

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

BEM JURÍDICO-PENAL E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Deminis Sevilha Salvucci

Presidente Prudente/SP
2007

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

BEM JURÍDICO-PENAL E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Deminis Sevilha Salvucci

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2007

BEM JURÍDICO-PENAL E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos
(orientador)

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, ____ de novembro de 2007.

Se se proíbem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as idéias ordinárias de vício e virtude, que todavia se proclamam eternas e imutáveis.

Cesare Beccaria

Dedico este trabalho aos meus pais, por terem me guiado pelo caminho da vida com muita paciência e dedicação. Ao meu padrasto, Marcelo, pessoa de caráter notável e fonte inesgotável de força e auxílio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus familiares, pela compreensão e auxílio despendidos nestes anos da graduação.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Jurandir José dos Santos, pela paciência, dedicação e ajuda durante toda a elaboração da presente monografia.

Ao Prof. Dr. Gilson Sidney Amâncio de Souza, Prof. Dr. Luís Roberto Gomes e ao Dr. Tito Lívio Seabra, profissionais que tanto honram o Ministério Público, com os quais tive o privilégio de estagiar e muito aprendi.

Aos colegas de graduação, especialmente aos amigos do grupo de prática: André, Taciba, Lucas, Nungesses, Pablo e Jorge.

Aos colegas do Ministério Público Federal e aos companheiros estagiários do ano de 2006: Camila, Ellisson e Antônio César; e do ano de 2007: Ariagne, Monique e Yuri, credores da minha gratidão pelo auxílio nestes dois anos de estágio.

Àqueles que contribuíram com empréstimo de material: Dr. Jurandir, Dr. Luís Roberto, Dr. Tito Lívio e Giovana, bem como a todos que contribuíram de forma indireta para a realização do presente trabalho.

Por fim, deixo aqui meus agradecimentos por todas as eventuais críticas e sugestões dos eminentes integrantes da banca examinadora.

RESUMO

O presente trabalho analisa o princípio da lesividade como princípio fundamental de legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito. Para alcançar o tema principal da monografia, o autor abordou, primeiramente, alguns aspectos sobre princípios gerais de direito, analisando seu conceito, como enunciados básicos que orientam o conjunto de regras, as fases históricas da evolução dos princípios, a diferenciação de princípios e regras e, também, as funções gerais dos princípios. Em seguida, foi abordado o tema referente ao bem jurídico, ou seja, daqueles interesses essenciais ao indivíduo e à sociedade que fazem por merecer a tutela penal. Foi estudado as diversas fases do pensamento histórico acerca concepção do crime e do bem jurídico, passando pela violação do contrato social, da violação do direito subjetivo à idéia de bem jurídico no Estado Democrático de Direito com a principal função de garantia de legitimação da norma penal. Com a abordagem do princípio da lesividade, foi possível vislumbrar que o direito penal só pode atuar frente a uma conduta que efetivamente lesione ou exponha a perigo de lesão determinado bem jurídico protegido. Também foi estudado a previsão do referido princípio de forma implícita na Constituição, com base na dignidade da pessoa humana, e expressamente no Código Penal ao exigir o resultado jurídico. Depois, o autor abordou as diversas diretrizes desempenhada pela exigência da lesividade, assim como a consequência da ausência de ataque ao bem jurídico: a atipicidade do fato. Por fim, observou-se que embora existam críticas referentes à legitimidade dos crimes de perigo abstrato, a validade de tais tipos penais fica condicionada a um potencial perigo ao bem jurídico tutelado. Utilizado os métodos indutivo, histórico, observacional, bem como da pesquisa bibliográfica, teve por objetivo demonstrar a importância da lesividade do bem jurídico como premissa fundamental para legitimar a repressão estatal por meio do direito penal.

