

ANOTAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO GARANTÍSTICA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Marcelo Luís Abreu

BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O BEM JURÍDICO-PENAL

O conceito de bem jurídico penal, desde a sua concepção, sofreu o influxo de algumas teorias criadas com o fito de justificar a legitimidade das normas jurídico-penais em face de determinado organismo social. Isso faz com que a noção de bem jurídico-penal passe a ficar jungida ao regime político adotado pelo Estado que pretende impor seu *jus puniendi*.

Historicamente, vê-se que as teorias iluministas – individualistas por excelência -, procuravam limitar o poder de punir do Estado através da violação de direitos subjetivos. Partia-se, assim, do pressuposto de que a lesão a qualquer direito subjetivo refletia-se no chamado “contrato social”. Dessa forma, verificada a lesão a direitos subjetivos – diga-se: crime, o aparato estatal estaria legitimado a constranger cada indivíduo, em busca do restabelecimento do contrato social.¹

Extrapolando a concepção iluminista, Feuerbach, no século XIX, buscou romper com as antigas ideologias absolutistas, sem se afastar da idéia de lesão a direitos subjetivos. Suas idéias foram marcadas precipuamente por Kant, por meio das quais procurou diferenciar direito, moral e Estado.²

¹ Carneiro, Yuri. *Bem jurídico Penal*, p. 31.

² *Ibid*, p.35.

Feuerbach, na busca de chegar a uma concepção de delicto, valia-se de elementos jusnaturalísticos. Para ele, o delicto passaria a adquirir relevância na órbita positivada se existisse, ao mesmo tempo, uma violação a quaisquer normas de direito natural. Nessa ótica, o homem, depois de abdicar de parte de sua liberdade para formação do Estado, deveria pautar suas atitudes centradas na ética e na razão. Entretanto, a acentuada influência do individualismo impediu que Feuerbach contemplasse bens jurídicos coletivos ou metaindividuais.³

Birnbaum, pioneiro no uso da expressão bem-jurídico, dirigiu seu pensamento dentro de uma perspectiva sociológica. De acordo com suas idéias, o bem jurídico estaria inicialmente *a latere* do direito e do Estado, na medida em que a atividade legislativo-penal destinava-se a reconhecer elementos preexistentes ao homem. Iniciou-se, assim, uma concepção instrumental do direito penal, voltada aos anseios sociais. Nesse aspecto, torna-se fácil observar a similitude entre Birnbaum e Feuerbach: Ambos partem de um mesmo fator antecedente; todavia, para esta última corrente, capitaneada por Birnbaum, o delicto teria força para lesionar interesses de maior amplitude, e não apenas direitos subjetivos.

Adentrando numa perspectiva positivista, Binding negava a existência de bens jurídicos preexistentes, pois entendia que a norma é a única fonte de criação do direito. Com isso, atribuía ao Estado uma discricionariedade na atividade legislativa de incriminar condutas, porquanto era permitida, no seu entendimento, a preservação de bens jurídicos tanto materiais como também formais.

Em que pese o avanço dogmático representado por essas idéias, seus parâmetros metodológicos não se prestaram a subsidiar satisfatoriamente as exigências garantísticas do bem jurídico penal, pelo que se faz imperiosa a determinação de outros critérios e formas de justificar a intervenção do Estado, por meio do direito penal, na esfera pessoal de cada cidadão.

A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO: CONTORNOS

Diante da insuficiência dos critérios acima analisados, a teoria constitucionalista do bem jurídico adveio com o objetivo de oferecer um suporte para legitimação do direito penal, baseando-se na determinação de bens jurídicos constitucionalmente relevantes. Dessa forma, a Constituição seria o instrumento normativo hábil à concreção de bens jurídicos, posto que surge de um poder soberanamente legítimo.

Assim sendo, o legislador ordinário, ao tipificar determinadas

³ Carneiro, Yuri. *Bem jurídico...*p.35.

condutas, deverá ter em vista a proteção de bem jurídicos consagrados pelo constituinte. Admite-se, no entanto, que a criminalização de condutas de atentatórias a bens jurídicos previstos em normas infraconstitucionais. Neste caso, é exigido que o legislador não incorra em contradição com a Carta Política.

A tutela penal, com isso, passaria a adquirir um caráter fragmentário, no sentido de que nem todos os bens jurídicos poderão ser tutelados penalmente, mas somente aqueles tidos como essenciais a coexistência da vida em sociedade, fato esse somente vislumbrado a partir de uma atividade hermenêutica, tendo-se como base a Carta Política.

Reflexamente, verifica-se que a teoria em análise tem como escopo a afirmação da pessoa humana – postulado do Estado Democrático de Direito – em face da desmedida atividade legiferante, a qual, na maioria das vezes, sacrifica a tutela do bem jurídico liberdade para atender anseios passageiros do corpo social, admitindo que condutas materialmente irrelevantes sejam incriminadas.

Merece ainda destaque a teoria constitucional de fundamento estrito, que não se diferencia bastante da anterior. Contudo, para esta corrente, o legislador somente poderá atender, por meio da tutela penal, a valores direita ou indiretamente previstos na Carta Magna, não lhe sendo facultada a utilização do direito penal para proteger valores de matiz infraconstitucional.

