

# A EVOLUÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL: DA “NEUTRALIDADE” AO GIRO VALORATIVO NA ORIENTAÇÃO DO DIREITO PENAL

*Alice Quintela Lopes Oliveira*

Mestre em Direito. Advogada.

**RESUMO:** *O presente artigo tem por escopo apresentar, numa visão sucinta, a evolução do pensamento criminal, demonstrando a preocupação da ciência penal com opções valorativas, vale dizer, com a necessária abertura valorativa do direito penal. O marco teórico deste trabalho tem como ponto central a análise do bem jurídico como fundamento e limite do direito penal, sendo este observado sob a perspectiva constitucionalista.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Direito Penal. Funcionalismo Teleológico. Bem Jurídico. Teoria Constitucionalista*

**ABSTRACT:** *The present article has for goal to presente, in a brief version, the criminal trends evolution, showing their concern about value in criminal law. The theoretical landmarck remains with the juridical wells, as bedding and limit of criminal law, observed in a constitutionalist perspective.*

**KEYWORDS:** *Criminal Law. Teleologic Funcionalism. Juridical Wells. Constitutionalism Theory*

## INTRODUÇÃO

“O tempo presente é, por excelência, o tempo da política criminal.” Com esta frase, Dias (1999, p. 21) inicia suas elucubrações acerca do sistema penal na contemporaneidade. Tendo como pano de fundo as teorizações de Franz Von Liszt e de Claus Roxin, o professor de Coimbra discorre sobre a cientificidade do direito penal, restaurando a ideia de Liszt sobre a ciência conjunta ou total do direito penal e adaptando-as às ideias de Roxin, expostas em sua obra *Política criminal e sistema jurídico-pena*. (DIAS, 2000).

O conhecimento científico e, conseqüentemente, a dogmática penal, vem sofrendo profundas modificações com o decurso do tempo. O paradigma da modernidade – racionalismo cartesiano – através do método gnosiológico

pressupunha objetividade, produção científica “pura”, contemplativa dos fenômenos, distanciada da realidade, sem se atentar para a necessidade de fundir o observador-cientista com o homem comum. Vale dizer, o viés harmonicista e cartesiano do conhecimento moderno – denominado pelos filósofos da Escola de Frankfurt de Teoria Tradicional – pela qual o cientista, que vê a realidade social, e o cidadão, que atua sobre ela, consistem em duas pessoas distintas, em nada se aproxima da concepção científica da contemporaneidade.

O saber crítico, no século XX, relativizou esse modelo científico. A noção de certeza científica foi suplantada pelos conceitos de previsibilidade e estabilidade. Nas antípodas da Teoria Tradicional (modelo científico moderno-cartesiano), rompe-se com a relação de exterioridade com a práxis social, a qual separa de forma estanque o valor e a ciência, o saber e o agir, impondo ao estudo um caráter pragmático. (MONDAINI, s/d)

Fundem-se num só corpo as figuras daquele que pensa e daquele que age. Pensamento e ação conduzem a novas formas de comportamentos sociais e se voltam para a reprodução da realidade. De fato, ao sustentar que o observador, como tal, nada pode modificar no acontecimento estudado, o conhecimento moderno e a Teoria Tradicional conduzem ao acomodamento, à passividade, dando cabo da função primordial do pensamento que se traduz pela constante possibilidade de transformação histórico-social. Neste sentido, as lições de Horkheimer (1980, p. 117): “[...] o conformismo do pensamento, a insistência em que isto constitua uma atividade fixa, um reino à parte dentro da totalidade social, faz com que o pensamento abandone sua própria essência.”

No percurso da modernidade, a razão e o conhecimento se desviaram do seu objetivo emancipatório original e transmudaram-se para uma razão instrumental. A razão e o conhecimento assumem caráter instrumental quando o sujeito cognoscente toma a decisão de que conhecer é dominar e controlar a natureza. O racionalismo instrumental ostenta um viés utilitarista, no qual os meios estão justificados na busca de determinados fins.

Tendo cedido em sua autonomia, a “razão” tornou-se um instrumento. No aspecto formalista da razão subjetiva, sublinhada pelo “positivismo”, enfatiza-se a sua não-referência a um conteúdo objetivo; em seu aspecto instrumental, sublinhado pelo “pragmatismo”, enfatiza-se a sua submissão a conteúdos heterônomos. A razão tornou-se algo inteiramente aproveitado no

processo social. Seu valor operacional, seu papel de domínio dos homens e da natureza tornou-se o único critério para avaliá-la. (HORKHEIMER, 2002, p. 29, grifos no original).

A preocupação com as vicissitudes da razão técnico-instrumental se alastra em direção à Escola de Coimbra. Aduz Anselmo Borges (apud DIAS, 2001, p. 38):

na formação da razão técnico-instrumental concorreram, por paradoxal que possa parecer, o idealismo e o naturalismo, tanto num como no outro cabendo papel decisivo à concepção da objetividade científica como *Gegenstand* e à do sujeito como mera consciência universal, intemporal e impessoal. Daqui uma razão instrumental de domínio, profundamente imperialista, que concebe o saber como poder segundo a expressão famosa de Bacon e vê no homem, inebriado por aquilo que Horkheimer chamou a “doença da razão”, o dominador absoluto do mundo e da natureza; e que haveria de encontrar na racionalidade do *homo oeconomicus* e no espírito do capitalismo a sua versão sócio-econômica acabada, assente no dogma do progresso material ilimitado da humanidade.

Neste ponto, e considerando que não se pode cindir o cientista do cidadão, pode-se perceber que as ciências não são completamente neutras, desprovidas de valores e de concepções subjetivas. Ademais, quando se cuida de ciências humanas, notadamente no que se refere à ciência conjunta ou total do direito penal, encontra-se subjacente ao cientista do direito a concepção do homem como figura central e a correspondente ordem de valores individuais e sociais, sob o marco de um Estado Constitucional e Social de Direito, pautado na dignidade da pessoa humana.

Assim, não se concebe a existência de um direito penal desprovido de valores. Nesse aspecto, assume especial relevo a crítica à razão instrumental e ao modelo cartesiano no âmbito penal, ou seja, as ciências criminais devem enfatizar a dimensão mais humanística, sem obliterar as concepções subjetivas do criador, do intérprete e do aplicador do direito.

Nos tópicos que se seguem, abordar-se-á o processo “evolutivo” que subsidiou a ciência criminal. Trata-se de uma divisão topológica, já que cronologicamente muitas delas coincidiram e alguns de seus postulados subsistem até os dias atuais.

