

SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL

Leonardo Ferreira dos Santos

Pós-graduando em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Pós-graduando em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

RESUMO

O presente trabalho versará sobre a teoria do bem jurídico penal. Será abordado para tanto, temas concernentes à construção teórica relativos à temática. Desta maneira, iniciaremos este estudo a partir de uma síntese histórica da referida teoria, passando pelo seu surgimento, atribuído a Birnbaum, até chegarmos nos dias atuais, onde a discussão se concentra nos problemas trazidos pelos bens jurídicos de caráter supraindividual. Estudaremos também o conceito, as funções e as críticas que essa teoria recebe. Dogmaticamente, em seu surgimento no contexto do liberalismo e do iluminismo, tal teoria se legitimava como limitação ao poder punitivo estatal, porém, na contemporaneidade alguns teóricos apontam para um conflito entre os valores advindos do Direito Penal surgido do iluminismo e os “novos” bens jurídicos, como os de caráter supraindividual.

Palavras-chave: Direito Penal; Bem Jurídico Penal; Legitimidade do Direito Penal.

ABSTRACT

This paper will deal with the theory of criminal legal good. It will be approached topics related to theoretical construction related to the subject. In this way, we will start this study from a historical synthesis of this theory, passing through its emergence, attributed to Birnbaum until we reach the present day, where the discussion focuses on the problems brought about by legal goods of a supraindividual nature. We will also study the concept, functions and critiques of the criminal legal good.

Dogmatically, in its emergence in the context of liberalism and the iluminism, such a theory legitimized itself as a limitation to the punitive power of the state, however, in the present day some theorists point to a conflict between the values derived from the Criminal Law emerged from the iluminism and the "new" legal goods, like supraindividual ones.

Keywords: Criminal Law; Good Legal Jurisdiction; Legitimacy of Criminal Law

1 INTRODUÇÃO

Já é antiga no Direito Penal a discussão sobre a Teoria do Bem Jurídico. Sua criação atribuída a Birnbaum no século XIX, conquistou vários adeptos e vem sendo utilizada até hoje em nosso ordenamento.

Na atualidade, a posição majoritária da doutrina da dogmática penal, é de que o Direito Penal cumpre a função de tutela dos bens e valores sociais fundamentais, indisponíveis para a vida em sociedade, diante dos constantes conflitos da contemporaneidade.

Não obstante, a teoria em questão também recebe várias críticas, principalmente em relação a imprecisão de sua definição, que não é uníssona na doutrina.

Sendo assim nos seguintes tópicos passaremos a estudar o Bem Jurídico de forma mais profunda, analisando sua evolução história, seu conceito e suas funções.

2 SÍNTESE HISTÓRICA

No presente tópico passaremos a analisar de forma sucinta, porém clara, como aconteceu a evolução do entendimento sobre o bem jurídico.

2.1 PRÉ-ILUMINISMO E ILUMINISMO

Em épocas passadas, crime e pecado se confundiam, o Direito Penal era utilizado para tutelar a religião e seus interesses, sendo que as penas eram nitidamente desproporcionais. Nesse momento anterior a ilustração, devido a associação entre Estado e Igreja, ao soberano era reconhecido um direito divino, fazendo com que se acreditasse que sua vontade era a própria vontade

de Deus. Sendo assim o crime era considerado um pecado divino, um atentado contra a vontade de Deus.

A Revolução Francesa que difundiu a tríade “*liberdade, igualdade e fraternidade*” e os ideais iluministas de modo geral, contribuíram em muito na evolução do Direito Penal. Nesse momento, o crime passou a ser visto como uma lesão à um direito subjetivo. Para Luiz Regis Prado “na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”.²⁶³

2.2 FEUERBACH E BIRNBAUM

Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, assim como os iluministas, também baseava sua teoria no contrato social e considerava que o crime era uma lesão à direitos subjetivos, porém tentou aprofundar a discussão. Segundo o autor o Estado somente deveria incriminar condutas que violassem os direitos subjetivos dos cidadãos e que gerassem dano social.

Sua teoria não visava a proteção de bens coletivos em razão do forte individualismo da época, sendo esta uma das maiores críticas a sua teoria, pois existem delitos que não atacam o direito subjetivo dos cidadãos e mesmo assim ferem ou colocam em risco outros bens jurídicos.

Johann Michael Franz Birbaum criticava a ideia de que o delito seria uma lesão à um direito subjetivo. Para o autor, seria necessário a existência de um objeto material importante para o indivíduo ou para a coletividade, que pudesse ser protegido de ataques. Birbaum não foi o criador da expressão

²⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2 ed. São Paulo: RT, 1997. p. 27.