OS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS DO SISTEMA PENAL DE GARANTIAS

Dentro do contexto de garantias inseridas na Carta Magna, extrai-se princípios implícitos destinados ao controle da função legislativa no âmbito penal. Por meio deles também se delimita a poder do juiz na aferição do potencial lesivo da conduta do agente. Vejamo-los, pois.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Uma das finalidades do direito penal é garantir, a coexistência harmônica entre os indivíduos, tendo como escopo assegurar paz social. Contudo, não raras vezes certas condutas voltadas para a lesão de determinado bem jurídico não conseguem atingir seu propósito, ante o seu pouco potencial ofensivo. Neste caso, a violação do bem jurídico visado é tão ínfima que refoge ao âmbito de atuação do direito penal, posto que gera a atipicidade do fato havido como criminoso. Fala-se, dessa forma, no princípio da insignificância, aplicada aos delitos de bagatela.

A esse respeito, Zafaroni e Pierangeli⁴ acrescentam que

“A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica de possibilitar uma coexistência que evite a guerra. A insignificância só pode surgir a luz da finalidade geral que dá sentido a ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão fora do seu âmbito de proteção de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada.”

Destarte, a aplicação do princípio da insignificância tem a finalidade de ajustar a aplicação da lei penal aos casos que lhe são apresentados, evitando a proteção de bens cuja inexpressividade, efetivamente, não merecem a atenção do legislador penal.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Esse princípio estabelece que direito penal proteger tão-somente os bens jurídicos mais relevantes à vida em sociedade, atuando como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Isso se afirma, em razão de existir bens jurídicos que dispensam a tutela penal – de maior repressão –, haja vista que as sanções de outros ramos do Direito revelam-se mais eficientes e menos traumáticas ao indivíduo do que a pena ou a medida de segurança. Por isso, o legislador-penal deve limitar-se a sancionar apenas condutas que desrespeitem os bens jurídicos efetivamente necessários à manutenção da ordem social, relegando aos demais ramos do Direito a proteção dos bens jurídicos comparativamente menos destacados.

Para finalizar, cita-se a lição de Roxin⁵, ao ressaltar a natureza subsidiária do Direito Penal:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc.

PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da fragmentariedade impõe ao legislador penal uma postura seletiva, consistente na escolha, dentro os bens maior relevância, daqueles cuja tutela afigura-se imprescindível. Com efeito, somente alguns bens jurídicos participam do

⁴ Zaffaroni, Eugênio e Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal*, p.562.

⁵ Roxin, Claus apud Rogério Greco. *Curso de Direito Penal Parte Geral*, p.39.

pequeno quinhão que é resguardado pelo direito penal, originando-se, daí, sua natureza fragmentária. O direito penal adquire, nessa perspectiva, uma feição notadamente garantista ou protetiva, destinada a proteger a liberdade individual em face do poder punitivo do Estado.

PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

O princípio da lesividade quer significar que o direito penal somente poderá ser aplicado nos casos em que haja lesão ou perigo concreto de lesão a determinados bens jurídicos, como decorrência de qualquer conduta delituosa. Essa diretriz deverá ser atendida tanto na esfera legislativa, como na jurisdicional. Nesse sentido, Yuri Carneiro⁶ arremata:

“Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ofensividade) possui natureza constitucional, impede o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, in abstrato, como fatos indiferentes e preexistentes à norma, e em nível jurisdicional-aplicativo ele deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, apesar de se apresentar na conformidade do tipo, se revela concretamente inofensivo ao bem jurídico tutelado.”

A partir dessa análise, torna-se possível fazer uma diferenciação entre *tipicidade material* e *tipicidade formal*. Esta se dá quando uma conduta, ao se ajustar a determinado tipo penal, coloca em lesão ou perigo de lesão o bem jurídico a que se propõe violar. Aquela, por sua vez, ocorre quando a conduta repelida se adéqua a uma descrição típica, sem, contudo, atender aos parâmetros da lesividade penal.

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Concorde este princípio, o direito penal não poderá sancionar condutas que, de tão comuns, passam a ser toleradas pela sociedade. Assim, a hipóteses em que uma ação humana, mesmo típica, antijurídica e culpável, precisa ser valoradas novamente, a fim de seja constatado sua danosidade. Isso porque, o direito penal não pode segregar indivíduos que agem com a convivência da sociedade. Ao contrário, deve atuar efetivamente como seu aliado em busca da proteção mais adequada aos bens jurídicos de maior realce.

Bastante precisa, neste sentido, é o ensinamento do Juarez Tavares⁷, *virbis*:

“...o bem jurídico serve também aos propósitos garantistas, vinculados à proteção da pessoa humana, de admitir uma

⁶ Carneiro, Yuri. *Bem Jurídico Penal*, p. 122.

