® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

# A Criminologia Enfocada Nos Bens Jurídicos Constitucionais

Rafael Damaceno De Assis *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Criminalização e os Bens Jurídicos Constitucionais. 3. Os limites Constitucionais de Criminalização. 4. A intervenção Mínima visando a Criminalização. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução.

A necessidade de conter os excessos criminalizadores dá origem ao entendimento de que o Direito Penal tem por objeto não a tutela do direito subjetivos, mas a de bens jurídicos. A tutela penal deveria ter somente por objeto o bem jurídico e tão somente o bem jurídico materiais, a eles se limitando.

Hans Welzel enfoca que: "na realidade só há bens jurídicos a medida que eles atuam na vida social, e sua ação está receptivamente na mesma. Vida, saúde, propriedade etc. são relevantes para o Direito Penal, mas enquanto consistem em um " ser em função", ou seja, enquanto exercem efeitos sobre a coesão social, e dela recebem efeitos."

Entanto o bem jurídico consiste no uso e desfrute de uma situação valorada positivamente. O Direito é um dos subsistemas, cuja tarefa fundamental é garantir a existência do sistema como um todo. E o Direito Penal é o instrumento mais importante no subsistema jurídico, pois através da pena assegura a conservação do sistema contra fatos de alta nocividade social.

Esses fatores, no entanto, apresentam-se diversamente, com nuanças próprias em cada contexto social e histórico. Para a individualização do bem jurídico na é fundamental a posição objetiva do bem, mas a sua valoração subjetiva com as variantes dos contextos sociais nos quais ele aparece.

## 2. Criminalização e os Bens Jurídicos Constitucionais.

Os bem jurídicos preexistem à própria natureza e ordem jurídicas como os que acentuam a sua natureza funcional ou sistemática, primam pela carência de concretude, posto que não define conteúdos, ou seja, não dizem quais as unidades de função ou quais das difusões afetam a conservação do sistema, e o quanto de nocividade social das mesmas.

Para superar este ditame e buscar o embasamento que permita uma determinação dos bens jurídicos merecedores da tutela penal, limitando inclusive essa ação tutelar, surgiu nestes últimos decênios o que pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. É na constituição que o Direito Penal deve encontrar o bem que lhe cabe proteger com suas sanções. Devendo assim os penalistas orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorizações criadoras dos bens, cabendo os penalistas, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.

Essa constitucionalização do bem jurídico tem-se apresentado com diversas nuanças, que se podem agrupar e duas correntes. Uma de caráter geral, vinculando a criação do tipo penal aos princípios fundamentais presentes e outras, ditas teorias constitucionais estritas, entendem que o legislador penal encontra nas constituições prescrições especificas e explicitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem recebidos na ordem jurídicos penal.

## 3. Os limites Constitucionais de Criminalização.

A limitação da busca dos bens jurídicos passiveis de criminalização no âmbito dos bens constitucionais tem-se argüido que podem aparecer, após a edição dos textos constitucionais, novos bens que, pela sua relevância, estão a exigir a proteção penal.

As constitucionais, portanto, não apenas são repositório principal dos bens passiveis de criminalização, mas também contem princípios relevatissimos que modelam a vida da comunidade e que, constituem clausulas pétreas embasadoras de sistema constitucional. A presença destas clausulas e dos direitos que elas consagram e delas derivam marcam limites que o legislador ordinário, principalmente em matéria penal, não podem transpor.

A criminalização há de fazer tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passado pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade.

Por bem é nas constituições que a criminalização há de encontrar preponderantemente os bens que lhe cabe tutelar. Mas ainda quando proteger com suas sanções bens não-constitucionais, não o pode fazer em conflito com os princípios constitucionais, neles encontrando definitiva barreira. As constituições, portanto, são para as criminalizações sua base e seu limite.

## 4. A intervenção Mínima visando a Criminalização.

As medidas não privativas de liberdade devem ser utilizadas de acordo com o princípio da Intervenção Mínima. Essa intervenção mínima deve dar-se pelos processos de despenalização e descriminalização em vez de interferir ou retardar as iniciativas nesse sentido. Tanto quando possível, deve se evitar recorrer aos processos formais e julgamentos perante tribunais, de acordo com as garantias legais e normas jurídicas. Existe uma linha moderada,que reivindica um Direito Penal Mínimo, isto é uma mínima intervenção, com as máximas garantias.

Em torno da idéia de um Direito Penal mínimo, por sinal esta se construindo um enorme consenso, mesmo porque seus postulados e princípios não são fechados. Isso permite uma intensa e constante reformulação, sendo assim de modo algum podemos dizer que a reivindicação de não intervenção do Direito Penal seja algo recente.

Embora agregando ao Direito Penal mínimo a nota de transitoriedade ela somente seria valido enquanto meio para se chegar a meta mais longínqua de sua abolição total, Zaffaroni em seu pensamento convalida o postulado mínimo desde que seja enfocado como passagem para o abolicionismo total e na medida em que a intervenção do atual sistema penal resulte menos violenta que as outras formas de decisão de conflito.

Com as medidas despenalizadoras, o Direito Penal brasileiro começou a adotar, e contraposição ao modelo clássico, as tendências mundiais, sendo certo que a recentíssima lei das penas substitutivas enquadra-se na nesta mesma linha de orientação e uma política criminal alternativa.

## 5. Conclusão.

E extraordinário é que se busque a realizar essas renovações com o embasamento nas constituições. E isso porque um Direito Penal respaldado nos textos constitucionais será certamente um Direito Penal imune a uma regressão. O buscar nas constituições os bens jurídicos a tutela e a sujeição da criminalização aos limites impostos pelas constituições tem um sentido bem profundo. Constituem uma garantia de que é possível, e far-se-á um Direito penal respeitoso da dignidade da pessoa humana.

Urge por fim que o poder judiciário leve ate as ultimas conseqüências a eficiência limitadoras dos princípios intradogmaticos no âmbito penal,partindo do elementar pressuposto de que uma das missões básicas do Direito Penal é a de tutelar bens jurídicos, mas de forma subsidiaria e fragmentaria e também assegurar as garantias dos princípios constitucionais.

## 6. Referências Bibliográficas.


WELZEL, Hanz. In: ZSTW 58, (1939),p. 409 e ss.

HASSERMER, Winfried. Fundamentos Del Derecho Penal. Barcelona. 1984.

PRADO, Luiz Régis. Bem Jurídico e Constituição

LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Ed. Sergio Antonio Fabris, 2º Edição. Porto Alegre.2003.

GOMES, Luiz Flavio. Penas e Medidas Alternativas a Prisão.Ed. Revistas dos Tribunais. São Paulo.1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em Busca de lãs penas perdidas, p.191 e ss.



*Acadêmico de Direito, ex-estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Vara de Execuções Penais e Corregedoria dos Presídios da Comarca de Londrina-Pr.