Palavras-chave: Princípios de direito penal. Bem jurídico. Princípio da Lesividade. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

ABSTRACT

The present work analyzes the principle of the injuryness as basic principle of legitimacy of the criminal law in the Democratic State of Right. To reach the main subject of this work, the author approached, first, some aspects on general principles of right, analyzing its concept, as basic statements that guide the set of rules, the historical phases of the evolution of the principles, the differentiation of principles and rules and, also, the general functions of the principles. After that, the referring subject to the legally protected interest was boarded, that is, of those essential interests to the person and the society that make for deserving the criminal guardianship. About conception of the crime and the legally protected interest was studied the diverse phases of the historical thought, passing for the breaking of the social contract, of the breaking of the subjective right to the idea of legally protected interest in the Democratic State of Right with the main function of guarantee of legitimation of the criminal norm. With the boarding of the principle of the injuryness, it was possible to glimpse that the criminal law only can act front to a behavior that effectively offence or displays the danger of protected definitive injury legally protected interest. Also the forecast of the related principle of implicit form in the Constitution was studied, on the basis of the dignity of the person human being, and express in the Criminal Code when demanding the legal result. Later, the author approached the diverse lines of direction played by the requirement of the injuryness, as well as the consequence of the absence of attack to the legally protected interest: the legality of the fact. Finally, it was observed that even so they exist critical referring the legitimacy of the crimes of abstract danger, the validity of such criminal types is conditional to a potential danger to the legally protected interest tutored. Used the methods inductive, historical, observe, as well as of the bibliographical research, it had for objective to demonstrate the importance of the injuryness of the legally protected interest as basic premise to legitimize the state repression by means of the criminal law.

Keywords: Principles of criminal law. Legally protected interest. Principle of the Injuryness. Principle of exclusive protection of legally protected interests.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 ASPECTOS SOBRE PRINCÍPIOS | 10 |
| 2.1 Conceito de Princípio..... | 10 |
| 2.2 Fases Históricas da Evolução dos Princípios..... | 12 |
| 2.2.1 A fase do jusnaturalismo..... | 12 |
| 2.2.2 A fase do positivismo..... | 13 |
| 2.2.3 A fase do pós-positivismo..... | 13 |
| 2.3 Princípios e Regras (espécies do gênero “norma”)..... | 14 |
| 2.4 Funções Gerais dos Princípios..... | 16 |
| 3 DO BEM JURÍDICO-PENAL | 18 |
| 3.1 Síntese Histórica da Evolução do Bem Jurídico..... | 18 |
| 3.1.1 Pré-iluminismo..... | 18 |
| 3.1.2 Iluminismo..... | 19 |
| 3.1.3 Feuerbach..... | 20 |
| 3.1.4 Birnbaum..... | 21 |
| 3.1.5 Binding..... | 22 |
| 3.1.6 Von Liszt..... | 23 |
| 3.1.7 Visão neokantiana..... | 24 |
| 3.2 Aspectos Sobre o Bem Jurídico e o Estado Democrático de Direito..... | 25 |
| 3.3 Delimitação de Bem Jurídico-Penal..... | 27 |
| 3.3.1 Conceito de bem jurídico-penal..... | 32 |
| 3.3.2 Bem jurídico e objeto material dos tipos penais..... | 34 |
| 3.4 Teorias do Bem Jurídico-Penal..... | 35 |
| 3.4.1 Teorias sociológicas..... | 35 |
| 3.4.2 Teorias constitucionais..... | 37 |
| 3.5 Funções do Bem Jurídico..... | 39 |
| 4 DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE | 42 |
| 4.1 “Nullum Crimen Sine Injuria”..... | 42 |
| 4.1.1 Terminologia..... | 45 |
| 4.1.2 Corolário da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal..... | 48 |
| 4.1.3 Previsão no ordenamento jurídico?..... | 49 |
| 4.2 Diretrizes do Princípio da Lesividade..... | 52 |
| 4.3 A Ausência de Lesão ao Bem Jurídico..... | 56 |
| 4.3.1 A tipicidade conglobante..... | 57 |
| 4.3.2 O risco ao bem jurídico na teoria da imputação objetiva..... | 58 |
| 4.4 O Princípio da Lesividade e os Crimes de Perigo..... | 59 |
| 5 CONCLUSÃO | 64 |
| BIBLIOGRAFIA | 66 |

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, objetivou-se estudar o princípio da lesividade (da exclusiva proteção de bens jurídicos ou da ofensividade), que tem como base a teoria do bem jurídico-penal para a legitimação do sistema penal.