⁷ Tavares, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, p. 223.

incriminação não apenas quando ocorra lesão ou perigo de lesão do próprio bem jurídico, mas quando da incriminação não resulte uma dessocialização da pessoa humana. **Independentemente da sanção penal aplicável, a própria incriminação pode produzir, muitas vezes, um efeito dessocializador, por exemplo, quando passe a retratar como penalmente proibidas, por si só, sem qualquer exame do dano social daí resultante, condutas situadas no âmbito normal de relação das pessoas.**”(Grifei)

Por conseguinte, aqueles que agem albergados pelo princípio da adequação social não estão a cometer qualquer ilícito penal, ante a atipicidade da conduta. No entanto, há um dissenso na doutrina acerca da natureza jurídica do princípio em referência, porquanto alguns penalistas entendem se tratar de uma regra geral de interpretação, a não importar, necessariamente, na atipicidade da conduta praticada. César Roberto Bittencourt⁸ explica tal divergência, com as seguintes palavras:

“O certo é que a imprecisão do critério da adequação social – diante das muitas variadas possibilidades de sua ocorrência - , que, na melhor das hipóteses, não passa de um *princípio sempre inseguro e relativo*, explica por que os mais destacados penalistas internacionais, entre outros, não aceitam nem como *excludente de tipicidade* nem como *causa de justificação*. Aliás, nesse sentido, é muito ilustrativa a conclusão de Jescheck, ao afirmar que “a idéia da adequação social resulta, no entanto, num critério inútil para restringir os tipos penais, quando as regras usuais de interpretação possibilitam a sua delimitação correta. Nestes casos é preferível a aplicação dos *critérios de interpretação* conhecidos, pois, dessa forma, se obtêm resultados comprováveis, enquanto que a *adequação social* não deixa de ser um princípio relativamente inseguro, razão pela qual só em última instância deveria ser utilizado”

Data vênia, não se deve relegar o princípio da adequação social a uma função de mera subsidiária, pelas razões dantes expostas. A partir do momento em que a conduta humana, embora tipificada na lei penal, passa a ficar acobertada pela adequação social, o direito penal obrigatoriamente deixará de intervir, sob pena de contrariar a essência do Estado Democrático. A rigor, a adequação social transforma o fato praticado em materialmente atípico, na medida do socialmente tolerável. Assim é que o princípio em análise, aos poucos, vem apresentando sua relevância na limitação do arbítrio estatal.

O CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

Juarez Tavares, em sua obra denominada Injusto Penal⁹, define bem jurídico “como elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto

⁸ Bitencourt, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, p.18.

⁹ p. 198.

de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes”.

Luís Regis Prado¹⁰, por sua vez, pontifica que a noção de bem jurídico “implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de um determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento humano”.

Esses conceitos ampliam a noção de bem jurídico por lhe atribuir a finalidade maior de proteção da pessoa humana, afirmando, no entender do referido autor, a finalidade maior da ordem jurídica.

Por outro lado, vê-se que conceito de bem jurídico-penal deve estar pautado na Constituição, de modo a legitimar o poder protetivo do Estado. A razão dessa exigência encontra-se no fato de que a intervenção do Estado na esfera penal culmina na privação e/ou restrição da liberdade individual, que também é contemplada pelo Texto Magno.

Dessa forma, legislador penal fica limitado a tutelar somente os bens jurídicos de maior envergadura constitucional, pois somente estes valores, quando afrontados, poderão prevalecer sobre a liberdade individual, que é elevada pela própria Constituição a garantia de direito fundamental. Trata-se, pois, da própria da **relativização da liberdade pessoal**, em prol da proteção de valores de igual importância.

A propósito, convém assinar o magistério de Alice Biachini¹¹ no sentido de que

“o bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores que a sociedade produz.”

É dizer: Nem todo bem jurídico pode ser erigido a categoria de bem jurídico-penal, na medida em que o direito penal somente poderá se preocupar com aqueles bens jurídicos dignos de sua especial proteção. Todavia, a viabilidade dessa tutela está na dependência de diversos princípios que se encontram mergulhados na essência do Estado Democrático de Direito.

Em face disso, exige-se do legislador penal bastante cautela no desempenho da sua valoroso trabalho. Tal precaução refere-se a seleção dos bens jurídicos a serem protegidos, bem como, a incriminação de condutas, as quais, se praticadas, necessariamente deverão acarretar, no mínimo, risco concreto de lesão ao bem jurídico

¹⁰ Prado, Luís Regis. *Bem jurídico-Penal e Constituição*, p. 63.

¹¹ *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*.p. 43.

encerrado na norma penal.

Em último, resta salientar as funções desempenhadas pelo bem jurídico-penal, que se subdividem em: (a) função de limitação do poder punitivo do Estado (função de garantia), a qual analisaremos com maior vagar; (b) função sistêmica e (c) função dogmática.

A **função de garantia** revela-se na medida em que a incriminação de determinadas condutas deixa de ficar ao livre arbítrio do legislador, passando a se subordinar a certas exigências dogmáticas. Dessa forma, somente as ações humanas suficientemente atentatórias a bens jurídicos de matiz constitucional serão passíveis de tutela penal, como meio de se atender aos princípios jurídicos da subsidiariedade, fragmentariedade e lesividade. Quer isso significar que eventual lesão a esses referenciais legislativos redundará na inconstitucionalidade material da norma penal positivada, mormente por desrespeitar a dignidade da pessoa humana, pedra angular do Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, Luís Flávio Gomes¹², ao tratar do princípio da ofensividade, assim pondera:

“...no que concerne ao aspecto político criminal do princípio em questão, parece oportuno sublinhar as seguintes dimensões de garantia: (a) a de impedir o arbítrio e a degeneração do poder punitivo [que não está autorizado a construir o sistema penal sobre bases puramente moralistas, que não pode conceber o delito como mera infração de um dever, que está obrigado a definir tanto quanto possível o bem jurídico protegido etc]; (b) a de servir de barreira – a lareira de outros princípios – contra a abusiva expansão do Direito Penal; (c) a de permitir o controle do conteúdo da lei penal, seja no que diz respeito ao objeto da tutela penal, seja quanto à presença e ao grau da ofensividade penalmente relevante.”

