

A TEORIA DO BEM JURÍDICO E A PROTEÇÃO PENAL DE VALORES SUPRAINDIVIDUAIS¹

THE THEORY OF LEGAL RIGHTS AND THE CRIMINAL PROTECTION OF SUPRA-INDIVIDUAL VALUES

Bruno Rotta Almeida²

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS

RESUMO

Este artigo tenta expor a importância da doutrina do bem jurídico na ciência penal e na discussão sobre a proteção penal de valores não individuais. Para tanto, traça-se o progresso desta teoria desde o seu primeiro momento, no século XIX. Abordam-se, ainda, os critérios de seleção daqueles bens e valores fundamentais da sociedade que devam ser objeto de tutela penal nos diferentes períodos históricos. Por fim, propõe-se uma abreviada discussão sobre as novas categorias de bens - supraindividuais, difusos ou coletivos - e suas incidências no sistema jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico-penal. Direito Penal. Bens supraindividuais.

ABSTRACT

This work attempts to reveal the importance of the legal rights doctrine in criminal science and in the discussion on the criminal protection of non-individual values. For such, the progress of the referred theory is traced, starting from its origins, in the 19th century. Therefore, we present the criteria for the selection of these rights and fundamental values of society that should be the objects of criminal protection in different historical periods. Finally, a brief discussion is proposed on the new categories of rights (supra-individual, diffuse and collective) and their incidence on the Criminal Legal System.

KEYWORDS

Criminal legal rights. Criminal Law. Supra-individual rights.

SUMÁRIO

1 Introdução 2 Da noção de pecado como crime à ideia de bem jurídico como objeto de tutela 2.1 A disparidade da discussão propedêutica de Binding e Liszt sobre o “bem” 3 Do advento das teorias críticas no período da pretensa “superioridade da raça ariana” às teorias sociológicas do pós-guerra 4 As teorias constitucionais como fronteira ao campo de abrangência estatal na seleção dos bens jurídicos 5 A proposta de discussão: As novas categorias de bens como bens jurídicos suscetíveis de tutela penal? 6 Conclusão 7 Bibliografia

¹ Enviado em 23/4, aprovado em 6/7 e aceito em 30/7/2009.

² E-mail: bruno.ralm@yahoo.com.br.

1 Introdução

Criada no século XIX, com o objetivo de limitar o legislador penal, a doutrina do bem jurídico surge como um aspecto fundamental no estudo da teoria do delito. No mesmo sentido, buscam-se fixar - em concreto, supondo a relação entre bem jurídico e sanção penal - critérios para selecionar aqueles bens e valores fundamentais da sociedade, uma vez que somente estes devem ser objeto de atenção do construtor da lei penal.

Por assim dizer, a ciência do Direito Penal é importante para concretizar, selecionar e individualizar racionalmente os interesses merecedores de proteção penal. Agrega-se a esse ponto uma relação na qual a pena imposta é uma consequência ocasionada pela condição axiológica do bem, e este tem sua relevância exatamente na proteção exercida pela pena. Para Francisco de Assis Toledo:

Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de “valor”, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetevidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos e ataques ou sujeitos a determinadas lesões. (TOLEDO, 1994, p. 15)

Na mesma perspectiva, ainda que os valores a serem protegidos variem conforme o modelo de sociedade, tornando-se utópica a real concretização na identificação do bem jurídico por meio da função da pena, encontra-se neste tema, diretamente conexo ao Direito Penal moderno, uma importância primordial para um Estado Democrático e Social de Direito.

2 Da noção de pecado como crime à ideia de bem jurídico como objeto de tutela

Em épocas mais remotas, dentro de um contexto teológico, o ilícito penal era entendido como uma ofensa grave contra os deuses: antes de tudo, um pecado. Já no Iluminismo, há uma substituição da razão da autoridade pela autoridade da razão, dita como progresso da vida. Despontou desse movimento uma visão diferente da sociedade, em que o Direito Penal é entendido como um sistema de controle social, evitando o arbítrio judicial em relação à gravidade das penas impostas. Era uma ideia de secularização, separando o Direito Penal das leis divinas e do poder religioso. Consoante 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. (PRADO, 2003, p. 28)