A escolha do tema se deu pela constatação, pelo autor, da importância do princípio estudado, não apenas para discussão acadêmica, mas, notadamente, pela sua aplicação prática constatada no dia-a-dia da área forense criminal.

Para a elaboração desta monografia foram utilizados os métodos indutivo, histórico e observacional, bem como utilizou-se da pesquisa bibliográfica acerca do tema, com o objetivo de demonstrar ao leitor a importância do princípio enfocado como importante instrumento para legitimar a atuação do direito penal garantista, exigido em um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o trabalho foi dividido obedecendo a uma ordem lógica para compreensão do tema da pesquisa, precisamente em três partes distintas: aspectos sobre princípios, o bem jurídico-penal e, por fim, o princípio da lesividade.

Primeiramente, foram estudados alguns aspectos acerca da teoria geral sobre princípios, com alguns conceitos, demonstrando a evolução dos princípios, abordando a diferenciação entre princípios e regras e, também, abordando algumas funções gerais.

Em seguida, foi estudado o bem jurídico, sendo abordada a evolução histórica dos pensamentos sobre o bem jurídico, sua função no Estado Democrático e de Direito, os conceitos, as teorias sociológicas e constitucionalistas, bem como algumas funções desempenhadas por este.

Por fim, o princípio da lesividade foi abordado, observando-se sua diretriz básica, a questão da terminologia e a previsão no ordenamento jurídico. Também foram estudadas as funções do aludido princípio como propostas pela doutrina, a relação de atipicidade por falta de ataque ao bem jurídico e, por fim, a questão da legitimidade dos delitos de perigo abstrato face ao princípio da lesividade.

2 ASPECTOS SOBRE PRINCÍPIOS

No presente tópico procurar-se-á demonstrar ao leitor um panorama geral da teoria dos princípios, sem pretender exaurir o tema, a fim de prepará-lo para a compreensão do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, ofensividade ou da lesividade, objeto do presente trabalho.

Para tanto, passar-se-á a demonstrar ao leitor: o conceito de princípio, sua evolução histórica (jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo), a função dos princípios, como também a análise do tema princípios e regras como espécie do gênero norma e, também, a diferenciação entre as espécies.

2.1 Conceito de Princípio

O termo “princípio” origina-se do latim *principiu* e significa o momento, local ou trecho em que algo tem origem ou começo.

Consoante leciona Roque Antônio Carraza (1995, p. 27) “Etimologicamente, o termo princípio (do latim *principium, principii*) encerra a idéia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer”.

E esse sentido pode ser emprestado à definição de princípios gerais do direito. O Direito, como toda forma de conhecimento filosófico ou científico, pressupõe a existência de enunciados básicos que condicionam e orientam determinado ramo do conhecimento humano.

Como se denota, a existência dos princípios na Ciência do Direito é por demais relevante, a ponto de se afirmar que uma disciplina jurídica só é autônoma se ostentar uma principiologia própria, de forma sistematizada. De fato; princípios são como pilstras ou premissas fundamentais de determinado ordenamento jurídico, conferindo-lhe estrutura e coesão.

Nesse ponto é interessante observar o ensinamento de Roque Antônio Carraza (1995, p. 29):

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Consoante leciona Paulo Bonavides (1997, p. 257) os princípios são tidos como normas-chave de todo o sistema jurídico.

Já dizia Miguel Reale (1988, p.299) que “os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas”.

O conceito de princípio de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 912) já se tornou clássico entre os juristas:

Princípio – já averbamos alhures – é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Em seguida, o preclaro autor leciona que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Pode-se afirmar, destarte, que princípios são normas e orientações de caráter geral e fundamental que concorrem, ao lado das regras jurídicas, para formar o ordenamento jurídico, sendo aquelas as pedras de fecho desse sistema.

2.2 Fases Históricas da Evolução dos Princípios

Atualmente não restam mais dúvidas de que os princípios ostentam o *status* de norma jurídica. Trata-se, na verdade, de espécie de norma jurídica ao lado das regras. Os princípios, como normas jurídicas, têm positividade, obrigam e possuem eficácia. Pode-se dizer, ainda, que os princípios, hodiernamente, sobrepõem-se às próprias regras jurídicas.

