proteção a bens jurídicos: a crise do fundamento do Direito Penal.**

Todos os problemas analisados acima demonstram algo em comum: a perda da referência de um fundamento. É justamente este ponto que expõe a teoria da proteção a bens jurídicos às suas maiores falhas. A teoria do bem jurídico em suas duas vertentes (informativa da função de proteção e de tentativa de limitação do poder punitivo) é, precipuamente, avessa a fundamentações metafísicas. Basta que se revisitem os problemas suscitados.

O problema da função personificadora de um mandado de maximização ou otimização da proteção de bens jurídicos significa uma busca incessante por eficaciedade. Uma eficaciedade que, contudo, ignora a dimensão da pessoa humana e não possui qualquer fundamento apto a lhe orientar a atuação. É simplesmente a tentativa de efetivação de comandos normativos alheios a ponderações valorativas de teor mais profundo. Por fim, conforme visto, esta busca incessante pela eficaciedade protetiva de bens é forçada a confessar sua própria inutilidade ou sua autocontradição: em virtude dos resultados pífios a que chega e em virtude da contradição prática de um direito penal que busca, simultaneamente, máxima efetividade e limitação do poder.

O problema da necessidade de comprovação empírica é outra confissão da crise dos fundamentos. Quando a única coisa que importa e justifica a atuação da norma penal é sua maior ou menor eficaciedade social, ignora-se o valor da pessoa humana, de modo que a legitimidade da norma acaba por obedecer a orientações afeitas ao positivismo jurídico ou a estudos estatísticos facilmente manipuláveis e deturpados em favor de políticas-criminais, não raro, evidenciadoras de mera ideologia dominante.

O problema do reflexo preventivista quanto à teoria da pena esbarra, novamente, na ausência de um fundamento sólido para o Direito Penal. Perfilha-se orientação totalmente voltada à técnica de gestão de riscos e contingências, tornando o Direito penal um mero instrumento ou mecanismo de contenção de riscos. Mais uma vez, sua função desdenha do valor da pessoa humana e, sobretudo, faz desta um objeto ao tomá-la não pelo valor de seus atos, mas pelo valor que sua punição detém para fins preventivos.

O problema da insuficiência conceitual, de modo muito claro, está ligado à ausência de um fundamento. Não é à toa que inúmeros conceitos de bem jurídico foram ofertados e, na maioria dos casos, não é possível perceber distinção relevante quanto aos seus respectivos conteúdos. Mesmo quando o bem jurídico é definido como valor, a doutrina sequer ensaia uma reflexão mais profunda a fim de compreender o que é o valor. Sem um fundamento sólido, é natural que o bem jurídico seja não apenas confuso, mas permeado de aspectos positivistas e que, não raro, não querem dizer nada mais do que palavras soltas, prontas a servir de esponja capaz de englobar qualquer coisa que se queira criminalizar.

O problema da ampla margem decisória do legislador é, por fim, manifestação cabal de que tampouco apelos à Constituição, justamente a fonte de onde o legislador retira a competência e o poder que possui para legislar, são suficientes para orientar a intervenção jurídico-penal.

Conforme aduz Câmara, este problema da crise de fundamentos “se apresenta na incidência concreta das normas abstratas”, e inscreve-se “no campo da funcionalidade do direito”. Ressalta este autor que mesmo no aspecto prático se manifesta esta crise, afeita à “concepção positivista do sistema e seu caráter axiológico neutro, a aversão a questões metafísicas e transcendentais impõe à idéia de fundamento e sua relação com a sociedade uma concepção puramente normativa, relegando qualquer indagação mais profunda para uma condição antipositivista e atécnica, consequentemente não jurídica”<sup>498</sup>.

A busca por um fundamento que possa informar com segurança não só a noção de bem jurídico, mas também uma orientação à intervenção jurídico-penal, consoante defenderá este estudo

---

<sup>498</sup> CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. Técnica, direito e crise de legitimidade. In: Fenomenologia e Direito. Volume 1, Número 2, Outubro 2008/Março 2009. Rio de Janeiro: TRF 2ª Região, 2008, p. 44 et seq.

na próxima e derradeira etapa, deve se dar à luz da fenomenologia de Husserl, isto é, no ponto de partida da consciência intencional. E, com isto, como bem aponta Câmara, chega-se a um “inevitável requisito para a constituição de proposições filosóficas apodícticas”<sup>499</sup>.

---

<sup>499</sup> Ibidem., p. 55.

#### 4 O PRÓPRIO ENTENDIMENTO

No capítulo anterior, o estudo envidou esforços no sentido de demonstrar deficiências da teoria do bem jurídico-penal enquanto critério apto a orientar a atividade criminalizante legislativa e, ao mesmo tempo, estabelecer certos limites para esta atividade.

Postas essas ponderações, é de se perguntar o seguinte: tem ainda algum futuro a teoria do bem jurídico-penal? Resta-lhe, ainda, alguma utilidade ou função a cumprir? Caso afirmativo, qual? Existe alguma alternativa à teoria do bem jurídico, à teoria da lesão a direitos subjetivos ou às aspirações constitucionais com base no princípio da proporcionalidade que seja idônea a limitar o legislador penal?

Consoante sustenta o presente estudo, resta à teoria do bem jurídico desempenhar uma mera função dogmática enquanto objeto do delito, isto é, a função de descrever “o que é” de fato violado pela conduta criminosa. Esta descrição, este “algo” que é violado por ocasião da conduta criminosa há, contudo, conforme se depreenderá da premissa deste trabalho, de estar vinculado à figura do “outro”, enunciando, assim, a alteridade. Este “algo” deve, sobretudo, estar em relação com um conflito real, envolvendo a violação da liberdade do “outro” como um desrespeito.

No que concerne ao segundo questionamento, isto é, se resta alguma alternativa à orientação e limitação do legislador penal, este trabalho, em função dos limites epistemológicos traçados de antemão e em virtude da amplitude do tema, restringir-se-á a uma indicação bastante incipiente acerca do caminho que considera mais promissor e correto. Este caminho é o da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana<sup>500</sup>.

---

<sup>500</sup> Neste particular, toma-se emprestada a concepção scheleriana de valor da pessoa, sobretudo, conforme já dito em outro momento deste trabalho, no que diz respeito ao aspecto de o valor da pessoa humana.

#### 4.1 O que resta à teoria do bem jurídico-penal: o bem jurídico como objeto do delito.

Uma vez compreendidas as deficiências insuperáveis da teoria da proteção a bens jurídicos como finalidade da intervenção jurídico-penal, não é ocioso indagar se à teoria do bem jurídico resta alguma utilidade enquanto objeto do delito.

A rigor, a teoria do bem jurídico limita a intervenção jurídico-penal já pela via conceitual, o que decorre da própria categoria de objeto do delito: ao se definir o conteúdo do objeto do delito, limita-se, naturalmente o legislador. Toda a definição é uma restrição, é limitada, circunscreve-se a apreender um fragmento ou parcela de um dado fato.

Mas o que significa ser objeto do delito? Se o objeto do delito não é objeto de proteção, o que é ele, afinal? Se à norma jurídico-penal não é dado reconhecer uma função de proteção de bens jurídicos, o que lhe resta?

Por objeto do delito este trabalho entende não apenas aquele algo cuja essência é ser violado pela conduta delituosa, mas também aquele algo que é de valor. Aquele algo que é objeto de preferência da norma, não porque esta tenha a missão de protegê-lo (embora isto possa ser um efeito secundário importante), mas porque a este “algo” é atribuído certo valor, certa importância, pois este “algo” é imprescindível a todos os sujeitos que participam da complexa cooperação voluntária a que chamamos sociedade.

Logo, a teoria do bem jurídico-penal ainda é útil ao atribuir como objeto do delito a figura do bem jurídico. A categoria do objeto do delito é imprescindível em qualquer formulação da teoria do crime. Não, contudo, como apenas uma mera categoria dogmática, mas, como já se disse alhures, reportada à figura do “outro”, imersa, portanto, no ser-com, em uma relação real de conflito entre liberdades.

A busca pelo conceito de bem jurídico, agora não como objeto de proteção, mas tão-só como objeto do delito (e, portanto, objeto de preferência da norma jurídico-penal), impõe, contudo, uma indagação anterior, a saber: por que este “algo” tem valor? Em que está fundada sua importância?

A alternativa a um direito penal baseado na proteção de bens jurídicos, conforme este estudo sustentará em caráter apenas incipiente, é a prioridade da noção de absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana, cujas linhas gerais se reportam à filosofia scheleriana. Pretender-se-á, destarte, uma tentativa de compreensão do bem jurídico à luz da fenomenologia, isto é, à luz da consciência intencional doadora de sentidos.

Estas questões impõem ponderações a respeito não só dos fundamentos do direito penal, mas também a respeito de sua finalidade. Não se pretende aqui revisitar todos os contributos já oferecidos, mas tão-só traçar uma linha dedutiva capaz de elucidar por que o bem jurídico ainda é

importante enquanto objeto do delito jungido à figura do outro (derivada da noção de coexistência obrigatória) e no que ele consiste.

#### 4.1.1 A premissa filosófica

Como premissa jusfilosófica, a investigação toma como ponto de partida a consciência do estado inescapável de coexistência ao qual estão submetidos sujeitos autônomos, falíveis e limitados.

A percepção deste dado fundamental, diga-se logo de início, enquanto uma necessidade é um atributo da consciência humana intencional<sup>501</sup>. Conforme salienta Aquiles Côrtes Guimarães, o “fundamento último é a consciência transcendental, porque somente o eu penso, o eu puro ou consciência pura, tem absoluta independência para evidenciar todas as conexões de essências que possam sustentar o próprio fundamento”<sup>502</sup>.

Neste sentido, perfilha-se, desde logo, a fenomenologia de Husserl como marco teórico para as ulteriores ponderações deste capítulo.

À compreensão do que se quer significar por meio desta premissa exige, porém, algum desenvolvimento de seus termos. É o que, de forma objetiva, o estudo tentará promover a partir de agora.

##### 4.1.1.1O sujeito e o mundo

Conforme salienta Ferreira dos Santos, a realidade se desdobra em dois pólos: “o do sujeito (cognoscente) e o do objeto (cognitum)”. Enquanto o sujeito consiste naquele “que recebe o *jectum* (*sub*), o objeto é aquele que se jecta ante, diante, contra o sujeito (*jecta ob*)”. O objeto, portanto, “ob-põe-se ao sujeito” e, não é por outra razão, que até hoje se utiliza o verbo “objetar” no sentido de opor uma coisa à outra<sup>503</sup>.

É também em função deste antagonismo que grande setor da filosofia sustenta um dualismo neste ponto, fazendo com que esta relação entre sujeito e objeto não goze de consenso filosófico<sup>504</sup>.

<sup>501</sup> Neste sentido CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. A técnica, direito e crise de legitimidade. In: Revista fenomenologia e direito., volume 1, n.2,..Rio de Janeiro: TRF 2, 2008, p. 53.

<sup>502</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Atualidade e permanência do direito natural.In: Fenomenologia e Direito, volume 2, número 2. Outubro 2009/Março/2010. Rio de Janeiro: TRF 2ª Região, 2008, p. 29.

<sup>503</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. **Convite à Filosofia e à História da Filosofia**. 5.ed. São Paulo: Logos, 1961, p. 53.

<sup>504</sup> Sobre este tema, a rigor, existem quatro posições básicas. Uma primeira posição cética nega a possibilidade de o sujeito conhecer o mundo das coisas; uma posição relativista afirma que o sujeito pode conhecer o mundo, mas apenas de um modo subjetivo, de modo que só existem verdades relativas; a posição idealista, grosso modo, nega que ao sujeito possa ser conhecida a coisa em-si. Por fim, a posição que este trabalho advoga, segundo a qual o sujeito pode conhecer a coisa em-si, mas apenas de certo modo, uma vez que a amplitude deste conhecimento está ligada ao esquema cognoscitivo mais ou menos limitado que possui aquele.

Uma solução para este antagonismo, adotada nesta sede, é oferecida pela fenomenologia de Husserl, por meio da inserção da intencionalidade que, a rigor, já estava presente na filosofia escolástica e, antes de Husserl, fora recuperada por Brentano, que a definiu nos seguintes termos:

Todo fenômeno psíquico é caracterizado através daquilo que os escolásticos da idade média chamaram de na existência intencional (ou mental) de um objeto, e o que nós, contudo, com uma expressão não tão inequívoca, chamaríamos de a relação para um conteúdo, a direção para um objeto (entre os quais não mase compreende uma realidade), ou a objectalidade imanente. Cada um contém algo como objeto em si, apesar de nem todos da mesma maneira. Na representação algo é representado, no juízo algo é reconhecido ou negado, no amor, amado, no ódio, odiado, no desejo, desejado e assim por diante<sup>505</sup>.

A intencionalidade em Brentano, contudo, está ligada à sua teoria da Psicologia do Ato e não diz exatamente com a noção fenomenológica desenvolvida por Husserl, a qual não se confunde com psicologismos.

Como assinala Husserl, pode-se apenas tencionar um objeto se este objeto é intencional, isto é, se se trata de um objeto de nossa intenção<sup>506</sup>.

Isto significa, grosso modo, que o sujeito jamais pode conter fisicamente o objeto, mas apenas apreendê-lo intencionalmente e, neste particular, tal se dá mediante a consciência intencional.

A consciência nos sujeitos é, destarte, uma consciência intencional. A consciência não é, contudo, um ente específico, um centro estático e tampouco uma função psíquica, mas, pelo contrário, revela espírito dinâmico; trata-se de uma atividade, uma direção para algo. No entanto, também não consiste em mera direção, mas direção informada pela ideia de intencionalidade. Deste modo, intencionalidade, que vem de “*intendere*”, significa algo que, por dentro, tende para um outro algo. No caso: a consciência intencional do sujeito que, por meio de uma doação de sentidos, apreende a coisa tal qual ela se mostra.

Observe-se que, com isto, não se nega a existência de um mundo exterior e, tampouco, tal qual Kant, afirma-se a incognoscibilidade da coisa em-si. A fenomenologia interessa-se, pois, pela vivência das essências e pela descrição dessas essências, fornecendo, assim, um ponto de partida sólido para ulteriores desenvolvimentos. Ela pergunta, antes de qualquer coisa, “o que é”; o que é este “algo” a respeito do qual se enuncia uma proposição?

Contra possíveis objeções de que a intencionalidade funda mais um idealismo fechado em si é de se notar que em Husserl há uma reestruturação do estatuto ontológico do objeto no processo de

<sup>505</sup> BRENTANO, Franz. **Psychologie vom empirischen Standpunkt**. Band I. Leipzig: Duncker und Humblot, 1874, p. 115 et seq. Trecho original traduzido: “Jedes psychische Phänomen ist durch das charakterisiert, was die Scholastiker des Mittelalters die intentionale (auch wohl mentale) In-Existenz eines Gegenstandes genannt haben, und was wir, obwohl mit nicht ganz unzweideutigen Ausdrücken, die Beziehung auf einen Inhalt, die Richtung auf ein Objekt (worunter hier nicht eine Realität zu verstehen ist), oder die immanente Gegenständlichkeit nennen würden. Jedes enthält etwas als Objekt in sich, obwohl nicht jedes in gleicher Weise. In der Vorstellung ist etwas vorgestellt, in dem Urtheile ist etwas anerkannt oder verworfen, in der Liebe geliebt, in dem Hasse gehaßt, in dem Begehren begehrt usw.”.

<sup>506</sup> HUSSERL, Edmund. *Logische Untersuchungen*. Zweiter Band. Zweiter Teil. Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis. Hrsg. von Ursula Panzer, 1984, p. 439.

conhecimento através da proposta fenomenológica do “retorno às coisas mesmas” (*Zürück zu den Sachen selbst*). O sujeito mantém sua prioridade no processo de conhecimento, no entanto, não representa o *cogito* cartesiano e tampouco o ego transcendental kantiano, vinculado puramente à razão como categoria *a priori* ou em qualquer centro psicológico estático.

Ponto essencial é o objeto no que ele se dá para o sujeito. Ou seja, o aparecer do objeto ao sujeito dotado de uma consciência intencional. E tal não poderia ser de outro modo, pois se a consciência é sempre consciência de algo, o objeto é, justamente, este algo, dado pela via da intuição e intencionado pela consciência. Trata-se pois do princípio maior, segundo as palavras do próprio Husserl:

No princípio de todos os princípios: que toda a intuição doadora originária é uma fonte correta de conhecimento; que tudo o que se nos oferece na Intuição originária, (assim por dizer, em sua realidade corpórea, de carne e osso), simplesmente é para ser aceito, como o que é dado, mas também somente nos limites nos quais ela se dá ...<sup>507</sup>

Desta passagem significativa, comprova-se a importância ontológica do puro dado. A intuição não é algo de absoluto, especioso e sem limites. Pelo contrário, ela só é doadora de sentidos dentro dos limites daquilo que se dá a ela corporeamente (*leibhaften*), de modo que é a autodoação da realidade, esta doação concreta, corpórea das coisas do mundo da vida, que limita o âmbito da intuição e que expressa o que Husserl pretende dizer com realidade corpórea ou de carne e osso.

A lição de Aquiles Côrtes Guimarães esclarece esta dinâmica: o “ver fenomenológico não tem pressuposto. É o **ver** direto proporcionado pela intuição como “princípio dos princípios” que possibilita originariamente **ver** e descrever a estrutura de essências ou sentidos dos fenômenos. Intuir quer dizer estar dentro dos fenômenos, dentro dos objetos”, de modo que “esse estar dentro **de** significa a força genética da consciência doadora de sentidos aos objetos, descobrindo um potencial infinito de variações significativas”<sup>508</sup>

A rigor, Husserl vai além de Descartes e funda a possibilidade a priori do estabelecimento de atividades e relações cognitivas do sujeito na consciência, cuja nota essencial é a intencionalidade. A consciência, dessarte, longe de ser algo estático e fechado em si mesmo é um ato intencional; é consciência, sempre de algo, de algum objeto que se dá, com imediatidade, ao ego. Ao ‘eu’ ou ego

<sup>507</sup> HUSSERL, Edmund. Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Erstes Buch: Allgemeiner Einführung in die reine Phänomenologie. In: Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung. Halle a.d.s., Verlag von Max Niemeyer, 1913, pp. 43-44. Trecho traduzido: “Am Prinzip aller Prinzipien: daß jede originär gebende Anschauung eine Rechtsquelle der Erkenntnis sei, daß alles, was sich uns in der ‚Intuition‘ originär (sozusagen in seiner leibhaften Wirklichkeit) darbietet, einfach hinzunehmen sei, als was es sich gibt, aber auch nur in der Schranken, in denen ES sich da gibt, kann uns keine erdenkliche Theorie irr machen”

<sup>508</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma teoria fenomenológica do Direito – I. In: Fenomenologia e Direito. Volume 3, Número 1; Abril/Setembro 2010. Rio de Janeiro: 2ª Região TRF, 2008, p. 16.

transcendental<sup>509</sup> é imprescindível, contudo, a operacionalização das etapas da redução fenomenológica no intuito de possibilitar a este sujeito ‘suspender’ os preconceitos, o que lhe permite lograr a passagem de uma atitude natural para uma atitude transcendental e uma melhor apreensão e descrição da essência do mundo, em seu conjunto de objetos.

Como sujeitos, conforme se verá adiante com mais clareza, quer-se entender a noção de pessoa. Esta, a rigor, e segundo a filosofia scheleriana, na qual este estudo se baseia neste ponto, é uma unidade concreta e dinâmica, da qual partem atos intencionais.

#### 4.1.1.2 A liberdade<sup>510</sup> nos sujeitos coexistentes e seu fundamento na consciência.

A consciência, conforme visto, tomada de acordo com uma concepção husserliana, quer significar que toda a consciência é consciência de algo (“*Bewusstsein von etwas zu sein*”). A consciência é compreendida como o fundamento último da liberdade, como um dos elementos centrais para a própria constituição do sujeito, como visto acima. A consciência é o *a priori* que permite ao sujeito intuir valores. Tais valores, vistos como um reino autônomo de possibilidades são, por meio da intencionalidade essencial à consciência, percebidos pelo sujeito. Nas palavras de Husserl, “a propriedade fundamental do modo da consciência, na qual ‘eu’ vivo como ‘Eu’, é a chamada intencionalidade, é ter a respectiva consciência de algo”<sup>511</sup>.

A consciência humana é o instrumento capaz de apreender a inescapabilidade do *ser-com* (*Mit-sein*) entre os referidos sujeitos, o que, por conseguinte, revela a necessidade de uma função regulatória personificada no Direito.

De modo mais específico, é a consciência do valor que abre o caminho e funda a liberdade, uma vez que

o acto livre revela-se através de uma escolha em que se sopesam, avaliam e se comparam valores. A liberdade realiza-se na actualização de uma possibilidade, porque o acto livre é a consumação de um possível por nós. O acto livre surge depois da escolha entre possibilidades. Realiza-se pela actualização de uma possibilidade escolhida<sup>512</sup>.

<sup>509</sup> O termo transcendental, aqui, quer dizer, grosso modo, tudo aquilo que se refere à subjetividade humana; a este ego, mais profundo que o cogito cartesiano que, uma vez depurado pela redução fenomenológica, é capaz de doar sentido para os objetos do mundo. Trata-se, assim, do ponto a partir do qual é possível perscrutar da possibilidade, validade e limite do conhecimento. O termo transcendente, por seu turno, significa exterioridade entre sujeito e objeto, isto é, encerra tudo o que é alheio à consciência como objeto visado pela intencionalidade.

<sup>510</sup> Fala-se aqui em uma liberdade metafísica, não em uma liberdade política. Não se pretende, nesta sede, realizar uma discussão a respeito da antiga controvérsia acerca de se é ou não possível falar em liberdade. Para os fins aqui propostos, basta salientar que: a) o Direito não faz sentido sem a admissão de algum grau de liberdade atribuível aos indivíduos. Se tudo fosse pré-determinado, o direito seria absolutamente ineficaz e meramente algo para endossar o inevitável; b) não se ignora que tampouco é crível falar-se numa liberdade plena e absoluta. No entanto, ainda que em determinados pontos a liberdade possa estar mais ou menos condicionada ou influenciada por fatores múltiplos, não elide o fato de que existe um grau de liberdade nos indivíduos.

<sup>511</sup> HUSSERL, Edmund. *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1991, p.13: “Die Grundeigenschaft der Bewußtseinsweisen, in denen ‘ich’ als ‘Ich’ lebe, ist die sogenannte Intentionalität, ist jeweiliges Bewußthaben von etwas”

<sup>512</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia concreta dos valores*. 3.ed. São Paulo: LOGOS, 1964, pp. 184-185

Não há, portanto, liberdade sem valoração, ou melhor, não há liberdade sem a possibilidade da consciência do valor. Neste ponto, como elucida Mário Ferreira dos Santos, insta esclarecer que julgar a liberdade como “cega espontaneidade” é um “erro palmar”. Deste modo,

há liberdade, onde há consciência de valores. A liberdade tira de si mesma a sua razão de agir. É ela em nós imperfeita, porque há sempre nela ainda porquês e causas. É uma ingenuidade pensar que os que a defendem no homem, tivessem-na considerado como um acto espontâneo sem qualquer porquê, sem qualquer causa, como um efeito sem causa, como um acontecer sem uma razão suficiente eficaz e eficiente. Ela manifesta-se através de uma busca de possibilidades diferentes, para actualizar aquela ou aquelas que ela preferiu. Há, assim, no acto livre, uma avaliação, uma valoração. Sem a capacidade de avaliar, de valorar, não há liberdade. Ela não se realiza **fora** da natureza, mas, **na** natureza e **através** dela<sup>513</sup>.