Dessa forma, o ilícito penal tornara-se uma lesão de um direito subjetivo alheio, ou seja, pratica um *crimen* aquele que atentar contra a liberdade garantida pelo contrato social. Como era entendido por alguns autores, o crime, em *lato sensu*, é uma ação contrária ao direito alheio, cominada na lei penal. Em outras palavras, a partir da teoria contratualista inserida na atmosfera penal, surge o delito entendido como ofensa a um direito subjetivo e individual, sendo este direito um propenso garantidor da liberdade pessoal. Seguindo essa linha, Carrara, ilustre representante da Escola Clássica Italiana, também considera o crime como violação a um direito subjetivo. Segundo Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria,

Alguns delitos destroem imediatamente a sociedade, ou quem a representa; alguns ofendem a segurança particular de um cidadão na vida, nos bens ou na honra; outros são ações contrárias àquilo que cada um é obrigado a fazer, ou a não fazer, com vistas ao bem público. (BECCARIA, 1979, p. 86)

Nesse contexto, somados à lesão a direitos subjetivos, à danosidade social e à necessidade da pena, surgem como elementos básicos da política criminal contra a arbitrariedade da justiça - como também, limitando o legislador penal, de modo a favorecer ou garantir os bens individuais - os seguintes aspectos: o contratualismo, sendo o contrato social o fundamento do *jus puniendi*; o legalismo, delitos e penas descritos na lei; o utilitarismo, no sentido da pena como meio de defesa social; e a secularização, representativa da autonomia do Direito Penal em relação às leis divinas.

Em um momento ulterior, ao adentrar no positivismo da Escola Histórica, Birnbaum foi o primeiro autor a introduzir no Direito Penal a ideia de bem jurídico material como objeto de tutela, e não mais a ofensa a um direito subjetivo como fundamento da sanção penal. Afirmava ele: “Se se quer tratar o delito como lesão, o essencial é relacionar necessariamente este conceito com a sua natureza; não com um direito, senão como um bem [...] é sempre bem, não o direito, o que se vê diminuído” (apud MALARÉE, 1992, p. 27). Desse modo, o que resulta ofendido no homicídio é o bem da vida, e não o direito subjetivo à vida, como diziam os iluministas.

2.1 A disparidade da discussão propedêutica de Binding e Liszt sobre o “bem”

Após o importante momento histórico da doutrina do bem jurídico, em decorrência da sua introdução ao estudo do crime, surgem distintas técnicas de ensino; entre elas, a de Binding, com uma dimensão formal, por meio de um jusracionalismo positivista, e a de Von Liszt, a partir de uma relação entre bem jurídico e indivíduo ou sociedade, diante de um positivismo naturalista. Para Binding, o bem jurídico é de criação livre do legislador, tudo o que é importante para a ordem jurídica, definido da seguinte maneira:

Tudo o que em si mesmo não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sana da comunidade jurídica, em cuja manutenção incólume e livre de perturbações tem interesse desde seu ponto de vista e que por isso faz esforços por meio de suas normas para assegurar-lhe diante de lesões ou perigos não desejados. (BINDING apud GOMES, 2002, p. 77)

Assim, entende o autor que o delito é uma ofensa a um direito de obediência estatal, sendo que agredindo a este ofenderá também o bem jurídico, por vincular-se este à norma. Todavia, para Von Liszt:

Bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, ele é criado pela vida; mas a proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico [...] os interesses vitais resultam das relações da vida entre os mesmos indivíduos ou entre os particulares e a sociedade organizada em Estado e vice-versa [...] a ordem jurídica delimita as esferas de ação (*Machtgebiete*) de cada um [...] faz da situação da vida (*Lebensverhältnis*) uma situação do Direito (*Rechtsverhältnis*) [...] a proteção jurídica que presta a ordem do Direito aos interesses da vida é a proteção pelas normas (*Normensachtz*). Bem jurídico e norma são os conceitos fundamentais do Direito. (VON LISZT, s/d. t. 2, p. 6)

Ao contrário do que pensa Binding - bem jurídico é de criação exclusiva do legislador -, para Von Liszt não há tal exclusividade, pois o interesse transformado em bem jurídico está presente na sociedade. Ainda, o fim do direito é o de proteger os interesses do homem, sendo estes anteriores à norma. Portanto, a lei não cria o bem jurídico, mas o encontra. De qualquer maneira, as duas metodologias encontram um ponto comum. Em virtude de ser a norma o meio pelo qual se considera um bem como merecedor de tutela estatal, o Estado a tem para o exercício de uma política criminal.