“bem jurídico”, porém para a doutrina majoritária, ele foi o responsável por sua origem.

No entendimento de Luiz Flávio Gomes:

Como se vê, Birnbaum não falou diretamente em ‘bem jurídico’ (*Rechtsgut*), mas indiscutivelmente foi o primeiro autor a introduzir no Direito penal a idéia de ‘bem’ (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição com a doutrina do Iluminismo, que via na *danosidade social* e na *violação de direitos subjetivos* (*Rechtsverletzung*) os fundamentos da punição estatal.²⁶⁴

Birnaum deu passos importantíssimos para a evolução do Direito Penal ao considerar que o crime seria uma ofensa à bens jurídicos, rompendo assim com o pensamento iluminista e ao afirmar que a conduta delituosa poderia atingir também os interesses coletivos, ao contrário do que afirmava Feuerbach e os iluministas.

Segundo Luiz Regis Prado:

Em um momento ulterior, Birnbaum (1843) – que introduziu o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo – observa ser decisivo para tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva.²⁶⁵

2.3 POSITIVISMO: BINDING E VON LISZT

O advento do positivismo trouxe para o Direito Penal uma fase racionalista e sem visão crítica, tornando a norma a fonte exclusiva do bem jurídico. Karl Binding, defensor do positivismo, tinha em seu pensamento, a ideia de que a norma defini os bens jurídicos, sendo estes tudo aquilo que na opinião do legislador é importante para a coletividade. Nesse contexto histórico-jurídico, o Estado não mais tutelava o indivíduo e a liberdade (valores iluministas), e sim enaltecia o referencial sistêmico-social. Desta

²⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: RT, 2002. p.75.

²⁶⁵ PRADO, op. cit., p. 29.

maneira, a intervenção estatal aumentou, pois, o legislador poderia criminalizar tudo o que entendesse relevante.

Nesse sentido Juarez Tavares afirma que:

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.²⁶⁶

Franz Von Liszt assim como Binding, concebia o bem jurídico na visão positivista, porém, diferentemente de Binding, Von Liszt afirmava que o interesse tutelado era preexistente a norma.

Analisando o pensamento de Von Liszt, Luiz Regis Prado nos mostra que:

Como reação contrária ao tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão material do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda sua capacidade de limite à ação legiferante, com os estudos de Franz Von Liszt. O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra.²⁶⁷

Diz-se que o pensamento de Von Liszt tem conteúdo sociológico, pois para ele, os bens jurídicos eram concebidos a partir da realidade social e não da norma jurídica.

2.4 A VISÃO NEOKANTIANA

A visão neokantiana surge no início do século passado e compreende o direito como algo que se encontra entre os mundos do ser e do dever ser. Nesse contexto o bem jurídico é concebido como um valor abstrato.

²⁶⁶ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 187.

²⁶⁷ PRADO, op. cit., p. 32.

Luiz Regis Prado ao citar o pensamento de Gomez Benitez, nos mostra em sua clássica obra *Bem Jurídico-Penal e Constituição* que “conforme a diretriz do neokantismo, é o bem jurídico entendido como valor cultural, sendo que ‘sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao valorativo, em vez de situá-lo diretamente no terreno do social’”.²⁶⁸

Segundo Juarez Tavares:

Com o neokantismo se inaugura, porém, uma outra fase de evolução política, em que a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma.²⁶⁹

Esse período foi marcado por uma concepção metodológica que transformou os bens jurídicos em meras formulas interpretativas dos tipos legais de crime. Sendo assim o conceito de bem jurídico foi totalmente desprezado e somente foi recuperado após a Segunda Guerra Mundial por um grupo de penalistas alemães e suíços que contemplavam o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

2.5 TEORIAS SOCIOLÓGICAS

De acordo com as teorias sociológicas o Direito Penal deve tutelar o sistema social, sendo este, um conjunto de funções e o crime uma disfuncionalidade social. Para os adeptos desse modo de pensar, o delito seria uma conduta socialmente danosa. Como defensores dessas teorias temos nomes como Knut Amelung, Günther Jakobs, Harro Otto, J. Habermas, Winfried Hassemer, Mir Puig, entre outros.

²⁶⁸ PRADO, op. cit., p. 34.

²⁶⁹ TAVARES, op. cit., p. 189.