Se, por um lado, a liberdade é este valor fundamental e instrumental que permite aos sujeitos a experimentação, por meio da consciência de valor, por outro lado, ela encontra limite no dado incontestável do estado inescapável de coexistência a que os sujeitos estão submetidos. A noção de liberdade, pois, carrega em seu âmago a sua própria limitação, a saber: a inescapabilidade do relacionar-se com o *outro*; ou, noutras palavras, do *ser-com* (*Mit-sein*). Uma liberdade em termos absolutos, diante da obrigatoriedade da coexistência, torna-se um conceito vazio fadado à contradição após um exame criterioso. Não é outro o sentido da lição de Aquiles Côrtes Guimarães ao assinalar que ser livre é ser causa dos próprios atos “e ser causa dos próprios atos é, simultaneamente, ingressar na atmosfera da vivência valorativa, uma vez que ontologicamente considerada, a idéia de liberdade nos joga, repentinamente, no campo da coexistência ao qual estamos submetidos muito antes do nascimento”<sup>514</sup>.

Percebe-se, deste modo, que o exercer da liberdade desempenha um papel ativo na doação de sentidos, mas, ao mesmo tempo, já se encontra umbilicalmente “comprometido com a originária obrigatoriedade da coexistência”<sup>515</sup>.

A liberdade, a despeito de sua limitação, é, contudo, nota essencial ao sujeito. Negá-la a este é, em última análise, negar-lhe a própria essência ou condição de sujeito. Exsurge desta constatação a necessidade de se preservar a autonomia dos sujeitos.

#### 4.1.1.3 Autonomia dos sujeitos

A autonomia é um conceito bastante tradicional em filosofia e, portanto, apresenta um histórico mais ou menos definido dependendo da posição defendida. Em Kant a autonomia significa a independência da vontade em relação a qualquer objeto de desejo ou do desejo em si; significa,

<sup>513</sup> Idem., p. 185.

<sup>514</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Cinco lições de Filosofia do Direito...p. 52.

<sup>515</sup> Ibidem., p. 55.

pois, a capacidade de autodeterminação em conformidade com uma lei própria, advinda da razão. Contrapõe-se, portanto, á heteronomia, na qual a vontade é determinada pelos objetos da faculdade de desejar:

A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres que correspondem a elas. Toda heteronomia do arbítrio, ao revés, não apenas não funda nenhuma obrigação, mas contraria o mesmo princípio e a moralidade da vontade. O princípio da moralidade consiste na independência, a saber, de toda a matéria de lei (a saber, de um objeto desejado) e ao mesmo tempo, entretanto, na determinação do arbítrio, à qual uma máxima deve estar capacitada, através da mera forma legislativa universal. [...] Assim a lei moral expressa não outra coisa senão a autonomia da razão pura prática, isto é, da liberdade, e essa é em si a condição formal de todas as máximas, sob as quais elas só podem concordar com as leis práticas superiores. Se a matéria é e não pode ser outra além do objeto de um desejo, conjugado à lei, intervém ela na lei prática *como condição de sua possibilidade*, resultando disso a heteronomia do livre-arbítrio, ou seja a dependência desta da lei natural, que segue qualquer impulso ou inclinação, não impondo a vontade a si mesma a lei, mas somente o preceito para seguir racionalmente leis patológicas; contudo, a máxima que, dessa forma, nunca pode conter em si a forma legisladora universal, não só é impotente para fundamentar desse modo qualquer obrigação, como, também, contraria o princípio de uma razão *pura* prática e, portanto, também a intenção moral, ainda quando a ação dela resultante fosse correlata à lei<sup>516</sup>. (tradução livre do autor)

Este, contudo, não é o sentido pelo qual o presente estudo quer designar o termo autonomia. E não poderia ser diferente. Se o marco teórico deste estudo faz decisiva alusão à consciência doadora de sentidos, a autonomia não poderia estar fundada tão só na razão legisladora kantiana. Ao revés, a autonomia guarda estreita relação com a atividade constitutiva da consciência. A autonomia, aqui entendida como o mecanismo por meio do qual o valor-fundante da liberdade é exercido, possui fundamento na consciência intencional, portanto.

Autonomia, para os fins aqui propostos, significa a aptidão, pertencente ao sujeito enquanto potência intencional constitutiva (doadora de sentidos), para actualizar<sup>517</sup> um conjunto de possibilidades de vivências no mundo da vida.

Potência, como elucida Ferreira dos Santos, “é o conjunto das pré-actualizações (ainda não ocorridas), mas que já estão contidas, emergentemente, na eficaciedade do ato que as eficientizará ou não, dependendo da predisponência”<sup>518</sup>. Em termos mais claros, potência é tudo aquilo que já

<sup>516</sup> KANT, Immanuel. **Kritik der praktischen Vernunft**. Herausgegeben von Joachim Kopper. Philipp Reclam Jun. Stuttgart.,1961, § 8, Lehrsatz IV, p. 58. Trecho original traduzido: “Die A u t o n o m i e des Willens ist das alleinige Prinzip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten; alle H e t e r o n o m i e der Willkür gründet dagegen nicht allein gar keine Verbindlichkeit, sondern ist vielmehr dem Prinzip derselben und der Sittlichkeit des Willens entgegen. In der Unabhängigkeit nämlich von aller Materie des Gesetzes (nämlich einem beehrten Objekte) und zugleich doch Bestimmung der Willkür durch die bloße allgemeine gesetzgebende Form, deren eine Maxime fähig sein muß, besteht das alleinige Prinzip der Sittlichkeit.[...] Also drückt das moralische Gesetz nichts anderes aus, als die A u t o n o m i e der reinen praktischen Vernunft, d.i. der Freiheit, und diese ist selbst die formale Bedingung aller Maximen, unter der sie allein mit dem obersten praktischen Gesetze zusammenstimmen können. Wenn daher die Materie des Wollens , welche nichts anderes, als das Objekt einer Begierde sein kann, die mit dem Gesetz verbunden wird, in das praktische Gesetz als Bedingung der Möglichkeit desselben hineinkommt, so wird daraus Heteronomie der Willkür, nämlich Abhängigkeit vom Naturgesetze, irgend einem Antriebe oder Neigung zu folgen, und der Wille gibt sich nicht selbst das Gesetz”.

<sup>517</sup> Conforme salienta Olavo de Carvalho, “a terminologia filosófica ainda usa a palavra “atual” neste sentido, o que soa às vezes estranho, porque a palavra portuguesa *actual*, ao perder o *c* da ortografia antiga, perdeu junto com ele a acepção de *efetividade* , conservando somente a de *contemporaneidade* , por sua vez muito restrita em relação ao sentido do *ato* aristotélico”. CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva**. Introdução à teoria dos quatro discursos. São Paulo: É Realizações, 2006, p.62. Esta é a razão pela qual este trabalho prefere, para este fim particular, usar as palavras “acto” e actualização” com a letra “c”.

<sup>518</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. *Ontologia e Cosmologia. A ciência do ser e a ciência do cosmos*. São Paulo: Logos, 1954, p. 172.

pertence ao sujeito, mas existe de modo potencial, isto é, dependente da existência de uma predisponência.

A aptidão como potência intencional constitutiva é, justamente, a doação de sentidos (*Sinngebung*). Ela pertence ao sujeito (ao Ego) como estrutura de constituição na qual se revela o ato doador de sentido. Esta potência constitutiva não é outra coisa senão o que ativa a apropriação do objeto pelo sujeito, atividade pela qual a possibilidade de uma vivência se torna efetivamente vivência (actualiza-se), e é dada para o sujeito com um sentido.

A vivência não é, contudo, algo que se fecha na consciência, mas encerra em si uma objetividade. Mais do que isto, envolve uma passividade e uma atividade. Neste sentido, é na vivência que o sujeito apropria-se dos entes do mundo. “As vivências de um sujeito formam a textura imanente de sua consciência, pela qual é capaz de se apropriar dos objetos do mundo, recebendo-os a princípio em sua qualidade sensorial, material e sensível”<sup>519</sup>, de modo que é possível falar em vivências da percepção, vivências lógicas, vivências emocionais e etc. A vivência, contudo, “não é puramente interna à consciência, sem a qual permaneceria privada e não teria qualquer chance de alcançar a objetividade de uma verdade possível”<sup>520</sup>.

Se a liberdade se funda na possibilidade de apreender ou intuir valores, pois o ato livre é aquele que revela a atualização de uma possibilidade escolhida, e a possibilidade de perceber o valor é dada pela consciência intencional, então a autonomia não só encerra íntima relação com o fluxo intencional da consciência, bem como é a aptidão para atualizar a liberdade, para revelá-la em suas inúmeras imbricações no mundo da vida. Grosso modo, poder-se-ia dizer que ser livre é ser dotado de autonomia e, por conseguinte, ser dotado de autonomia é ser consciência intencional<sup>521</sup>. Este conceito de autonomia é mais amplo que o de Kant e pouco tem que ver com a noção oferecida pelo filósofo de Königsberg, uma vez que, neste, é a autonomia da razão que funda a liberdade, enquanto que para o conceito aqui aduzido, em última análise, é a consciência que funda o ato livre.

#### 4.1.1.4 A falibilidade e limitação dos sujeitos

Reconhecer como dado primacial a existência de sujeitos falíveis não corresponde à afirmação de que a falibilidade é a única nota essencial à natureza humana<sup>522</sup>. Tampouco significa atribuir, em certo sentido, a condição de imperfeição aos sujeitos viventes, porque a perfeição

<sup>519</sup> DEPRAZ, Natalie. Compreender Husserl. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 21.

<sup>520</sup> DEPRAZ, Natalie. Compreender Husserl. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 21.

<sup>521</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Cinco lições de filosofia do direito

<sup>522</sup> Sobre as várias teorias da natureza humana: STEVENSON, Leslie; HABERMAN, David.L. **Dez teorias da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

também consiste em um ente ser o que é e não outra coisa.

O escopo do presente estudo não comporta uma digressão com pretensões de esgotar o assunto. Destarte, para além das discussões acerca da natureza boa ou má do ser humano, bem como das suas inegáveis nuances, o estudo, neste ponto, pretende apenas sublinhar o que intuitivamente é reconhecido sem mais problemas: o fato de que, independentemente de sua tendência boa ou má, o homem é suscetível à falha, ao erro. Pretende-se apenas salientar que, por motivos diversos, não raro complexos demais para uma descrição rigorosa, os indivíduos estabelecem entre si relações falhas no tocante ao exercício das liberdades.

A admissão desta peculiaridade sugere que os sujeitos, quando submetidos a um estado inescapável de coexistência, podem fazer uso falho de suas liberdades através do constante estabelecimento de relações no mundo. O uso falho da liberdade é aquele que encerra, por razões multifárias, em último grau, o não reconhecimento do outro como sujeito por desrespeitá-lo e lesioná-lo enquanto tal. Surge, portanto, a necessidade da declaração dos limites ao uso da liberdade na forma de uma garantia que pretende o equilíbrio da coexistência dos sujeitos.

Limite, segundo o escólio certo de Ferreira dos Santos, é aquilo que “marca até onde um ser é o que ele é, e onde começa o que ele não é. O limite é excludente e includente. Inclui o último ponto em que um ser é o que ele é, e aponta o que dele se exclui”<sup>523</sup>.

O ser humano é um ser finito. Como acentua Ferreira dos Santos, o ser finito se caracteriza pela dependência, pelo limite, pela contingência e pela finitude. O que caracteriza o ser finito é “a positividade do limite, e a positividade do não-ser relativo, que é positivo, pois se refere a uma positividade do ser”<sup>524</sup>. “O finito é limitado pelo que dele se diversifica”<sup>525</sup>; o “ser finito é sempre um apontar a um ser positivo, que não é ele, do qual ele se diversifica”<sup>526</sup>.

Observa-se, assim, que à luz da coexistência obrigatória e das leis da limitação, o outro acaba por limitar o “Eu”. O outro é uma positividade que se diversifica do “Eu” e que o limita, mesmo física e territorialmente. Ademais, o que falta ao indivíduo, à pessoa, também dela se diversifica e a limita.

Ao mesmo tempo, não são necessárias maiores digressões para a constatação de que os sujeitos são finitos. Suas vidas físicas encontram um determinado limite, um fim; seus esquemas de abstração e apreensão do mundo também não são capazes de tudo apreender; a própria subsistência demanda não só a concorrência de recursos materiais e naturais, mas também de outros sujeitos, seus semelhantes. Neste sentido, o estado inescapável de coexistência assume uma importância

<sup>523</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia Concreta*, t.3. 3.ed. São Paulo: Logos, 1961, p. 11.

<sup>524</sup> *Ibidem.*, p. 13

<sup>525</sup> *Ibidem.*, p. 13

<sup>526</sup> *Ibidem.*, p. 13

crucial: o ser-com é obrigatório também sob o ponto de vista da necessidade de relação que os sujeitos possuem uns com os outros e que se expressa de maneira insofismável nas relações sociais, que não são outra coisa senão a cooperação voluntária daqueles em prol da satisfação das necessidades de cada sujeito e de todos os sujeitos.

#### 4.1.2 A premissa política: O Estado Democrático de Direito

Como premissa política, o trabalho parte da concepção de um Estado Democrático de Direito, o qual deve existir enquanto instrumento para servir aos sujeitos viventes, e não o contrário.

O Estado de Direito consubstancia, portanto, um momento essencialmente liberal, em que a preocupação maior é o chamado primado da lei, isto é, que um determinado conjunto de leis formais tenha validade e vincule a todos, inclusive e, principalmente, o próprio Estado. Historicamente o Estado de Direito compreende o rechaço às arbitrariedades materializadas no poder soberano de um Estado absolutista, para alicerçar-se no valor da liberdade e da igualdade de todos os cidadãos perante a lei.

O Estado democrático no contexto do direito penal, contudo, não pode ser compreendido como uma espécie de carta branca ou prerrogativa ilimitada ao legislador para que este possa introduzir, sob a forma de incriminações, e, a todo custo, os resultados de uma política de segurança pública. O Estado democrático de Direito, como acentua Tavares, deve ligar-se à ideia de “proteção de direitos humanos, como condição de defesa individual perante o Estado despótico”<sup>527</sup>.

Disto resulta uma série de implicações, como a proibição de imposição de modos de vida, da tutela penal da moralidade e de um paternalismo radical por parte do Estado. Isto impõe não só uma consideração importante, tal como observa Tavares, de prevalência dos direitos individuais face à intervenção jurídico-penal<sup>528</sup>, mas introduz uma limitação intransponível ao Estado, a qual se identifica a absolutidade do valor da pessoa humana, como centro ou unidade dinâmico-concreta de doação de sentidos, conforme será ainda desenvolvido. A liberdade metafísica, abordada em tópico anterior, não é, contudo, o que funda a chamada liberdade política. A liberdade política, ao contrário, é fundada pela ideia de ordem, como assinala Carvalho<sup>529</sup>. A ideia de ordem não significa, contudo, o mesmo que a ideia de ordem jurídica. O ordenamento jurídico é apenas um dos *modos de ser* da ordem em si. Assim, desde a empreitada dos seres primitivos em busca de alimento

---

<sup>527</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 201.

<sup>528</sup> Idem, p. 117 et seq.

<sup>529</sup> Este argumento é, a rigor, utilizado por CARVALHO, Olavo de. Liberdade e ordem. Disponível em: <http://www.olavodecarvalho.org/semana/100215dc.html> (Último acesso em: 18 de Janeiro de 2011). Incorporamos este argumento aqui, mas à luz do fundamento na consciência intencional.

através de caça, até os modernos jogos e competições esportivas; das primeiras cidadelas organizadas até a complexa convivência civil dos dias atuais, em todos esses períodos, esteve presente a ideia de ordem.

A ideia de ordem é inerente à cooperação voluntária entre sujeitos e imprescindível para o equilíbrio das liberdades coexistentes. De modo bastante claro: a liberdade social ou política se funda na ideia de ordem que, em última análise, funda-se na necessidade do respeito ao outro em decorrência do estado inescapável de coexistência a que os sujeitos estão submetidos. Ordem pela ordem não constitui Direito ou fundamento da liberdade social. A noção de ordem apenas se justifica quando voltada à preservação da liberdade de cada e todos os sujeitos viventes.

Por esta razão, o Estado de Direito é apenas um *modo de ser* da noção superior de ordem, que exprime uma condição para o equilíbrio das liberdades coexistentes. Um modo de ser que, hodiernamente, é considerado, ainda que sem unanimidade, o mais adequado. Não há, porém, nada que impeça o seu desaparecimento ou transformação em outro modo de ser da noção superior de ordem<sup>530</sup>, esta sim, *perene*.

#### 4.1.3 A síntese.

Postas essas considerações, é hora de reunir o que, para fins didáticos, foi separado. Dois dados são relevantes na análise da premissa aqui exposta, os quais obedecem a uma ordem léxica.

Em primeiro lugar, o dado fundamental da consciência do estado inescapável de coexistência entre sujeitos livres, falíveis e limitados conduz a duas necessidades, que obedecem àquela ordem léxica.

A primeira é a necessidade de se preservar um âmbito mínimo de liberdade ou autonomia, isto é, uma barreira ou limite intransponível ao Estado. Isto se dá por dois motivos: a) a liberdade metafísica é algo da essência dos sujeitos, portanto, de caráter constitutivo. Negar-lhes a liberdade é negá-los a própria essência ou condição; b) a noção de liberdade metafísica é anterior ao Estado, bem como este encerra apenas uma finalidade instrumental ao pretender garanti-la no bojo das relações sociais. Obedece, portanto, a um fundamento maior, radicado na consciência do estado inescapável de coexistência. Enquanto elemento essencial da pessoa, a ofensa, por parte do Estado ou dos demais indivíduos, ao núcleo mínimo de liberdade nega a noção de sujeito (razão última da própria existência do Direito), importando em uma instrumentalização ou coisificação daquele.

A segunda necessidade liga-se à ideia de que o reconhecimento do estado inescapável a que

---

<sup>530</sup> Cumpre assinalar que, mesmo as posições anarquistas, não prescindem de uma ideia de ordem. Apenas prescinde-se da figura do Estado como centro institucionalizador de normas dotadas de coerção.

estão submetidos tais sujeitos sugere a possibilidade de conflitos decorrentes do uso falível da liberdade. E, tão-somente, no caso de um **conflito real**<sup>531</sup> do exercício dessas liberdades coexistentes, surge a necessidade do aparecimento concreto da norma penal. Desta forma, a aplicação concreta da norma criminal não se justifica de modo apriorístico, mas tão só na medida em que os referidos choques ou conflitos se apresentem no mundo. Noutros termos: o Direito se justifica enquanto marco regulatório em abstrato, que se dá mediante a declaração dos limites do exercício das liberdades coexistentes. Isto repercute sobremaneira no papel que incumbe ao direito criminal.

Destarte, em um primeiro momento, compete ao direito criminal a declaração dos limites jurídicos ofensivos do uso ou exercício das liberdades coexistentes. Não pode ele, nesta etapa, pretender ultrapassar isto, pois o que existe como dado fundamental é a liberdade dos indivíduos e tão-só a possibilidade de choques. Em um segundo e decisivo momento, em caso de efetivo conflito, justifica-se a função do direito criminal<sup>532</sup> de não só de declarar a existência concreta de um desrespeito ao(s) sujeito(s), mas também de atribuir aos autores a responsabilidade pela prática deste desrespeito.

A supressão desta margem de liberdade seria, inclusive, por razões práticas, indesejável. Neste sentido, a lição atualíssima de Bastiat:

Para que um povo seja feliz, é indispensável que os indivíduos que o integram tenham previdência, prudência e também confiança mútua que nasce da segurança. Ora, esse povo não pode alcançar tais coisas, a não ser pela experiência. Ele se torna previdente, quando sofreu por não ter previsto; prudente, quando sua temeridade foi freqüentemente punida. Resulta daí que a liberdade começa por ser acompanhada de males que se seguem ao uso não considerado do que se faz. Diante desse quadro, homens levantam-se e pedem que a liberdade seja proscrita. “Que o Estado, dizem eles, seja previdente e prudente para todo mundo”. Sobre isso, faço estas perguntas: 1) É isso possível? Pode surgir um Estado experiente de uma nação inexperiente? 2) De qualquer modo, não seria abafar a experiência em seu nascedouro? Se o poder impõe os atos individuais, como o indivíduo se instruirá pelas conseqüências de seus atos? Permanecerá ele em tutela permanente? E o Estado que tudo ordenou será responsável por tudo. Existe aí um núcleo de revoluções, e de revoluções sem saída, pois elas serão feitas por um povo ao qual se proibiu o progresso, ao mesmo tempo que se lhe proibiu a experiência<sup>533</sup>.

Tem-se, destarte, à maneira de uma ordem léxica, que (i) a norma jurídico-penal só pode pretender reger conflitos reais entre as liberdades coexistentes. Este limite é dado pela noção da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana, a ser delineada, em suas linhas mestras, no próximo tópico; (ii) a submissão de sujeitos falíveis a um estado inescapável de coexistência sugere a possibilidade de conflitos, para os quais o direito criminal exerce uma função declarativa dos limites do uso da liberdade e, no caso de efetivo conflito, a de declarar a existência de um

<sup>531</sup> O que significa a necessidade de uma limitação material. Sobre isso, ver: ZAFFARONI, E.R. ; BATISTA, Nilo et AL. Direito penal brasileiro, volume 1...p. 239 et seq.

<sup>532</sup> A expressão direito criminal é usada em detrimento da mais conhecida “direito penal” de modo proposital. Separa-se assim o crime da pena. O preceito primário, que é a norma criminal, tem a função de declarar os limites do uso ou exercício das liberdades e, no caso de conflito, a função de declarar a existência concreta de um desrespeito. A pena, contudo, não tem afirmação automática decorrente da declaração deste desrespeito., pois sua aplicação deve estar submetida a um juízo de necessidade concreto.

<sup>533</sup> BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Instituto Liberal. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987, p. 74.

desrespeito, com sua respectiva atribuição a quem seja por ele responsável.

#### 4.1.3.1A questão do fundamento da norma criminal e a noção de valor.

Em que repousa a razão de ser da norma criminal e, por conseguinte, do direito criminal? O *fundamento do direito criminal* não pode repousar noutro ponto, senão o já assinalado por ocasião da exposição da premissa acatada nesta sede: a consciência do estado inescapável de coexistência entre sujeitos autônomos e falíveis. Tal “obrigatoriedade da coexistência”<sup>534</sup>, na expressão de Aquiles Guimarães, aliada ao fato de que os sujeitos são falíveis é o que gera a possibilidade do erro no exercício das liberdades, isto é, do choque de liberdades.

Conforme salienta Aquiles Guimarães, “toda a estrutura normativa de qualquer sociedade reflete o impulso da consciência (intencionalidade) no sentido de buscar o melhor na convivência humana”<sup>535</sup>. A norma penal, em seu aspecto declarativo<sup>536</sup>, se funda, portanto, na consciência deste valor de respeito ao sujeito enquanto tal. Em primeiro lugar, a norma criminal materializa um determinado valor, apreendido intencionalmente pela consciência (ou um conjunto de consciências).

Mas o que se entende por valor neste sentido?

#### 4.1.3.2 A noção de valor e a norma

Valores, no sentido aqui esposado, são possibilidades autônomas e universais de objetos ideais apriorísticos, situados em um espaço atemporal e ahistórico<sup>537</sup>. Os valores, enquanto conjunto de possibilidades universais e autônomas, só são passíveis de actualização no espaço da consciência humana. É a consciência, num exercício reflexivo e perceptivo, que escolhe tais valores, enquanto objetos de preferência. Conforme assinala Aquiles Côrtes Guimarães, “não existem valores para além do homem, para além da consciência humana. Os valores só se realizam no homem e na sociedade, ou seja, os valores são intuídos pela consciência humana e realizados no processo da cultura”.<sup>538</sup>

Da admissão de que os valores consistem em possibilidades autônomas é possível dizer que eles possuem, destarte, um ser. O possível de alguma coisa não é um mero nada, mas retrata um

---

<sup>534</sup> Op.cit., p. 46.

<sup>535</sup> Op.cit., p. 18.

<sup>536</sup> Não se pretende neste ponto, quando se fala em fundamento do direito criminal, tecer qualquer comentário a respeito da teoria da pena. O estudo não pretende, portanto, perscrutar de uma razão última para a pena, mas tão só da norma criminal como declaração de limites ao exercício da liberdade e como ponto de partida normativo para a atribuição de responsabilidades. Nada além disto.

<sup>537</sup> Ver GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Cinco lições de Filosofia do Direito...p. 43 et seq.