Note-se que a força normativa não é tão-somente atribuída aos princípios expressamente previstos em lei, mas também àqueles implicitamente extraídos do ordenamento, consoante lição de Ruy Samuel Espíndola (1997, p. 61):

Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são enunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

No entanto, para se chegar à fase atual do pensamento doutrinário acerca dos princípios, passou-se por uma evolução histórica, mais precisamente por três fases distintas sobre as quais se passa a discorrer abaixo.

2.2.1 A fase do jusnaturalismo

Nessa fase, os princípios residem no campo do abstrato, sob manifesta influência do Direito Natural e não possuem normatividade.

Tal corrente concebe os princípios, como assinalado por Flórez-Valdés (apud BONAVIDES, 1997, p. 234), em forma de “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela reta razão. “São normas universais do bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”.

2.2.2 A fase do positivismo

Na fase seguinte, a do positivismo, os princípios saem do plano da abstração e saltam para os códigos, como fontes normativas subsidiárias ou como “válvulas de segurança”, como eram chamados.

Veja-se que, nessa fase, os princípios servem tão-somente para integração do direito, na hipótese de haver lacunas. A principal fonte normativa é a lei, sendo o princípio um artifício subsidiário a ser utilizado apenas nas situações não previstas pelo legislador.

Dado o caráter subsidiário dos princípios nessa fase, como derivados da própria lei, é precária sua normatividade¹.

2.2.3 A fase do pós-positivismo

Na terceira fase, a fase do pós-positivismo, os princípios, outrora tidos como normas subsidiárias de aplicação do direito, saltam dos códigos às constituições. Nesse período, os princípios adquirem o *status* de normas jurídicas vigentes e eficazes. Os princípios, agora, são tidos como premissas que plasmam todo o ordenamento jurídico.

Na fase do pós-positivismo surgem os ensinamentos de Ronald Dworkin, jurista de Harvard, e, Robert Alexy, jurista alemão, cujos trabalhos

¹ A corrente positivista, bem assinalada na primeira metade do século passado, guiou o espírito do legislador na elaboração do art. 4º do Decreto-lei 4.657 (Lei de Introdução ao Código Civil), de 4 de setembro de 1942, *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. No mesmo sentido, dispõe o artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, de 1º de maio de 1943, *verbis*: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

contribuem para o fim da fase positivista, para realçar essa nova fase de normatividade dos princípios de direito.

Segundo Paulo Bonavides (1997, p. 265) os princípios alcançam a fase do pós-positivismo com os seguintes resultados:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção no Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Daí, infere-se que, na fase do pós-positivismo, os princípios saltam dos códigos elaborados na época do período positivista para as modernas Constituições, como normas jurídicas fundamentais que orientam todo o ordenamento positivo. Destarte, adquirem o papel de fonte primária de normatividade.

Nem poderia ser diferente, pois em um Estado Democrático de Direito os princípios basilares, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade da prestação jurisdicional, entre muitos outros, devem sobrepor o ordenamento jurídico a fim de guiar o legislador em sua atividade legiferante, bem como o aplicador da lei, ante o caso concreto.

2.3 Princípios e Regras (espécies do gênero “norma”)

Diante dessa sucessão de etapas pela qual passaram os princípios, chegou-se à unanimidade entre os doutrinadores em afirmar serem os princípios

espécie de norma jurídica. Os princípios, portanto, fazem parte do Direito Positivo, atuando normativamente, sendo parte jurídica do sistema de normas.

Segundo Bonavides, antes de Alexy e Dworkin, Boulanger foi o mais importante precursor da normatividade dos princípios que, por sua vez, também teve oportunidade de propor a diferenciação de regras e princípios, baseando-se no critério da generalidade.

O critério da generalidade proposto por Boulanger, estabelecia que a regra, embora fosse geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, era, ao mesmo tempo, especial, eis que editada para determinada situação jurídica. Por seu turno, o princípio é geral, pois comporta uma série indefinida de aplicações.