Daí, portanto, se extrai a função garantística do bem jurídico-penal: Compatibilizar o direito de punir do Estado em face da liberdade de cada indivíduo.

A **função sistemática** do bem jurídico-penal tem como escopo orientar o operador do direito no afã de encontrar o tipo penal mais adequado à ofensa eventualmente praticada. Em virtude disso, cada conduta tipificada na norma penal, e em especial no Código, deverá ser organizada de modo a se vislumbrar diferentes formas de se vilipendiar bem-jurídico específicos, de modo a sistematizá-los.

A **função dogmática**, por sua vez, parte do pressuposto inafastável de que o bem jurídico constitui o elemento central do tipo penal, englobando seus elementos objetivos e subjetivos. Por meio dessa função, delimita-se o alcance de cada norma penal em relação àquilo que ela tem por fim defender. É justamente nesse sentido

¹² *O princípio da Ofensividade no Direito Penal*, p.30.

que Yuri Carneiro ¹³realça a impossibilidade de interpretar ou conhecer a lei penal sem se socorrer do instituto do bem jurídico, dada sua fundamental importância para a atividade hermenêutica.

A FUNÇÃO GARANTÍSTICA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Como se viu alhures, nem todo bem jurídico está apto a receber a tutela penal. Impõe-se ao legislador antes de criminalizar determinada conduta humana, fazer uma rígida seleção de valores previstos na Lei Maior, mesmo porque a inscrição de determinado bem-jurídico na Constituição não demanda necessariamente sua tutela pelo Direito Penal. Fala-se, então, em **bem jurídicos-penais idôneos** como aqueles que estão a aptos a receber, conforme os critérios que se analisará, a guarida da lei penal, bem como, em **bem jurídicos inidôneos** como aqueles desprovidos dos requisitos básicos para a proteção legal em referência.

Os bens-jurídicos penais idôneos estão capacitados a desempenhar sua função garantidora em meio ao direito de punir, ao contrário dos inidôneos, uma vez que estes deixam os indivíduos desguarnecidos do direito à liberdade, ferindo drasticamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

De outra parte, a aferição da idoneidade ou não de um bem jurídico é tarefa árdua para o legislador, que se terá de cotejar necessidade da proteção do bem jurídico visado e a liberdade individual.

Nesse aspecto, a liberdade sempre há de ser entendida como regra e não como exceção, como bem explica Paulo Queiroz¹⁴:

“...a relativização desse pressuposto fundamental somente poderá admitir-se legitimamente quando o interesse público superior, constitucionalmente relevante, o exigir, em nome da coletividade, o que é o mesmo que dizer-se: quando o interesse público maior se impuser como necessidade de preservação dos valores democráticos...”

(...)

“Quer isso significar, em respeito ao postulado da liberdade, que todas as medidas de vigilância, de policiamento, de restrição ou privação de direitos, numa palavra, de coerção ao indivíduo, somente poderão ser toleradas em situações excepcionais, pois se trata, afinal, de contemplar, em tais casos, não a regra, mas a exceção, a não liberdade, por meio de atos de constrição...”

Ora, não existe no sistema jurídico pátrio qualquer direito de natureza absoluta, já que um direito pode ser sacrificado em face de outro, caso seja estritamente necessário. Isso obriga o legislador a sopesar, tendo como base a

¹³ *Bem jurídico-penal*, p.133.

¹⁴ *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*, p.25.

subsidiariedade penal, os valores em conflito, para que assim possa legitimar a norma penal em face da Constituição.

É exatamente nesse aspecto – escolha de bens jurídicos penais – que o binômio subsidiariedade/fragmentariedade opera em sua maior força, evitando a criminalização de qualquer bem jurídico trazido pela Constituição, mas somente aqueles que, por sua relevância social, precisam ser protegidos mediante a constrição da liberdade.

Ressalte-se, nessa mesma ordem de idéias, o papel decisivo desempenhado pelo princípio da proporcionalidade. Por meio dele, o legislador, considerando a fragmentariedade penal, será capaz de avaliar se determinado interesse social terá o condão de restringir os direitos fundamentais do indivíduo. A proporcionalidade não está expressa na Constituição, mas pode facilmente ser inferida de seu texto, máxime quando se afirma como objetivo da República a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I).

Tudo isso está imbricado, enfim, com a função de limitar o *jus puniendi* estatal. Proceder-se de maneira diversa dos critérios de seleção adotados pela moderna dogmática penal, levaria a contemplação de bens jurídicos que não possuem legitimidade ou idoneidade penal, ou seja, **não cumprem sua função garantística**.

Esse fenômeno ocorre quando o legislador sacrifica a liberdade para proteger bens jurídicos que não são dignos de tutela penal. Não se está, com isso, a negar a importância da proteção jurídica conferida pelo legislador penal a certos interesses da coletividade. No entanto, não se pode perder de vista que o direito penal atua como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, de maneira que a desnecessária valorização de bens jurídicos-penais inidôneos, termina por ensejar arbitrariedade cujas conseqüências são desastrosas para o indivíduo.