## POSITIVISMO NATURALISTA E MÉTODO EMPÍRICO: FORTALECIMENTO DA CRIMINOLOGIA

Durante o século XIX, com o surgimento das ideias de Darwin (1811) acerca da evolução das espécies, consolidou-se, na comunidade científica, o interesse pelo método empírico, experimental e causal-explicativo. Vale dizer, o conhecimento científico cingia-se a tudo aquilo que pudesse ser apreendido pelos sentidos e reconstruído em laboratórios.

Ao mesmo tempo em que a teoria darwiniana acarretava inquietação, o direito era questionado quanto a sua cientificidade e, por conseguinte, perdia relevo face à criminologia. As ideias da Escola Positiva colocavam em cheque a credibilidade de um ramo do saber cujo conceito de verdade derivava de um objeto composto por normas jurídicas, mutáveis ao sabor dos governantes.

A Escola Positiva<sup>1</sup> surgiu como reação à Escola Clássica<sup>2</sup> e deu origem ao denominado positivismo naturalista ou criminológico. Propiciou uma mudança radical no enfoque do delito, uma vez que os clássicos lutaram contra o castigo, contra a irracionalidade do sistema penal do antigo regime; enquanto a Escola Positiva tinha como missão lutar contra o delito por meio de um conhecimento científico de suas causas, com finalidade de proteger a ordem social, aliás, a nova ordem social da nascente burguesia industrial.

O fator aglutinante do pensamento criminológico foi o método empírico-indutivo ou indutivo-experimental, sustentado em contraponto à análise filosófico-metafísica própria da Escola Clássica. O delito era concebido como fato real, histórico, natural, cuja nocividade derivava das exigências da vida social. Interessava à criminologia, neste momento, o estudo da etiologia do crime, isto é, a identificação de suas causas, mormente as biopsicológicas ou sociológicas, ganhando notoriedade à figura do “criminoso nato” de Lombroso.

---

<sup>1</sup> Ressalte-se que há diferentes vertentes dentro da própria Escola Positiva, como a antropológica de Lombroso, a sociológica de Ferri e a jurídica de Garófalo.

<sup>2</sup> A Escola Clássica, trazendo o método dedutivo e abstrato, acreditava no livre-arbítrio, por isso fundamentava a pena retributivamente, vale dizer, punia-se o mal do crime com o mal da pena. Defendia, ainda, a equipotencialidade do homem delinquente, afirmando que este não seria diferente do homem “normal”, apenas teria feito escolhas erradas. Para maiores detalhes: MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

O positivismo criminológico é determinista, qualifica de ficção a liberdade humana e fundamenta a pena na ideia de responsabilidade social, afastando qualquer pretensão retribucionista ou de prevenção geral, o objetivo consistia unicamente na segregação do criminoso do meio social a fim de defender a sociedade. Nesse sentido, realçava-se a ideia da substituição dogmática penal por um saber empírico e interdisciplinar, uma vez que um programa político-criminal de combate ao delito não podia prescindir de um conjunto de conhecimentos oriundos da psicologia jurídica, sociologia criminal, dentre outros, a que Ferri (1999, p. 123), denominava teoria dos substitutivos penais.

Para a Escola Positiva, a conduta criminosa, por se revelar como um fato social, refletia diretamente na sociedade e em função desta deveria ser combatida. *Pari passu*, Garófalo (1983, p. 5) cunhou o conceito natural de delito, independentemente de sua expressa previsão legal, segundo o qual crime seria a lesão daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais: a piedade e a probidade. Ademais, a lesão deve ser na medida média em que são possuídos por uma comunidade e que é indispensável para a adaptação do indivíduo à sociedade.

Do ponto de vista histórico, o positivismo criminológico foi importante para a consolidação e legitimação da ordem burguesa que se formou. Por outro lado, o fundamento da intervenção penal – periculosidade do agente (deterministicamente voltado para o delito), e a função da pena – defesa social e prevenção especial negativa (segregação do animal delinquente) – revela-se de todo incompatível com o modelo de direito penal funcional-garantista defendido neste trabalho. De mais a mais, o excesso na defesa social acarreta a desumanização do delinquente e a instrumentalização do ser humano.

## POSITIVISMO JURÍDICO: DIREITO PENAL FECHADÍSSIMO

O positivismo criminológico nasceu como forma de reação aos excessos formalistas da Escola Clássica, que deduzia seu sistema racional de princípios apriorísticos ideais, afastados do mundo real, físico. Todavia, esse mesmo positivismo incorreu em outros excessos, sobretudo quando tentou reduzir o direito penal a um capítulo da Sociologia Criminal, explicando o delito através do método próprio das ciências naturais. Vê-se, então, que ambas as Escolas não tinham como

objeto o direito positivo (leia-se o direito vigente, contemplado nos instrumentos normativos), mas apenas aspectos parciais do fenômeno delitivo.<sup>3</sup>

Nesta ordem de ideias, surgiu um movimento, contrário aos demais, amparado na noção de direito como sinônimo de lei, partindo da premissa de que apenas o direito positivado poderia ser objeto da ciência jurídica. Representava uma visão formal-normativista, segundo a qual o direito era visto como uma ciência legalista, atrelada aos textos legais.

A dogmática positivista, escorada na pura exegese lógico-litera das leis, exposição da legalidade vigente, vedava qualquer atividade criadora por parte do aplicador do direito, proibindo a realização de interpretação teleológica ou finalística na busca pelo espírito da norma. Produto do Estado Liberal embasado na segurança jurídica e no princípio da legalidade, o positivismo restringia ao legislador a titularidade da fonte original do direito. Com receio dos excessos da Escola Jusracionalista, atribuiu ao intérprete e aplicador do direito a função meramente explicativa e expositiva dos conteúdos jurídicos, sem qualquer liberdade criadora. (SCHMIDT, 2007, p. 29).

No domínio penal, o movimento assumiu características peculiares na Itália, com *Arturo Rocco* e a Escola Técnico-Jurídica, e na Alemanha, com *Binding*. *Rocco*, criticando o positivismo naturalista, ensinava que o direito positivo era o único e verdadeiro objeto da ciência jurídica, analisado através do método técnico-jurídico. Retirava do direito penal toda carga de investigação filosófica, metafísica, política ou social, limitando-o aos ditames legais.

O método técnico-jurídico contemplava três etapas: a exegética, a dogmática e a crítica. A fase exegética restringia-se ao aspecto gramatical; a dogmática era responsável pela exposição dos princípios fundamentais do direito positivo, oferecendo critérios para integração e criação do direito pela sistematização dos princípios. Por fim, a terceira ordem de pesquisa e investigação aponta para uma

---

<sup>3</sup> O objeto da Escola Clássica residia no direito natural, ao passo que o da Escola Positiva centrava-se no crime como fato social e no criminoso.

concepção crítica, estudando o direito como ele deveria ser, buscando sua construção e apresentando propostas de reforma.<sup>4</sup>

Karl Binding (Apud ANDRADE, 1990, p. 33) por sua vez, advogando o que se tornou o ponto máximo do positivismo normativista, recusava legitimidade a qualquer juízo valorativo ou referência à realidade metajurídica na tarefa dogmática. Sua concepção sobre a pena, influenciado por Hegel e Kant, resumia-se em juízo de retribuição, expiação do mal, como forma de conservação do senhorio do direito sobre os culpáveis, segundo a medida de sua culpabilidade.