<sup>538</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Op.cit.,p. 43.

modo de ser determinado.

A percepção da essência desses valores se dá mediante a via intuitiva emocional. Isto não quer dizer, contudo, que a evidenciação desses valores através da intuição não passe por um processo de ulterior compreensão racional, através dos esquemas abstratos da razão humana. A actualização desses valores, embora primordialmente no plano da intuição, é perfeitamente racionalizável através dos esquemas que o sujeito possui.

Conforme elucida Aquiles Côrtes Guimarães:

O valor existe por si mesmo, a priori, independente dos demais objetos, da mesma maneira como os entes lógicos e matemáticos também existem a priori, independentes da realidade sobre a qual recai a sua idealização racionante. A diferença reside no modo de aces so a es ses objetos : aos objetos lógicos e matemáticos, a razão; aos objetos axiológicos (valores), a emoção. Assim como existe uma lógica pura conduzida pela razão, existe uma doutrina pura dos valores conduzida pela emoção<sup>539</sup>

Para sintetizar esta exposição, pode-se dizer que: a) valores são possibilidades autônomas e ideais captadas pelo sujeito via intuição emocional; b) por ser possibilidade ideal, o valor é um possível e, como possível, possui também um certo modo de ser jungido à idealidade; c) o valor realiza-se na consciência humana, o que quer dizer que a actualização de valores se dá apenas na consciência dos sujeitos; d) a percepção intuitiva emocional desses valores não elide a possibilidade de serem os mesmos racionalizáveis<sup>540</sup>.

Postas essas considerações, como norma e valor se connexionam? Se o fundamento da norma ou, em um sentido mais amplo, do Direito, é a consciência do estado inescapável da coexistência entre sujeitos autônomos e falíveis, então é preferencial à norma, enquanto conteúdo, aquele conjunto de valores que dizem com a preservação dos sujeitos, da pessoa humana. Isto é, que dizem com o exercício pleno das liberdades à luz do reconhecimento do outro enquanto sujeito merecedor de respeito. O valor é, assim, conteúdo ou objeto de preferência da norma jurídico-penal.

O conjunto das possibilidades suscetíveis de actualização ou realização concreta no mundo, e que atende ao equilíbrio das liberdades coexistentes, refere-se à ideia do justo, ao valor supremo da juridicidade<sup>541</sup>. A juridicidade é, desta feita, “na “região ontológica” do Direito”, “a essência suprema que orienta as conexões de essências nos planos factuais, normativos e hermenêuticos, na

<sup>539</sup> GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma teoria fenomenológica do Direito – II. In: Revista Fenomenologia e Direito, volume 3, Número 2, outubro-março 2011, p. 36.

<sup>540</sup> Para uma melhor compreensão do perceber puto do sentir do espírito no que diz respeito aos valores, ver o trabalho monográfico de: VOLKMER, Sérgio Augusto Jardim. O perceber do valor na ética material de Max Scheler. 2006. 127f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul., Rio Grande do Sul, p. 54 et seq. Disponível online no endereço: [http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=23](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=23) (último acesso em 20 de Janeiro de 2011).

<sup>541</sup> A ideia de juridicidade como essência suprema que orienta as conexões de essências nos planos factuais, normativos e hermenêuticos, na explicitaçãodos modos de ser dos objetos jurídicos é desenvolvida por Aquiles Côrtes Guimarães à luz da fenomenologia husserliana.”Cf. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Para uma teoria fenomenológica do Direito – II. In: Revista Fenomenologia e Direito, volume 3, Número 2, outubro-março 2011, p. 29 et seq.

explicitação dos modos de ser dos objetos jurídicos”<sup>542</sup>.

Como assinala Aquiles Côrtes Guimarães,

também no pensar fenomenológico da juridicidade teremos uma “dedução transcendental” referida aos objetos da intuição sensível incorporados ao sistema jurídico como integrantes das relações intersubjetivas disciplinadas em nome da proteção dispensada à liberdade do “outro”. [...] Entretanto, o inteligível da juridicidade se manifesta pela via das conexões de essências, no pensar fenomenológico, e não com os artifícios idealizantes de uma lógica transcendental.<sup>543</sup>

A captação do conteúdo do justo depende, todavia, de sua apreensão pela norma e pela consciência humana. Uma vez que a possibilidade da consciência do valor antecede à materialização do fato e porque a consciência é, conforme visto, entendida como este movimento intencional, esta atividade doadora de sentidos, resulta que, ao contrário do que se acredita, o fato já nasce dotado de juridicidade. A apreensão do justo é, pois, algo contemporâneo e, temporalmente indiscernível, da própria actualização de um valor. Apesar de o estudo já haver firmado que a juridicidade corresponde a uma essência suprema, ao valor que, dentro de uma escala, é o maior, não é ocioso lembrar que não se trata da mera conformidade com o disposto na lei, uma vez que, se assim fosse, isto é, caso a juridicidade se esgotasse na mera conformidade com a lei, estar-se-ia à mercê de leis injustas, o que não é admissível na actualização do valor do justo<sup>544</sup>.

Tal captação da essência do justo é, contudo, algo sujeito a aspectos contingentes, uma vez que os sujeitos estão imersos no mundo da vida e, conforme visto, seus esquemas de cognoscibilidade, seja pela via da intuição ou da razão, nem sempre estão suficientemente aptos à apreensão total deste conteúdo. Por esta razão, a actualização de valores positivos se dá no ambiente histórico e no contexto das circunstâncias que o mundo da vida, contingente, oferece. O ideal de justiça é, assim, sempre um ideal aproximativo ou, noutras palavras: um processo de seleção mais depurada de valores imprescindíveis ao sujeito enquanto tal e ao sujeito para com o outro, isto é, dentro da cooperação voluntária da que dependem todos os sujeitos.

O valor, portanto, precede e informa o dever-ser da norma. todo dever ser ideal está fundado num valor. Só os valores é que devem ser (valores positivos) ou devem não ser (valores negativos). O ser justo é o ser de um algo que tem sua origem em um dever ser positivo: o ser de um algo que tem sua origem na essência do valor.

Naturalmente que muito poderia e, de fato, ficou por ser dito quanto a este tema tão rico e complexo, de modo que o desafio de desvendar todas as conexões existentes entre norma e valor supera, nesta sede e neste momento, as forças deste estudo.

<sup>542</sup> Ibidem., p. 29.

<sup>543</sup> Ibidem., p.32.

<sup>544</sup> Ver Ibidem., p. 33.

#### 4.1.3.3 A finalidade da norma criminal

Ao longo deste trabalho, constatou-se que atribuir ao direito penal a função de proteger bens jurídicos é algo inviável.

Assinalar ao direito penal uma função estritamente de proteção a bens jurídicos, atribuindo-lhe verdadeiro dever de maximizar ou otimizar ao máximo esta proteção, além de ater-lá-lo a aspectos que exigem uma constante comprovação empírico-contingencial é contribuir para o recrudescimento da crise de fundamentos em que ele (direito penal) está imerso. Esta postura tem duas implicações nocivas: em primeiro lugar, colabora para acirrar o descontentamento social e o descrédito do direito ao fazer com que este se afaste de sua vocação básica, que é a de garantir as condições para uma cooperação voluntária entre indivíduos, respeitando-lhes a liberdade como regra. Em segundo lugar, renuncia a um fundamento sólido para o direito, baseado na evidência da premissa aqui assentada, para valer-se de um alicerce puramente contingente ou positivista.

Postas essas considerações, a única tarefa atribuível ao direito criminal não pode ser outra, senão a de declarar, primeiramente, os limites do exercício das liberdades coexistentes e, em caso de conflito, declarar a existência de um desrespeito ao outro, como um conflito real ou lesão vivida, atribuindo-a ao responsável pela sua prática<sup>545</sup>. Noutras palavras, a norma apreende aqueles valores que devem orientar o uso ou exercício não conflituoso das liberdades ou autonomias no mundo concreto da vida. Tais valores são objeto de preferência da norma para a preservação simultânea e consecutiva da liberdade individual e do equilíbrio do exercício das liberdades coexistentes à luz de um valor supremo denominado jurisdição.

Deste modo, poder-se-á anunciar a finalidade do direito penal como sendo aquela de perfectibilizar as liberdades individuais<sup>546</sup> (considerada esta como antecedente lógico e ontológico) por meio da demarcação das esferas do proibido e do permitido. A finalidade do direito penal é, portanto, a de tornar a liberdade de cada um e, por conseguinte, de todos, a mais perfeita possível dentro do contexto contingencial do estado de coexistência inescapável a que estão submetidos os

---

<sup>545</sup> Não é demais ressaltar que, neste ponto, o estudo não adentra na questão da pena e de suas eventuais funções. Consoante apregoa este trabalho, a função do direito criminal é a de declarar os limites ao uso das liberdades coexistentes. Outro aspecto distinto é o da sanção penal, o qual ultrapassa os esforços envidados por este trabalho.

<sup>546</sup> Este perfectibilizar a liberdade encerra dois aspectos, um positivo e outro negativo. Positivamente, perfectibilizar liberdades significa a declaração dos limites do uso desta liberdade, o que possibilita a cada indivíduo saber os limites de sua liberdade. No sentido negativo, perfectibilizar a liberdade significa a observância obrigatória por parte do Estado e de terceiros que o indivíduo possui uma esfera intangível de liberdade que lhe é essencial para a realização de seus valores mais íntimos e primeiros. A observância deste limite negativo significa, inclusive, em um sentido mais profundo, a possibilidade de os sujeitos desenvolverem suas potencialidades; significa a possibilidade de os sujeitos compreenderem a si mesmos sem a interferência de terceiros. Neste sentido, fica claro que o direito e, por conseguinte, o direito penal, cumpre um papel na perfectibilização da liberdade. Este papel, não representa, contudo, uma condição suficiente, mas apenas necessária. A verdadeira perfectibilização de liberdades depende, em última análise, da realização de valores que atualizem-nas de modo compatível umas com as outras.

seres. Naturalmente, o “tornar a liberdade mais perfeita” por meio da declaração de limites ao exercício da autonomia importa, também, em actualizar graus desta perfeição. Na esteira da lição de Mário Ferreira dos Santos, a quem devemos grande parte deste raciocínio, “para algo tornar-se em algo é mister estar em acto, pois se ainda não está, é apenas possível “. “Para que se dê o devir, é necessário que haja graus de perduração, pois um devir absoluto seria a negação do próprio devir; ser-lhe-ia contraditório, conseqüentemente. A idéia do devir implica algo que, de certo modo, estaciona, que perdura, embora finitamente”<sup>547</sup>.

A finalidade do direito penal pode apenas ser uma e, mesmo assim, limitada às suas possibilidades: a de perfectibilizar as liberdades individuais por meio da declaração das esferas do permitido e do proibido.

É nesta tensão, entre o direito criminal como a declaração dos limites ao exercício das liberdades e do direito criminal como sistema de garantias de todo e cada exercício da liberdade, que se possibilita a aproximação do ideal de justiça, a realização do valor da juridicidade.

#### 4.1.3.4 O conceito de bem jurídico

Uma vez esclarecido que o fundamento e a finalidade da norma criminal são, respectivamente, encontrados no estado inescapável de coexistência entre sujeitos autônomos e falíveis e na declaração dos limites ao exercício da autonomia, a noção de bem jurídico já pode ser deduzida sem maiores problemas.

Filosoficamente, bem é o que possui valor. O que possui valor, porém, possui valor para um sujeito; é relativo a um sujeito. Conforme esclarecido em tópico anterior, o direito serve a sujeitos, não a objetos. Quando o direito tem a pretensão de resguardar algo contra violações, ele procura fazê-lo tendo em vista o fim último que é o sujeito, a pessoa.

Uma grave lesão corporal não é punida porque o corpo humano, em si, sofreu danos, mas porque a lesão em si privou o sujeito de dispor do seu corpo para que possa levar uma vida saudável. O roubo, da mesma forma, é punido porque se priva (mediante violência, ameaça ou outro meio que impossibilite a defesa da vítima) o sujeito proprietário ou possuidor de um objeto, em geral, economicamente apreciável, *da possibilidade* de exercer sobre este objeto uma relação determinada, inserida dentro das faculdades do direito de propriedade<sup>548</sup>.

<sup>547</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia Concreta*. Tomo 1...p. 247.

<sup>548</sup> Há de se atentar, naturalmente, para o abuso do direito no exercício de tais faculdades. Tal abuso, já combatido por Proudhon (Ver: PROUDHON, J.P. *O que é a propriedade?* 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.), conforme notava Ferreira dos Santos, deve encontrar limites éticos que dizem, conforme se verá adiante e segundo este trabalho, com as condições mínimas para a

*Bens jurídicos-penais* são, assim, o conjunto de possibilidades de actualização de vivências intencionais materiais no mundo da vida pelo(s) sujeito(s) por meio do exercício da autonomia que lhes pertence, sob a forma esquemática da concretização de uma relação **intencional** entre aquele(s) (sujeito(s)) e um ente ou objeto que lhe(s) é de valor.

Ora, se por autonomia compreende-se a aptidão pertencente ao sujeito como potência (doadora de sentidos), para actualizar a possibilidade de uma vivência intencional no mundo da vida, então, compreende-se que o bem jurídico, sob uma expressão resumida, é a autonomia em concreto, em exercício; é a autonomia no dinamismo do fluxo intencional. Uma vez enunciado o conceito, cumpre, agora, dissecá-lo elemento por elemento a fim de que se possa lograr uma visão global deste.

Possibilidades consistem no conjunto de “pré-actualizações, ainda não contidas na eficaciedade do acto tensional, quando imediatamente considerado, mas que podem surgir no seu eternizar-se” (ou seja, no seu tornar-se real, no seu existir, no “ser” que acontece no mundo), “desde que haja cooperação de certos factores para tal”<sup>549</sup>. A possibilidade significa, portanto, tudo aquilo quanto, por ter uma predisponência anterior é passível de se concretizar no mundo, bastando para tal uma actualização, isto é, a concorrência de certos fatores através de um ato.

Mais do que isto, a possibilidade, como assevera Ferreira dos Santos, “é possível de aumento ou de diminuição, é uma “propriedade quantitativa”, que pode alcançar os limites da efectividade”<sup>550</sup>.

Uma determinada proposição pode ser possível em pelo menos três sentidos, que correspondem à possibilidade nomológica, metafísica e lógica. A possibilidade metafísica é uma parte da própria possibilidade lógica e a possibilidade nomológica é uma parte própria da possibilidade metafísica. Deste modo, tudo o que é nomologicamente possível é também metafisicamente possível, mas não o contrário. A possibilidade de que o conceito fala é, assim, toda a possibilidade que, apesar de lógica e metafisicamente possível é, necessariamente, reconduzível ou também possível no universo nomológico. Trata-se, portanto, de uma possibilidade graduável e, por isto, vulnerável.

Assim, se uma pessoa é proprietária de um determinado bem (a predisponência significa, nesta relação, “ser proprietário de algo”), ela possui ao seu alcance uma série de possibilidades no sentido de estabelecer ou actualizar uma relação com aquele bem. Esta pessoa pode vendê-lo, usá-lo, emprestá-lo, danificá-lo, reformá-lo entre outras possibilidades que, por sinal, incluem também a

---

realização do valor superior da pessoa humana. Cf. SANTOS, Mário Ferreira dos. *Tratado de economia*, volume I. São Paulo: Logos, 1962, p. 224 et seq.

<sup>549</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. *Ontologia e Cosmologia*. São Paulo: Logos, 1954, p. 172.

<sup>550</sup> SANTOS, Mário Ferreira dos. *Ontologia e Cosmologia*. São Paulo: Logos, 1954, p. 57.

possibilidade de simplesmente não fazer nada de positivo com este bem.

Tais possibilidades se referem, contudo, às vivências intencionais materiais que o sujeito experiência no mundo da vida. Isto significa que, no que respeita ao direito penal, estão excluídas do conceito elementos puramente ficcionais, a tutela de sentimentos, emoções e congêneres. Tal é decorrência do conceito aqui exposto, mas não só. É decorrência da necessidade, no universo do direito penal, de se oferecer a possibilidade de refutação e da necessidade de o direito penal estar próximo do que se entende por *ultima ratio*.

Actualizar significa tornar efetivo, tornar pleno, realizar. Actualizar o conjunto de possibilidades de vivências não é nada mais do que tornar real, efetiva a possibilidade de algo, de modo que é possível dizer que “a história da gênese do conhecimento humano não é outra coisa senão a história da passagem da razão humana da potência ao ato”<sup>551</sup>.

Tal actualização ocorre no mundo do ser, no mundo da vida, dos fatos e, em particular, no mundo humano que concerne ao Direito. O mundo é, simplesmente, a totalidade dos fatos e de todas as possibilidades suscetíveis de actualização. Além de ocorrer no mundo, esta actualização não é nada além do tornar efetiva, materializar uma relação intencional que se dá entre um sujeito e um dado ente ou objeto que lhe é de valor, de acordo com a percepção e apreensão do mundo pela consciência intencional, já estudada em tópicos anteriores. Mas o que se quer dizer por relação?

Relação significa apenas referência ao outro, como acentua Ferreira dos Santos. A relação exige, portanto, “a presença dos relacionantes que dela não se separam, enquanto ela se dá”. “Tôda relação forma uma entidade, uma estrutura factorada por partes, que actualizam possibilidades de relacionamento (de estarem em face de...ante de..., etc), conduzindo, ou não, a modificações qualitativas ou quantitativas das partes”<sup>552</sup>.

A relação é também sempre algo de concreto e, conforme se escreveu em tópicos anteriores, ela obedece a certos esquemas conforme o contexto de realidade em que estiver inserida.

Esta relação é, contudo, e aqui reside uma *nota fundamental*, sempre informada pela ideia de *intencionalidade*, pelo a priori da consciência doadora de sentidos que possibilita ao sujeito a participação no mundo.

Assim, atos simples da vida como andar, ler um livro, praticar esportes, ou mesmo o mero respirar, são exemplos de actualizações de uma relação do sujeito que toma a si mesmo como ente ou objeto que lhe é de valor. Para praticar esportes, andar, correr ou mesmo respirar, o sujeito actualiza uma relação com seu corpo, com sua saúde, com o complexo funcionamento de seu organismo que lhe garante a possibilidade de estar vivo, isto é, a vida. Neste caso, a integridade

<sup>551</sup> CARVALHO, Olavo de. Op.cit., p. 63.

<sup>552</sup> SANTOS, Mário Ferreira. *Ontologia*...p. 113 et seq.

corporal, a saúde e a vida são objetos de valor para o sujeito. São autênticos entes da vida, dotados de realidade material. Tais entes não se confundem com o bem jurídico. O que a norma tem como objeto preferencial, de valor, não é o objeto em si a que nos referimos há pouco, mas a possibilidade de o sujeito actualizar uma relação com este objeto, uma vez que a existência isolada e alheia deste objeto em relação ao sujeito, por si só, não releva nada para o direito, que cuida das relações dos sujeitos. Quando um sujeito provoca lesões em outro, o que a norma pretende tutelar não é o corpo, mas antes, a possibilidade de o sujeito dispor do seu corpo, isto é, actualizar uma relação com o objeto saúde conforme melhor lhe aprouver.

As relações, contudo, podem se dar entre o sujeito e entes reais ou entes ideais. Destarte, uma relação, a despeito de sempre ser concreta, pode ser ideal, quando abrange entes ideais, ou real, quando abrange entes reais. E, neste sentido, insta esclarecer o que são tais entes e quais são suas características.

Tais entes ou objetos devem possuir uma condição ôntica<sup>553</sup>, que pode ser real ou lógica.

A condição ôntica refere-se ao aspecto autônomo e independente que possibilita o ente ser aquilo que é, no sentido de que independe plenamente do conceber conceitual do sujeito cognoscente. Isto é, tal ente existe de *per se*, sem que haja a necessidade imediata da presença de quaisquer operações mentais para abarcá-lo neste sentido. Se é atributo dos objetos uma condição ôntica, eles possuem também uma realidade ôntica que, a rigor, pode ser física ou materialmente real e logicamente real. Assim, a realidade ôntica fisicamente real é a típica dos objetos materiais, os quais podem ser empiricamente percebidos, como um bem móvel, o corpo humano entre outros. Trata-se de um real *extra-mentis*.

O objeto também pode apresentar realidade ôntica logicamente real. O que é logicamente real se evidencia através da aplicação do princípio do terceiro excluído, de modo que ou se é algo ou não se é algo.

Tem-se, destarte, uma realidade noética e uma realidade ôntica que corresponde ao caráter ideal ou real dos entes ou objetos, respectivamente. Assim, quando se fala em vida, liberdade, saúde, integridade corporal ou patrimônio, fala-se de um objeto ou ente ideal, mas que se exemplifica, ou melhor, se actualiza no mundo fático. Quando se fala, contudo, em honra, moralidade ou sentimento de segurança, fala-se de um ente ou objeto simbólico, que tem positividade, uma vez que, embora ficcional, encerra uma posicionalidade, isto é, “indica algo”,

---

<sup>553</sup> Para os fins desta exposição, assume-se a explicação de Mário Ferreira dos Santos na distinção entre ôntico e ontológico: “ôntico refere-se a toda a esquemática imanente ao ser, tomado in genere ou não, como facto de ser, extra mentis, independente do intelecto, isto é, dos esquemas noéticos de qualquer espécie. E ontológico refere-se a tais esquemas noéticos, (logos do ontos) à esquemática captada pelo intellectum in actu, cuja correspondência e alcance, paralelismo ou não, cabe à Ontologia elucidar”. Cf. SANTOS, Mário Ferreira dos. **Ontologia**...p.3.

“aponta para algo” que não se pode expressar em termos reais.

Todos esses objetos ou entes são importantes para o Direito dentro do universo jurídico do mundo da vida. No entanto, como o direito penal é a *ultima ratio* e cuida de violações graves que envolvem objetos mais essenciais para o sujeito e, por outro lado, faz-se necessária a possibilidade processual de refutação de uma suposta violação, tais objetos, apesar de ideais, devem poder ser exemplificáveis na realidade. Com isto, retira-se do âmbito de objetos ou entes possíveis todos aqueles que representam tão-só símbolos, isto é, são meros entes ideais sem correspondência na realidade. Não se pretende afastá-los da tutela de outros ramos do direito, mas tão só do universo do direito penal. Desta maneira, a honra, o sentimento de segurança, a moralidade pública, os bons costumes e outros, são objetos ideais insuscetíveis de figurarem nesta relação inerente ao conceito de bem jurídico defendido nesta sede.

O fato de existirem tipos penais, para os quais frequentemente se atribui a tutela de entes refratários à proposta aqui esboçada, não desqualifica o estudo. Tal qual ocorreu com Feuerbach, a objeção dirigida à inadequação entre uma teoria jurídica e determinados dispositivos jurídicos é, em primeiro lugar, uma petição de princípios. Antes de se objetar que uma teoria é insuficiente porque não contempla determinado tipo penal é de se pensar se tal tipo penal, a despeito de sua validade positiva, é, afinal, legítimo, de acordo com premissas que se destinem à valorização do sujeito, da pessoa humana. A tutela penal de entes como a moralidade pública, ou mesmo a honra são de todo questionáveis. Além disto, o direito enquanto saber em constante mutação, uma vez que inserido no palco da historicidade<sup>554</sup>. Vê-se, assim, que o delito encerra uma privação, em maior ou menor grau, da possibilidade de actualização de uma relação intencional por parte do sujeito para com um determinado objeto que lhe é de valor. O homicídio não priva apenas o corpo da vida biológica, mas priva a possibilidade de o sujeito continuar actualizando uma relação com seu organismo, relação esta que lhe mantém vivo e que se exprime em sua vivência mais elementar. O furto, por seu turno, priva o sujeito da possibilidade de actualizar uma relação de disponibilidade para com o seu bem ou coisa móvel; o estupro priva a vítima da possibilidade de actualizar uma relação de disposição sexual para com o seu corpo e assim por diante.