Sem embargos, observa-se que o legislador pátrio não raras vezes esteve a atrair para a seara penal, bens jurídicos que não detêm idoneidade necessária à referenciada tutela. A hipótese, acentue-se, é de total improcedência da tutela penal, pois outros mecanismos jurídicos, diferentes do direito penal, atingiriam de forma **eficiente e adequada** a preservação desses valores sociais.

Pode-se citar, como exemplo de inidoneidade penal, as penalidades criminais contidas na Lei nº 8245/91 (arts. 43 e 44), que dispõe sobre locação de imóveis urbanos. A despeito da relevante função social encerrada no contrato de locação, não poderia o legislador penal intervir num campo em que severas sanções de natureza civil cumpririam com eficácia o interesse em se proteger o regular cumprimento das obrigações que vinculam locador e locatário.

Outro exemplo de inobservância dos critérios de escolha de bens jurídicos-penais está consubstanciado na Lei nº 9472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação. Muitas vezes, o interesse público que circunda determinada matéria impede o Poder Legislativo de observar um bem jurídico sob a ótica do garantismo penal, como ocorre nos crimes contra os serviços de telecomunicação.

Em casos como este, as conseqüências de uma tutela penal são as mais gravosas possíveis, mormente quando o legislador impede a demonstração de concreta lesão ao bem jurídico, por se valer de presunções absolutas. Privilegia-se, com isso, mais o valor atribuído ao bem jurídico que se visa proteger do que a própria conduta humana.

A rigor, a tutela penal conferida ao inquilinato e às telecomunicações não possui força suficiente para relativizar a liberdade humana, ou seja, não cumprem a função garantística, no que tange a subsidiariedade. Veja-se que é despiciendo, proceder-se à transcrição dos tipos penais definidos nesses diplomas legislativos, pois qualquer conduta, por mais lesiva que seja, não tem o condão de restringir, por meio da pena, a liberdade de quem os ofendeu.

Por outro lado, essa reduzida eficácia normativa das normas penais importa no detrimento da função instrumental do Direito Penal, em privilégio de uma função eminentemente simbólica. Vale dizer, utiliza-se arbitrariamente o caráter intimidativo da pena com vistas a proteger a norma legal que reputar conveniente, amedrontando os membros da sociedade de modo a reforçar a imperatividade das normas jurídicas, sem, contudo, respeitar os princípios norteadores do Direito Penal.

A TIPIFICAÇÃO DE CONDUTAS INOFENSIVAS A BENS JURÍDICOS-PENAI **DOTADOS DE IDONEIDADE/LEGITIMIDADE (*nulla lex sine iniuria*)**

Casos há em que a tutela penal é idônea, mas o legislador penal não descreve uma conduta típica com aptidão para ofender o bem jurídico que visa proteger, o que, conseqüentemente, termina por excluir a tipicidade do ato praticado, a menos que sejam relegados a segundo plano os princípios garantísticos do direito penal.

Isso se diz, porque a conduta humana tipificada na norma penal deve necessariamente possuir lesividade suficiente para produzir lesão ou risco de lesão ao bem jurídico posto sob tutela. Assim, consagra-se o princípio da lesividade como limitador do arbítrio do Estado. A esse respeito, Luís Flávio Gomes¹⁵ já havia asseverado que

“a construção de todo o sistema penal constitucionalmente orientado, em conseqüência, deve partir da premissa de que *não há crime sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico. E se se considera que o bem jurídico integra a tipicidade (os*

¹⁵ Norma e Bem Jurídico no Direito Penal, p. 22.

enunciados legais revelam a norma e esta revela o bem jurídico que é o objeto da tutela – e da ofensa – penal), passa o delito a ser concebido como fato típico ofensivo.”(grifei)

Esse posicionamento afigura-se deveras pertinente, mesmo porque existem condutas que não excedem o âmbito do próprio agente, razão pela qual não se deverá punir aquele que pratica determinada conduta em detrimento de si mesmo (autolesão). Aqui, a inofensividade do tipo penal é revelada abstratamente pela lei. Por mais que o agente pratique a conduta, não estará ele ofendendo o bem jurídico. Veja, nesse sentido, acórdão do STF:

ENTOPERCENTES. Posse para uso próprio. Inexistência do crime ou, de qualquer sorte, de prova indispensável à condenação. Hábeas corpus deferido por falta de justa causa.

Ementa: 1. É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de Entopercentes (Lei 6.368/76) na conduta de quem recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar – segundo doutrina subjacente a lei – como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, que só se configuram em fatos que “acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas” (Hungria).

(...)

HC 79.189-1-SP – 1ª T. –j. 12.12.2000 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – *DJU* 09.03.2001.

Contudo, vale alertar mais uma vez que os princípios garantísticos do Direito Penal são compreendidos conjunta e complementarmente. Assim, a lesividade penal, embora detenha lugar de destaque no que concerne à tipificação de condutas, não deverá excluir a atuação dos demais princípios, quais sejam, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade.