Deve-se a essa doutrina a formulação do conceito clássico de delito, que não se confunde com a Escola Clássica, conferindo tratamento exageradamente formal e causalista ao comportamento delitivo, de forma que a conduta seria mero movimento corporal que produz modificação no mundo exterior.

Segundo o modelo clássico do fato punível, a ação consiste num movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior; a tipicidade revela-se como a descrição objetiva do acontecimento; ilicitude, por sua vez, a contrariedade de um fato ao ordenamento jurídico e, por fim, a culpabilidade traz um conceito psicológico, subjetivo, por meio do dolo.

Ainda nesse contexto, Liszt (2003) propôs a criação de uma ciência conjunta ou total do direito penal, que compreenderia três ciências autônomas, quais sejam, a ciência estrita do direito penal – dogmática jurídico-penal –, concebida ao sabor do tempo como conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a criminologia, como ciência das causas do crime e da criminalidade; e a política criminal, como conjunto sistemático de princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com ela relacionadas.

Binding, positivista extremado, refutou a formulação de Liszt sob o argumento de se promover abandono do direito penal, conduzindo os estudos da dogmática por áreas desconhecidas ou porosas, como a política social, apartada de segurança jurídica. Entrementes, mostra-se sem razão a crítica de Binding, uma vez que, a

---

<sup>4</sup>As concepções metodológicas de Arturo Rocco encontram-se no seu discurso de Sassari Il problema e Il *metodo della scienza del diritto penale pronunciado* em 15 de janeiro de 1910.

despeito de todo o destaque que Liszt concedia à política criminal, a dogmática continuava a ocupar o lugar de primazia na hierarquia das ciências.

Em resposta às críticas de desjuridicização da ciência penal, Liszt aludia que a política criminal deveria se limitar a revelar os caminhos da reforma penal, a atuar de *iure constituendo*, oferecendo opiniões científicas concretas ao combate à criminalidade, sem, contudo, atuar diretamente na interpretação, sistematização e aplicação das normas penais, ou seja, de *iure constituto*. Como dizia Liszt, o direito penal consiste na barreira infranqueável da política criminal.

A maior crítica dirigida ao positivismo jurídico resume-se ao seu formalismo. Ainda que tenham tencionado evitar isso – com a fase crítica idealizada por Rocco –, os positivistas caíram num formalismo acrítico abominável. A preocupação sempre foi com a beleza do “castelo jurídico”, com a lógica do sistema, nunca voltado à solução do caso concreto.

A ciência penal do século XX, sobretudo no Brasil, esqueceu por completo do momento crítico, reflexivo, reproduzindo os ditames legais de maneira totalmente despreocupada com a realidade, com o caso concreto. Importavam mais os conceitos abstratos e a lógica do sistema que a solução da lide e a pacificação social. Tal modelo mostra-se de todo incompatível com a visão defendida neste trabalho, uma vez que se distancia dos valores da política criminal que trazem o intérprete para a realidade social, para o caso concreto, na tentativa de realizar a verdadeira justiça.

#### NEOKANTISMO: “INÍCIO” DA ABERTURA VALORATIVA DO DIREITO PENAL

O neokantismo é uma corrente filosófica desenvolvida principalmente na Alemanha, a partir de meados do Séc. XIX, que preconizava o retorno aos postulados de Immanuel Kant, opondo-se ao idealismo objetivo de Hegel, então dominante. As principais vertentes foram a Escola de *Baden* ou Sul-Occidental, que enfatizava a lógica e a ciência e a Escola de *Marburgo*.

A Escola de Marburgo teve escassa repercussão na ciência penal; ao passo que a Escola Sul-Occidental, tendo como representantes Radbruch, Mezger, Sauer e Lask, muito contribuiu para o estudo da dogmática criminal. A grande diferença entre uma vertente e outra é que a primeira, com Stammler, procurou expor as estruturas



formais do conhecimento científico, ao passo que a segunda tencionou dotar, de conteúdo valorativo, referidas estruturas formais. (ANITUA, 2008).

Enquanto o positivismo normativista atribuía prioridade ao “ser” do direito, vale dizer, ao direito positivo, os neokantistas voltam-se ao “dever ser”, ou àquilo que o direito deveria ser, mediante a introdução de considerações axiológicas aos postulados normativos. Identificavam, nas ciências culturais ou ciências do espírito, uma forte referência valorativa em detrimento das ciências naturais, que se encontravam desprovidas de toda e qualquer referência a valores. A realidade empírica ou o mundo fático e suas leis físicas apresentavam-se neutras, desprovidas de valores; apenas o homem, ao aplicar as categorias apriorísticas de seu pensamento, atribui às coisas um juízo de valor ou desvalor.

Enquanto teoria do direito, o neokantismo percebeu a necessidade da convivência harmônica entre o “ser” e o “dever ser” do direito, isto é, entre o aquilo que o direito era (normas positivadas) e aquilo que ele deveria ser (valorativo). Enquanto teoria do direito penal superou a ideia de crime como fenômeno puramente físico, causador de um resultado naturalístico, preponderante no movimento positivista. O delito individualizava-se axiologicamente por meio das categorias jurídicas da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. (SCHMIDT, 2007, p. 42).

A clássica separação entre aspecto objetivo – tipicidade e antijuridicidade – e subjetivo – culpabilidade – cedeu espaço a uma visão complexa do crime, na qual todos os seus elementos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – podem ser concebidos não só em sua estrutura objetiva, mas igualmente sob a ótica normativa e subjetiva, o que se chama modelo neoclássico de delito.

O modelo delitivo trazido pelo neokantismo, fundado na observação, descrição e valoração, é produto da desintegração do modelo clássico do fato punível e, simultaneamente, sua reorganização teleológica, conforme fins e valores do direito penal. A ação deixa de ser naturalista para assumir significado valorativo, redefinida como comportamento humano voluntário; a tipicidade perde a natureza descritiva e livre de valor para admitir elementos normativos (como documento, motivo torpe, etc.) e subjetivos (a intenção de assenhoramento, no furto); a ilicitude troca o significado formal da mera contrariedade ao ordenamento pelo significado material de danosidade social, admitindo graduação do injusto conforme a gravidade

do interesse lesionado; a culpabilidade psicológica assume, também, significado normativo, com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever. (SANTOS, 2000, p. 6-7).