Esse critério de diferenciação proposto por Boulanger, baseado no critério da generalidade, é bem sintetizada na obra de Celso Ribeiro de Bastos (1997, p. 138):

[...] as Constituições não são conglomerados caóticos e desestruturados de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância. Pelo contrário, elas se afiguram estruturadas num todo, sem embargo de manter a sua unidade hierárquico-normativa, é dizer: todas as normas apresentam o mesmo nível hierárquico. Ainda assim, contudo, é possível identificar o fato de que certas normas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, vão perdendo densidade semântica, elas ascendem para uma posição que lhes permite sobrepair uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa, ganham como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. No fundo, tanto são normas as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos.

Observa-se, portanto que, em razão de maior generalidade de determinada norma, ela se eleva para um posto mais alto a fim de orientar as regras específicas que se situam abaixo.

Afirma Espíndola (2002 p. 70) que tal critério leva em conta: “o grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida”.

O autor acima citado, ainda sugere outros critérios extraídos da doutrina, tais como: o critério da determinabilidade (que estabelece que os princípios por serem vagos e indeterminados carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras aplicam-se diretamente); o critério da proximidade da idéia de direito (os princípios são padrões vinculados da idéia de direito, enquanto as regras vinculadas a um conteúdo formal); o caráter normogênica (que pugna a idéia de que os princípios são aquelas normas que se encontram na base e constituem a *ratio* das regras).

Todavia, o critério clássico de distinção entre princípios e regras surge das discussões entre Dworkin e Alexy, que baseiam o critério distintivo entre ambas espécies no tocante à solução da antinomia entre ambas, ou seja, no conflito entre regras ocorre determinado resultado, distinto daquele resultante do conflito entre princípios.

Partindo dessa linha de pensamento, afirma-se que as regras são regidas pelo axioma do “tudo ou nada”, ou seja, no caso de colisão entre duas regras, uma sempre derrogará a outra, de forma que uma delas será considerada inválida.

Ao contrário das regras, os princípios são regidos pelo sistema da “convivência conflitual”, porque, quando dois princípios entram em conflito, um deles, ante um juízo de valoração, cede espaço ao outro, sem, contudo, perder sua validade².

2.4 Funções Gerais dos Princípios

Podemos estabelecer as funções gerais desempenhadas pelos princípios apontadas pela doutrina de Paulo Bonavides (1997, p.166-168), em todos os ramos jurídicos, cuja idéia principal pode ser sintetizada da seguinte maneira:

² Para ilustrar essa situação podemos citar o caso em que o princípio da proibição das provas ilícitas no processo penal cede espaço, ante uma valoração de proporcionalidade, para ser admitida a prova ilícita com o escopo de beneficiar o acusado. Nem por isso, o princípio da proibição das provas ilícitas deixou de ser vigente e de observância obrigatória.

Função de fundamentar a ordem jurídica: os princípios fundamentam a existência das regras jurídicas, de forma que as demais normas que se contrapõem aos princípios tendem a perder a sua validade. Os princípios são considerados como premissas que norteiam o ordenamento jurídico, como esferas no espaço onde gravitam à sua volta, de forma harmônica, as demais normas jurídicas.

Função interpretativa: os princípios também se destinam a servir de critério de interpretação das normas por parte do operador do direito. Ante o caso concreto, o intérprete não pode deixar de observar a orientação dada pelos princípios, sob pena de desvirtuar o espírito da lei.

Função integrativa: os princípios também são manejados na falta de disposição legal. Como no Direito brasileiro não existe o *non liquet*, ou seja, o juiz é obrigado a dar uma solução ao caso concreto, na falta de regras expressamente positivadas, ele deve lançar mão dos princípios, mesmo daqueles implícitos no ordenamento, uma vez que, conforme alhures apontado, os princípios também são normas jurídicas.

3 DO BEM JURÍDICO-PENAL

No presente tópico, que tem por objeto o estudo do bem jurídico, mais especificamente o bem jurídico-penal, verificar-se-á sua evolução histórica, o bem jurídico no atual Estado Democrático de Direito, seu conceito, as teorias constitucionais, a teoria sociológica e, por fim, as funções desempenhadas pelo bem jurídico no estado atual de nosso Direito Penal, garantista e fragmentário.

3.1 Síntese Histórica da Evolução do Bem Jurídico

O presente tópico almeja demonstrar ao leitor, de forma completa porém sucinta, as fases da história relacionadas ao entendimento sobre o bem jurídico penal. Todavia, tal pesquisa envolve necessariamente a busca pelo entendimento de crime pelas sociedades primitivas, uma vez que só há crime se o ato do agente atinge um bem jurídico tutelado.