Questão muito interessante surge em relação aos crimes de perigo abstrato ou de perigo presumido, que não precisam ser provados, já que a lei, por presunção absoluta, os reputa como ofensivos. Tais crimes, pela dogmática atual, são desprovidos de ofensividade, exceto se o intérprete de norma conseguir demonstrar a ocorrência de perigo concreto. Em outras palavras, transformar-se-ia os crimes de perigo abstrato em perigo concreto, a fim de se comprovar a ofensividade da conduta.

Figure-se como exemplo o tipo previsto no art. 253 do Código Penal, que preceitua:

Art. 253. Fabricar, fornecer, adquirir, possuir, ou transportar, sem licença da autoridade competente, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.

Pena – detenção de seis meses a dois anos, e multa.

O bem jurídico protegido no caso é a incolumidade pública, que se vê afrontada quando o agente pratica um dos núcleos do tipo referenciado sem a licença da autoridade. Trata-se, portanto, de um crime de perigo abstrato: Basta a inexistência de autorização da autoridade para que seja presumido perigo de violação ao bem jurídico em comento.

Suponhamos que o agente, apesar de fabricado explosivo sem licença governamental, tenha empregado os mesmos mecanismos de segurança impostos pela autoridade pública àqueles que detêm sua licença para a produção da substância explosiva.

Ora, não há como se vislumbrar qualquer tipo de perigo na situação acima aventada, uma vez que o agente pautou-se como se autorização tivesse, passando, dessa forma, a produzir explosivos de modo a não gerar riscos à incolumidade pública. Por isso mesmo, não seria justo – nem lícito penalizar o agente que teleologicamente obedeceu à norma penal, somente porque a tipo do art. 253 impede a prova tendente a refutar a presunção absoluta de perigo.

Diante da nova ordem constitucional, não é mais possível sacrificar a liberdade do indivíduo em prol de uma presunção absoluta, que, em concreto, poderá ser absolutamente refutada. É justamente nesse aspecto que se prega a demonstração concreta de todos os riscos de lesão contra determinados bens jurídicos, sob pena de inconstitucionalidade.

Todavia, existe uma corrente mais radical que não procura fazer tal adaptação, considerando, *prima facie*, os tipos de perigo abstrato como normas inconstitucionais. Vejamos, a seguir, outros arestos:

FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULOS - Ausencia de ofensa ou probabilidade de ofensa à incolumidade pública - Configuração - Inocorrência - Demonstração de perigo concreto - Necessidade: - Inteligência: art. 32 da Lei das Contravenções Penais.

É impossível a configuração da infração do art. 32 da LCP se, da ação desenvolvida pelo agente, não decorre ofensa ou probabilidade de ofensa idônea à incolumidade pública, em razão da obediência ao princípio da ofensividade, sendo certo que a lesividade não pode ser hipotética, porque o moderno Direito Penal renega as infrações de perigo abstrato em que se presume, *iuris et de iure*, o resultado, o qual tem de ser devidamente comprovado, em razão da garantia constitucional da não-culpabilidade, não podendo haver presunção contra o acusado (Ap. 1.032.711/3, julgado em 19.02.97, 10ª Câmara do TACrim/SP, rel. Juiz Ricardo Feitosa, declaração de voto vencido Juiz Márcio Bártoli).

PORTE DE ARMA - ART 10 DA LEI 9437 - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - INCONSTITUCIONALIDADE - PRINCÍPIO DA LESIVIDADE - Arma apreendida em oficina para reparos - Ausência de risco à incolumidade pública - Absolvição decretada.

I Quando o agente pede para terceira pessoa levar arma de fogo para conserto e esta é apreendida nas mãos do armeiro, no interior da oficina, tal comportamento não coloca em risco a incolumidade pública, reconhecendo-se, assim, a ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela lei penal.

II Não havendo a imperiosidade da proteção de bem jurídico, fato existente nos chamados crimes de perigo abstrato meramente formais, é inaceitável a intervenção penal, porquanto inócua e estigmatizante.

III O princípio da lesividade ou ofensividade penal possui lastro constitucional exatamente no art. 5º, inciso XXXIX, CF/88, e no âmbito penal, qualquer tentativa de aplicação de um direito preventivo mostra-se insubmissa e desgarrada da Regra Excelsa, o que é vedado.

IV - Precedentes da Corte

V - Absolvição decretada (Acórdão 0306250-0, ApCrim, ano 2000, Snador Firmino, julgado em 29.08.2000, Segunda Câmara Criminal do TAMG, rel. juiz Alexandre Victor de Carvalho, não publicado).

Concluindo: Em alguns casos a falta de ofensividade se dá abstratamente, no próprio nível legislativo, como no caso de uso próprio de substâncias entorpecentes. Nesta hipótese, o fato é não materialmente típico, embora formalmente o seja por erro do legislador. Em outros casos, a ofensividade há ser aferida no caso concreto, pelo Poder Judiciário, como ocorre nos crimes de perigo abstrato, já que o pressuposto de validade para a aplicação do tipo penal abstrato passa a ser a existência de perigo concreto - comprovado caso a caso.

A QUESTÃO DOS BENS JURÍDICOS METAINDIVIDUAIS

Uma questão tormentosa na doutrina jurídico-penal refere-se a tutela penal de bens jurídicos metaindividuais. Os problemas enfrentados pela sociedade pós-moderna demandam do Estado uma proteção cada vez mais eficaz a interesses de toda coletividade.