A despeito de seu subjetivismo epistemológico e relativismo valorativo, o neokantismo não logrou reestruturar de forma eficaz as categorias delitivas. A estrutura do delito, a não ser pela agregação de conteúdo valorativo, manteve-se como alhures formulada pelo positivismo. Por isso Welzel (2004) a denominou teoria complementar do positivismo.

Acrescente-se, ademais, que a supremacia dada aos valores não se mostrou suficiente para obstar a aplicação de uma determinada norma incriminadora quando esta violar valores superiores. O direito positivo prevaleceria ainda que em confronto a valores fundamentais.

#### A FENOMENOLOGIA DO DIREITO E O ONTOLOGISMO FINALISTA

A fenomenologia, nascida no Séc. XIX, a partir das análises de Brentano sobre a intencionalidade da consciência humana, trata de descrever, compreender e interpretar os fenômenos que se apresentam à percepção, isto é, as coisas em si mesmas e não o que se diz sobre elas. Busca a consciência do sujeito através da expressão das suas experiências internas. (ABBAGNANO, 1993, p. 45).

Para a fenomenologia um objeto ou um fenômeno é, exatamente, como o sujeito cognoscente o percebe. Portanto, tudo – todos os fenômenos – deve ser estudado tal como se apresenta para o sujeito, sem qualquer interferência de regras de observação, abstraindo-se a realidade e, conseqüentemente, perdendo-se parte dela. Um objeto, uma sensação, uma recordação, enfim, tudo deve ser estudado tal como é para o espectador. (ABBAGNANO, 1993, p. 42). Nesta linha, propõe, ou se pressupõe, a separação entre sujeito e objeto – opondo-se ao paradigma científico moderno. Husserl, Heidegger, Merleau-Ponty e Sartre foram alguns dos principais filósofos fenomenologistas do Séc. XX.

Marcado por uma atitude epistemológica objetiva, o movimento fenomenológico construiu uma nova teoria do conhecimento baseada na prioridade do objeto, assim como no caráter permanente e essencial dos valores. Os valores, nas antípodas do neokantismo, residem nas coisas, na essência delas e não nas

categorias do entendimento do sujeito. Conhecer não é transformar a realidade, mas conhecê-la como ela é. (ABBAGNANO, 1993, p. 92).

Grande contributo a este movimento foi dado pelo ontologicismo finalista<sup>5</sup> de Welzel que, na tentativa de fixar um objetivismo metodológico, em detrimento do subjetivismo epistemológico e relativismo valorativo dos neokantistas, afirmava que os valores residiam nas coisas em si, e não no sujeito cognoscente. Os conceitos científicos não são construções diferentes de um material idêntico, valorativamente neutro, mas reproduções de fragmentos parcelares de um ser ôntico complexo que é, em si mesmo, imanentemente, portador de valores diferenciados, e não receptor passivo dos valores e estruturas produzidos pela ciência. (LARENZ, 1997, p. 152).

Analisando a estrutura do delito, Welzel constatava que a ação humana possuía uma formação ôntica pré-concebida e, desta forma, deveria o legislador captar as características desse dado natural para, a partir disso, construir o tipo penal. Alterava sobranceiramente a estrutura do delito, conferida pelos causalistas, quando alocava o dolo no primeiro requisito do crime, o fato típico, como seu elemento subjetivo, restando para culpabilidade elementos normativos.

Com efeito, o modelo finalista do delito acabou por modificar todas as áreas do conceito de crime, com base no seguinte: a ação é o conceito central do fato punível. A psicologia demonstra a estrutura final da ação humana e a lei não pode desconhecer estruturas ontológicas independentes do direito. Assim sendo, a ação humana passa a ser vista como exercício de uma atividade final, ou seja, na proposição de uma finalidade, na escolha dos meios de ação necessários e na realização da ação no mundo real. (SANTOS, 2000, p. 7)

O finalismo de Welzel, entretanto, a despeito de seu direcionamento para o objetivismo ontologicista, não conseguiu uma efetiva superação do positivismo legalista. Nem Welzel, nem seus seguidores, conseguiram transformar o direito penal formalista do século XX em instrumento de justiça.

Apesar de partir de conceitos ou realidades pré-jurídicas, como ação final, capacidade de autodeterminação do ser humano conforme seus fins, o finalismo não logrou efetiva aproximação com a realidade concreta, ficando ancorado no método

---

<sup>5</sup> Existem algumas premissas existenciais básicas que vinculam legislador e aplicador e por eles não podem ser ignoradas.

lógico-objetivo de dedução de soluções jurídicas de dados do ser, o que impossibilitava a abertura de espaço para a introdução de diretrizes político-criminais na dogmática.

A adoção de uma dogmática voltada unicamente ao pensamento abstrato, restrito a categorias ônticas, despreza as peculiaridades do caso concreto, tão caras na perspectiva do presente trabalho, conduzindo a draconianas soluções com vistas a uma equivocada concepção de segurança jurídica. Por isso, no século XX, surgiram novas teorias sedimentadas no funcionalismo, ou seja, dotando o direito penal de diversas funções.

#### FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO E ABERTURA DO DIREITO PENAL A VALORES POLÍTICO-CRIMINAIS

A preocupação em pautar o direito penal sob concepções valorativas culminou, em 1970, na Alemanha, com a publicação do trabalho *Política criminal e Sistema Jurídico-penal* de Claus Roxin. Tão sucinto quanto fecundo, este trabalho marca o início de uma nova era na dogmática jurídico-penal moderna: a era do funcionalismo teleológico. Propondo um novo sistema, fundado sobre uma diferente concepção de direito e Estado, bem como da relação entre direito penal e política criminal, a proposta de Roxin rendeu e tem rendido bons frutos, a exemplo da teoria da imputação objetiva.

Renunciando ao alto grau de ontologismo proposto pelos finalistas, mas também impondo limites ao excessivo normativismo neokantiano, o funcionalismo teleológico apregoa a conexão direta entre a dogmática penal e a política criminal, de modo a permitir à política criminal não somente reforçar sua posição de autonomia, mas assumir uma postura de domínio e até mesmo de transcendência face à própria dogmática.

Com Roxin, a política criminal deixa de exercer uma função auxiliar e passa a exercer uma função trans-sistemática, apta a definir a direção e os limites da punibilidade. Transformou-se em um padrão crítico tanto do direito constituído como do direito a constituir, dos seus limites e sua legitimação.

Se Von Liszt via o direito penal como a barreira infranqueável da política criminal, a Carta Magna do delinquente e baluarte do cidadão contra o Leviatã do Estado, Roxin o vê como instrumento de efetivação de políticas criminais.