Para a maioria desses autores, a noção de bem jurídico se situa na realidade social e se integra com as demais ciências sociais. Luiz Regis Prado nos ensina que em relação as teorias sociológicas, “o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral. E o delito vem a ser um comportamento disfuncional, quer dizer, um obstáculo ao funcionamento do sistema social.”²⁷⁰

2.6 TEORIAS CONSTITUCIONAIS

As teorias constitucionais são aquelas que tratam da ideia de que o legislador no momento da elaboração dos tipos penais, deve sempre ter como ponto de partida os valores consagrados pela Constituição. Para essa corrente o conceito de bem jurídico deve ser extraído e delimitado segundo os princípios e valores constitucionais, pois é esta a responsável por regular os poderes do Estado e as garantias fundamentais do cidadão. Deve a Constituição atuar como limite na elaboração das leis. Para Regis Prado, “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais.”²⁷¹

Claus Roxin, o maior expoente dessa vertente teórica ao tratar dos limites impostos ao legislador nos ensina que:

Em primeiro Lugar, é claro que são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentem contra Direitos fundamentais e humanos. A punibilidade de, por exemplo, expressões críticas a um regime, de uniões matrimoniais de pessoas pertencentes a distintas raças atentaria contra o princípio da liberdade de expressão ou contra o princípio da igualdade, respectivamente. Estes dois princípios estão contidos na Constituição alemã e são também reconhecidos internacionalmente. Isto é, obrigam o legislador.²⁷²

²⁷⁰ PRADO, op. cit., p. 39.

²⁷¹ Ibid., p. 51.

²⁷² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

2.7 O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

As sociedades modernas, frutos do pós industrialismo passaram a se deparar com novas realidades conflitivas. O capitalismo trouxe novas relações socioeconômicas, juntamente com a globalização e avanços tecnológicos que deram origem a novos interesses e valores, os quais o Direito Penal Clássico não podia prever nem garantir.

Pierpaolo Cruz Bottini adverte:

Os resultados desencadeados pela utilização de novas tecnologias afetam, ou têm o potencial de afetar um volume crescente de bens jurídicos. A energia nuclear, a utilização de organismos geneticamente modificados, o desenvolvimento de novos medicamentos em larga escala, sem as necessárias precauções quanto a seus efeitos, são exemplos de inovações científicas que podem desencadear graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos fundamentais.²⁷³

Com a evolução dos Estados modernos, a proteção de bens jurídicos individuais passou a ser deficiente para resguardar as situações que ferem ou colocam em perigo esses novos interesses decorrentes das mudanças econômicas, sociais, políticas e ambientais. Seria necessário então, o reconhecimento dos bens jurídicos supraindividuais.

A expansão do Direito Penal através do reconhecimento desses interesses, traria a impossibilidade da manutenção dos princípios penais liberais, como também a classificação dos interesses exclusivamente individuais e coletivos. Sendo assim seria necessário uma mudança de enfoque, da perspectiva individual para a coletiva.

Ocorre que o ordenamento jurídico penal pátrio não dispõe dos meios necessários para tutelar esses interesses, que são importantíssimos para a convivência em sociedade. É claro que foi dado passos importantes nesse sentido, com o surgimento de legislações referentes aos denominados Direito

²⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da Precaução, Direito Penal e Sociedade de Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 61. n. 49, p. 44, Jul. 2006.

Penal Ambiental e Direito Penal Econômico, porém é através dos crimes de perigo abstrato que os bens jurídicos supraindividuais veem sendo tutelados. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini “a expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco.”²⁷⁴ Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco. Aqui também se encontra uma polêmica, pois esse tipo de incriminação causa grande desconforto aos postulados do Direito Penal liberal.

3 CONCEITO

O aspecto mais controverso a respeito do bem jurídico é o seu conceito. Observando-se a doutrina pátria e internacional, verifica-se a dificuldade de conceitua-lo de forma precisa. Como visto nos tópicos anteriores a noção de bem jurídico passou por grande evolução. Desde um primeiro momento quando concebia a ideia de crime como pecado, até o momento atual da dogmática penal. Segundo a doutrina atual, deve o legislador extrair da Constituição o teor do bem jurídico. Trata-se, como explicado anteriormente, das teorias constitucionalistas, que a grosso modo, defendem que a Lei Maior deve ser o limite para a fixação do conceito do bem jurídico Penal. Porém, ainda assim, a conceituação do bem jurídico permanece uma tarefa muito difícil.

Juarez Tavares nos adverte o seguinte:

Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da

²⁷⁴ BOTTINI, op. cit., 2006.

linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.²⁷⁵

Para Luiz Regis Prado “o bem jurídico penal é um ente material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.”²⁷⁶

Claus Roxin nos traz a concepção de que bens jurídicos são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.²⁷⁷

4 FUNÇÕES

Neste tópico trataremos de algumas das inúmeras funções atribuídas ao bem jurídico, que na visão de Luiz Regis Prado são tidas como mais relevantes. São elas: *Função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado*, *Função teleológica ou interpretativa*, *Função individualizadora e Função sistêmica*.²⁷⁸

A função de garantia é aquela que limita o *ius puniendi* estatal. Assim, só haverá tipificação das condutas tidas como mais graves, que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídicos. Esta função tem caráter claramente político-criminal. É ela que limita o legislador no momento da produção da norma penal.