#### 4.1.3.5 O Estado como sujeito titular de bens jurídicos: o carácter de instrumentalidade obrigatória.

---

<sup>554</sup> Não se quer com esta afirmativa defender o historicismo nos moldes de Savigny ou doutrinas semelhantes, mas tão-só sublinhar que o direito é um fenómeno que se desenvolve na temporalidade e de acordo com circunstâncias históricas.

Uma vez esclarecido o conceito de bem jurídico defendido nesta sede, insta perguntar quem, afinal, quem pode ser sujeito?

A noção de sujeito, para os fins do conceito de bem jurídico, liga-se à noção de autonomia. Sujeitos são, portanto, todos os entes capazes de exercer em algum grau a liberdade (por meio da autonomia) que lhes pertence.

Mas quem so esses sujeitos? Sujeito central é a pessoa humana, enquanto sujeito individuado inserido no sistema jurídico. A pessoa é, portanto, o titular prioritário dos bens jurídicos. Além dela, contudo, seria possível reconhecer outros sujeitos como o Estado?

Conforme se ponderou em outra sede deste estudo, a liberdade política é garantida pelo princípio da ordem. Noutras palavras, a liberdade política se funda na ideia de ordem. O Estado, repise-se, por oportuno, não se confunde com a ideia de ordem. O Estado é tão-só um *modo de ser* da ideia de ordem, sob a forma de um ente ficcional. O Estado é, portanto, a concretização ou materialização da ideia de ordem, mas não se confunde com ela.

Como modo de ser da ordem, o Estado é uma espécie de instrumento (não o único) a serviço dos indivíduos. É o elemento de mediação, contingente e imerso na historicidade das relações humanas, que funciona no fito de ligar ou estabelecer uma conformidade entre as diversas liberdades coexistentes e o princípio da ordem. O Estado, destarte, enquanto *um possível modo de ser da ordem* só tem sua existência justificada enquanto instrumento destinado a servir os sujeitos. Não tem valor absoluto, portanto, como o sujeito, mas seu valor, ao contrário, é sempre relativo aos sujeitos.

No entanto, também é certo que para atuar como um modo de ser da ideia de ordem, o Estado precisa estar equipado de certos poderes. Tais poderes são, contudo, poderes-deveres, pois sempre vinculados a bens individuais determináveis. Todo o poder que se atribui ao Estado só se justifica se no interesse de bens individuais, de modo que, sobretudo, no campo do direito penal, face à gravidade da intervenção na esfera dos indivíduos, este poder é sempre um poder-dever, o que retira do Estado qualquer discricionariedade.

Por estas razões, quando se reconhece ao Estado a possibilidade de ser titular de bens jurídicos, faz-se imperioso observar duas peculiaridades desses bens: a vinculação ao princípio da ordem e a vinculação a um bem individual. E, no que diz respeito a este último, crucial que haja a manifestação de um conflito real enquanto privação deste bem individual.

O Estado apresenta-se, assim, como um sujeito ficcional também dotado de autonomia. Obviamente, não uma autonomia no sentido que se atribui aos sujeitos individuais, mas uma liberdade e autonomia ficcionais, instrumentais, consistentes na aptidão para actualizar deveres na esfera da Administração Pública (e não poderia ser de outro modo) para a garantia desses bens

individuais. O Estado, portanto, só tem autonomia em prol dos bens individuais, o que se costuma denominar através da expressão “interesse público primário”.

Se a liberdade política é garantida pelo princípio da ordem, conforme mencionado acima, então é legítimo que se reconheça ao Estado (enquanto um *modo de ser* possível da ordem) a possibilidade de titularizar bens jurídicos. Esta possibilidade será sempre, contudo, subordinada à pessoa humana, titular prioritário, conforme explicado.

Isto significa que o bem jurídico para o Estado consiste no conjunto de possibilidades que ele, Estado, deve actualizar para a garantia da ordem. Garantir a ordem não é nada mais do que garantir o livre exercício da autonomia da pessoa no estado inescapável de coexistência. A ordem é um ideal, cujo atingimento estará mais próximo ou distante conforme o mundo contingente das liberdades coexistentes respeitar mais ou menos os limites ao exercício desta liberdade, bem como conforme o Estado, enquanto modo de ser do princípio da ordem, estabelecer regras mais ou menos justas e cumprir mais ou menos os deveres para os quais foi criado. Trata-se, portanto, de um bem jurídico instrumental.

Logo, para fins de conceito, pode-se dizer que o bem jurídico estatal consiste, estruturalmente, na possibilidade de actualização de um dever, atribuído a um sujeito ficcional (o Estado), no âmbito da Administração Pública, sob a forma esquemática de uma relação administrativa-garantística-instrumental entre aquele sujeito ficcional (o Estado) e um ente que é de valor para as condições de garantia de bens jurídicos individuais. Dito de modo simples: é o conjunto de possibilidades de actualização de um dever para garantir a fruição de bens individuais.

Enunciado o conceito, faz-se imperioso analisá-lo.

O bem jurídico na órbita estatal é um bem jurídico instrumental, segundo uma ordem léxica que tem como primeira proposição o bem jurídico individual. Se é um bem jurídico instrumental, o conjunto de possibilidades deve estar referido à actualização de diversos deveres. A actualização desses é, por conseguinte, o modo pelo qual o Estado serve de instrumento aos bens individuais.

Muito embora o Estado, enquanto sujeito ficcional, participe do mundo, a sua participação está diretamente ligada ao universo da Administração Pública. Esta actualização de deveres em prol dos bens individuais se dá neste universo da Administração sob o esquema de uma relação que revela três aspectos.

É uma relação administrativa ou gerencial, pois sempre referida à gerência de certas condições em prol dos bens individuais.

É uma relação garantística, pois se destina a preservar a ordem. Não se trata, pois, da preservação da ordem jurídica, mas da ordem, conforme a ideia de ordem traçada neste estudo. A ordem jurídica, como obra do homem é dada a falhas. A ordem jurídica submete-se, destarte, a

noção superior, ontológica, de ordem. Esta, conforme visto, é uma cláusula em certa medida aberta, mas que significa o estado mais próximo possível do equilíbrio entre as liberdades coexistentes e reporta-se, diretamente, à noção de jurisdição, também abordada em tópico anterior. Garantir a ordem, contudo, não é uma tarefa que se esgote em si mesma. A ordem só faz sentido enquanto ente relativo. E é justamente deste caráter relativo que se vislumbra a terceira característica desta relação: a instrumentalidade.

É uma relação sempre e necessariamente instrumental, uma vez que a privação da possibilidade de o Estado actualizar um dever precisa impactar negativamente bens individuais. Não é ocioso repetir: o Estado, enquanto modo de ser da ordem, serve para os indivíduos, e não o contrário.

Por esta razão, há de se fixar algo muito claramente: na ausência de referência a um conflito real na órbita de bens individuais, não há qualquer dignidade jurídico-penal neste bem jurídico instrumental do Estado. Pode haver ilícito administrativo ou de outra espécie, mas, definitivamente, não haverá ilícito penal.

A referência a bens individuais não precisa ser determinada, mas deve ser determinável quanto ao(s) sujeito(s) atingidos pelo fato. Sob esta perspectiva, o entendimento aqui esposado, guardadas as distinções estruturais do argumento, aproxima-se do pensamento de Juarez Tavares, para quem

só poderá ser reconhecido como bem jurídico o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, quer dizer, para ser tomado como bem jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis<sup>555</sup>.

#### 4.1.3.6 Os animais como sujeitos titulares de bens jurídicos

Há outro ponto deveras difícil e do qual este trabalho não irá tratar, limitando-se, destarte, a uma mera indicação, o que, contudo, exigirá o esforço de algumas linhas. Seriam os animais sujeitos de direito? Seriam titulares de bens jurídicos? Tal controvérsia ganhou alguma importância jurídica a partir do instante em que legislações ao redor do mundo, inclusive a brasileira, passaram a incriminar condutas de maus-tratos aos animais. Além disto, o crescimento dos movimentos pró-direitos dos animais ganha vulto a cada dia. O que pensar disto tudo à luz do direito penal?

Parece-nos que há, ainda, uma névoa bastante espessa no epicentro desta questão. Que se sublinhe, desde logo, que o presente estudo não pretende defender uma posição a este respeito, isto é, quanto à questão acerca dos direitos dos animais, o que não elide a possibilidade de tecer algumas

<sup>555</sup> Tavares, Juarez. **Teoria do injusto...**p. 217.

considerações<sup>556</sup>.

Em primeiro lugar, parece de todo equivocado apontar a senciência, uma suposta autonomia ou mesmo a controversa e difícil hipótese de autoconsciência como pontos decisivos para ditar os direitos dos animais. Em muitos desses níveis o animal se manifestará, inexoravelmente, em um plano inferior ao homem<sup>557</sup>. Não se entende, portanto, por que razão uma maior ou menor autonomia ou consciência teria, por si só, o condão de atribuir mais direitos aos animais. A mesma hierarquização poderia, inclusive, ser feita entre humanos, sempre a partir de critérios mais ou menos arbitrários. Assim, um humano dotado de graves deficiências, congênitas ou não, poderia ter seus direitos ou bens restringidos por conta do decréscimo de sua consciência ou autonomia. Da mesma forma, a senciência, por si só, tampouco é suficiente como critério limitativo, pois não livra os animais de métodos indolores de aniquilação. Ademais, é de todo questionável que animais sejam donos de si mesmos, capazes de delimitar um projeto para as suas vidas. Noutros termos, é questionável falar em autonomia no que diz respeito a animais.

A despeito do princípio inteligente mais ou menos desenvolvido em alguns animais superiores, estes ainda encerram estruturas cognoscitivas e cognitivas inferiores e estão, de forma muito mais aguda, vinculados a instintos naturais de conservação no contexto de seu ambiente próprio.

Isto não significa, contudo, que tudo seja lícito no que diz respeito ao trato com os animais. Acredito que um bom ponto de partida se encontra na filosofia dos valores. Neste ponto, a axiologia scheleriana permite enquadrar os animais como portadores de valores vitais. Como acentua Scheler, “os valores vitais são uma modalidade de valor totalmente independente e não podem ser reconduzidos a valores do agradável e do útil e nem a valores espirituais”<sup>558</sup>. Desta forma, animais não podem sofrer simplesmente os imperativos de uma ética utilitária, contudo, certamente não serão jamais equiparáveis ao homem, e não há nada de errado com uma tal hierarquia.

A pessoa, dotada de uma consciência intencional, é capaz de apreender e doar sentidos; atualizar vivências, relações e estar cônica de tudo isto. A posição privilegiada que ocupa lhe dá, igualmente, responsabilidades quanto a outros seres vivos mais vulneráveis. A razão de ser do ilícito “crueldade ou maus-tratos a animais” repousa na posição privilegiada (e por isso mesmo de maior responsabilidade) do homem em relação a seus “irmãos” inferiores. Repousa no fato de que o

---

<sup>556</sup> Em um primeiro momento soa incoerente a criminalização dos maus-tratos aos animais e, simultaneamente, a permissão para destruí-los por razões de alimentação humana. Até que ponto o ser humano necessita da carne animal para viver ou não é algo que ultrapassa o escopo deste trabalho. No que diz respeito aos direitos dos animais, penso, contudo, que a solução deste ponto é essencial, uma vez que, conforme será visto ao final deste tópico, uma diretriz nas relações homem-animal deve estar baseada na necessidade de conservação do homem.

<sup>557</sup> É de se notar, contudo, que alguns animais possuem capacidades sensitivas muito mais desenvolvidas que as do homem.

<sup>558</sup> SCHELER, Max. *Der Formalismus...*p. 127.

animal é portador de um valor vital e, embora não possa ser comparado ao valor da pessoa, tampouco é suscetível de ser objetificado.

Segundo explica Scheler, “o último motivo para a inobservância da particularidade dessa modalidade é, contudo, o esquecimento do fato de que a “vida” é uma verdadeira essência e não um conceito empírico genérico que apenas inclui elementos comuns de todos os organismos da terra em um. Isto não pode ser discutido”.<sup>559</sup>

Os valores vitais, segundo Scheler, dizem respeito àquela categoria de valores que abrange todas as qualidades que compreendem a oposição do nobre e do vulgar (*Edlen und Gemeinen*)<sup>560</sup>. Enquanto “valores consecutivos esses valores correspondem a todos aqueles valores que estão localizados na esfera de significado do “bem-estar””<sup>561</sup>. Como situações, “pertencem a estes valores todos os modos de sentimento de vida (por exemplo, o sentimento de aumento e diminuição da vida, da saúde e do sentimento de doença, do sentimento de envelhecimento e morte, sentimentos como debilidade e vigor e etc); como reações emocionais de resposta, por exemplo, o alegrar-se, o afligir-se (um determinado tipo); como reações instintivas de resposta como a coragem e o medo, impulsos de vingança, ira e assim por diante. A riqueza incomum destas qualidades de valor e seus correlatos não pode ser aqui, contudo, sequer indicada”<sup>562</sup>.

Não é ocioso explicitar as palavras de Scheler, neste ponto, as quais são de grande valia para a sistematização deste estudo neste ponto em particular:

No caso do animal – organizado de forma superior ou inferior – cada acção, cada reacção, que ele executa, assim também a considerada a “inteligente”, é atribuída a um arranjo ou estado fisiológico de seu sistema nervoso, ao qual estão ligados, no lado psíquico, instintos, impulsos motores e percepções sensíveis. O que para os instintos e para os impulsos não é interessante também não é dado, e, aquilo que é dado, apenas é dado ao animal como centro de resistência para seus desejos ou para o que detestam, isto é, para o animal como centro biológico. A saída deste arranjo fisiológico-psicológico é, assim, sempre o primeiro ato de drama de um comportamento animal para seu meio. A estrutura do meio é, neste caso, o modo próprio fisiológico e indiretamente morfológico do animal, é sua estrutura motora e de percepção sensível, que constrói uma unidade fortemente funcional, precisa e completamente “fechada”. Tudo o que o animal pode perceber e apreender do seu meio repousa nos gradis seguros e nos limites de sua estrutura do meio. O segundo ato do drama do comportamento animal é alguma introdução de uma modificação real do meio por meio de uma reacção do animal na direcção condutora de suas metas instintivas. O terceiro ato é, por isto, a modificação do estado psico-fisiológico. O curso de tal comportamento conduta (animal) tem, assim, sempre a forma:

A → M<sup>563</sup>  
 ←  
 [...]

<sup>559</sup> SCHELER, Max. Idem., p. 127. Trecho original traduzido: “Der letzte Grund für diese Nichtbeachtung der Eigenart dieser Modalität ist aber die Verkennung der Tatsache, daß <<Leben>> eine echte wesenheit ist, nicht ein <<empirischer Gattungsbegriff>>, der nur die <<gemeinsamen Merkmale>> aller irdischen Organismen in eins faßte. Doch kann hier darauf nicht eingegangen werden”.

<sup>560</sup> Ibidem., p. 126.

<sup>561</sup> Ibidem., p. 127.

<sup>562</sup> SCHELER, Max. Ibidem., p. 127. Trecho original traduzido: “als Zustände gehören dazu alle Modi des Lebens-gefühls (z.B. das Gefühl des <<aufsteigenden>> und des <<niedergehenden>> Lebens, das Gesundheits- und Krankheitsgefühl, das Alters- und Todes-gefühl, Gefühle wie <<Matt>>, <<kraftvoll>> usw.); als gefühlsmäßige Antwortsreaktionen z.B. das Sichfreuen und – Betrübten (einer gewissen Art); als trieb-hafte Antwortsreaktionen <<Mut>> und <<Angst>>, Racheimpuls, Zorn usw. Der ungemene Reichtum dieser Wertqualitäten und ihrer Korrelate kann hier nicht einmal angedeutet werden”.

<sup>563</sup> Nota nossa: “A” significa Animal e “M” significa Meio.

O homem é o X que, em medida ilimitada, pode se comportar como “aberto ao mundo”. O “tornar-se homem” é a elevação à abertura ao mundo por causa do espírito.

O animal não tem “objetos”; ele vive de modo estático imerso no seu meio, que ele, quase como um caracol transporta sua casa como estrutura para onde quer que ele vá – sem ser capaz de transformar esse meio em um objeto. A peculiar posição do remoto, esse distanciamento do “meio” para o “mundo” (respectivamente para um símbolo do mundo), de que o homem é capaz, o animal não consegue executar, nem a transformação de seus centros de resistência afetivos e ligados aos instintos em “objetos”. Ser-objeto é, assim, a categoria mais formal do lado lógico do espírito. Eu gostaria de dizer que o animal depende muito da realidade de sua vida, correspondente aos seus estados orgânicos, para poder “objectivamente” conseguir apreendê-la. Embora o animal já não viva mais de modo absolutamente estático em seu meio (...) ele é como que restituído a si mesmo, por meio da separação entre o sensório e o motor e pela constante retroação de seus respectivos conteúdos sensuais: o animal possui um “esquema corporal”(Leibschema). Em face do meio, contudo, o animal continua a comportar-se de modo estático – mesmo lá onde se comporta de maneira “inteligente”. E sua inteligência permanece orgânico-impulsiva-praticamente vinculada. [...] O animal, de maneira distinta do que ocorre com a planta, tem, contudo, consciência, mas não autoconsciência, como já Leibniz tinha visto. Ele não se possui, ele não é senhor de si – e, por isto, também não tem consciência de si <sup>564</sup>. (tradução nossa)

No contexto do conceito defendido nesta sede, não seria inviável a posição de que animais são sujeitos não-humanos, dotados de um aparato perceptivo e intelectual inferior dirigido ao meio-ambiente em que vivem e atrelado às necessidades materiais decorrentes deste meio; bem como dotados de um princípio inteligente bastante rudimentar em alguns e um pouco mais desenvolvido em outros, igualmente ligado à satisfação das suas necessidades mais prementes. Como sujeitos não-humanos identificados como determinados animais são, nesta sede, qualificados como portadores de valores vitais, é natural que aos animais seja devido um determinado respeito. Tal postura de respeito concerne à vida como essência verdadeira e condição primeira para que se possa falar em ser vivo humano ou não-humano. Do mesmo modo, valores vitais não sobrepõem valores

---

<sup>564</sup> SCHELER, Max. Die Stellung des Menschen im Kosmos. Bern und München. 7.Auflage. Francke Verlag, 1966, p. 39 et seq. Trecho traduzido: Beim Tiere - ob hoch oder niedriger organisiert - geht jede Handlung, jede Reaktion, die es vollzieht, auch die «intelligente», aus von einer physiologischen Zuständlichkeit seines Nervensystems, der auf der psychischen Seite Instinkte, Triebimpulse und sinnliche Wahrnehmungen zugeordnet sind. Was für die Instinkte und Triebe nicht interessant ist, ist auch nicht gegeben, und was gegeben ist, ist dem Tier gegeben nur als Widerstandszentrum für sein Verlangen und sein Verabscheuen, dh für das Tier als biologisches Zentrum. Der Ausgang von der physiologisch-psychischen Zuständlichkeit ist also immer der erste Akt des Dramas eines tierischen Verhaltens zu seiner Umwelt. Die Umweltstruktur ist dabei der physiologischen und indirekt morphologischen Eigenart des Tieres, ist seiner Trieb- und Sinnesstruktur, die eine strenge funktionelle Einheit bilden, genau und vollständig «geschlossen» angemessen. Alles, was das Tier merken und fassen kann von seiner Umwelt, liegt in den sicheren Zäunen und Grenzen seiner Umweltstruktur. Der zweite Akt des Dramas des tierischen Verhaltens ist irgendeine Setzung realer Veränderung der Umwelt durch eine Reaktion des Tieres in Richtung auf sein leitendes Triebziel. Der dritte Akt ist die dadurch mitveränderte physiologisch psychische Zuständlichkeit. Der Verlaufeines solchen Verhaltens hat also stets die Form :

T. → U.  
←

[...] Der Mensch ist das X, das sich in unbegrenztem Maße «weltoffen» verhalten kann. Menschwerdung ist Erhebung zur Weltoffenheit kraft des Geistes. Das Tier hat keine «Gegenstände» : es lebt in seine Umwelt ekstatisch hinein, die es gleichsam wie eine Schnecke ihr Haus als Struktur überall hinträgt, wohin es geht - es vermag diese Umwelt nicht zum Gegenstand zu machen. Die eigenartige Fernstellung, diese Distanzierung der ‚Umwelt‘ zur ‚Welt‘ (resp. zu einem Symbol der Welt), deren der Mensch fähig ist, vermag das Tier nicht zu vollziehen, nicht die Umwandlung der affekt- und triebumgrenzten ‚Widerstands‘zentren zu ‚Gegenständen‘. Gegenstand-Sein ist also die formalste Kategorie der logischen Seite des Geistes. Ich möchte sagen, das Tier hängt zu wesentlich an und in der seinen organischen Zuständen entsprechenden Lebens Wirklichkeit drin, um sie je«gegenständlich» zu fassen. Wohl lebt das Tier nicht mehr absolut ekstatisch in seine Umwelt hinein (...); es ist sich selbst durch die Trennung von Sensorium und Motorium und durch die stete Rückmeldung seiner jeweiligen sensuellen Inhalte gleichsam zurückgegeben: es besitzt ein «Leibschema». Der Umwelt gegenüber aber verhält sich das Tier immer noch ekstatisch - auch da noch, wo es sich «intelligent» verhält. Und seine Intelligenz bleibt organisch-triebhaft-praktisch gebunden. [...] Das Tier hat Bewußtsein, im Unterschied von der Pflanze, aber es hat kein Selbstbewußtsein, wie schon Leibniz gesehen hat. Es besitzt sich nicht, ist seiner nicht mächtig - und deshalb auch seiner nicht bewußt.

da pessoa, pois estão aquém do elemento espiritual que caracteriza a pessoa ou o homem, de modo que a equiparação entre pessoa e animal, pretendida por alguns, soa inviável.

Naturalmente, a hierarquização de valores, segundo o juízo deste trabalho, representa campo fértil para a delimitação mais clara das relações entre homem e animal; do conjunto de condutas proibidas contra animais e, sobretudo, o porquê desta proibição, a fim de que não se venha a defender posturas um tanto incoerentes, como proibir a crueldade contra animais e, simultaneamente, não enxergar nenhuma inconveniência na criação em massa para abate desses mesmos animais. Não é objeto deste estudo, porém, o tratamento dessa questão de contornos sobremaneira difíceis. O que se pode defender, em se admitindo as considerações acima realizadas, é o reconhecimento de que determinados sujeitos não-humanos possuem alguns bens jurídicos, restritos e dimensionados na categoria dos valores vitais: o sujeito não-humano teria, assim, a possibilidade de estabelecer relações (compatíveis com sua estrutura perceptivo-compreensiva do mundo) com objetos que lhe são imprescindíveis sob uma perspectiva vital<sup>565</sup>. Assim, não há nada de errado em o ser humano se servir de um cavalo para transporte ou de uma vaca para a extração de leite e seus derivados. Tampouco haveria algo de ilícito em abater esses animais em situações de necessidade da preservação da vida humana, como a destruição de animais que representam, em uma situação concreta, risco à integridade física ou à vida de humanos. Seria, contudo, de todo errado, praticar crueldades contra animais ou matá-los fora das situações de necessidade. Se tais condutas constituem um objeto legítimo de criminalização ou não, é uma outra questão, a qual não será debatida nesta sede. Logo, de modo ainda incipiente, poder-se-ia dizer: a) o ser humano pode fazer a determinados animais apenas o que estiver de acordo com as suas necessidades concretas para se manter vivo. Qualquer outra regra, não baseada na necessidade e no maior posto do valor da pessoa em uma hierarquia, permitiria um tratamento meramente utilitário no que diz respeito aos animais.