Não se pode olvidar as críticas desenvolvidas por Hirsch (2003, p. 11-30), fiel discípulo do finalismo welzeniano, para quem as teses funcionalistas, lastreadas em necessidades de prevenção, pecam pelo excessivo normativismo, razão pela qual prega o retorno à abordagem dirigida tão-somente a sólidos dados da realidade ôntica, no lugar de aportes valorativos.

As valorações político-criminais no Brasil extraem-se da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, como os postulados da legalidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, proporcionalidade, respeito à dignidade humana, entre outros.

A meta do funcionalismo reside, pois, na proteção de bens jurídicos, objetivo básico da intervenção penal do Estado como instrumento último de controle social. A ideia fundante é de que o direito penal deve ser orientado a satisfazer as necessidades de uma nova sociedade, consistindo, pois, em um sistema aberto a novas políticas criminais.

#### EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

A noção de bem jurídico é de sobranceira relevância para o fiel estudo da dogmática penal, já que esta não pode prescindir de uma base empírica, de um vínculo com a realidade, sob pena de apresentar-se sob uma postura puramente normativista, despida de cunho social.

Em eras remotas, relacionadas com as culturas distantes, o delito era contemplado sob uma dimensão estritamente teológica e privatística. A noção de crime, irremediavelmente ligada à ideia de pecado, de desobediência a um ente divino, acarretava a imposição de uma sanção, em forma de penitência.

Com o advento do Iluminismo no séc. XVIII, responsável pela criação de uma nova filosofia criminal, revelou-se uma singular e original feição do problema punitivo, desprendido de questões éticas e religiosas. O foco das ilações voltava-se à limitação do poder estatal, atribuindo ao *jus puniendi* razão de ser no contrato social violado e à pena como medida preventiva, num viés notadamente utilitarista.

Em momento ulterior, ganharam expressão as ideias privatistas de *Feuerbach* (1989, p. 327), as quais, ainda influenciadas pelas teorias contratualistas, advogavam ser o delito uma lesão a um direito subjetivo, uma ação contrária ao direito de outrem. Danosidade social, direito subjetivo e necessidade da pena

revelaram-se, pois, como pressupostos do conceito iluminista de crime, na tentativa de afastar a punição das “[...] condutas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem dano diretamente a uma pessoa em concreto ou ao Estado.” (CUNHA, 1995, p. 32).

No entanto, foi em Birnbaum (Apud FIGUEIREDO, 2008, 43) que a noção de “bem”<sup>6</sup> surgiu como objeto de tutela, inaugurando um momento positivista na doutrina penal. Com ele, houve uma ruptura de paradigmas na doutrina penal. Do jusnaturalismo ou jusracionalismo, passou-se ao positivismo no campo penal, que se fortaleceu com as ideias de Binding. Argumente-se, no entanto, que há quem se contraponha à afirmação de que Birnbaum seria um positivista, alegando tratar-se de um reducionismo descabido, dada a realidade plurifacetada em que seu pensamento está circunscrito.

Argumentava o autor que os direitos, enquanto tais, não podiam ser lesionados nem postos em perigo de lesão concretamente. Exclusivamente o “bem”, em sua realidade existencial, podia sê-lo. No injusto de homicídio, por exemplo, o que resulta violado não é o direito subjetivo à vida (posição de Feuerbach), senão a própria vida enquanto bem, que conta com realidade existencial. (GOMES, 2002, p. 75).

Fortalecendo o movimento positivista-normológico, Binding (Apud ANDRADE, 1990, p. 68), definia bem jurídico como tudo aquilo que, aos olhos do legislador, teria valor como condição para uma vida saudável do cidadão, conferindo-lhe um caráter dogmático e função intrassistemática. Buscar a legitimação do direito penal fora do direito positivo seria, segundo ele, um retrocesso a elementos pré-jurídicos que permearam o iluminismo.

Erigida no séc. XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, a doutrina do bem jurídico impôs-se como um dos pilares da teoria do delito, já que passa a ser decisiva para a tutela penal a existência de um bem radicado no mundo do ser, da realidade, constatado empiricamente.

---

<sup>6</sup> Em sentido amplo, bem representa tudo que tem valor para o ser humano. Na História da Filosofia, despontam duas correntes fundamentais acerca dos bens: a metafísica, cujo modelo principal é o platônico, e pela qual bem consiste na realidade perfeita ou suprema, e é desejado como tal, e a subjetiva, de base aristotélica, que conceitua bem como o inverso simétrico da primeira, ou seja, o bem não é desejado porque é perfeição e realidade, mas é perfeição e realidade porque desejado.

Von Liszt, assumindo postura positivista-naturalista, edifica um conceito de bem jurídico material e crítico à atividade legiferante apartado de ideais metafísicos e transcendentais, fundando-se em circunstâncias sociais concretas da comunidade. Encontra sua origem em um interesse da vida extraído das relações sociais, constituindo, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador. (PRADO, 1996, p. 27).

Contrariamente a Binding, Liszt inicia sua formulação tendo como ponto de partida a realidade fática, não normativa, traduzida na compreensão de que não é a norma que cria o interesse e o bem jurídico a tutelar; esta apenas reconhece os interesses vitais de dada sociedade enquanto realidades pré-existentes, portanto, extra-normativas. Os bens, dados pela vida, transformam-se em jurídicos quando tutelados pelo ordenamento. Se, para Binding, o conceito de bem jurídico apresentava-se exclusivamente num viés jurídico, uma livre criação do legislador, para Liszt não existiria essa liberdade absoluta, haja vista que o interesse vital que o direito transforma em bem jurídico encontra-se presente nas relações sociais.

O neokantismo, por outro lado, apregoa que o direito inclui-se entre as ciências do espírito, cuja metodologia consiste, basicamente, em compreender e valorar os fatos antissociais. Por isto, identificam os bens jurídicos no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais, abstratos, de cunho ético-social e não vinculado a interesses sociais, como propunha Liszt. Representam um valor ideal da ordem social juridicamente protegido, retirados da consciência comum de um grupo, de uma maioria ou, ainda, da totalidade de um povo.

Welzel (1987, p. 12), por sua vez, considera o bem jurídico como necessidade vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação valorativa e social é resguardada juridicamente. Nada obstante, para o referido autor, mais primordial que a proteção dos bens jurídicos é a missão do direito penal de assegurar a real vigência e observância de valores que pairam sobre a consciência jurídica, a evidenciar, com isso, certa espiritualização do conceito de bem jurídico. O direito penal seria a tradução do espírito da população, concepção que o ampliaria a ponto de abranger noções, como pecado, moral, virtude, etc. motivo pelo qual foi copiosamente criticado.