3 Do advento das teorias críticas no período da pretensa “superioridade da raça ariana” às teorias sociológicas do pós-guerra

Em meados do século XX, por meio das orientações espiritualistas influenciadas pela filosofia axiológica do neokantismo, a noção de bem jurídico foi menosprezada, deixando de ser a essência do conceito de delito, o qual passou a ser considerado como mera lesão à norma ou violação de um dever.

Sobre o assunto, Luiz Flávio Gomes, afirma: “[...] o núcleo do delito se afasta do conceito de bem jurídico e passa a ser constituído (a) pela violação de um dever, ou (b) pelo desvalor de uma intenção interior, ou (c) pelo rompimento da fidelidade do sujeito ou, ainda, (d) pela violação de um valor cultural” (GOMES, 2002, p. 80).

Nessas doutrinas - críticas ou relativistas -, tendo como palco o nacionalismo e o socialismo da época, o bem jurídico, por ter sido entendido como criação discricionária do legislador - positivismo da Escola Histórica -, perdeu sua importância, pois o que realmente importava não era a violação de um bem, mas a vigência e violação da própria norma imposta por aquele Estado.

A teoria finalista de Welzel pode ser inserida na concepção das referidas teorias, pois relativizou a noção do bem jurídico, uma vez que, conforme este autor, tutelar um bem é um meio para se chegar a uma proteção ético-social. Para Jakobs, o Direito Penal não protege o bem jurídico, mas somente a norma: é a ideia do funcionalismo sistêmico do Direito Penal (JAKOBS, 1995, p. 44 et seq.).

Após a 2ª Guerra Mundial, a teoria do bem jurídico foi sendo novamente inserida no contexto da problemática penal; até mesmo na Alemanha, onde o nacionalismo e a Escola de Kiel haviam abandonado tal proposição. De acordo com Toledo, “no Projeto Alternativo, da Alemanha Federal, chegou-se a incluir um parágrafo estabelecendo, pra não deixar dúvidas, que ‘as penas e medidas se destinam à proteção dos bens jurídicos’” (TOLEDO, 1994, p. 18).

Embora a reintrodução do bem jurídico tenha acontecido realmente a partir das teorias constitucionais dos anos 1970, as teorias sociológicas, mesmo não claras quanto ao conceito de bem jurídico e, conseqüentemente, à definição de crime, de certa forma, ajudaram para tal estudo.

Entre vários teóricos, destacam-se Amelung, Calliess e Santiago Mir Puig. Amelung, também considerado adepto das teorias críticas, entende que o conceito de bem jurídico está no centro da teoria sistêmica, substituindo-o pela nomenclatura “danosidade social”, sendo que delito é o que causa dano à sociedade. Já Calliess insere o conceito de bem jurídico dentro de uma estrutura social de interação, vinculada ao Estado Democrático de Direito, de modo que as sanções penais não têm função de privação, e sim de estabelecer as oportunidades de participação.

Nessa mesma ótica, Mir Puig evidencia que a limitação conceitual do Estado está na sociedade. Com isso, “bem jurídicos, assim, são *condições necessárias* de um correto funcionamento dos sistemas sociais e sempre que tais condições se traduzem em *concretas possibilidades de participação* do indivíduo nos processos de interação social” (1982, p. 140).

Muitas são as concepções modernas sociológicas sobre o tema em questão, porém nenhuma delas conseguiu extrair um conceito material preciso a respeito do bem jurídico. Também não houve convincentes estudos sobre a razão de uma sociedade criminalizar determinados atos e outros não. Logo, grande parte da doutrina atual proclamou a Constituição como um adequado meio para que a noção do bem jurídico venha a limitar o poder punitivo do Estado. Surgem, então, as teorias constitucionais.