3.1.1 Pré-iluminismo

Na Roma antiga, o crime podia ser público ou privado. Os delitos públicos eram tidos como infrações à coletividade (atacam os *civitas*), a persecução se dava por meio da *provocatio ad populum* e a pena era pública. Os delitos privados, por sua vez, atingiam, naquele entendimento, tão-somente o interesse privado, que era regulado pela esfera do Direito Privado, sendo que a punição do delito ficava a cargo do particular.

Nas tribos bárbaras do norte europeu, o crime era tido como a conduta que violava uma ordem de paz. Existia, naquele direito consuetudinário, a *Sippe* e a

Faida. Tratava-se de direito da família da vítima de exercer a vingança privada sobre o agressor. Posteriormente, a pessoa que praticasse um crime (rompendo a ordem de paz) deveria ser excluída da sociedade, surgindo o direito de qualquer um matá-la. Denota-se que o valor protegido, nessas nações, era a paz natural da sociedade.

Posteriormente, mais precisamente, no século XII, surgiram as primeiras obras sobre Direito Penal, surgiram, também, as escolas dos glosadores. Esse período estendeu-se até à fase iluminista com a Revolução Francesa. Foi aí que surgiu a temida Inquisição da Igreja Católica. Nesse período, crime e pecado se confundiam e as penas eram nitidamente desproporcionais. O Direito Penal era usado para tutelar a religião e seus interesses.

3.1.2 Iluminismo

Com o fim do absolutismo na França, tendo em vista a Revolução de 1789, marcada pelo conhecido adágio “Liberdade – Fraternidade – Solidariedade”, esse pensamento se espalhou por vários povos no mundo, com a grande contribuição das obras de Montesquieu e Rousseau.

Em razão da influência da obra de Rousseau, o conceito de delito fundava-se no contrato social. O crime era visto como lesão a um direito subjetivo.

Consoante afirma Yuri Coelho (2003, p.34):

A base do conceito de crime no período iluminista funda-se na lesão de direitos subjetivos, direitos estes inatos ao indivíduo ou à comunidade, de natureza pré-jurídica, em que a sua violação representaria a violação do contrato social, elemento necessário à proteção das liberdades individuais em um período de posições filosóficas marcadamente individualistas.

Luiz Regis Prado (1997, p. 27) assevera que “Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”.

Em suma, o bem tutelado era o direito subjetivo da pessoa, tendo em vista que a sociedade funda-se no contrato social.

3.1.3 Feuerbach

O filósofo Feuerbach, não saiu muito do conceito proposto pelo Iluminismo, ou seja, para ele o delito também consistia na lesão de um direito subjetivo, embora ele tenha tentado se aprofundar na questão do bem tutelado pela norma penal.

Feuerbach afirmava que a tutela penal recaia sobre as condutas que violassem o direito subjetivo do indivíduo, bem como na violação dos interesses do Estado.

A crítica a Feuerbach é bem assinalada por Yuri Coelho (2003, p. 38):

No entanto, em que pese a forte contribuição de Feuerbach, com a sua teoria da lesão de direitos subjetivos, e com a qual se iniciou a procura de um substrato material para o conceito de delito, não pode encerrar, no conceito de direito subjetivo, toda a noção de bem jurídico. Não contemplou Feuerbach, na sua construção teórica, a existência de bens jurídico coletivos ou supra-individuais, o que é natural, em face das condições socioculturais da época e da influencia privatística – que determinava fosse o indivíduo o único objeto de proteção e preocupação do Estado – sobre a teoria do crime.

Com efeito, em razão da forte influência do individualismo e do Direito Privado, na época, não seria possível vislumbrar bens coletivos merecedores da tutela penal. Essa é a crítica apontada pela doutrina acerca de considerar o delito como a “violação de direito subjetivo”, ou seja, existem delitos em que não se vislumbra um ataque a um direito subjetivo, mas que não deixam de ofender ou colocar em perigo de lesão outros bens jurídicos, distintos do âmbito privatístico.