Dentro dessa perspectiva, indaga-se se o Direito Penal seria eficaz para a proteção a tais interesses, já que ordem constitucional de 1988 trouxe consigo uma série de garantias individuais que limitam a atividade do legislador penal, que, até então, era desenvolvida sem maiores balizamentos.

Sem embargos, a moderna dogmática penal vem desenvolvendo formas de efetivar a proteção de bens jurídicos como por exemplo o meio ambiente, ordem econômica e financeira, sem desprezar a imperiosa necessidade de proteger a liberdade individual em face do poder punitivo do Estado.

A primeira vista, a forma mais eficaz de assegurar a proteção de valores transindividuais seria através da criação de crimes de perigo abstrato, fato esse que enseja muita inquietação por parte da doutrina.

A esse respeito, esclarece Alice Bianchini¹⁶:

"Partindo da idéia de que o direito penal, face a caracterização da sociedade moderna como de risco, necessita converter-se em um instrumento de governo, realizando política estatal, tem-se, constantemente, justificado a intervenção do sistema punitivo, antes mesmo que se possa verificar uma lesão ao bem jurídico protegido. **Esse seria o contributo, no posicionamento considerável de parcelas de juristas, na solução de problemas sociocriminais, como os relativos às agressões ao meio ambiente, à criminalidade organizada (incluídas as preocupações com o tráfico de drogas), às políticas econômicas, financeira e tributária, dentre outras.**"(grifei)

Aqueles que criticam o entendimento acima esposado falam em *administratização* do direito penal, mercê de que este deixaria de cumprir o papel de defesa interesses estritamente fundamentais (intervenção mínima), para servir de complemento a funções estritamente estatais.

Sob tal aspecto, a criação de crimes de perigo abstrato sacrificaria a liberdade individual, pois o agente seria punido mesmo que não coloque em lesão ou risco de lesão os bens jurídicos em questão. Estar-se-ia, assim, antecipando a tutela penal, em face de mera suposição do legislador, o que é inconciliável com os paradigmas regem o sistema penal de garantias - pautado na culpabilidade e na subjetividade. É especificamente nesse âmbito que se encontra o conflito entre a segurança da sociedade e as garantias fundamentais do indivíduo.

De qualquer sorte, o debate acerca da matéria deverá sempre passar sobre o crivo do princípio penal da ofensividade, que não se opõe à proteção de valores transindividuais, mas, ao contrário, servi-lhe de complemento. Com efeito, bastaria a não ocorrência de perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo de perigo abstrato, para que o agente ficasse isento de pena, ante à atipicidade material do fato.

Não se deve, porém, confundir a concretude do dano ou do risco de dano causado pelo agente, com a existência de uma vítima individualizada. É que nos crimes de tutela coletiva ou difusa, os bens jurídicos são necessariamente indeterminados ou indetermináveis. Elucidativo, nesse passo, é o magistério de Alice Bianchini¹⁷ alertando que

"a exigência de realização do perigo não implica a necessidade de se apresentar uma concreta vítima, bastando que a conduta tenha aptidão de causar dano a pessoa ou patrimônio alheio. **O que se exige,**

¹⁶ *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, p.64.

¹⁷ *Idem*, p. 69.

portanto, é um perigo concreto indeterminado, o que, na doutrina alemã é chamado de perigo abstrato/concreto."(Grifei)

No entanto, é de se observar que a lesão ou o perigo concreto de lesão pode advir de duas situações efetivamente distintas. A primeira delas ocorre com a simples comprovação de que o agente, mesmo desrespeitando a norma penal, não lesou o bem jurídico, na medida em que sua conduta teleologicamente se adéqua ao propósito da lei. Isso ocorre geralmente nos crimes de perigo abstrato cuja consumação se encontra condicionada a inobservância de um ato do Poder Público.

Nesse sentido, vejamos o art. 44 da Lei 9605/98, que dispõe sobre as sanções criminais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais:

Pena – detenção, de 6 (seis) a 1 (um) ano, multa.

Como pode facilmente se observar, o tipo em referência versa sobre um crime de perigo abstrato, uma vez que a *não autorizada* extração dos mencionados recursos minerais nas florestas de domínio público ou de preservação permanente importa numa conduta criminosa, sem se admitir prova em contrário. Assim, entendeu o legislador que a autorização prévia, nesta hipótese, é essencial para a preservação do meio ambiente, de modo que a inobservância dessa exigência pelo administrado expõe o bem jurídico a perigo de lesão.

Como nenhuma pena pode ser aplicada sem que haja efetivo prejuízo ou ameaça concreta de perigo ao bem jurídico, restará ao agente, para desconstituir sua a responsabilidade penal, demonstrar que sua conduta foi similar a das pessoas que estão autorizadas a extrair recursos minerais. Do contrário, não se estaria preservando o meio ambiente, mas sim o controle da administração em matéria ambiental, o qual seria levado a efeito mediante instrumentos jurídicos diversos da sanção criminal.

A segunda forma de se chegar a um perigo concreto de lesão seria: (a) por meio de única conduta que fosse capaz de ameaçar interesses da coletividade, face a sua magnitude; (b) por uma repetição de condutas potencialmente inofensivas, que, somadas, poderão causar risco concreto de lesão a determinado bem jurídico interpessoal. Em alguns casos, a própria tipicidade delitiva encontra-se condicionada a ofensividade de uma conduta, consoante se verifica no art. 54 da Lei 9605/98, que preceitua:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza **em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade ou a destruição significativa da flora.** (grifei)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) meses, e multa.