O que parece intuitivamente correto, embora tal posição dependa de uma melhor sistematização, é que a função vital de determinados animais, nos quais um certo princípio inteligente de caráter mais individuado já se mostra presente, deve ser respeitada por si só e não simplesmente por razões predominantemente antropocêntricas. Da mesma forma as relações entre humanos e animais, ou, noutras palavras, “o que seres humanos podem ou não fazer com animais” parecem estar ligadas a imperativos de necessidade da preservação da vida humana. O conceito de necessidade humana, contudo, merece ter seus contornos delineados de forma bastante rigorosa a

---

<sup>565</sup> Neste ponto, quer-se apenas salientar que a construção de bem jurídico aqui ofertada não seria de todo incompatível com o reconhecimento de que certos animais podem ser portadores de bens jurídicos compatíveis com a sua estrutura e posição. Neste ponto, no crime de maus-tratos a animais, o bem jurídico seria a possibilidade de o animal estabelecer uma relação com sua integridade física.

fim de se evitarem falsificações deste princípio. Esta tarefa excede, contudo, os objetivos aqui traçados. Não se ignora, porém, as imensas dificuldades e condicionamentos de natureza cultural que estão envolvidas nesta questão, a qual exige, tal como outras, crescente maturação no seio social.

#### 4.1.3.7 As vantagens do conceito defendido

A definição do bem jurídico como “o conjunto de possibilidades que, pertencentes ao(s) sujeito(s) enquanto potência, são actualizáveis no mundo sob a forma de uma relação reconhecida juridicamente entre aquele(s) e um objeto que lhe(s) é de valor” traz vantagens significativas.

Em primeiro lugar, supera a tendência à “coisificação” que a doutrina, em geral, empresta ao conceito de bem jurídico. Por “coisificação” entende-se a tendência a valorizar objetos ou bens, materiais ou imateriais, em detrimento do sujeito que é a razão de ser do próprio direito. Recupera-se, destarte, a prioridade jurídica do sujeito.

Em segundo lugar, o conceito torna-se mais dinâmico e completo, pois visto sob a perspectiva da unidade relacional entre sujeito e mundo. Além disto, permite a visualização do “Eu” e do “Outro” como pessoas de igual valor, o que será aprofundado adiante. O aspecto relacional permite a construção conceitual por meio da alteridade.

Em terceiro lugar, o conceito distingue-se de modo claro dos conceitos de bem jurídico como objeto e direito subjetivo. O conceito aqui exposto não se confunde com o conceito normalmente proposto de bem jurídico, uma vez que não trata de um interesse, de dados ou objetos da realidade, de objetos imateriais, de estados ou situações de valor para o sujeito. Ao revés, reputa como bem jurídico a possibilidade que, pertencente ao sujeito em potência, é actualizável no mundo sob a forma esquemática de uma relação entre aquele sujeito e um ente ou objeto que lhe é de valor. Também não se confunde com a noção de direito subjetivo. Direito subjetivo é a faculdade de fazer algo, concedida ou permitida pelas leis<sup>566</sup>. O conceito exposto e defendido nesta sede é um conceito pré-jurídico, o que o põe, em certa medida, a salvo da valoração contingencial do legislador, entretanto, é um conceito cujo conteúdo é passível de recondução àquilo disposto no ordenamento jurídico na condição de direitos.

Em quarto lugar, o conceito aqui proposto redimensiona o valor do objeto que não mais se confunde com a noção de bem jurídico, mas que lhe é um elemento instrumental.

---

<sup>566</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Op.cit.*, p. 339.

Em quinto lugar, a possibilidade de actualização de uma relação por parte do sujeito é algo vulnerável em diferentes graus. Isto significa que decorre, naturalmente, do conceito a impossibilidade de se admitirem bens jurídicos insuscetíveis de actualização ou materialização no mundo da vida.

Por fim, o conceito é deduzido das premissas jusfilosóficas e políticas que se apresentaram, de modo a compatibilizar o que se entende por conteúdo do objeto do delito, aquilo que é de valor e é afetado pelo crime, sob a forma de uma privação, como exercício da liberdade por meio da autonomia, que lhe é necessariamente anterior.

#### **4.2 O caminho promissor: a absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana.**

Se, ao longo deste trabalho, chegou-se a conclusão, por diversos argumentos já expostos, que a teoria do bem jurídico é inidônea como critério de orientação e limitação do legislador penal, a exemplo da teoria de lesão a direitos subjetivos e das propostas constitucionais limitadoras através do princípio da proporcionalidade, insta, agora, refletir a respeito de um caminho mais promissor.

Este caminho, conforme se asseverou alhures, parece ser o da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana. É, ademais, um caminho que deriva das premissas estabelecidas neste capítulo e que se harmoniza, portanto, com o sistema de pensamento até aqui proposto. Mas o que se quer entender, afinal, por absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana?

Neste ponto, o presente estudo é menos conclusivo do que propositivo-reflexivo. Isto é, a delimitação dos contornos e do conteúdo deste ponto de partida para impor um freio seguro ao poder punitivo e orientar o legislador é uma tarefa extremamente difícil e que exigiria esforços que superam as forças deste trabalho. O estudo não se furtará, contudo, a emitir algumas ponderações incipientes e, se assim aprouver a outros estudiosos, que continuem ou aperfeiçoem o que aqui começamos a delinear.

Conforme já adiantado, o presente estudo, neste particular, volta-se para a insuspeita filosofia de Max Scheler e sua concepção de valor da pessoa humana. Alerta-se, contudo, que este olhar para a filosofia de Scheler não significa uma aceitação total de todas as suas postulações, mas da ideia essencial do valor da pessoa humana como valor sempre positivo.

A noção de pessoa é bastante controvertida em filosofia. Para os fins aqui propostos, embasados em Scheler, a pessoa representa, contudo, uma unidade essencial e concreta,

indissociada da ação no mundo. Nada melhor que as próprias palavras de Scheler neste sentido para conceituar pessoa<sup>567</sup>:

Pois pessoa é justamente aquela unidade que existe para atos de todas as possíveis diversidades na essência – contanto que esses atos sejam pensados como completos. Pertence mesmo ainda mais à essência das diferenças de atos estar em uma pessoa e apenas em uma pessoa. Neste sentido devemos agora expressar a definição essencial: Pessoa é a unidade concreta, e mesmo essencial, de atos de diferentes essências, que em si precede todas as diferenças essenciais de atos (especialmente também a diferença externa e a percepção interior, querer externo e interno, sentimentos e amores, ódios externos e internos e assim por diante). O ser da pessoa fundamenta todos os atos essencialmente diferentes<sup>568</sup>.

Para elidir qualquer dúvida acerca de uma eventual intangibilidade ou vagueza do conceito, Scheler trata de esclarecer que:

A pessoa não é um ponto de partida vazio de atos, mas ela é o ser concreto sem o qual todo discurso sobre atos jamais encontra uma essência completa adequada de qualquer ato, mas sempre apenas uma entidade abstrata; só através de sua pertencibilidade à essência desta ou daquela pessoa individual concretizam-se os atos, passam de entidades abstratas para concretas<sup>569</sup>.

No capítulo em que trata da pessoa moral, Scheler é ainda mais claro ao expressar que a pessoa não tem que ver com entidades abstratas:

Pessoa só é dada lá e apenas lá onde existe um poder-fazer como fato simplesmente fenomenal, um poder-fazer por meio do corpo (para si e para outros) e, precisamente, um poder-fazer que não está fundado na memória apenas através de movimentos de sensações induzidas dos órgãos e vivências da atividade, mas precede todo o agir fático<sup>570</sup>.

Para Scheler, “o fenômeno da personalidade” reside, sobretudo, em pessoas que são senhoras de seu corpo de forma imediata; que têm domínio imediato sobre seu “sentir, conhecer e viver”, de modo que um escravo não poderia ser considerado pessoa neste sentido, uma vez que não possui aquele poder-fazer imediato a respeito de si próprio. Ao revés, ele próprio é “uma

<sup>567</sup> Max Scheler distingue a pessoa do espírito. Assim, segundo Scheler, “ao centro de ato que aparece no espírito dentro da esfera finita do ser nos referimos como pessoa, em profundo contraste com todos os centros funcionais da vida que, considerados do ponto de vista interno, também são chamados de centros psíquicos”. O espírito abarca, portanto, o conceito de razão e, sobretudo, “um determinado tipo de Intuição (Anschauung), que abrange os fenômenos primários e os conteúdos eidéticos, bem como uma determinada classe de atos volitivos e emocionais como o bem, o amor, o arrependimento, veneração, admiração espiritual, felicidade e desespero, que inclui livre decisão”. SCHELER, Max. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. 7. Auflage. Bern und München: Francke Verlag, 1966, p. 38.

<sup>568</sup> SCHELER, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*...p. 394. Trecho original traduzido: “Denn Person ist eben gerade diejenige Einheit, die für Akte aller möglichen Verschiedenheiten im Wesen besteht – sofern diese Akte als vollzogen gedacht werden. [...] Es gehört selbst noch zum Wesen von Aktverschiedenheiten, in einer Person und nur in einer Person zu sein. In diesem Sinne dürfen wir nun die Wesensdefinition aussprechen: Person ist die konkrete, selbst wesenhafte Seinseinheit von Akten verschiedenartigen Wesens, die an sich [...] allen wesenhaften Aktdifferenzen (insbesondere auch der Differenz äußerer und innerer Wahrnehmung, äußerem und innerem Wollen, äußerem und innerem Fühlen und Lieben, Hassen usw.) vorhergeht. Das Sein der Person <<fundiert>> alle wesenhaft verschiedenen Akte”

<sup>569</sup> *Ibidem.*, pp. 394-395. Trecho original traduzido: “Die Person ist nicht ein leerer <<Ausgangspunkt>> von Akten, sondern sie ist das konkrete Sein, ohne das alle Rede von Akten niemals ein volles adäquates Wesen irgendeines Aktes trifft, sondern immer nur eine abstrakte Wesenheit; erst durch ihre Zugehörigkeit zu dem Wesen dieser oder jener individuellen Person konkretisieren sich die Akte von abstrakten zu konkreten Wesenheiten”.

<sup>570</sup> *Ibidem.*, p. 485. “Person ist also da und nur da gegeben, wo ein Tunkönnen als einfach phänomenaler Tatbestand, ein Tunkönnen <<durch>> den Leib hindurch vorliegt (bei sich selbst und anderen), und zwar ein Tunkönnen, das nicht in der Erinnerung der erst durch stattgehabte Bewegungen veranlaßten Empfindungen der Organe und Tätigkeitserlebnisse fundiert ist, sondern allem faktischen Tun vorangeht”.

propriedade”<sup>571</sup>.

À guisa de esclarecimento, diz-se, destarte, que “apenas onde o corpo é dado como coisa, que é algo próprio, que atua nessa coisa e sabe-se como imediatamente impactado, este algo é, justamente, uma pessoa”<sup>572</sup>.

Neste ponto, fácil deduzir que a pessoa jamais pode ser considerada um objeto. Não só em função da necessidade de se ter o poder-fazer acerca do próprio corpo, mas porque se a pessoa é, em essência, um ato que se concretiza no mundo, “um ato jamais é um objeto”. “Se um ato jamais é objeto, então, com mais razão, a pessoa vivente na execução de seu ato jamais é objeto”<sup>573</sup>.

A pessoa, portanto, “não deve ser pensada como uma coisa ou uma substância que teria um poder ou força”, mas sim como uma “unidade diretamente testemunhada da experiência”<sup>574</sup>. A pessoa também não se confunde com o “Eu”. A pessoa é um “nome absoluto”, enquanto que o “Eu” “é uma referência a um “tu”, por um lado, e a um mundo externo, por outro”. “Uma pessoa pode ir passear”, mas “isso o “Eu” não pode”. Disto resulta, portanto, que “pertence à essência da pessoa que ela exista e viva apenas na execução de atos intencionais”. “Ela não é, portanto, essencialmente, nenhum objeto. Por outro lado, faz de qualquer atitude objetivável (seja ela perceber, imaginar, pensar, lembrar, esperar) imediatamente transcendente o ser da pessoa”<sup>575</sup>.

A pessoa não pode, portanto, ser depositária de valores típicos de atos. O ato praticado pela pessoa, este sim, pode ser hierarquizado ou reputado bom ou mau, de valor positivo ou negativo. A pessoa, porém, é algo bom em si. Para esclarecer este aspecto fundamental, elucidativas são as palavras de Volkmer, as quais aqui são reproduzidas com satisfação:

Por outro lado, o portador do ato moral, isto é, quem livremente realiza este ato, é a pessoa. Aqui ainda há uma fundamental distinção entre o valor da pessoa e o valor de seu ato. O ato puro, o ato moral da pessoa, pode ter valor moral bom ou mau, conforme realize valores positivos (frente aos desvalores ou o correlato negativo do valor num mesmo grau hierárquico das modalidades de valor), ou valores superiores (entre modalidades em níveis hierárquicos distintivos), ou um valor absoluto para o conhecimento da pessoa, o sagrado para a pessoa, acima do qual nada há de valor maior. A pessoa, porém, tem sempre um valor positivo absoluto: a pessoa é sempre boa. O ato da pessoa pode ser bom ou mau, mas a pessoa é sempre boa. Somente por uma analogia materializante da linguagem, dizemos que uma pessoa é má, ainda assim em sentido relativo. Mas nunca o pode ser em modo absoluto. Ainda que seja realizadora dos piores atos, realizadora do absolutamente mau para o seu conhecimento, mesmo que tenha passado a vida realizando somente o valor absolutamente mau para o seu conhecimento, ainda assim é um ser livre de qualquer posição de necessidade espiritual e moral, pois continua sendo capaz de realizar algum ato bom, mesmo que nunca o venha a realizar. Além disto, o amor dirige-se sempre ao bem e ao valor do bom, e sempre encontra o que procura, o valor bom que há em todo ser, que não é ontologicamente o ser, mas repousa sobre o ser; sempre poderá haver quem ame, e quem ama poderá encontrar sempre o valor do bom, pois o amor dirige-se ao valor bom e ao bem, portador deste valor. Isto é evidente somente para quem ama. Uma mãe pode

<sup>571</sup> Ibidem., p. 485.

<sup>572</sup> Ibidem., p. 485. Trecho original traduzido: “Und nur wo der Leib als Sache gegeben ist, die einem Etwas <<eigen>> ist, das sich in dieser Sache auswirkt und sich unmittelbar als auswirkend weiß, ist eben dieses <<Etwas>> eine Person”.

<sup>573</sup> Ibidem., p. 397. Trecho original Traduzido: “Ist aber schon ein Akt niemals Gegenstand, so ist erst recht niemals Gegenstand die in ihrem Aktvollzug lebende Person”

<sup>574</sup> Ibidem., p. 382.

<sup>575</sup> Ibidem., p. 401. Trecho original traduzido: “...zum Wesen der Person gehört, daß sie nur existiert und lebt im Vollzug intentionaler Akte. Sie ist also wesenhaft kein <<Gegenstand>>. Umgekehrt macht jede gegenständliche Einstellung (sei sie Wahrnehmen, Vorstellen, Denken, Erinnern, Erwarten) das Sein der Person sofort transzendent”.

ter como filho o pior dos bandidos, mas dificilmente o considerará como mau absoluto. O amor é livre para amar e sempre encontra o bom que procura no bem que é seu objeto. O amor, de certo modo, cria valor onde ainda não há. A bondade absoluta da pessoa está em que somente ela é sempre capaz de atos realizadores de valores; o valor positivo somente se realiza no mundo intencionalmente através da pessoa moral. E mesmo que uma mãe abandone seu filho, ainda assim, enquanto houver uma pessoa capaz de amar, seja uma pessoa humana, como unidade de espírito e vida, seja uma pessoa absoluta como espírito absoluto fundamento de toda vida, sempre haverá quem o ame, e nisto a pessoa encontrará seu valor<sup>576</sup>.

Apesar de Scheler reconhecer uma noção de pessoa coletiva, o filósofo tedesco é claro ao dizer que “na pessoa em si, pessoa individual e coletiva se divorciam”<sup>577</sup> e que segundo a orientação adotada em sua obra “cada pessoa é com a mesma primordialidade pessoa particular e (essencialmente) membro de uma pessoa geral, sendo seu valor próprio particular independente de seu valor enquanto membro”<sup>578</sup>, ao contrário da posição aristotélica. Tal proposição põe a noção de pessoa a salvo de uma ideologia coletivista e que anula a relevância individual dos cidadãos, funcionalizando-os em prol do sistema social.

É fundamental, contudo, salientar que a noção de pessoa aqui defendida não guarda relação com psicologismos. Consoante a lição de Scheler, a “pessoa é dada, em qualquer caso, como executora de atos intencionais que são vinculados por uma unidade de sentido. O ser psíquico não tem, assim, nada que ver com o ser da pessoa”<sup>579</sup>.

A pessoa tem um valor intrínseco; ela é um bem em si mesmo (*An-sich-Guten*). Não um bem para si mesmo, mas um bem em si mesmo. Este valor é, assim, independente do conhecimento da pessoa<sup>580</sup>.

Mais fundamental que o valor em si da pessoa é compreender que o amor como conduta moral encerra o mais alto nível e valor. E se por meio “da essência ideal do valor de uma pessoa chega-se à completa compreensão desta pessoa, fundada no amor, então vale o mesmo para a revelação de qualquer essência por meio de si mesma, assim como por meio do outro”<sup>581</sup>.

Neste ponto, recorre o estudo, mais uma vez, às palavras de Scheler:

Há tipos de valores que estão em conexão essencial com o portador (depositário) “Pessoa” e que apenas podem conectar-se a uma pessoa; tais são os valotes da virtude. Mas há também, além destes, os valores da pessoa como pessoa em si, ou seja, como portadora intrínseca desses valores da virtude. O amor para o valor da pessoa, isto é, para a pessoa como realidade mediada no valor da pessoa, é o amor moral em sentido estrito. Eu já expliquei em outro lugar o conceito de pessoa. Aqui apenas quero chamar a atenção para o fato de que o amor moralmente valoroso é aquele que não toma a pessoa amada por causa dessas ou daquelas qualidades que tem e por causa das atividades que exerce; por causa desse ou daquele “talento”; porque é bela ou possui virtudes, mas aquele amor que incorpora essas qualidades, atividades, talentos em seu objeto porque eles pertencem a essa pessoa individuada. Ela é, portanto, o único amor que é absoluto, uma vez que ela (a pessoa) não é dependente da mudança possível dessas propriedades, atividades. [...] Em que medida a pessoa se nos

<sup>576</sup> VOLKMER, Sérgio Augusto Jardim. O perceber do valor na ética material de Max Scheler...p. 112.

<sup>577</sup> SCHELER, Max. Der Formalismus...p. 526.

<sup>578</sup> Ibidem., p. 528.

<sup>579</sup> Ibidem., p. 484. Trecho original traduzido: “Person ist jedenfalls als Vollzieher intentionaler Akte gegeben, die durch die Einheit eines Sinnes verbunden sind. Psychisches Sein hat also mit Personsein nichts zu tun”.

<sup>580</sup> Ibidem., p. 495.

<sup>581</sup> Ibidem., p. 496.

dá no amor? Em primeiro lugar, deixemos algo claro: o amor é o comportamento mais pessoal, e não obstante um comportamento inteiramente objetivo, no sentido de que somos objetivos na medida em que nele nós nos libertamos de toda parcialidade de nossos próprios interesses, desejos, ideias (de um modo sobrenormal), então, o que está em uma pessoa humana jamais pode nos ser dado como objeto. Nem no amor, nem em outros atos genuínos, e nem mesmo em atos de cognição as pessoas podem ser objetificadas. Pessoa é a unidade substancial desconhecida, e jamais preterdeterminada no conhecimento, de todos atos que um ser realiza, e que é viveciada individualmente; portanto, não é objeto, nem tampouco uma coisa<sup>582</sup> (tradução nossa).

É, contudo, necessário esclarecer o que se entende por amor nesta sede e, para isto, o estudo se vale mais uma vez das preciosas lições de Scheler. Neste sentido, o amor aparece acima de tudo como um ato; como um movimento intencional referido à realização de valores superiores e, no que é pertinente a este estudo, ao valor da pessoa humana. O amor não se confunde com a compaixão (*Mitgefühl*) ou simpatia. Nada melhor do que rememorar as palavras de Scheler:

Como se comportam um em relação ao outro, faticamente, amor, compaixão e ódio? Em primeiro lugar o amor está referido a um *valor*; e já por isto não é, em nenhum caso, compaixão. [...] Em segundo lugar, o amor não é sentimento (ou seja, uma função), mas um *ato* e um *movimento*<sup>3</sup>. Todo sentimento é um registro, tanto o sentimento de valores como de estados (por exemplo, o sofrimento, a tolerância, a paciência); A isto nós nos referimos como função. Amor, contudo, é um movimento da mente e um ato espiritual. [...] O conceito aqui empregado de ato não está ligado ao “Eu”, mas à pessoa, jamais suscetível de objetificação. [...] Sobretudo, o amor é um ato *espontâneo* e também é isto no amor correspondido, quaisquer que sejam as bases para este [...]. Ao contrário, toda compaixão é um comportamento reativo. Pode-se, por exemplo, ter compaixão apenas com seres sencientes; o amor, porém, é totalmente independente dessa restrição.[...] No entanto, aqui estão as conexões de essência de sua própria espécie. O mais importante é que toda a compaixão (simpatia) é fundada, no todo, em um “amar” e cessa sem todo amor<sup>583</sup>. (tradução nossa)

Pode-se dizer, à luz de tais ponderações, que respeitar o outro; reconhecer no outro o valor de pessoa, não suscetível a objetificações, é praticar um ato de amor. Pois o amor, enquanto ato e movimento intencional, refere-se a valores e refere-se à concretização dos valores mais superiores de acordo com a abrangência de cada depositário de valor.. Se o valor da pessoa ocupa a posição

<sup>582</sup> SCHELER, Max. *Wesen und Formen der Sympathie*. Die deutsche philosophie der Gegenwart. Dritte Auflage. Bern un München: Francke Verlag,1973, pp. 167-168. Es gibt Wertarten, die in Wesenszusammenhang zum Träger "Person" stehen und die nur einer Person zukommen können; solche sind z.B. Tugendwerte. Es gibt aber auch außerdem noch den Wert der Person als Person selbst, d.h. als wesenhaften Trägers dieser Tugendwerte. Die Liebe zum Personwert, d.h. zur Person als Wirklichkeit durch den Personwert hindurch, ist die sittliche Liebe im prägnanten Sinne. Ich habe an anderer Stelle den Begriff Person genau auseinandergesetzt. Nur darauf will ich hier aufmerksam machen, daß die sittlich wertvolle Liebe jene ist, die nicht die Person liebend ins Auge fasst, weil sie diese und jene Eigenschaften hat und Tätigkeiten ausübt, diese und jene Begabung hat, schön ist, Tugenden hat, sondern jene Liebe, die jene Eigenschaften, Tätigkeiten, Begabungen mit in ihren Gegenstand einbezieht, weil sie dieser individuellen Person zugehört. Sie allein ist darum auch absolute Liebe, da sie nicht abhängig ist vom möglichen Wechsel dieser Eigenschaften, Tätigkeiten. [...]

Wie ist uns weiter die Person in der Liebe gegeben? Machen wir uns zunächst das klar:Obgleich Liebe als persönlichstes Verhalten dennoch ein durchaus objektives Verhalten ist, insofern und in dem Sinne objektiv, als wir in ihr aus aller Befangenheit in unsere eigenen Interessen, Wünsche, Ideen heraustreten (in übernormaler Weise), so kann uns das, was an einem Menschen Person ist, *doch niemals als <<Gegenstand>>* gegeben sein. Weder in der Liebe noch in anderen echten <<Akten>>, und seien es auch <<Erkenntnisakte>> ist es möglich, Personen zu vergegenständlichen. Person ist die unerkannte und im Wissen nie gebbare individuell erlebte Einheitssubstanz aller Akte, die ein Wesen vollzieht; also kein Gegenstand, geschweige gar ein Ding”.