3.1.4 Birnbaum

A doutrina, de forma majoritária, atribui a Birnbaum a origem da expressão “bem jurídico”³. Se não foi ele o criador da expressão, ao menos foi responsável pela sua criação.

Nesse sentido, consigna Luiz Flávio Gomes (2002, p.75) que:

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

Com efeito, Birnbaum criticava a idéia de delito como lesão a um direito subjetivo, buscando fixar a idéia de crime como lesão a um bem jurídico, estabelecendo, assim, grande passo na ciência penal. Pensava assim o referido autor, por acreditar que o direito não pode sofrer diminuição, de sorte que somente o objeto desse direito, ou seja, o bem jurídico, é que poderia sofrer o dano.

Luiz Regis Prado (1997, p. 29) condensa o pensamento de Birnbaum da seguinte maneira:

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

Para Birnbaum, os bens preexistiam à norma, cabendo ao legislador apenas o seu reconhecimento. Birnbaum foi, ainda, mais além do que Feuerbach, afirmando que a conduta delituosa poderia atingir interesses coletivos, ao contrário do que afirmava o último.

³ Em razão de um artigo escrito em 1834, sob o título “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens”.

Em suma, pode-se afirmar que, a partir de Birnbaum, passou-se a considerar o crime como ofensa a um bem jurídico, rompendo, assim, com o pensamento anterior proposto pelo Iluminismo (ofensa a um direito subjetivo).

3.1.5 Binding

Com o advento do positivismo e um de seus famosos defensores, o autor Karl Binding, formula-se que o bem jurídico existe, pois é a norma jurídica positiva que o cria, ou seja, o bem jurídico tem como fonte a lei.

O legislador, na visão positivista de Binding, possui como uma “carta branca” para eleger qualquer bem que entenda como relevante para a tutela penal, de sorte que não haveria interesses merecedores da tutela penal inerentes ao ser humano, uma vez que esses apenas surgem por força da lei.

Yuri Coelho (2003, p. 44) assevera que:

Para Binding, a fonte de legitimação do direito penal encontra-se em seu próprio seio, no âmbito puramente normativo, que poderia ser tomado pelo Estado, já se vê, para legitimar a si próprio e a toda sua produção legislativa. Buscar-se a legitimação do direito penal fora do direito positivo seria regredir (...) Por conseqüência, o bem jurídico será conhecido a partir da norma, e com ela manterá uma relação de dependência; tudo dentro de seu pensamento positivista, que, de certa forma, não impunha limites ao legislador na sua tarefa de criminalização de condutas.

Dessa forma, para Binding, a norma cria o bem jurídico; trata-se de uma visão estritamente normativa. Dessa correlação “o bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma” conforme leciona Luiz Regis Prado (1997, p. 31).

3.1.6 Von Liszt

Franz Von Liszt também concebia o bem jurídico na visão positivista, no sentido de interesse protegido pela norma. Todavia, Von Liszt afirmava que o interesse tutelado era preexistente à norma.

Juarez Tavares (2003, p. 188) expõe o referido pensamento, afirmando que “manifesta Von Liszt o entendimento de que o interesse, que vai dar lugar ao bem jurídico, é pré-existente ao conteúdo da norma; a esta cabe apenas acolhê-lo como se objeto de proteção”.

Assevera Luiz Regis Prado (1997, p.32), analisando o pensamento de Liszt:

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

Diz-se que o entendimento de bem jurídico de Liszt ostenta conteúdo sociológico, uma vez que os bens jurídicos são analisados a partir dos acontecimentos da realidade e dos acontecimentos sociais. Tais interesses, segundo Liszt, não são criados pela norma (eis a diferença entre o seu pensamento com o entendimento de Binding), mas, esta, tão-somente os reconhece.

Em seu Tratado de Direito Penal Alemão (1899, p. 94)⁴, Von Liszt afirma que:

É a vida e não o direito que produz o interesse; só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero.

⁴ Cf. Apud Yuri Coelho (2003, p. 51).

Segundo Yuri Coelho (2003, p. 52), Von Liszt ainda, apontou a divisão de bens jurídicos em duas categorias: bens jurídicos individuais (aqueles concernentes à pessoa – ex. propriedade, vida, etc.) e bens jurídicos supra-individuais, aqueles sobre os quais o Estado teria interesse em tutelar (ex. a saúde pública).