Conde (1975, p. 48), por seu turno, compreende bens jurídicos como pressupostos essenciais à auto-realização da personalidade humana. São os bens e

valores mais consistentes da ordem de convivência social em condições de dignidade e, desta forma, merecem absoluta salvaguarda jurídica, realizada por intermédio do direito penal.

Zaffaroni (1997, p. 464-465), inovando a concepção de bem jurídico, argumenta:

bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o ofendam. [...] dito de uma forma mais simples: são os direitos que temos a dispor de certos objetos.

A conceituação de bem jurídico, como se pode inferir, sempre foi objeto de cizânia doutrinária, dando azo a várias teorias e posições a respeito do assunto. Hodiernamente, digladiam-se de forma mais eloquente as teorias de cunho sociológico e constitucionalistas.

#### • Bem jurídico-penal: teorias constitucionalistas

Os adeptos da teoria constitucionalista formularam proposta no sentido de considerar a Constituição como ponto de partida para a análise dos bens jurídicos a cumprir função crítica e limitadora do *jus puniendi*. Que a Constituição autoriza a concepção do delito como defesa do bem jurídico parece fora de dúvida. Questionamentos emergem quanto ao âmbito de influência da Constituição.

De um modo geral, as teorias de viés constitucionalista prescrevem que os valores básicos constitucionalizados consistem em elementos axiológicos, proporcionadores de unidade, legitimidade e fundamento ao conjunto da ordem jurídica. São valores que devem ser observados pelo legislador ordinário quando da criação de novos bens jurídicos. É dizer, a Constituição representa o único instrumento legítimo capaz de estreitar as linhas conceituais do bem jurídico, operando a necessária delimitação do poder punitivo em critérios fixos, eficientes e em concordância com os valores gerais.

A chamada Constituição material<sup>7</sup> conta com eficácia interpretativa vinculante, lançando seus tentáculos a todo o ordenamento jurídico. A construção e

---

<sup>7</sup> A Constituição se torna material quando trata de conteúdos substanciais, centrados na pessoa e em seus direitos fundamentais como base de toda realidade jurídico-política, focados no valor-síntese da dignidade humana.



interpretação de todo componente normativo do sistema devem ser orientadas pela exigência indiscutível de que os conteúdos das suas normas, incluindo as penais, ajustem-se aos ditames constitucionais, sob pena de perda da validade material. Em resumo, são esses valores substanciais, concretizados histórico-positivamente na norma fundamental de um Estado, a fonte última da qual irrompe a legitimidade essencial do poder jurídico-político do Estado.

A doutrina moderna opera uma divisão dentro das teorias constitucionalistas: teoria constitucionalista de caráter estrito ou rígido e teoria constitucionalista de caráter geral.

❖ *Teoria constitucionalista restrita*

Os defensores da teoria constitucionalista restrita, preferida pela doutrina italiana e espanhola, defendem que o legislador penal encontra-se direta e estritamente vinculado às opções valorativas fundamentais previstas constitucionalmente, não podendo recorrer às sanções penais senão para amparar tais valores. Logo, bens jurídicos são aqueles valores positivados expressamente na Constituição, obedecendo-se a uma rígida escala de valorização hierárquica. (PELARIN, 2002, p. 139-140).

Bricola (1997, p. 419) talvez o maior expoente desta corrente, ao definir o delito como 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 dotado de significação constitucional. Assim, o ilícito penal caracteriza-se exclusivamente como uma intolerável lesão a um valor constitucionalmente expresso e relevante.

Somente o poder constituinte e seu produto normativo típico, a Constituição, podem condicionar a atividade de um poder constituído como o legislativo. Isto é, ao se fixar um limite ao poder do Estado, que cria o ordenamento infraconstitucional, este não poderá ser exercido pelo próprio ordenamento, mas pela Constituição, sob pena de não haver, de fato, limitação ao poder estatal.

Todavia, a doutrina estrita não atende às reivindicações por um direito penal atual, *pari passu* com a realidade social, implicando sempre as conhecidamente lentas reformas constitucionais. Desconsidera o condicionamento histórico das Constituições, uma vez que determinado valor, hoje não reconhecido como

constitucional, pode vir a sê-lo implicitamente em momento posterior e, assim, demandar tutela penal. Tal não será possível quando se tem em mente a doutrina rígida, que só admite valores expressos no texto constitucional, o que implicaria constantes processos de mutação constitucional.

❖ *Teoria constitucionalista ampla e funcionalismo teleológico*

A teoria constitucionalista de caráter geral, adotada, em regra, pela dogmática alemã, mas aceita, na Itália, por Pagliaro e Fiandaca, por outro lado, defendida neste trabalho, perfilha entendimento mais amplo, defendendo que a Constituição é o marco referencial para o legislador penal, que não poderá descurar os preceitos constitucionais quando da criminalização de determinadas condutas. Em outros termos, o bem jurídico a ser eleito pelo legislador não pode conflitar com o quadro de valores encontrados expressa e implicitamente na Constituição da República, que funcionará sempre como balizamento positivo e negativo de sua atuação.

O conceito material de bem jurídico vincula-se aos valores superiores assumidos pelo Estado Constitucional e democrático de Direito, mas não segundo uma perspectiva de identificação absoluta, senão de mera referência axiológica ou analogia substancial. Se em um Estado de Direito material toda atividade do Estado, incluindo a jurídico-penal, tem que estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos deve constituir, sobretudo, uma ordenação axiológica como aquela que preside a Constituição, verificando entre as duas uma mútua relação, que não é certamente de identidade, mas de correspondência. (PELARIN, 2002, p. 139-140).

Isto posto, percebe-se que a Constituição não configura a única fonte de seleção de bens jurídicos, ainda que se apresente, necessariamente, como limite, expresso ou implícito, e ponto de referência. Mister que se ressalte a existência de correntes ecléticas que tentam compatibilizar o pensamento funcionalista com as vertentes constitucionalistas. Neste posicionamento se encontram Rudolphi, Silva *Sánchez*, Joaquín Cuello Contreras, entre outros.

Tal opção atende suficientemente à exigência de o direito se adaptar às transformações sociais, sem necessidade de se recorrer às custosas emendas constitucionais, evitando que se estabeleça um déficit na relação do direito penal com a realidade e sua mutabilidade, afinal, sob as lentes do funcionalismo, o direito

penal deve responder, democraticamente, aos reclamos sociais, sem descuidar seus princípios norteadores, como subsidiariedade, intervenção mínima, dentre outros.

As ideias do funcionalismo moderado ou teleológico, adotadas neste trabalho, em muitos pontos assemelham-se à teoria constitucionalista geral. Neste sentido, Roxin (1998, p. 27-8) formula uma visão delitiva vinculada à proteção subsidiária de bens jurídicos, estabelecendo como ponto de partida a limitação prévia do legislador pelos axiomas constitucionais. Portanto, qualquer conceituação de bem jurídico só pode derivar da Lei Maior. Nas palavras do autor:

em cada situação histórica e social de um grupo humano, os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições.