<sup>583</sup> SCHELER, Max. *Wesen und Formen...*p. 146 et seq. Trecho traduzido: “ “Wie stehen nun faktisch Mitgefühl und Liebe und Haß zueinander? Erstens ist Liebe in sich bezogen auf einem *Wert* ; und schon darum ist sie jedenfalls kein Mitfühlen. [...] Zweitens ist Liebe kein „Fühlen” (d.h. eine Funktion), sondern ein *Akt* und eine *Bewegung*<sup>3</sup>. Alles Fühlen ist ein Aufnehmen , sowohl Fühlen von Werten als von Zuständen (z.B. <<Leiden>>, <<Ertragen>>, <<Dulden>>); dies bezeichnen wir als <<Funktion>>. Liebe aber ist eine Bewegung des Gemüts und ein geistiger Akt. [...] Der hier verwandte Begriff des <<Aktes>> ist ja nicht an das <<Ich>>, sondern an die niemals gegenständsfähige Person gebunden. [...] Vor allem aber ist die Liebe ein *spontaner* Akt , und ist das auch noch in der <<Gegenliebe>>, wie immer diese fundiert sein mag. Dagegen ist alles Mitgefühl ein *reaktives* Verhalten. Man kann z.B. Mitgefühl nur mit *fühlenden* Wesen haben; Liebe aber ist von dieser Beschränkung ganz unabhängig”.

mais elevada dessa escala, todo o ato de respeito à pessoa é, também, um ato de amor.

Conforme a explicação aguda de Scheler:

Amor é, sim, o *movimento intencional*, pelo qual a partir de um dado valor A de um objeto, se realiza a aparição de seu valor mais elevado. E justamente esse aparecer do valor mais elevado está em conexão essencial com o amor. [...] Amor é o movimento em todo objeto concreto individual, que porta valores, em direção aos valores mais altos possíveis para ele e segundo sua determinação ideal [...] Amor, dissemos nós, é o movimento na direção de um valor mais baixo para um valor mais alto [...] Amor é essencialmente e nada diferente do que uma oportunidade para a criação de valores mais elevados por meio da educação e assim por diante... [...] Enquanto o amor é um movimento que flui do valor mais baixo para um valor mais alto, no qual o respectivo valor mais alto de um objeto ou de uma pessoa apenas repentinamente nos é dado, o ódio, por sua vez, é um movimento oposto. [...] <sup>584</sup>(tradução nossa)

A concepção do amor não como sentimento, mas na qualidade de um ato; de um movimento intencional, espontâneo e dirigido à consecução de valores mais elevados se compatibiliza perfeitamente com a noção de pessoa e, ao mesmo tempo, evita objeções baseadas em psicologismos ou sentimentalismos vagos.

Se, como visto, a pessoa é uma unidade concreta, individuada e fonte de atos intencionais, o amor passa a ser visto não como sentimento, mas como a direção a carga intencional dinâmica que anima os atos oriundos da pessoa e, em última análise, da consciência intencional, constitutiva (doadora de sentidos).

O amor, enquanto movimento, direção e ato pode se referir, assim, a valores que tenham por portadores ou depositários tanto objetos como pessoas. Assim, o artista que depara com um amontoado de barro e, por meio de sua atividade modeladora espontaneamente transforma aquele objeto em um belo vaso ou escultura, está, na verdade, actualizando os valores daquele objeto; criando um valor superior, o valor do belo. Está, assim, praticando um ato de amor.

Da mesma forma, a pessoa que auxilia, materialmente ou não, uma outra que está necessitada de algum auxílio, de modo espontâneo, realiza um ato de amor. Cria o valor da caridade por meio de seu ato. Se o auxílio não é espontâneo, mas voluntário, o ato é um ato de solidariedade ou compaixão, que apesar de não se confundir com um ato de amor, está fundado no amor, pois se trata também de um ato que cria valores superiores, tanto para aquele que pratica como para aquele que é destinatário deste ato.

Ademais, amor e ódio não podem ser apreendidos pela razão, uma vez que tanto em como no outro “repousa uma evidência própria, que não é de se medir pela evidência da razão”<sup>585</sup>. O ato de amor é percebido, tal qual se dá com os valores, por meio da intuição emocional, de modo que a

<sup>584</sup> Ibidem., pp. 156, 164, 159, 155.

<sup>585</sup> Ibidem., p. 152.

razão pode e deve, dentro de suas limitações<sup>586</sup>, racionalizá-lo, descrevê-lo.

Se, por um lado, o amor está presente, enquanto movimento intencional e dirigido à consecução de valores superiores, em todo ato de respeito à pessoa humana e seu valor absoluto, a negação do valor da pessoa humana evidencia a presença do egoísmo<sup>587</sup>. Como assinala Scheler, o

*egoísmo não é auto-amor*<sup>2</sup>. Pois no egoísmo não é dado a mim meu eu individual como objeto do amor, desapegado de todas as relações sociais e apenas tomado como portador de todos tipos de valores mais altos, que encontram sua expressão, por exemplo, no conceito de salvação, mas eu estou dado na busca como apenas um entre outros que, então, simplesmente não toma em consideração os valores dos outros. Justamente o egoísmo exige, assim, o olhar para os outros e também um olhar para os valores desses outros e seus bens, e consiste, pois, já na desconsideração das exigências desses valores (que já é um ato positivo e não a ausência dele). Egoísmo não é um comportamento do tipo “como se alguém estivesse sozinho no mundo”; ao contrário, ele pressupõe a realidade do indivíduo enquanto membro da sociedade. Justamente o egoísta está tão completamente tomado pelo seu “eu social” que o seu “eu íntimo” individual lhe é totalmente desconhecido! E ele também não possui esse eu social como objeto de um ato de amor, mas é apenas tomado disto, isto é, vive nele. Ele também não alcançou seus valores como valores (só acidentalmente se encontram), mas alcança todos os valores, também todos valores de coisas e todos valores dos outros, apenas (contanto que) se eles sejam *seus* ou tornem-se seus ou possam vir a ser seus; que possam ter uma relação para com *ele*! Isto tudo é justamente o oposto de auto-amor!<sup>588</sup> (tradução nossa)

Segundo defende este estudo, Scheler está tentando nos mostrar que egoísmo não se confunde com auto-amor (o amar a si mesmo); que, em verdade, o egoísmo exige um coexistir; exige a presença do outro. O ato egoísta é aquele que se ocupa inteiramente do “Eu” social do sujeito que o pratica. Todos os demais valores, sejam eles de objetos ou de pessoas, só adquirem

<sup>586</sup> A estrutura cognoscitiva humana é, de fato, limitada. E neste sentido não nos reportamos apenas ao aparato racional, mas também ao intuitivo. Como assinala Ferreira dos Santos, a quem aderimos neste particular, há uma lei dos limites para o homem enquanto ser finito: “Nos seres finitos, o desenvolvimento gradual de uma intensidade, apesar do índice de sua constância, deve alcançar a um limite dentro de uma ordem, além do qual, especificamente como tal, não pode ultrapassar. Temos, como exemplos, a gradual ascensão da temperatura, que encontra os seus limites; a velocidade da luz, o crescimento dos seres, etc[...]. Um ser finito é extensista e intensistamente finito. Admitir uma intensidade física infinita em acto é tão absurdo como admitir-se uma extensidade infinita em acto, pois a intensidade não se separa fisicamente da extensidade... enquanto permanecemos nos seres finitos.[...] Para algo tornar-se em algo é mister estar em acto, pois se ainda não está, é apenas possível, é nada relativamente, e como tal não poderia sofrer uma acção, pois esta exige um *quod* capaz de sofrê-la. ... O ser finito perdura proporcionadamente à sua natureza, isto é, finitamente. Para que se dê o devir, é necessário que haja grau de perduração, pois um devir absoluto seria a negação do próprio devir; ser-lhe-ia contraditório, consequentemente”. SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia Concreta*, tomo 1...p. 243 et seq.

<sup>587</sup> Muito embora das ponderações aqui expostas reste claro que não é todo ato egoísta que pode ser criminalizado, nada custa ratificar este esclarecimento: todo crime (e aqui não se toma a palavra crime como sinônimo de condutas criminalizadas, mas como uma negação do outro resultante de um conflito real, à luz da lesividade) encerra um ato egoísta, mas o ato, por ser egoísta, não é automaticamente um crime. Todos os seres humanos praticam atos de egoísmo. Há, inclusive, quem defenda que a natureza humana é egoísta, questão que não se pretende comentar neste trabalho. De todo o modo, a criminalização de todo ato egoísta seria não apenas uma ignorância como tornaria as relações humanas inviáveis. O crime é, assim, para nós, ontologicamente, um ato egoísta de sérias repercussões, isto é, que desconsidera os valores mais significativos do outro; que encerra uma lesividade ao outro. A concepção do egoísmo nos termos aqui propostos também explica porque certas condutas que não ultrapassam o âmbito do próprio autor e estão ligadas diretamente à desconsideração dos seus valores não podem ser tratados como crimes.

<sup>588</sup> *Ibidem.*, pp. 154-155. Trecho traduzido: <<Egoismus>> ist nicht <<Selbstliebe?>>. Denn im <<Egoismus>> ist mir nicht mein individuelles Selbst als Gegenstand der Liebe gegeben, herausgelöst aus allen sozialen Beziehungen und nur als Träger jener höchsten Wertarten gefaßt, die z.B. im Begriffe des <<Heiles>> ihren Ausdruck finden, sondern ich bin mir im Streben gegeben als nur <<einer unter anderen>>, der dann nur die Werte anderer einfach <<nicht berücksichtigt>>. Gerade der Egoismus bedarf also des *Hinsehens auf den anderen* und auch eines Hinsehens auf seine Werte und Güter und besteht eben dann in der <<Nichtberücksichtigung>> der Forderungen dieser Werte (die bereits ein *positiver* Akt ist und nicht etwa das Fehlen eines solchen). <<Egoismus>> ist nicht ein Verhalten <<als wäre man allein auf der Welt>>; im Gegenteil, er setzt die Gegebenheit des einzelnen als Glied der Gesellschaft voraus. Gerade der Egoist ist ganz von seinem <<sozialen Ich>> eingenommen, das ihm sein individuelles intimes Selbst verdeckt! Und er hat auch dieses soziale Ich nicht zum Gegenstand eines Liebesaktes, sondern ist nur <<eingenommen>> davon, d.h. *lebt* in ihm. Er ist auch nicht auf seine Werte gerichtet als Werte (sie nur eben an sich zufällig vorfindend), sondern auf *alle* Werte, auch alle Werte der Dinge und alle Werte anderer nur, *sofern* sie *seine* sind oder werden und sein können, auf *ihn* Beziehung haben! Das alles ist das genaue *Gegenteil* der Selbstliebe!”

importância ou significado para o sujeito que pratica o ato egoísta se forem de interesse deste sujeito. Isto é, se forem valores desde a perspectiva do “Eu” social deste sujeito. O egoísta *não reconhece*, portanto, o valor intrínseco do outro, da *pessoa* do outro. Reconhece tão só na medida em que neste outro haja algo de valor *para* o egoísta.

Da premissa elencada no início deste capítulo, isto é, a premissa do estado inescapável de coexistência a que os sujeitos estão submetidos, vê-se claramente que as zonas de fratura ou conflito decorrentes do exercício não ponderado da autonomia resultam de um maior ou menor grau de egoísmo. Do homicida até o motorista que, consciente de não estar na regularidade de seus reflexos, causa um acidente com lesões a pessoas (cuja responsabilidade lhe possa ser atribuída), resta claro um determinado grau de egoísmo, ou seja: a desconsideração de valores de que outros são portadores e, sobretudo, do valor das pessoas que com ele coexistem de forma obrigatória.

Conforme defende este estudo, a dimensão mais essencial do que se entende por “dignidade humana” não reside, destarte, na capacidade racional da pessoa de determinar seus próprios atos. Reside, sim, na capacidade que toda a pessoa possui de manifestar atos de amor e de ser destinatário de atos de amor, principalmente. Ao vislumbrar a absolutidade do valor da pessoa humana por meio da experiência do amor, compreende-se por que as qualidades ou defeitos, as habilidades ou insuficiências de uma pessoa não são, em certo modo (e este modo é fundamental), importantes para se afirmar o valor absoluto da pessoa.

Da semente filosófica plantada por Scheler, este estudo chega, assim, à conclusão de que o ato que encerra amor é o ato de valor mais positivo possível no universo da coexistência inescapável a que os sujeitos estão submetidos.

A partir da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana e do movimento intencional de todo ato que realiza em maior ou menor grau este valor (o amor), uma série de desdobramentos se torna possível:

1. Se a Pessoa consiste em uma unidade essencial e concreta de execução de atos de diversas essências, isto significa que a Pessoa é algo dinâmico (pois, embora não se confunda com o ato, ela se manifesta por meio deste); aberto (pois age por meio da consciência intencional, voltada sempre para alguma coisa, evidenciando o seu transcender); concreto, e não abstrato (pois é unidade de execução de atos no mundo da vida).
2. Se a nota da personalidade consubstancia um poder-fazer como fato fenomenal por meio do corpo, isto significa que a autonomia, tal como visto, é a aptidão, pertencente à pessoa enquanto potência constitutiva (doadora de sentidos), para atualizar possibilidades de

vivências no mundo da vida. Integra esta potência constitutiva poder-fazer (*Tunkönnens*) como fato fenomenal mediante o corpo.

3. Se a Pessoa é unidade essencial e concreta executora de atos intencionais, a sua autonomia não está fundada na razão legisladora, mas, em última análise, na consciência intencional. Sua percepção de valores se dá mediante a intuição emocional. A autonomia não é um predicado da razão, mas um “predicado da pessoa enquanto tal”<sup>589</sup>
4. Se a Pessoa é esta unidade essencial e executora de atos, isto significa que a pessoa encerra um valor superior e em si mesmo, pois é a unidade de onde fluem os atos. Isto também significa que a Pessoa não pode ser depositária de valores típicos de atos ou de coisas. Logo, a Pessoa também não se confunde com uma coisa ou com um objeto.
5. Se à Pessoa é essencial àquela autonomia acima mencionada e, ao mesmo tempo, a pessoa encerra um valor absoluto, superior, isto significa que a privação deste poder-fazer, desta aptidão para atualizar possibilidades de vivências, transforma a pessoa em um objeto. Materializa-se, pois, um desrespeito e, em sentido mais profundo, um desrespeito pela ausência de um ato de amor.
6. Se a Pessoa encerra um valor único e absoluto, este deve ser considerado, de maneira imperativa e precedente, quando da cogitação da possibilidade de uma intervenção jurídica, sob pena de transformar a Pessoa em objeto, ou subordinar algo superior e absoluto a algo inferior.
7. Se a chave para vislumbrar o significado mais essencial da absolutidade do valor da pessoa humana está na capacidade para o amor, que se encontra nas pessoas, é imperativo que a norma jurídica considere este aspecto. Isto não significa que restrições à liberdade estão proibidas. Significa, apenas, que é de observância obrigatória a qualquer restrição jurídico-penal o máximo de respeito à consecução do valor de mais alto grau: o da pessoa humana.
8. Se (a) o amor é um movimento intencional (parte da consciência doadora de sentidos) espontâneo que se dirige à realização de valores superiores e (b) o valor da pessoa humana encerra o maior ponto da escala de hierarquia de valores, então observar a dignidade da pessoa humana é, acima de tudo, atualizar, por meio deste movimento intencional, as possibilidades de seu desenvolvimento.
9. Observar a dignidade da pessoa humana é, portanto, possibilitar o amor próprio em cada pessoa humana e, neste particular, possibilitar também as necessidades ou condições mínimas para que este amor próprio possa ser vislumbrado; é também possibilitar (e jamais

---

<sup>589</sup> Ibidem., p. 499.

impor) atos informados pelo movimento intencional consagrador do valor da pessoa humana entre os sujeitos viventes.

10. Se (a) cabe ao direito penal uma função regulatória consistente na perfectibilização da liberdade por meio da declaração das esferas do proibido e do permitido e (b) a atribuição de responsabilidades em virtude do desrespeito à pessoa humana (observando-se os requisitos da lesividade e da intervenção mínima), então: (c) para realizar o valor da pessoa humana e de todas as pessoas, o direito não pode também atuar com desrespeito a essas pessoas, o que significa dizer, também, (d) que o direito deve possibilitar que o amor, isto é, o movimento intencional de realização de valores superiores, se faça nas relações entre os sujeitos viventes.
11. Não cabe, destarte, ao direito impor atos de amor, o que seria absurdo, pois este é um movimento espontâneo. No entanto, ao mesmo tempo, é essencial que a norma oriente-se pela possibilitação de que a pessoa humana realize valores elevados. A norma não pode se dignar a desrespeitar a pessoa, o que não significa que o direito não pode restringir de algum modo a liberdade dos sujeitos. A atribuição de responsabilidades, sim, deve se dar no limite da preservação da dignidade da pessoa humana, no sentido da preservação de suas condições mínimas para a atualização do amor (seja ele próprio ou em relação a terceiros, esta actualização, ou seja, este vivenciar, só pode partir da pessoa, e jamais do direito, que apenas oportuniza essa actualização).
12. Por esta razão, o direito não pode operacionalizar a vingança, nem tampouco objetificar a pessoa humana, como pretexto para a proteção de bens jurídicos. Se (a) o Direito deve orientar-se segundo os valores da pessoa humana, (b) e o amor é o movimento intencional espontâneo (jamais reativo, mas ativo) possibilitador da realização deste valor, então (c) o direito não pode significar uma retribuição, pois retribuição é, em essência, uma reação a algo que ocorreu. O direito, pois, não só pode como deve, sim, atribuir responsabilidades<sup>590</sup>, uma vez que o caráter atributivo diz com um agir em direção à afirmação do valor da pessoa humana (tanto a afetada como a responsável por essa afetação), ou melhor, do respeito à pessoa humana. Na atribuição é possível afirmar um desrespeito concreto e, com isso, afirmar também a necessidade e superior posição do valor da pessoa humana e, ao mesmo

---

<sup>590</sup> Atribuir responsabilidades não significa aplicar penas, necessariamente. Tampouco se está afirmando que a pena privativa perdeu totalmente sua razão de ser na sociedade atual. Politicamente é inviável prescindir dela em casos muito especiais (e é não só possível, como preciso prescindir dela em muitos outros casos que hoje são tratados com privação da liberdade). O que se quer dizer, essencialmente, é que a tendência do direito penal é, à luz do valor da pessoa humana e conforme processo gradual de interiorização deste valor, a de se tornar cada vez menos um direito das penas e, em contrapartida, mostrar-se como um direito da “responsabilidade interpessoal”. A pena privativa de liberdade jamais é um ato de amor quanto à perspectiva do responsável pelo crime, do apenado. No atual cenário, contudo, não há dúvidas de que a pena privativa de liberdade tampouco deve ser um ato que venha a impossibilitar, na pessoa do condenado, o auto-amor (amar a si mesmo); isto é, sua própria dignidade. Este é o espírito dessas ponderações.

tempo, aplicar concretamente uma medida que respeite o valor da pessoa daquele que cometeu o desrespeito. Isto porque a declaração de um desrespeito à pessoa humana e a atribuição de responsabilidades, sempre que possível, com vistas a algum grau de reparação, é um valor positivo.

Este estudo defende e acredita que a absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana pode desempenhar um papel fundamental na tarefa de limitar e orientar a intervenção jurídico-penal. A rigor, há um sem-número de repercussões de sua adoção para o direito penal em si, ainda não vistas de modo profundo<sup>591</sup>. O que interessa frisar, contudo, para os fins deste trabalho é o impacto ou significação que a absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana pode relevar para a orientação da intervenção jurídico-penal. Por que, afinal, a absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana parece um caminho promissor?

---

<sup>591</sup> Em primeiro lugar, um direito penal baseado na absolutidade do valor da pessoa humana só pode ser um direito penal do ato. O ato, a conduta em si praticada pela pessoa é que pode servir de depositário para uma valoração positiva ou negativa. A pessoa daquele que pratica um delito, contudo, é sempre valorada positivamente, o que fornece alicerces sólidos para um direito penal não autoritário. À luz da teoria do delito estariam, pois, excluídos todos os tipos de autor, bem como valorações ou juízos de reprovação sobre a pessoa daquele que violou a norma penal. Em segundo lugar, como a hierarquia de Scheler não pretende ser algo imperativo e exaustivo, o direito penal orientado por essa ideia poderia arrogar-se a função de impor os valores à pessoa. Isto, aliás, violaria a prioridade da liberdade defendida nesta sede. Ao contrário, a pessoa só tem sua dignidade preservada quando actualiza livremente os valores no mundo da vida. Por outro lado, parece-nos perfeitamente possível que a função do direito penal seja a de declarar a existência da realização de um valor que fere a autonomia moral da pessoa, enquanto ente livre para participar através de atos intencionais na essência do mundo. A declaração da realização de um valor (negativo) que fere a autonomia da pessoa é, inclusive, uma determinação das conexões essenciais formais, pois a existência de um valor negativo (violação à autonomia individual) é em si mesma um valor negativo. O direito penal passa a atuar como algo destinado à declaração dos limites do uso da liberdade, à declaração da existência de um valor negativo concretizado (que fere a pessoa humana) e à atribuição de responsabilidades. Esta desempenha um valor positivo, a saber: o de evidenciar o desrespeito à autonomia da pessoa humana. A atribuição de responsabilidades é um valor positivo, pois é o modo que o direito penal possui de simbolizar que recusa a admissão da existência de algo cujo valor é negativo, não para o ordenamento, mas para o valor da pessoa, considerada não só na pessoa da vítima, mas na pessoa de qualquer ente humano. A forma como esta atribuição de responsabilidades deve ser materializada, contudo, é algo que pode e deve ser discutido. Sobretudo, é de se pensar se a atual execução de penas traduz um valor positivo para a pessoa. Isto, contudo, supera as forças deste trabalho. De plano, contudo, parece claro que à luz dessas proposições a resposta penal não pode consubstanciar elementos utilitários ou valer-se da pessoa do autor do crime para alcançar outras finalidades, pois fazer isso seria tratar a pessoa como o depositária de bens, coisas ou fins. Em quarto lugar, sua filosofia rende implicações interessantes para as próprias categorias do delito. O conceito de ação ou conduta parece satisfazer suas funções elementares de fundamentação, delimitação e unidade. A ação como a participação através de um ato intencional (percepção sentimental) na essência do mundo (da realidade) supõe que a ação volte a ocupar papel importante na teoria do delito, pois é através desta percepção sentimental que o sujeito entra em contato com o mundo. Por outro lado, é capaz de excluir quaisquer atos não intencionais (não no sentido do dolo, mas no sentido filosófico de intencionalidade) do conceito de ação. Por fim, a pessoa humana pode participar no mundo da vida de várias formas, não apenas através de um comportamento positivo, mas também pela omissão: o salva-vidas que se recusa a socorrer uma vítima está promovendo, materialmente, a inexistência de um valor positivo que a norma lhe ordena, o que por si só, é um valor negativo. O injusto adquire uma fundamentação preciosa, na medida em que as conexões essenciais formais fornecem as regras de fundo da análise, no âmbito do tipo, entre desvalores do ato e do resultado, enquanto estado de coisas valorado positiva ou negativamente, e valores da ação e do resultado, no âmbito das justificações. Tal orientação consagra também uma materialidade, já que o dever-ser da norma não se justifica por si mesmo, mas existe só porque se ocupa de algo que é bom, cujo valor é positivo. Na esfera da culpabilidade ou responsabilidade, há questões interessantes. Enquanto juízo de valoração negativo do ato, circunstâncias como a do artigo 59 do código penal brasileiro estariam excluídas. A personalidade, enquanto circunstância ligada ao valor da pessoa, *só poderia ser considerada de forma positiva*. A conduta social também estaria excluída, pois a valoração do ato exige, conforme visto, a avaliação caso a caso, ou seja, concretamente, de modo que o conjunto de atos passados não poderia ser avaliado para o recrudescimento do julgamento do ato delituoso em si. O mesmo seria aplicável aos antecedentes.

Em primeiro lugar, uma teoria da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana autonomia impede incriminações baseadas em juízos depreciativos da pessoa, que não pode ser objetificada, mas tão só seus atos é que podem sofrer não uma reprovação, mas uma apreciação capaz de ativar ou não a atribuição de responsabilidades. Com isto, preserva-se o núcleo individual da pessoa.

Em segundo lugar, sustentar uma teoria da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana significa impor uma barreira ao Legislador. Trata-se, pois, de uma limitação fundamental; de observância obrigatória não só, mas, principalmente, pela figura do Estado às pessoas.