²⁷⁵ TAVARES, op. cit., p. 181.

²⁷⁶ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 225.

²⁷⁷ Ibidem. p. 225.

²⁷⁷ ROXIN, op. cit., p. 16.

²⁷⁸ PRADO, *Bem jurídico*, op. cit., p. 48.

Segundo a função teleológica ou interpretativa, para que se interprete determinada norma penal, é necessário que se atente para o bem jurídico protegido por ela. Desta maneira, o bem jurídico constitui importante instrumento de interpretação, levado em conta como elemento central do núcleo da norma e do tipo.

O grau de ataque ao bem jurídico protegido deve ser levado em conta no momento da condenação. A função individualizadora segundo Regis Prado, funciona “como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico.”²⁷⁹

A função sistêmica é aquela que trata do critério de organização e classificação dos tipos penais na parte especial do Código Penal. É feita de forma sistemática, facilitando a estruturação do sistema Penal.

5 CRÍTICAS À TEORIA DO BEM JURÍDICO

A maior crítica que a teoria do bem jurídico recebe está na dificuldade de definição de seu conceito material. Como estudado em tópicos anteriores, a doutrina da dogmática penal ainda não chegou em um consenso da definição de bem jurídico. Seria impossível apresentar um conceito que abrangesse todos os bens que podem ser violados.

Outra crítica à teoria em questão, é de que ela não se adaptaria ao novo panorama trazido pelos bens jurídicos supraindividuais. Nesses casos os princípios penais clássicos limitadores da atividade estatal não teriam aplicação fidedigna. Existe o argumento de que se a proteção de bens jurídicos atua como limite ao poder punitivo estatal, não deveria ela criminalizar os casos relativos a bens supraindividuais.

A teoria do bem jurídico também recebe reprovação por parte da doutrina em relação ao fato de existir incriminações sem bem jurídico. A

²⁷⁹ PRADO, *Bem jurídico*, op. cit., p. 49.

maior parte da doutrina não reconhece a existência de leis penais que não protejam bens jurídicos, como é o caso da crueldade contra animais. Incriminações sem bem jurídico seriam uma afronta ao princípio da intervenção mínima.

Luís Greco ao tratar do assunto nos diz:

O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social.²⁸⁰

Apesar de sofrer várias críticas, a teoria do bem jurídico se encontra fortemente enraizada em nosso ordenamento e segue sendo aplicada sem qualquer esvaziamento.

6 CONCLUSÃO

O Direito Penal deve possuir como principal dever a proteção de bens jurídicos, que são valores e interesses necessários para a coexistência pacífica do ser humano em sociedade.

A intervenção punitiva estatal se limita e se fundamenta na exclusiva proteção de bens jurídicos. Nesse contexto, deve-se entender o delito como uma ofensa à um bem jurídico relevante ou a colocação desse bem em perigo, como ocorre na maioria das vezes quando se trata dos bens jurídicos supraindividuais.

Essa proteção deve acontecer tendo a Constituição Federal como limite. A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, desta maneira, a Lei Penal, desde seu surgimento até o momento de sua aplicação, deve estar subordinada aos princípios fundamentais e sociais presentes em

²⁸⁰ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 12. n. 49, p. 111, Jul/ago. 2004.

nossa Constituição. Por exemplo, no momento de aplicação da pena, temos que pode haver uma imposição que resulte em restrições de direitos fundamentais que estão consagrados em nossa Constituição, assim para um verdadeiro Direito Penal que atue conforme a nossa Lei Maior, somente os bens jurídicos dotados de relevância constitucional devem ser protegidos através deste tipo de penas.

Os limites impostos pela constituição podem se dar de forma expressa, como um mandado de criminalização ou de forma implícita, dentro dos princípios e valores que regem nosso modelo de Estado.

Não podemos admitir, nesse sentido, a incriminação de condutas que atentem apenas contra ideologias ou comportamentos que não ofendam bens jurídicos indispensáveis para a vida em sociedade. Como exemplos, podemos citar o adultério que no passado já foi considerado crime em nosso ordenamento, bem como alguns países que punem pessoas por serem homossexuais.

REFERÊNCIAS

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da Precaução, Direito Penal e Sociedade de Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 61. n. 49, p. 44, Jul. 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: RT, 2002.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 12. n. 49, p. 111, Jul/ago. 2004.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2 ed. São Paulo: RT, 1997.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: RT, 2014.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.
- TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.