4 As teorias constitucionais como fronteira ao campo de abrangência estatal na seleção dos bens jurídicos

Em síntese, essas teorias evidenciam o limite imposto ao Estado perante a eleição daqueles bens merecedores de tutela. O conceito de bem jurídico deve ser entendido como constitucional, já que a Constituição centra na pessoa e nos seus direitos fundamentais a base de toda realidade jurídico-política do Estado.

Conforme a didática de Luiz Regis Prado (2003), as teorias constitucionais podem ser agrupadas de acordo com o método de vinculação com a norma constitucional: a) teorias de fundamento constitucional estrito, isto é, atrelando o bem jurídico somente à Constituição; b) e teorias de caráter geral, percebendo o tema de forma ampla, ou seja, também abrangendo bens jurídicos implícitos.

Nas primeiras teorias, destacam-se, entre vários, os entendimentos de Gonzales Rus e Bricola. Aquele entende que o legislador infraconstitucional deve se orientar a partir do texto da Constituição, encontrando os bens jurídicos tutelados e a sua forma de atuação na política criminal. De acordo com Luiz Flávio Gomes, Bricola:

Ao definir o delito como um fato previsto de forma taxativa na lei e idôneo para ofender um valor constitucionalmente significativo, sustenta a legitimidade da sanção penal somente diante da presença de uma violação de um bem que, ainda que não tenha o grau de relevância da liberdade pessoal que é sacrificada, está ao menos dotada de significação constitucional. (GOMES, 2002, p. 89)

Já nas teorias de caráter *lato sensu*, enfatizam-se, embora demonstrarem certa influência funcionalista, as concepções de Roxin e Rudolphi. Roxin parte da ideia moderna de Estado Democrático e Social de Direito. Segundo ele, para uma existência em comum, é preciso que o Direito Penal assegure os bens mais valiosos da sociedade - a vida, a integridade física, a propriedade, entre outros -, punindo eventuais ofensas e garantindo as prestações públicas necessárias à existência do indivíduo, como a assistência social. Semelhantemente, Rudolphi, também componente do grupo dos adeptos às teorias ecléticas, sugere um amparo na Constituição, afirmando que o legislador penal ordinário está preso aos valores fundamentais existentes, pois os bens jurídicos já apresentam referência constitucional e não podem resultar em desconformidade com tais valores.

Faz-se referência, também, a uma corrente intermediária (teoria mista) das teorias constitucionais, a qual afirma não haver antagonismos entre as duas diferentes concepções recém comentadas.

Por fim, ainda que alguns autores afirmem que a própria sociedade é quem determina quais bens necessitam de tutela penal, muitos autores citaram a Constituição como o instrumento mais hábil para a determinar os interesses jurídicos realmente merecedores da intervenção estatal.

5 A proposta de discussão: as novas categorias de bens como bens jurídicos suscetíveis de tutela penal?

Para responder tal pergunta, é necessário traçar um sucinto esboço da divisão dos valores considerados jurídicos. Os bens jurídicos podem ser da seguinte forma: individuais, ou seja, relacionados à própria pessoa (vida, liberdade, propriedade, honra etc.); supraindividuais, correspondendo às mais diferentes espécies: bens públicos (segurança pública, v.g.), institucionais (por exemplo, segurança do Estado) ou difusos (meio ambiente, entre outros). Os bens públicos, institucionais e difusos apresentam esse caráter supraindividual porque não dizem respeito a um indivíduo determinado, ou estão relacionados à sociedade ou pertencem a uma coletividade.

A grande polêmica, no entanto, está sobre a titularidade do interesse, diga-se, bem jurídico. Essa questão, porém, regressa-nos à já citada divergência entre o pensamento de Binding e von Liszt, sobre quem seria o titular do bem jurídico. Entretanto, e respeitando os importantes ensinamentos dos referidos doutrinadores, procuraremos uma solução em outras observações.

É óbvia a real importância dos bens supraindividuais no âmbito social; entretanto, é contestável se esses mesmos bens são merecedores de tutela penal. De acordo com uma concepção *dualista* do bem jurídico, este não só será individual como também social ou comunitário, abrangendo do mesmo modo os bens jurídicos não individuais, também merecedores de intervenção punitiva. Por outro lado, a teoria *monista* expõe o bem jurídico a partir de uma concepção estatal ou pessoal e individual.