Em terceiro lugar, a pessoa humana, no sentido aqui delineado, se não pode ser objetificada, pois encerra o mais alto valor, jamais poderá ser também alvo de ponderações, mesmo em face de supostos interesses superiores da sociedade. Isto porque o valor da pessoa humana além de absoluto e sempre positivo, é lógica e ontologicamente antecedente à possibilidade de restrição da liberdade da pessoa; além disso, a pessoa jamais pode ser tratada como objeto.

Em quarto lugar, ao contrário da teoria do bem jurídico, a noção de absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana se reporta a uma série de dispositivos constitucionais. Isto é, ela não se funda na Constituição, mas é reconduzível a dispositivos constitucionais. Por exemplo: o *caput* e os incisos IV, VI, IX e X do artigo 5º da Constituição da República de 1988. Tal aspecto é importante, pois significa um condicionamento positivamente estabelecido em relação ao legislador. A posição aqui defendida ainda se concilia com a orientação baseada na solidariedade acolhida pela Constituição.

Em quinto lugar, a noção da pessoa humana como uma unidade concreta e essencial de atos de diferentes essências, informada pela sua “pessoalidade” ou “personalidade”, ou seja, aquele poder-fazer como fato fenomenal por meio do corpo, atualizando vivências de diferentes tipos no mundo da vida, abre todo um campo para o desenvolvimento das relações entre esferas do Eu e esferas do outro. Não acreditamos que seja possível o estabelecimento de uma espécie de núcleo intransponível de autonomia, como um campo cerrado que permita ao indivíduo fazer tudo o que deseje. Este barreira não é mais do que uma fantasia, uma vez que as relações que “Eu” estabeleço e atualizo no mundo em forma de vivências variadas não está separada da forma pela qual o mundo (em seu conjunto de objetos, coisas e de outras pessoas) me afeta. Traçar uma linha divisória clara é não só improfícuo como inviável. Isto não significa, contudo, que não se possa ressaltar o papel da autonomia, tal qual fizemos neste tópico. Não, contudo, a autonomia kantiana, baseada na razão legisladora; em imperativos categóricos deveras rigorosos e sem um fundamento claro para a razão, incapaz de abarcar uma série de fenômenos mais complexos e de ordem intuitiva emocional. Fala-se, neste particular, de uma autonomia que trata de uma aptidão, pertencente à pessoa como

potência constitutiva (doadora de sentidos), para atualizar vivências no mundo. Radicada, em última análise, na consciência intencional. Esta potência constitutiva é, destarte, aquele algo que atualiza os atos de distintas essências, os quais se reportam à pessoa como unidade concreta. Tais atos dizem, portanto, com o âmago das vivências mais fundamentais da pessoa; com seu projeto existencial forjado pela potência doadora de sentidos. Como a absolutidade do valor intrínseco da pessoa é, conforme a ordem léxica fixada anteriormente por este estudo, o primeiro ponto a ser respeitado antes de qualquer cogitação de incriminação, institui-se, assim, barreira sólida ao poder punitivo.

Em sexto lugar, a absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana, segundo este estudo, parece poder dar conteúdo mais definido ao que a Constituição chama de dignidade da pessoa humana, embora com ela não se confunda. A dignidade da pessoa humana é, assim, e sem pretender uma conceituação impecável, o conjunto de condições possibilitadoras de a pessoa desenvolver o auto-amor e o amor em relação a seus semelhantes.

Em sétimo lugar, sua base fenomenológica permite desenvolvê-la sob um ponto de vista descritivo de inestimável riqueza para a compreensão de suas nuances e limites.

#### **4.3 A possibilidade de reconhecimento do outro dimensionada no valor da pessoa humana: a alteridade, corporalidade e a possibilidade de vivências comuns.**

Afirmar a absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana, contudo, não basta. É preciso, também, indicar, ao menos, a forma como é possível se chegar a este reconhecimento, o que, de certo modo, já foi esboçado no tópico antecedente.

Conforme salienta Jorge Câmara,

A doação efetuada pela presença do outro no fluxo dos vividos, corresponderá igualmente a presentificação de mim mesmo neste fluxo. O outro se coloca pela corporeidade e alteridade, na relação consciência objeto, e eu mesmo, enquanto ego cogito, coloco-me na corporeidade de noção tátil de auto-limitação e de minha identidade apreendida no fluxo de vivências do mundo da vida com o outro, o que me sujeita a um juízo ontológico quanto ao meu próprio ser<sup>592</sup>.

Partindo desta ponderação, Câmara chega a um critério que se revela muito interessante e promissor:

Ao invés de imaginosos recursos retóricos ou empírico-dogmáticos de eficácia reduzida pela variabilidade de contextos, a aplicação dos preceitos deve sujeitar-se a um critério que contemple a reciprocidade da relação de alteridade necessária em que todos os homens se encontram na vida em sociedade. Este critério seria o da própria constituição da corporalidade do ego transcendental. Ou

---

<sup>592</sup> CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. Os fundamentos e a crise do Direito na modernidade. Perspectivas filosóficas dos direitos humanos segundo a fenomenologia. 2007. 257f. Tese de Doutorado (Filosofia) Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS), p. 231

seja, se a presença do outro põe em cena da consciência a minha existência enquanto posicionada em relação a, esta condição na relação é definidora de meu próprio ser, de modo que, qualquer supressão ou repulsão que vise inviabilizar a dualidade que se estabeleceu entre o sujeito consciência cognoscente e o sujeito/objeto de conhecimento será absolutamente contrária a essência do próprio direito e violadora dos preceitos fundamentais de todo sistema jurídico, pois é o preceito que funda a própria existência humana percebida enquanto relação a outrem<sup>593</sup>.

### O aspecto da coporalidade também é salientado por Scheler, que assim se manifesta:

Mas eu vivencio meu corpo como meu (e também os corpos alheios que pertencem aos outros), uma vez que ele é a mesma pessoa concreta uniforme que eu, tanto o Ego como o corpo (como corpo psíquico e material). Tanto o Ego como o corpo encontram na pertencibilidade tangível para a pessoa uniforme sua individualização última. E tampouco é apenas o que eu penso, sinto, quero etc., isto é, o conteúdo da consciência, que é a individualização do Eu. Exatamente as mesmas vivências (como elas aparecem em uma percepção interna ideal perfeita) poderiam também pertencer, ainda, a diferentes Egos individuais. Um indivíduo psíquico jamais é a mera conexão ou a soma de suas vivências; ou uma síntese, cujo sujeito agora seria uma chamada atividade supraindividual da consciência, uma consciência em geral. Ao contrário, toda vivência é em si apenas uma vivência concreta (não mais o mero conceito ou aspecto de tal vivência), na qual eu incluo, ao mesmo tempo, um indivíduo, ou que me é símbolo para a existência de tal vivência. A partir desse fundamento, incluo de modo primário os outros nunca como meras vivências individuais, mas sempre o caráter integral psíquico do indivíduo em sua expressão total, íntegra.[...] Que alguém seja amigável ou hostil comigo, eu capturo na unidade de expressão do olhar, bem antes de eu poder notar alguma cor, o tamanho dos olhos. No entanto, perguntamos agora se o ponto de partida duplo de ambas as teorias é corretamente fenomenológico: 1- em primeiro lugar sempre nos é dado o próprio Eu; 2- o que nos é dado de uma outra pessoa é sempre, em primeiro lugar, a aparição (fenômeno) de seu corpo, cujas modificações, movimentos e etc, e apenas fundado nesses dados é que se chega – de algum modo – à aceitação de sua emotividade, à aceitação da existência do Eu do outro<sup>594</sup> (tradução nossa)

Quanto à indagação sobre se é possível ou não ao Ego a percepção interior do Ego e da vivência do outro, Scheler dá a seguinte resposta:

É possível que o Eu e a vivência de um outro seja percebida interiormente? A resposta negativa que, naturalmente, esta questão até agora teve resultou simplesmente do fato de que não se distinguiu as esferas da intuição interna (como as esferas da percepção interna, da imaginação, do sentir e diferenças análogas) e as esferas da percepção sensorial interna. A intuição interna não é inteiramente definida pela determinação do objeto, de modo que se diga que quem intui está percebendo a si mesmo. Eu posso até perceber a mim mesmo externamente como um outro. Cada olhar para o meu corpo, cada toque do próprio corpo ensina: toco com meu dedo médio o meu polegar e há com o duplo sentir, porém, o mesmo conteúdo de sensação sobre a superfície dos dois órgãos. Intuição interna é, assim, o direcionamento do ato, para a qual nós podemos executar atos associados para nós mesmos ou face a outros. Esse direcionamento de ato engloba o “Poder” desde o início também o Eu e a vivência do outro, assim como esse direcionamento engloba meu Eu e minhas

<sup>593</sup> Ibidem., p. 243.

<sup>594</sup> SCHELER, Max. *Wesen und Formen...*p.237. Trecho traduzido: “Aber ich erlebe meinen Körper als meinen (und auch den fremden Körper als zu einem anderen gehörig), da es dieselbe konkrete einheitliche Person ist, der ich beides, das Ich und den Leib (als Seelen-und Körperleib), zugehörig weiß. Sowohl das Ich wie der Leib findet in der erlebbaren Zugehörigkeit zur einheitlichen Person seine letzte Individualisierung<sup>2</sup>. Und ebensowenig ist es erst das, was ich denke, fühle, will usw., d.h. der Inhalt des Bewußtsein, was die Individualisierung des Ich ergibt. Genau dieselben Erlebnisse (wie sie einer ideal vollkommenen inneren Wahrnehmung erscheinen) könnten auch noch verschiedenen individuellen Ichs zugehören. Ein seelisches <<Individuum>> ist niemals der bloße <<Zusammenhang>> oder die <<Summe>> seiner Erlebnisse; oder eine <<Synthese>> solcher, deren Subjekt nurmehr eine sogenannte <<überindividuelle>> Bewußtseinstätigkeit wäre, ein <<Bewußtsein überhaupt>>. Umgekehrt vielmehr ist jedes Erlebnis selbst nur dadurch ein konkretes Erlebnis (nicht mehr der bloße Aspekt eines solchen), daß ich in ihm gleichzeitig ein Ichindividuum erfasse, oder daß es mir *Symbol* für den Bestand eines solchen wird<sup>3</sup>. Aus diesem Grunde erfasse ich primär vom anderen nie bloß einzelne Erlebnisse, sondern immer den psychischen *Ganzheits*charakter des Individuums in seinem Gesamtausdruck. Kleine metrische Veränderungen der Körper (Nase, Mund, Augen usw.), an denen er haftet, können ihn vollständig verändern, erhebliche andere ihn ganz unverändert lassen. Daß jemand mir freundlich oder feindlich gesinnt ist, erfasse ich in der Ausdruckseinheit des <<Blickes>>, lange bevor ich etwa die Farbe, die Größe der <<Augen>> anzugeben vermag. Doch fragen wir nun, ob der zweifache Ausgangspunkt beider Theorien den *phänomenologisch* richtig ist: I. es sei *uns* <<zunächst>> *immer nur das eigene Ich* <<gegeben>>; 2- was uns von einem anderen Menschen <<zunächst>> gegeben sei, das sei allein die Erscheinung seines Körpers, dessen Veränderungen, Bewegungen usw., und erst fundiert auf diese Gegebenheit komme es – irgendwie – zur Annahme seiner Beiseltheit, zur Annahme der Existenz des fremden Ich”.

vivências, não apenas algo do presente imediato. Certamente isto exige certas condições que aparecem a mim em atos de intuição interna de vivências externas. Certamente pertence a estas condições também a condição ontológica de que meu corpo sofra efeitos cujas causas repousem no corpo do outro ou que partam dele. Por exemplo, meu ouvido encontra as ondas de ar da altura de suas palavras se eu tenho de compreender um discurso. Mas essa condição não precisa de modo algum determinar o ato de minha compreensão clara dessas palavras; que ela existe é também compreensível a partir da lei essencial 1) que a todo ato de possível percepção interna pertence a percepção de um ato possível da percepção externa; 2) que todo ato de percepção externa tem de fato também uma base externamente sensível<sup>595</sup>.

Conforme parece a este estudo, o reconhecimento do outro como pessoa se funda na possibilidade de a consciência intencional apreender a corporalidade do outro (por meio de uma vivência física).

A presentificação do outro por meio da alteridade e corporalidade permite que se logre uma base comum na qual o “eu” do sujeito possa apreender aquele intencionalmente, bem como a vivência subjacente a este contato. Mas, segundo postula-se nesta sede, não só por meio da corporalidade, mas também por meio de vivências outras de ordem emocional, ainda que individuadas, é possível chegar-se a um substrato mínimo do reconhecimento do outro como pessoa e todas as implicações daí decorrentes, vistas no apartado anterior. A possibilidade de a consciência intencional apreender valores, que se materializam no mundo da vida (como possibilidades autônomas que estes são) e que estão dimensionados na esfera da intuição emocional, permite uma aproximação em direção ao outro e, se não sua plena compreensão, ao menos uma compreensão mínima e suficiente para caracterizar o outro como um semelhante.

A vivência da dor, do sofrimento ou da perda de pessoas amadas gera, individualmente, a consciência de uma vivência passível de compartilhamento, uma vez que tais vivências se impõem a todos os seres inseridos no estado inescapável de coexistência. Tais vivências, por negativas que possam significar para o sujeito que as experimenta, são, decerto, possibilidades para as vivências informadas pelos atos de solidariedade, de simpatia e de amor, dependendo da disposição intencional do sujeito em concreto, bem como de seu arcabouço de vivências.

---

595 Ibidem., p. 243 et seq. Trecho traduzido: “Ist es möglich, das Ich und Erleben eines *anderen* innerlich <<wahrzunehmen>>? Die <<selbstverständlich>> verneinende Antwort, die diese Frage bisher fand, resultierte einfach daraus, daß man die Sphären innerer <<Anschauung>> sowie die Sphären des inneren Wahrnehmens, Vorstellens, Fühlens und analoger Unterschiede) und die Sphäre des <<inneren Sinnes>> nicht unterschieden hatte. <<Innere Anschauung>> ist aber durchaus nicht durch die Objektbestimmung definiert, daß der so innerlich Anschauende <<sich selbst>> wahrnehme. Ich kann <<mich selbst>> ja auch ebenso <<äußerlich wahrnehmen>> wie einen anderen. Jeder Blick auf meinen Körper, jede Betastung des eigenen Leibes lehrt es: betaste ich mit dem Mittelfinger meinen Daumen, so besteht bei Doppelpfinden doch ein und derselbe Empfindungsinhalt an den Oberflächen zweier verschiedener Organe. Innere Anschauung ist also eine Akt-richtung, zu der zugehörige Akte wir uns selbst *und* anderen gegenüber vollziehen können. *Diese Akt-richtung umspannt dem <<Können>> nach von vornherein auch Ich und Erleben des anderen*, genau so wie sie mein Ich und Erleben überhaupt, nicht etwa nur die unmittelbare <<Gegenwart>> umspannt. Gewiß bedarf es gewisser Bedingungen, daß mir in Akte innerer Anschauung fremde Erlebnisse erscheinen. Aber solcher bedarf es nicht minder dafür, daß ein eigenes Erleben mir erscheine. Gewiß gehört zu ihnen auch die ontische Bedingung, daß mein Körper Wirkungen erleidet, deren Ursachen im Körper des anderen liegen oder von ihm ausgehen. Z.B. muß mein Ohr von den Luftwellen seiner Wortlaute getroffen werden, wenn ich ein Gesprochenes verstehen soll. Aber diese Bedingung braucht *durchaus nicht den Aktus meines Verständnisses dieser Worte eindeutig zu determinieren*; daß sie besteht, ist auch daraus verständlich, daß wesensgesetzlich I.) zu jedem Akte möglicher innerer Wahrnehmung ein solcher möglicher äußerer Wahrnehmung gehört, 2.) zum Akte äußerer Wahrnehmung aber faktisch auch eine äußerlich <<sinnliche>> Grundlage”.

De outro lado, a experiencição de vivências positivas á luz do amor, da alegria, da simpatia, do prazer também podem oportunizar o sentido da solidariedade e de uma melhor compreensão da pessoa humana como um conjunto de vivências em constante atualização no mundo da vida por meio da potência constitutiva, doadora de sentidos.

Embora o outro não esteja diretamente presentificado nessas últimas hipóteses, a vivência memorizada permite àquele que a vivenciou uma aproximação mais aguda da essência de tais entes imateriais (a dor, a solidariedade..etc). Não é incomum que pessoas que passaram por grandes perdas e sofrimentos, não raro, compreendam melhor o sofrimento do outro. Isto, naturalmente, não é uma relação de necessidade, mas, decerto, que esta possibilidade não se deve olvidar. No mínimo, a vivência da dor, da necessidade material ou de outro sofrimento qualquer deixa impressa na pessoa deixa subsídios para a compreensão, na esfera do outro, dessas mesmas vivências. Tal possibilidade de compreensão não se dá tão somente via corporalidade, mas por meio da intuição interna emocional do Eu e das vivências deste Eu que guardam semelhança ou são equiparáveis às experiências do outro e dizem com aquele complexo de condições mínimas que possibilitam o que chamamos de dignidade humana.

## 5 CONCLUSÕES

O presente estudo chegou às conclusões que passa a expor:

1. A teoria de proteção a bens jurídicos deve ser recusada, uma vez que apresenta problemas incontornáveis e põe em xeque todos os conteúdos limitativos dos princípios gerais de direito penal.
2. Em primeiro lugar, ela inaugura um dever ou função de maximização da eficaciedade ou eficiência da proteção, o que contribui para tornar a intervenção jurídico-penal sem limites. Ao figurar como premissa maior de todo o sistema do direito penal, ela subordina, desvirtua e neutraliza princípios importantíssimos como o da lesividade e o da intervenção mínima.
3. Em segundo lugar, verificou-se que a própria noção de uma função protetiva é inviável por uma série de razões. Se pensada como uma proteção plena, ela deve ser recusada, porque a tutela plena, como mostra a realidade, não é possível e depende de outros fatores alheios ao direito penal.
4. Se justificada como proteção não plena, isto é, seletiva, ela também deve ser recusada, pois engendra uma relação de custo-benefício e utilitária, que necessariamente exclui certos bens jurídicos desta proteção. A rigor, ao menos no que diz respeito à realidade brasileira, o exame empírico demonstra que esta exclusão carrega nuances político-sociais evidentes. Ademais, a busca incessante pela maximização da eficaciedade desta proteção justifica a antecipação e recrudescimento das incriminações.
5. Em terceiro lugar, a função de proteção a bens jurídicos carece de constante comprovação empírica de sua idoneidade.
6. Em quarto lugar, a defesa de uma função protetiva de bens jurídicos obriga, igualmente, a defesa de uma teoria preventivo geral-negativa da pena, o que expõe o raciocínio da proteção às objeções quanto a esta teoria. A rigor, a prevenção geral negativa é contrária a uma ordem que respeite o valor da pessoa humana.
7. Em quinto lugar, a função de proteção a bens jurídicos é incapaz de impor um limite à prerrogativa ampla do legislador quanto à atividade criminalizante.

8. Em sexto lugar, a insuficiência, a falta de unidade e obscuridade das definições de bem jurídico até hoje ofertadas tampouco colaboram para uma limitação à criminalização primária (isto é, à elaboração de incriminações). Além disto, o conceito de bem jurídico, ainda que ligado à Constituição, permanece eminentemente positivista e preso à política criminal que se adote.
9. Em sétimo lugar, a função de proteção a bens jurídicos é essencialmente contingente e não serve como fundamento apodítico para o direito penal.
10. Postulou-se que o direito penal, enquanto meramente declarador do âmbito do permitido e do proibido, isto é, declarador das esferas de liberdade possíveis, funda-se na consciência do estado inescapável de coexistência a que sujeitos autônomos, falíveis e limitados estão submetidos
11. Pretendeu-se, destarte, fundamentar o direito penal à luz da fenomenologia de Husserl, isto é, a partir da consciência intencional.
12. A admissão de um estado inescapável de coexistência implica a aceitação do ser-com, isto é, de uma liberdade que já nasce limitada pela figura do outro, base da compreensão de alteridade.
13. Baseado nessas ponderações, o estudo conceituou bem jurídico da seguinte forma: bem jurídico é a possibilidade de o sujeito atualizar vivências no mundo da vida por meio do exercício de sua autonomia, sob a forma esquemática de uma relação intencional que aquele (sujeito) estabelece com um objeto ou ente que lhe é de valor.
14. Além disto, a noção de lesão ao bem jurídico está vinculada à ideia do ser-com, tomando por base a referida relação intencional. Com isto, quer-se preservar o princípio da lesividade, o qual encerra a referibilidade ao outro enquanto conflito real. Noutras palavras: a privação da possibilidade de um outro sujeito atualizar uma vivência no mundo.
15. Defendeu-se que ao direito penal, de início, cabe tão-somente a declaração dos limites do exercício da liberdade, por meio da autonomia, de modo que à norma compete tão-só a delimitação dessas esferas. Uma vez configurado o choque de esferas, com a superveniência da figura do crime (respeitados seus pressupostos), cabe ao direito penal a atribuição de responsabilidades, que não se confunde com a retribuição.
16. Deste modo, defendeu-se que o conceito de bem jurídico cumpre, em verdade, duas funções apenas: o de servir como objeto do delito vinculado à noção de alteridade, a saber: como a expressão de um conflito real na esfera alheia; e a função de limitação naturalmente decorrente de seu conteúdo conceitual.

17. Como a teoria de proteção a bens jurídicos é inidônea à orientação e limitação da atividade criminalizante, ponderou-se a respeito de um critério capaz de orientar o legislador.
18. Este critério foi apenas apresentado de forma incipiente e consiste na noção da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana.
19. A noção de pessoa e de valor absoluto e positivo da pessoa foi buscada na filosofia de Scheler. Esta postura se coaduna com a ideia personalista do Direito, isto é: a de que o Direito existe para servir à pessoa, enquanto unidade, o que constitui freio decisivo às posturas coletivistas.
20. A partir da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana uma série de corolários foram propostos:
21. Se a Pessoa consiste em uma unidade essencial e concreta de execução de atos de diversas essências, isto significa que a Pessoa é algo dinâmico (pois, embora não se confunda com o ato, ela se manifesta por meio deste); aberto (pois age por meio da consciência intencional, voltada sempre para alguma coisa, evidenciando o seu transcender); concreto, e não abstrato (pois é unidade de execução de atos no mundo da vida).
22. Se a nota da personalidade consubstancia um poder-fazer como fato fenomenal por meio do corpo, isto significa que a autonomia, tal como visto, é a aptidão, pertencente à pessoa enquanto potência constitutiva (doadora de sentidos), para a(c)tualizar possibilidades de vivências no mundo da vida. Integra esta potência constitutiva poder-fazer (*Tunkönnens*) como fato fenomenal mediante o corpo.
23. Se a Pessoa é unidade essencial e concreta executora de atos intencionais, a sua autonomia não está fundada na razão legisladora, mas, em última análise, na consciência intencional. Sua percepção de valores se dá mediante a intuição emocional. A autonomia não é um predicado da razão, mas um “predicado da pessoa enquanto tal”
24. Se a Pessoa é esta unidade essencial e executora de atos, isto significa que a pessoa encerra um valor superior e em si mesmo, pois é a unidade de onde fluem os atos. Isto também significa que a Pessoa não pode ser depositária de valores típicos de atos ou de coisas. Logo, a Pessoa também não se confunde com uma coisa ou com um objeto.
25. Se à Pessoa é essencial àquela autonomia acima mencionada e, ao mesmo tempo, a pessoa encerra um valor absoluto, superior, isto significa que a privação deste poder-fazer, desta aptidão para atualizar possibilidades de vivências, transforma a pessoa em

um objeto. Materializa-se, pois, um desrespeito e, em sentido mais profundo, um desrespeito pela ausência de um ato de amor.