Muitos juristas criticam a adoção da teoria constitucionalista ampla sob o argumento de que se estaria num espaço de livre incriminação, o que dotaria de poderes discricionários o legislador ordinário, impediria uma avaliação acerca de suas atividades e legitimaria a expansão exacerbada do direito penal. Por todos, *Bianchini*:

O problema destas teorias resume-se na inexistência de um limite suficiente para o poder criminalizador, deixando em aberto a indispensável garantia de restrição da tutela penal a valores visivelmente fundamentais para a comunidade. [...] também subsiste a dificuldade de se relacionar os bens constitucionais implícitos ou, na linguagem de Cunha, os “bens de relação de pressuposição necessária”, o que desemboca no alargamento da insegurança jurídica. (ROXIN, 1998, p.27-28, grifos no original).

No entanto, tais objeções não prosperam, dado que ignoram os princípios constitucionais limitadores do Poder a que estão submetidos os legisladores. Sob o olhar da estrita legalidade, subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade, para não nomear os demais, a atividade criminalizadora já se encontra bastante talhada; não será a possibilidade de se aumentar o rol de bens jurídicos que legitimará a expansão do direito penal.

## AS FUNÇÕES EXERCIDAS PELO BEM JURÍDICO-PENAL NUM ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O bem jurídico penal, na esteira das teorias constitucionalistas, exerce primordialmente a função de instrumento limitador do *jus puniendi*. Assume, desta maneira, um papel garantista, ou seja, um poderoso mecanismo a serviço da proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Representa, deste modo, restrição à tarefa do legislador e do aplicador do direito, pois, constituindo o delito uma ofensa grave a um bem jurídico relevante, o poder estatal apenas poderá castigar as condutas que efetivamente lesionem ou exponham a perigo de lesão esses bens jurídicos selecionados, assegurando ao cidadão a previsibilidade necessária para criar segurança jurídica diante da resposta estatal.

Uma vez concebido o delito como lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, não resta dúvida que a teoria do bem jurídico passa a cumprir a função fundamentadora do injusto penal. Nesse diapasão, o bem jurídico se transforma em critério determinante do delito, já que seus elementos – tipicidade e ilicitude – dependem da vinculação ao bem jurídico para se legitimar.<sup>8</sup>

O bem jurídico cumpre, ainda, a função sistemática, é dizer, atua como critério orientador das infrações penais. Os sistemas dos códigos penais orientam as infrações de acordo com o bem jurídico que almeja tutelar; neste passo, guardam capítulos destinados a tutela da vida, da integridade física, da liberdade sexual, da Administração Pública, entre outros. Estados autoritários, por exemplo, trazem, inicialmente, os crimes contra o Estado; Estados mais liberais iniciam com os delitos contra os direitos fundamentais.

Outras funções podem, igualmente, ser reservadas ao bem jurídico, como, por exemplo, a função teleológica ou interpretativa que tenciona alcançar a finalidade, a *ratio* da norma, afastando de sua incidência as condutas que não afetem concretamente o bem jurídico custodiado, respeitando o princípio da ofensividade. Assim, a posição de Mir Puig (1985, p. 137):

Se o delito de lesões corporais ataca o bem jurídico saúde ou integridade física da pessoa, enquanto serve de base às suas possibilidades de participação social, a intervenção cirúrgica curativa realizada com êxito não pode dar lugar ao tipo penal de lesões corporais, porque não ataca naquele sentido a saúde nem a

---

<sup>8</sup> Neste sentido se posicionam Muñoz Conde, Rudolphi, Regis Prado, Cabo del Rosal, entre outros.

integridade física, senão todo contrário. Falta por isso a antijuridicidade material da conduta.

Por seu turno, a função individualizadora da pena relaciona-se com a sua mensuração quando da lesão ao bem jurídico. Vale dizer, quando da fixação em abstrato e em concreto, o legislador e o aplicador do direito devem se pautar na lesão ao bem jurídico, vale dizer, observando o postulado da proporcionalidade. Argumente-se, por fim, a função processual, no sentido de definir a competência de alguns delitos.

### CRISE DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO COMO PADRÃO DE LEGITIMIDADE

Cada vez mais, os instrumentos de controle do direito penal são empregados na proteção desmedida e irracional de bens jurídicos chamados supraindividuais (bens difusos, bens coletivos e bens individuais homogêneos). A legislação penal que engendra combater a criminalidade econômica *lato sensu* protege bens fluidos, que não pertencem a um indivíduo isolado, mas à coletividade como um todo, sendo considerado, portanto, um bem jurídico difuso.

Não se pode descurar que a grande parcela desses bens jurídicos são considerados fundamentais para a sobrevivência do homem na Terra, como o meio ambiente, *v.g.* Donde, não pode o direito penal quedar-se cego e silente ante as graves violações a bens jurídicos difusos de grande relevância para a sociedade, sob pena do próprio perecimento até da própria espécie humana.

Deve-se evitar, no entanto, a utilização em demasia e irreflexiva de tipos penais abertos, delitos de perigo abstrato, de mera desobediência ou de infração de dever, sob o argumento de tratar-se de bens relevantes para a convivência social, posto que, deste modo, incide em manifesta violação de princípios básicos de política criminal constitucional norteadores da dogmática penal, como *ultima ratio*, subsidiariedade, fragmentariedade, intervenção mínima, taxatividade, dentre outros, corolários de um Estado Democrático e social de Direito.

Constata-se no mundo ocidental contemporâneo – e o nosso país não foge a essa situação – a utilização exacerbada do direito penal, como se fosse o único instrumento para solução dos problemas da sociedade de massa, resultando na funcionalização sistêmica do direito penal e inflação de leis que, nada obstante, mostram-se ineficazes para combater os problemas sociais gerados pela nova complexidade social.

Diante dessa realidade, percebe-se que a função exercida pelos bens jurídicos na dogmática penal vem se transformando de forma quase imperceptível. De uma tendência crítica frente ao direito penal, como limite da atuação do legislador, passa-se a um contexto excessivamente criminalizante no qual se justifica e legitima o direito penal. (FIGUEIREDO, 2008, p. 177-179).

A crise do conceito de bem jurídico reside justamente neste ponto: um conceito que insurgiu indissociavelmente vinculado a um processo de descriminalização e de crítica ao direito penal opera agora como legitimador da neocriminalização.