Observa-se, assim, a existência de, por um lado, uma concepção *antropocêntrica*, aquela que coloca o homem como centro de valor: algo é bom se o é para o homem; e por outro, uma *ecocêntrica*, assentando a natureza como um núcleo de valor a fim de proteger os recursos naturais em benefício das gerações futuras. Contudo, podemos compreender também uma teoria mista, em que se sustenta a existência de bens jurídicos supraindividuais, mas tão somente ligados ao homem, por si ou pelo o que interessa.

Dessa forma, podemos verificar vários entendimentos sobre o tema. Alguns autores, como Strantenwerth e Jakobs, sugerem, até mesmo, abandonar a teoria do bem jurídico para o Direito Penal. Jakobs afirma que o Direito Penal não protege o bem jurídico, mas a norma. Outros doutrinadores - Hassemer, Prittwitz, Francisco Muñoz Conde, Roxin, Jorge de Figueiredo Dias, entre outros - compreendem a relevância da teoria do bem jurídico ao Direito Penal. A Escola de Frankfurt (Hassemer, Prittwitz et al.) propõe um afastamento do Direito Penal das categorias fora dos direitos individuais. Em contrapartida, Figueiredo Dias (2007, p. 43 et seq.) entende serem capazes de proteção penal também os bens relacionados a um aspecto geral - isto é, supraindividuais, coletivos ou difusos.

Para Roxin (2006, p. 19), a definição de bem jurídico não pode ser limitada a bens jurídicos individuais: ela abrange também bens jurídicos gerais. Contudo, conforme o mesmo autor, estes bens somente são legítimos quando convêm ao próprio cidadão.

Por fim, o assunto demonstra sua maior importância geralmente em razão de acontecimentos que causam certo repúdio à sociedade, em especial os danos causados ao meio ambiente; momento pelo qual os legisladores o utilizam para criarem leis com o objetivo de proteger a tal bem jurídico, como a Lei dos Crimes Ambientais -, Lei nº 9.605/1998 - e, mais recentemente, a nova Lei de Biossegurança - Lei nº 11.105/2005 -, inclusive com a observação de um novo postulado jurídico, de preponderante proteção ambiental: o *princípio da precaução*.

6 Conclusão

Vivemos em uma época na qual a imprópria intervenção penal é cada vez maior: existe uma forte presença da tutela de bens supraindividuais. A partir de uma visão crítica a esse modelo de Direito Penal, encontramos uma concepção individualista do bem jurídico-penal, porém orientada por um aspecto misto. Ou seja: tais valores jurídicos supraindividuais devem ser explicados conforme a referida orientação individualista (diga-se: antropocêntrica).

O Direito Penal é um sistema direcionado ao indivíduo: é este que irá receber às suas costas o peso da violenta intervenção punitiva estatal. Portanto, não podemos nos fazer de conceitos exclusivamente relacionados a interesses abstratos, sejam coletivos, gerais, difusos, etc. Ao menos, para estes bens supraindividuais serem suscetíveis de tutela penal pelo Estado, um requisito é indispensável: que eles tenham uma considerável relação com o indivíduo, desempenhando um desenvolvimento pessoal neste.

Ademais, o sistema penal nada mais é do que somente uma das soluções possíveis para a garantia da ordem econômica e social. O controle social pode ser exercido por intermédio da família, da medicina, da educação, da religião, da atividade artística, dos meios de comunicação, etc. Assim, o controle social penal só deveria entrar em funcionamento quando fracassarem os mecanismos primários, os quais devem interferir previamente, e restar gravemente ofendido um bem jurídico relevante, de modo a proporcionar a intervenção de tal sistema punitivo mais incisivo.

Por tudo, independentemente da forma de se individualizarem os bens que necessitam de tutela penal pelo Estado, no pensamento jurídico moderno há a certeza de que a doutrina do bem jurídico, guiada pelos princípios fundamentais proclamados no Estado Social e Democrático de Direito, é mais que fundamental para o estudo da problemática penal: tal doutrina limita o legislador e evita a arbitrariedade do Estado.

7 Bibliografia

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HORMAZÁBAL MALARÉE. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago: Conosur, 1992.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1982.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VON LIZST, Franz. *Tratado de derecho penal*. V. 2. Madrid: Reus, [s.d.].