26. Se a Pessoa encerra um valor único e absoluto, este deve ser considerado, de maneira imperativa e precedente, quando da cogitação da possibilidade de uma intervenção jurídica, sob pena de transformar a Pessoa em objeto, ou subordinar algo superior e absoluto a algo inferior.
27. Como proposição derradeira, defendeu-se que a noção de absolutidade do valor da pessoa humana deve ser respeitada pelo legislador quando de sua atividade criminalizante, de modo a não incriminar condutas que ponham em risco à autonomia da Pessoa considerada nesses termos.
28. Se a chave para vislumbrar o significado mais essencial da absolutidade do valor da pessoa humana está na capacidade para o amor, que se encontra nas pessoas, é imperativo que a norma jurídica considere este aspecto. Isto não significa que restrições à liberdade estão proibidas. Significa, apenas, que é de observância obrigatória a qualquer restrição jurídico-penal o máximo de respeito à consecução do valor de mais alto grau: o da pessoa humana.
29. Se (a) o amor é um movimento intencional (parte da consciência doadora de sentidos) espontâneo que se dirige à realização de valores superiores e (b) o valor da pessoa humana encerra o maior ponto da escala de hierarquia de valores, então observar a dignidade da pessoa humana é, acima de tudo, atualizar, por meio deste movimento intencional, as possibilidades de seu desenvolvimento.
30. Observar a dignidade da pessoa humana é, portanto, possibilitar o amor próprio (ou auto-amor) em cada pessoa humana e, neste particular, possibilitar também as necessidades ou condições mínimas para que este amor próprio possa ser vislumbrado; é também possibilitar (e jamais impor) atos informados pelo movimento intencional consagrador do valor da pessoa humana entre os sujeitos viventes.
31. Se (a) cabe ao direito penal uma função regulatória consistente na perfectibilização da liberdade por meio da declaração das esferas do proibido e do permitido e (b) a atribuição de responsabilidades em virtude do desrespeito à pessoa humana (observando-se os requisitos da lesividade e da intervenção mínima), então: (c) para realizar o valor da pessoa humana e de todas as pessoas, o direito não pode também atuar com desrespeito a essas pessoas, o que significa dizer, também, (d) que o direito deve possibilitar que o amor, isto é, o movimento intencional de realização de valores superiores, se faça nas relações entre os sujeitos viventes.

32. Não cabe, destarte, ao direito impor atos de amor, o que seria absurdo, pois este é um movimento espontâneo. No entanto, ao mesmo tempo, é essencial que a norma oriente-se pela possibilitação de que a pessoa humana realize valores elevados. A norma não pode se dignar a desrespeitar a pessoa, o que não significa que o direito não pode restringir de algum modo a liberdade dos sujeitos. A atribuição de responsabilidades, sim, deve se dar no limite da preservação da dignidade da pessoa humana, no sentido da preservação de suas condições mínimas para a atualização do amor (seja ele próprio ou em relação a terceiros, esta actualização, ou seja, este vivenciar, só pode partir da pessoa, e jamais do direito, que apenas oportuniza essa actualização).
33. Por esta razão, o direito não pode operacionalizar a vingança, nem tampouco objetificar a pessoa humana como pretexto para a proteção de bens jurídicos. Se (a) o Direito deve se orientar segundo os valores da pessoa humana, (b) e o amor é o movimento intencional espontâneo (jamais reativo, mas ativo) possibilitador da realização deste valor, então (c) o direito não pode significar uma retribuição, pois retribuição é, em essência, uma reação a algo que ocorreu. O direito, pois, não só pode como deve, sim, atribuir responsabilidades, uma vez que o caráter atributivo diz com um agir em direção à afirmação do valor da pessoa humana, ou melhor, do respeito à pessoa humana. Na atribuição é possível afirmar um desrespeito concreto e, com isso, afirmar também a necessidade e superior posição do valor da pessoa humana e, ao mesmo tempo, aplicar concretamente uma medida que respeite o valor da pessoa daquele que cometeu o desrespeito.
34. Se o egoísmo consiste na desconsideração (Nichtberücksichtigung) dos valores referentes aos outros, de modo que os valores do outro só são importantes se forem também valores *do* egoísta, todo o crime encerra um ato egoísta, apesar de nem todo ato egoísta poder ser qualificado de crime. O crime, ontologicamente, qualifica-se, pois, como um desrespeito, como uma privação egoísta da possibilidade de a vítima atualizar uma vivência no mundo; como privação egoísta da possibilidade de a vítima estabelecer uma relação com um ente que lhe é de valor.
35. A possibilidade de reconhecimento do outro se dá por meio das notas da alteridade e da corporalidade, responsável pela presentificação do outro. Dá-se, contudo, também pela possibilidade de vivências comuns, experienciadas com certa freqüência ou profundidade, e capazes de despertar em quem as experiênciam o reconhecimento de que entre pessoas há uma zona de intersecção de vivências, a qual possibilita o respeito à pessoa humana.

36. A absolutidade do valor da pessoa humana estabelece, destarte, uma série de orientações importantes: a) a pessoa humana jamais pode ser objetificada; b) essencial ao valor da pessoa humana é a possibilidade da prática de atos de autoamor e amor ao outro, de modo que o amor, neste sentido, não é um sentimento, mas um movimento ou ato intencional, dinâmico e espontâneo que se dirige à consecução de valores mais elevados no que diz respeito às possibilidades de desenvolvimento de seu portador.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 1210p.

ABEGG, Julius Friederich Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechtswissenschaft*. Neustadt: J.K.G.Wagner, 1836, 748p.

AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens. - Frankfurt/M: Athenäum, 1972, 439p.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martin Claret, 2006

\_\_\_\_\_. *Politics*. New York: Cosimo, 2008

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 4, julho, 2001, p.25.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 427p.

BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987,74p.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, 136p.

BEER, Peter. *Hexenprozesse im Kloster und Klostergebiet Loccum*. Göttingen: V & R, 2007, Disponível em

[http://books.google.com.br/books?id=\\_Oh6hfix82MC&pg=PA100&dq=Wasserprobe&hl=pt-](http://books.google.com.br/books?id=_Oh6hfix82MC&pg=PA100&dq=Wasserprobe&hl=pt-)

[BR&ei=B72tTZbuHOHz0gGl2Iy2Cw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEIQ6AEwBg#v=onepage&q=w%C3%A4geprobe&f=false](http://books.google.com.br/books?ei=B72tTZbuHOHz0gGl2Iy2Cw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEIQ6AEwBg#v=onepage&q=w%C3%A4geprobe&f=false) (Último acesso em 01 de junho de 2011)

BEKKER, Ernst Immanuel. *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, t.I. Leipzig: S. Hirzel, 1859, 608p. Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=IL0PAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Theorie+des+hautigen+deutschen+Strafrechts&hl=pt->

[BR&ei=T3oKTtmBJMGbtwf2p7ha&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?ei=T3oKTtmBJMGbtwf2p7ha&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso em: 21 de janeiro de 2011)

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und ihren Arten des Delikts. 4.Auflage. Leipzig: Weidmann, 1922.

\_\_\_\_\_. *Grundriss des Deutschen Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 6 Auflage, Leipzig, 1902, 271p.

BIRNBAUM, J.M.F. Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonder Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in: *Archives des Criminalrechts*, VIII,1834, p. 149 et seq.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005

BRENTANO, Franz. *Psychologie vom empirischen Standpunkt*. Band I. Leipzig: von Duncker und Humblot, 1874, 350p. Disponível em:

<http://www.archive.org/stream/psychologievome02brengoog#page/n4/mode/2up> (último acesso em 21 de janeiro de 2011)

BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como limite de La protección de bienes jurídicos em La sociedad de La información. In: (Ed.) HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*

CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. A técnica, direito e crise de legitimidade. In: *Revista fenomenologia e direito.*, volume 1, n.2,..Rio de Janeiro: TRF 2, 2008, p. 53.

\_\_\_\_\_. *Os fundamentos e a crise do Direito na modernidade.* Perspectivas filosóficas dos direitos humanos segundo a fenomenologia. 2007. 257f. Tese de Doutorado (Filosofia) Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS).

CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva.* Introdução à teoria dos quatro discursos. São Paulo: É Realizações, 2006.

\_\_\_\_\_. *Liberdade e ordem.* Disponível em: <http://www.olavodecarvalho.org/semana/100215dc.html> (Último acesso em: 18 de Janeiro de 2010).

CARSON, Rachel. *Silent Spring.* Australia: Pinguin Books, 1971, 355p. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=HeR110V0r54C&printsec=frontcover&dq=Rachel+Carson+silent+spring&hl=pt-BR&ei=UH0KTtGtLc2ztwfe1OmSAQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=HeR110V0r54C&printsec=frontcover&dq=Rachel+Carson+silent+spring&hl=pt-BR&ei=UH0KTtGtLc2ztwfe1OmSAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false) (último acesso em 21 de janeiro de 2011)

COHEN, Hermann. *Kants Theorie der Erfahrung.* Berlin: Ferd. Dümmler's Verlagsbuchhandlung, 1871, 270p.

COSTA ANDRADE, M. A. “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. In: *RPCC*, fascículo 2, Abril-Junho: Coimbra, 1992, p. 186 et seq.

\_\_\_\_\_. *Consentimento e acordo em direito penal:* contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.

CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA, 1533. Disponível em: [http://de.wikisource.org/wiki/Index:Constitutio\\_criminalis\\_Carolina](http://de.wikisource.org/wiki/Index:Constitutio_criminalis_Carolina) (Último acesso em 01 de junho de 2011)

DAHM, Georg. *Deutsches Recht*. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. Köln: Kohlhammer, 1951

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000

DETTMAR, Juliane Sophie. *Legalität und Opportunität im Strafprozess*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008,

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos*. In: RPCC, v.4, n.2, Coimbra: 1994, p. 156.

ENZMANN, Birgit. *Der demokratische Verfassungsstaat: Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit*. Wiesbaden: Verlag fuer Sozialwissenschaften 2009

FABRE-GOYARD, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003,

FALCÓN y TELLA, María José; FALCÓN y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção*. Existe um direito de castigar? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the Criminal Law, Volume One: Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1984

\_\_\_\_\_. *The moral limits of the Criminal Law, Volume Two: Offense to others*. New York: Oxford University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. *The moral limits of the Criminal Law, Volume Three: Harm to Self*. New York: Oxford University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. *The moral limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing*. New York: Oxford University Press, 1986.

FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*, t.III. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1994

\_\_\_\_\_. *Dicionário de filosofia*, t.III. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1994

\_\_\_\_\_. *Dicionário de filosofia*, t.I. Barcelona: Ariel, 1994

FRANK, Hans. Grundsätze des nationalsozialistischen Rechtsdenkens. In: FRANK, Hans. *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*. 2. Auflage. München: Franz Eher, 1935

FREISLER, Roland. *Nationalsozialistischen Recht und Rechtsdenken*. Berlin: Spaeth & Linde, 1938

FRIEDMAN, Milton. *Episódios da história monetária*. Rio de Janeiro: Record, 1994.

FRISCH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993 (69), p. 94

\_\_\_\_\_. Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el context de la legitimación de La pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoria del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 312 et seq.

GEIB, Karl Gustav. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Zweiter band. Leipzig: S.Kirzel, 1862

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de filosofia do direito*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

\_\_\_\_\_. Para uma teoria fenomenológica do Direito – II. In: **Revista Fenomenologia e Direito**, volume 3, Número 2, outubro-março 2011

\_\_\_\_\_. Atualidade e permanência do direito natural. In: *Fenomenologia e Direito*, volume 2, número 2. Outubro 2009/Março/2010. Rio de Janeiro: TRF 2ª Região, 2008

\_\_\_\_\_. Para uma teoria fenomenológica do Direito – II. In: *Revista Fenomenologia e Direito*, volume 3, Número 2, outubro-março 2011

GÜNTHER, Klaus. Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts. In: JUNG et all. (Eds.). *Recht und Moral*. Baden Baden: Nomos, 1991

\_\_\_\_\_. *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005

HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

HÄLSCHNER, Hugo Philipp Egmont. *Das Preußliche Strafrecht.* Zweiter Theil. Den allgemeinen Theil des Systems umfassend. Bonn: Adolph Marcus, 1858.

HAMMES, Manfred. *Hexenwahn und Hexenprozesse.* Frankfurt am main: Fischer-Taschenbuch-Verlag, 1977.

HASSEMER, Winfried. *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt.* Berlin: Berliner Wissenschafts – BWV, 2008

\_\_\_\_\_. *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre.* In: PHILIPS/SCHOLLER (Hrsg.) *Jenseits des Funktionalismus. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag.* Heidelberg: Decker & Müller, 1989, p. 89 et seq.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht.* Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag KG, 2002

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen.* Auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel. Frankfurt am Main: Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1970, 607

HERNANDEZ, Moisés Moreno. Über die Verknüpfungen Von Strafrechtdogmatik und Kriminalpolitik. In: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag.* Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 84

- HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: (Hrsg. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten*. Mannheim;Berlin;Leipzig: Bensheimer, 1919
- HÖRNLE, Tatjana. *Grob antössiges Verhalten*. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus. Frankfurt am Main: Klostermann, 2005
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*. Breslau: Edward Trewendt, 1851
- HUSSERL, Edmund. *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1991
- \_\_\_\_\_. *Logische Untersuchungen*. Zweiter Band. Zweiter Teil. Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis. Hrsg. Von Ursula Panzer, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Erstes Buch: Allgemeiner Einführung in die reine Phänomenologie*. In: *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* . Halle a.d.s, Verlag von Max Niemeyer, 1913
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil.2.Auflage. Berlin: de Gruyter, 1993, 944p.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, 1029p.
- KAUFMANN, Armin. Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. In: STRATENWERTH, Günter. (Ed.). *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974, p.393 et seq.
- \_\_\_\_\_. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen: Schwartz, 1954, 311p.
- KELKER, Brigitte. *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2007, 693p.

KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar. *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten, des peinlichen Rechts*. Dritter und letzter Theil. 2. Ausgabe. Wirzburg: Erlanhen bey Johann Jacob Palm, 1799, 244p.

KÖSTLIN, Christian Reinhold. *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*. Tübingen: Laupp'schen Buchhandlung, 1845, 935p.

\_\_\_\_\_. *System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Tübingen: Laupp'schen Buchhandlung, 1855, 647p.

KUGELMANN, Dieter. *Polizei und Ordnungsrecht*. Mainz: Springen, 2006, 333p.

LAGODNY, Otto. *El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmatica constitucional*. In: (Hrsg.) HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento del Derecho penal o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 129 et seq.

LAMPE, Ernst-Joachim. *Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis*. In: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März*. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 151 et seq

LIEBMANN, Otto. *Kant und Epigonen; eine kritische Abhandlung*. Stuttgart: Carl Schoder, 1865, p. 218.

LISZT, Franz von. *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 20, 1900, p. 161 et seq.

\_\_\_\_\_. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Bd.II. Berlin: Walter de Gruyter, 1905, 521p.

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Zehnte durchgearbeitete Auflage. Berlin, 1900, 678p.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. Londres: R. Butler et al, 1821, 401p.

LOTZE, Hermann Rudolf. *Metaphysik*. Leipzig: Weidmann'sche Buchhandlung, 1841, 329p.

\_\_\_\_\_. *Mikrokosmos. Ideen zur Naturgeschichte und Geschichte der Menschheit. Versuch einer Anthropologie*. Bd.I. Leipzig: Hirzel, 1856, 439p.

\_\_\_\_\_. *Logik*. Drei Bücher vom Denken, vom Untersuchen und vom Erkennen, Leipzig: Hirzel, 1874, 597p.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, 403p.

MARX, Karl. *O capital*. Crítica da economia política. Livro primeiro. O processo de produção do capital. Volume 1. Tradução: Reginaldo Sant'anna. 3.ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 1975

MATSUMOTO, Naoko. *Polizeibegriff im Umbruch: Staatszwecklehre und Gewaltenteilungspraxis in der Reichs- und Rheinbundpublizistik*. Frankfurt AM Main: Klostermann, 1999, 274p.

MISES, Ludwig Von. *Liberalismus*. Gustav Fischer: Jena, 1927, 175p.

\_\_\_\_\_. *Liberalism*. The classical tradition. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, 171p.

\_\_\_\_\_. *Theory and History*. An interpretation of social and economic evolution. Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2007, 384p.

MOHL, Robert von. *Die Polizei Wissenschaft nach dem Grundsätzen des Rechtsstaates*. 3.Aufl. Tübingen: Lauppschen Buchhandlung, 1866, 641p.

\_\_\_\_\_. *Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*. Bd.I. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1829, 262p.

MURMANN, Uwe. *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*. Berlin. Springer, 2005, 597p.

NAUCKE, Wolfgang. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik: Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1999, 279p.

NETO, A.L.Machado. *Sociologia Jurídica*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, 420p.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974, 395p.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 7. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 2004, 365p.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2.ed. São Paulo: RT, 1997, 103p.

PROUDHON, J.P. *O que é a propriedade?* 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1975, 248p.

PUIG, Santiago. *Direito Penal. Fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 443p.

REIS, Marco A.S. Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 78, ano 17. Revista dos Tribunais: 2009, pp. 41-74

RICKERT, Heinrich. *Geschichte und System der Philosophie*. In: BAST, Rainer A. *Heinrich Rickert Philosophische Aufsätze*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 231 et seq.

\_\_\_\_\_. *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*. Eine logische Einleitung in die historische Wissenschaften. Freiburg i.B. und Leipzig: J.C.B. Mohr Siebeck, 1896, 743p.

\_\_\_\_\_. *Die Problem der Geschichtsphilosophie: eine Einführung*. Heidelberg: C. Winter, 1924, 156p.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *The Social Contract*. New York: Cosimo, 2008, 144p.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bd. I. 4. Auflage. München: C. H. Beck, 2006, 1136p.

\_\_\_\_\_. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 116, 2004, p. 929 et seq.

\_\_\_\_\_. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2.Auflage. Berlin-N.Y: Walter de Gruyter, 1973, 50p.

\_\_\_\_\_. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: (Ed.)

HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443 et seq.

RÜTHERS, Bernd. Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts Von 1933 bis 1945. In: Franz Jürgen Säcker (Hrsg. ) *Recht und Rechtslehre im*

*Nationalsozialismus*. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Baden-Baden 1992, 260p.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia concreta dos valores*. 3.ed. São Paulo: LOGOS, 1964, 196p.

\_\_\_\_\_. *Teoria do conhecimento. Gnoseologia e criteriologia*. 2. Ed. Vol. IV. São Paulo: Logos, 1956, 259p.

\_\_\_\_\_. *Noologia Geral*. São Paulo: Logos, 1961

\_\_\_\_\_. *Convite à Filosofia e à História da Filosofia*. 5.ed. São Paulo: Logos, 1961, 214p.

\_\_\_\_\_. *Filosofia Concreta*, tomo 1.2.ed. São Paulo: Logos, 1959, 253p.

\_\_\_\_\_. *Tratado de economia*, volume I. São Paulo: Logos, 1962, 226p.

SCHAFFSTEIN, Friederich. *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*. In: Deutsches Strafrecht. Bd. IV, 1937. p.97 et seq.

SCHELER, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. Vierte durchgesehene Auflage. Herausgegeben mit einem neuen Sachregister. Bern: Francke Verlag, 1954, 676p.

\_\_\_\_\_. *Wesen und Formen der Sympathie*. Die deutsche philosophie der Gegenwart. Dritte Auflage. Bern un München: Francke Verlag, 1973, 372p.

\_\_\_\_\_. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. 7. Auflage. Bern und München: Francke Verlag, 1966, 99p.

SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3 Auflage. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1995, 481p. Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=nZje1dF334C&printsec=frontcover&dq=Ein% C3% BChrung +in+die+Geschichte+der+deutschen+Strafrechtspflege&hl=ptBR&ei=yjvRTfmWEZO5tgew03yD>

[Q&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](https://www.google.com/search?q=&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false)

(último acesso em 21 de janeiro de 2011)

SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsguts"*. Helbing & Lichtenhalten: Basel, 1962, 103p.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana*. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, 438p.

STEVENSON, Leslie; HABERMAN, David. L. *Dez teorias da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 342p.

STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des „Rechtsgutes“. In: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 389 et seq.

\_\_\_\_\_. *La criminalización en los delitos en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SOUZA, Ubiratan Jorge Iorio de. *Economia e Liberdade*. A escola austríaca e a economia brasileira. São Paulo.: Inconfidentes, 1995, 240p.

SPINOZA, Baruch. *A Theologico Political Treatise*. Forgotten Books, 2008, 250p.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 403p.

\_\_\_\_\_. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.0, n.0. São Paulo, 1992, p. 75 et seq.

\_\_\_\_\_. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). *Direito e Psicanálise*. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka.. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, v. 01, p. 55

TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen in Nebenstrafrecht*. Tübingen: J.C.B (Paul) Mohr Siebeck, 1969, 445p.

VOLKMER, Sérgio Augusto Jardim. *O perceber do valor na ética material de Max Scheler*. 2006. 127f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul., Rio Grande do Sul. Disponível online no endereço: [http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=23](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=23) (último acesso em 20 de Janeiro de 2011).

WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Walter de Gruyter, 1975, 367p. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=vZ\\_f61PI70UC&pg=PP7&lpg=PP7&dq=WELZEL,+Hans.+Abhandlungen+zum+Strafrecht+und+zur+Rechtsphilosophie.+Berlin:+Walter+de+Gruyter,+1975&source=bl&ots=64plCO9ehb&sig=1AbYDH2XWBT47hneMbVVOBbDHME&hl=pt-BR&ei=bHkKTt29Icm2tgfZlqVx&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEIQ6AEwBQ#v=onepage&q=WELZEL%2C%20Hans.%20Abhandlungen%20zum%20Strafrecht%20und%20zur%20Rechtsphilosophie.%20Berlin%3A%20Walter%20de%20Gruyter%2C%201975&f=false](http://books.google.com.br/books?id=vZ_f61PI70UC&pg=PP7&lpg=PP7&dq=WELZEL,+Hans.+Abhandlungen+zum+Strafrecht+und+zur+Rechtsphilosophie.+Berlin:+Walter+de+Gruyter,+1975&source=bl&ots=64plCO9ehb&sig=1AbYDH2XWBT47hneMbVVOBbDHME&hl=pt-BR&ei=bHkKTt29Icm2tgfZlqVx&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEIQ6AEwBQ#v=onepage&q=WELZEL%2C%20Hans.%20Abhandlungen%20zum%20Strafrecht%20und%20zur%20Rechtsphilosophie.%20Berlin%3A%20Walter%20de%20Gruyter%2C%201975&f=false) (último acesso em 21 de janeiro de 2011)

\_\_\_\_\_. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. 4.Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, 257p.

\_\_\_\_\_. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Derecho natural y Justicia material. Buenos Aires: B de f, 2005, 343p.

\_\_\_\_\_. *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*. 5. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1956, 467p.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Die Straftat und ihr Aufbau. 39.ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, 389p.

WILLER, Sandra. *Die Hexenverfolgung*. Studienarbeit, 2005, p. 10 et seq. Disponível em: <http://www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/116389.html> (último acesso em: 21 de abril de 2011).

WILMS, Yvonne. *Drogenabhängigkeit und Kriminalität*. Eine kritische Analyse des § 64, StGB unter Kriminalwissenschaftlichen und Verfassungsrechtlichen Aspekten.. Münster: Lit Verlag, 2005, 368p.

WINDELBAND, Wilhelm. *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*. 6. Auflage. Tübingen, 1912

WIRTH. Johann Ulrich. *System der speculativen Ethik, eine Encyclopádie der gesamten Disciplinen der practischen Philosophie*. Erster Band. Heilbronn: Carl Dreschler, 1841, 544p.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker und Humboldt, 1999, 387p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 847p.

ZAFFARONI. E.R. et al. *Derecho Penal. Parte General*. 2.ed. Buenos Aires: ediar, 2002, 1083p.

ZAFFARONI, Eugenio R. et al. *Direito penal brasileiro*. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 658p.

ZIMMERMAN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 607p.

#### Sítios Eletrônicos

<http://www.latein-pagina.de/iexplorer/hexen1/carolina.htm>. (último acesso em 21 de abril de 2011).

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>

[http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Home/home\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Home/home_node.html)

<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>

<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

[http://de.wikisource.org/wiki/Seite:De\\_Constitutio\\_criminalis\\_Carolina\\_\(1533\)\\_058.jpg](http://de.wikisource.org/wiki/Seite:De_Constitutio_criminalis_Carolina_(1533)_058.jpg)