Assim, não é suficiente, para configuração do tipo, que o agente passe a emitir poluentes de forma moderada; é necessário, pois, que ele polua em proporções hábeis a causar prejuízo a saúde humana e a flora, atingindo, com isso, interesses da coletividade. E isso só será possível por meio de uma única conduta capaz de gerar os danos previstos na lei, ou então, mediante atos praticados sucessivamente, os quais, se reunidos, atingem a mesma finalidade ilícita.

A TEORIA DO RISCO ACUMULADO

Muito já foi dito acerca da teoria do risco acumulado. Seus paradigmas repousam no fato de que **o perigo concreto de lesão, ou a própria lesão ao interesse protegido pela lei penal, haverá necessariamente de ser fruto de uma cumulação de condutas dolosas, praticadas de maneira reiterada.**

Trata-se de um processo hermenêutico destinado a compatibilizar a proteção de bens jurídicos metaindividuais aos parâmetros do garantismo penal, pois nem sempre a lei penal limita a responsabilidade penal a uma determinada potencialidade lesiva. Isso ocorre porque muitas vezes o legislador penal descreve condutas materialmente inofensivas do ponto de vista individual, as quais, de modo algum, poderiam representar qualquer limitação na liberdade individual. Aplica-se, portanto, o mesmo raciocínio aplicado aos crimes habituais, diferenciando-se somente quanto ao bem jurídico protegido, que possui caráter coletivo ou difuso.

Dentro dessa perspectiva, propõe a teoria do risco acumulado a necessidade de condutas reiteradas contra determinado bem jurídico transindividual, para que se perfaça, efetivamente, perigo concreto de lesão ao bem jurídico, **ao menos que uma única conduta produza um perigo de tamanha magnitude, que possa se substituir a um conjunto de ações de menor potencial ofensivo.**

CONCLUSÕES

- 1) O bem jurídico-penal desempenha, na moderna dogmática penal, uma função eminentemente garantística, uma vez que limita, por meios de princípios implícitos (insignificância, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, lesividade, proporcionalidade e adequação social) e explícitos, o direito de punir do Estado.
- 2) Dentro dessa égide, surgem as teorias constitucionalistas do delito como forma de justificar a própria legitimação da pena em face do indivíduo que venha a transgredir o disposto na norma penal. Defende-se, então, que a Constituição seria a fonte pela qual o legislador penal deveria se valer para criminalizar condutas, não

podendo com ela contrastar.

- 3) A consagração de qualquer bem jurídico na Constituição não implica necessariamente na sua tutela pelo direito penal. Isso porque o legislador penal deverá aferir, à luz dos princípios penais, a idoneidade ou não para que determinado interesse seja objeto da lei penal.
- 4) Fala-se, assim, em bem jurídicos idôneos como aqueles que cumprem sua função garantística, por não atentarem para a fragmentariedade penal, e em bens jurídicos inidôneos como aqueles que não cumprem sua função de limitação do *jus puniendi*, sendo, portanto, inconstitucionais.
- 5) Há bens jurídicos que, apesar de idôneos penalmente, são tutelados por meio de normas desprovidas de qualquer ofensividade. Neste caso, a conduta prevista em lei é materialmente atípica, o que faz dela um indiferente penal.
- 6) No entanto, há casos em que o julgador, diante do caso concreto, terá que aferir a nocividade da conduta praticada, sob pena de se afastar dos princípios da lesividade e intervenção mínima do direito penal.
- 7) No que concerne aos bens jurídicos de perigo abstrato, há dois posicionamentos. O primeiro deles, mais radical, importa na inconstitucionalidade de tais crimes. O segundo posicionamento admite, por meio de uma atividade hermenêutica, a conversão dos crimes de perigo abstrato em perigo concreto.
- 8) Por último, analisa-se a tutela penal de bens jurídicos metaindividuais, a qual, normalmente, é efetivada por intermédio dos crimes de perigo abstrato. Parte da doutrina não aceita tal postura legislativa, por constituir uma violação ao sistema penal de garantias. Outra corrente entende que a tutela dos bens jurídicos metaindividuais pode ser levada a efeito, desde que se haja lesão ou risco concreto de lesão ao bem jurídico protegido, exigindo-se, neste último caso, que a ameaça de violação seja fruto de uma cumulação de condutas praticadas repetidamente, ou, então, que uma única conduta seja dotada de potencialidade lesiva capaz de, no mínimo, concretizar uma ameaça de dano para coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, v. 7. São Paulo: RT, 2002.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, v. 1. São Paulo:

Saraiva, 2003.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*, v.8. São Paulo: Mandamentos Editora, 2003.

GOMES, Luís Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*, v. 5. São Paulo: RT, 2002.

_____, *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*, v. 6. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PRADO, Luís Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Da Subsidiariedade do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*.

ABREU, Marcelo Luís. **Anotações sobre a função garantística do bem jurídico-penal**. Disponível em: <<http://www.direitofba.net/artigos/artigo013.doc>>. Acesso em: 17/07/2006.