Neste sentido segue Yacobucci e Gomes (2005, p. 73):

Na prática o conceito de bem jurídico perdeu paulatinamente essa capacidade limitadora ou garantidora do direito penal, porquanto as normas penais assumem objetos difusos, interesses comunitários de amplo espectro e modos de organização e planejamento institucional. A política criminal não parece na prática sentir-se limitada pelas exigências ontológicas – objetivas e universais – da noção de bem jurídico, já formou nos últimos anos um catálogo extenso de delitos que se ordenam à proteção ou realização de objetivos pouco tangíveis e à repressão antecipada de condutas em que não se aprecia claramente a lesão e que termina por converter os tipos penais de perigo abstrato em um instrumento relativamente habitual.

Um moderno sistema jurídico-penal deve estruturar-se teleologicamente, perseguindo finalidades valorativas, formuladas por uma política criminal que respeite os postulados constitucionais, funcionando os bens jurídicos como limite à atuação estatal e nunca como justificativa de uma expansão desmedida. Neste sentido, Yacobucci e Gomes (2005, p. 73):

o conceito de bem jurídico alcançou um particular caráter legitimador não só como instrumento dogmático senão também como fonte de interpretação judicial e fundamento das decisões de política criminal, resultando este último caso uma verdadeira garantia diante de qualquer excesso legislativo.

Nos delitos que tutelam bens supraindividuais, o desvalor da ação assume noções preponderantes, entretanto, inegável que a ação deve ostentar um conteúdo mínimo de lesividade em relação ao bem jurídico. Do contrário, deve ser considerada atípica.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito penal se presta unicamente a tutelar bens jurídicos essenciais contra as ofensas mais graves. Extrai-se tal ilação a partir da análise do texto constitucional brasileiro que revela, implicitamente, dentre outros princípios de suma importância em matéria penal, os postulados da subsidiariedade, da exclusiva proteção de bem jurídico e da ofensividade, demonstrando uma postura voltada à intervenção penal mínima.

Adotando a teoria constitucionalista geral ou ampla, por entendê-la compatível com o modelo garantista e com o funcionalismo teleológico, a Constituição, para além de unir o direito penal com a política criminal, simboliza o marco referencial para o legislador penal quando da seleção dos bens jurídicos tuteláveis. Equivale dizer, as opções do legislador não podem conflitar com o quadro de valores encontrado expressa e implicitamente na Constituição da República, que funciona sempre como balizamento positivo e negativo de sua atuação.

A intervenção penal, além de exigir o respeito ao princípio da legalidade estrita, reclama e impõe a presença da ofensividade como forma de legitimação de atuação, fundado no desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade do bem jurídico tutelado, figurando imprescindível o reconhecimento da dignidade penal do bem jurídico tutelado e da necessidade de sanção, reveladores de sua concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal.

Nessa ordem de ideias, deve-se reservar o direito penal aos episódios em que este se mostra estritamente necessário, uma vez que se trata de um sistema reprodutor de violência por excelência. Afastar a aplicação do direito penal em homenagem ao princípio da intervenção mínima pode significar que o bem jurídico não seja digno de proteção penal; ou que a maneira como foi atingido não ostente idoneidade para provocar uma lesão; ou, ainda, que o direito penal seria prescindível ao controle do fato, cedendo lugar às demais instâncias de controle do fato.

Não se trata, como se vê, de um processo de descriminalização arbitrário, mas de algo pensado e racionalizado máxime quando se tem em mente países emergentes ou periféricos, já que, nestes, a reação penal se apresenta sobremaneira irracional e desmedida, mostrando-se imprescindíveis medidas que dotem de eficácia o sistema penal. Não importa a quantidade de leis penais, nada faz desacreditar mais um sistema do que a impunidade. De que adianta uma “elefantíase” penal se as leis não são aplicadas? Nem dispõem de possibilidade de o

serem? Trata-se, na verdade, de um engodo. Algo produzido unicamente a fim de ludibriar o cidadão menos esclarecido.

Enfim, quando se pretende combater a criminalidade, deve-se ter em mente que o crime não é um tumor, nem uma epidemia, senão um doloroso problema interpessoal e comunitário. Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica. Trata-se de um problema da comunidade, que nasce na comunidade e que deve ser resolvido na comunidade, de forma racional e democrática.

Nada obstante, o tratamento ministrado ao delito vem se mostrando altamente populista e ineficaz. Contempla-se o delito com um enfrentamento formal, simbólico e direto entre dois rivais – o Estado e o infrator –, que lutam entre si solitariamente, como lutam o bem e o mal, a luz e as trevas. (MOLINA, 2000, p. 303).

Neste duelo, o grande perdedor é o Estado Democrático e Social de Direito que se vê obrigado a se curvar frente a interesses oportunistas e eleitoreiros de legisladores inabilitados a discutir juridicamente e com parcimônia a questão criminal.

Imperioso, ao final deste trabalho, repisar a assertiva de Thomas Jeffery (Apud MOLINA, 2000, p. 316), segundo a qual, mais direito penal, mais policiais, mais juízes e mais prisões significam mais infratores na cadeia, porém não necessariamente menos delitos.



## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**. 4. ed. Lisboa: Presença, 1993.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1990.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. T. Guimarães. São Paulo: Hemos, 1983.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.
- BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato. Scritti di diritto penale**. Doutrini generali. Milano: Giuffrè, 1997.
- COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003
- CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva de criminalização e descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa (Estudos e monografias), 1995.
- DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. Trad. Auly de Soares. Brasília: UNB, 1981.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 33, jan.-mar. 2001.
- \_\_\_\_\_. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.
- FEUERBACH, Anselm. **Tratado de derecho penal**. Trad. Eugenio Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

GARCIA, Francisco Javier Alvarez. Bien jurídico e constitucion. **Cuadernos de política criminal**. Madri, n. 43, 1991.

GARÓFALO, Rafael. **Criminologia**. Trad. Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos, 1983.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Norma e bem jurídico penal**. São Paulo: RT, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo: RT, ano 11, n. 43, abr-jun. 2003.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Centauro, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria Tradicional e Teoria Crítica**. Os pensadores/Escola de Frankfurt. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Russell, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. Barcelona: Bosh, PPU, 1985.

\_\_\_\_\_. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

MONDAINI, Marco. Jürgen Habermas e a teoria crítica. Disponível em: <[www.historia.uff.br/nec](http://www.historia.uff.br/nec)>. Acesso em: 20 nov. 2006.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico penal: Um debate sobre descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

RABAÇA, Silvio Roberto. **Variantes críticas**: a dialética do esclarecimento e o legado da Escola de Frankfurt. São Paulo: Annablume, 2004.

ROXIN, Claus. **Política criminal e Sistema Jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 3. ed. Trad. J. Bustos Ramírez y S. Y Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. São Paulo: Romana, 2004.

YACOBUCCI, Guilherme; GOMES, Luiz Flávio. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: RT, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997.