3.1.7 Visão neokantiana

A visão neokantiana surge a partir do começo do século passado, por força da contribuição da Escola de Marburgo e da Escola de Baden. Nessa visão, segundo Yuri Coelho (2003, p.56) o bem jurídico é entendido como um valor abstrato com o fim de verificar a *ratio essendi* do tipo penal.

Pondera Luiz Regis Prado (1997, p. 34) que “conforme a diretriz do neokantismo, é o bem jurídico entendido como um valor cultural, sendo que ‘sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ‘valorativo’(...)”.

Refletindo sobre a visão neokantiana, Juarez Tavares (2003, p. 189) expõe que:

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

Referido autor demonstra, ainda, que as normas de cultura protegem determinado valor e, posteriormente, tal valor é protegido pela norma jurídica. Aqui, como uma variação do pensamento neokantiano, surge a visão ontológica de Hans Welzel, que segundo Juarez Tavares (2003, p. 191) “o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma, tal como no neokantismo, mas se vê substituído, em grau de preferência, pelos chamados valores ético-sociais”.

A crítica que se tece ao pensamento neokantiano é que Kant não impõe restrição à criminalização de condutas, tendo em vista que esse caráter interpretativo (quando busca a *ratio essendi* da norma) acarreta a concordância com a atuação do legislador, devendo esse apenas interpretar as normas legais por ele criadas, não se atendo à restrição do *jus puniendi* do Estado.

3.2 Aspectos Sobre o Bem Jurídico e o Estado Democrático de Direito

O Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito, como se infere do disposto no art. 1º da Constituição da República. Já em seu preâmbulo, a Lei Magna fixa os pontos principais do Estado Social e Democrático, afirmando que o Brasil, instituído como Estado Democrático de Direito, destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Constitui-se Estado de Direito, uma vez que o ordenamento jurídico positivado estabelece um sistema organizado a toda a coletividade, a fim de garantir os direitos individuais e coletivos.

Por outro lado, diz-se “Estado Democrático”, pois aquele ordenamento estruturado é elaborado por representantes da sociedade legitimados mediante eleição por sufrágio universal, garantindo-se a participação de uma infinidade de partidos políticos com ideologias diversas.

O Estado deve existir para o homem, e não o contrário. Isso porque o cidadão é o centro do universo do sistema jurídico. Veja-se, ainda, que o compromisso adotado pela Lei Maior constitui-se na proteção do exercício dos direitos e garantias individuais e coletivos, ponto basilar em um Estado Democrático de Direito.

Outro aspecto importante é que um dos fundamentos agasalhados pela Carta Magna é o princípio da dignidade da pessoa humana que, devido à sua

importância, deve plasmar todo o ordenamento jurídico e todas as decisões estatais, guiando a atuação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

Ponderando sobre esse aspecto, é mister afirmar que o Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, deve atuar como *ultima ratio*, isto é, deve ser fragmentário, garantista, e deve ser usado com o fim exclusivo e tão-somente para a proteção de bens jurídicos e não como forma de controle estatal sobre o cidadão. Ademais, como se analisará no tópico seguinte, não basta uma proteção de bens jurídicos, mas, para a atuação do Direito Penal, é imprescindível um ataque lesivo ou potencialmente lesivo ao bem jurídico.

Isso significa que há a exigência de que o Direito Penal castigue unicamente os ataques a bens jurídicos, pois o Direito Penal é visto como um mal, a teor de que, quando ele atua, coarcta a liberdade e atinge a dignidade (pressupostos fundamentais da pessoa humana no Estado Democrático de Direito). Portanto, esse “mal” somente é admissível à medida que resulte necessário e a necessidade exsurge quando se exige a proteção de bens jurídicos.

Como bem assinalado por Luiz Regis Prado (1997, p. 59/60):

Em um Estado de Direito democrático e social, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isto vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade.

Por isso a doutrina costuma assentar que a missão primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, e com razão, pois “el Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos”⁵, nas palavras de Mir Puig (2006, p. 85).

Cabe observar que não se trata de defesa do abolicionismo penal, mas da defesa de um Direito Penal mínimo, no âmbito do estritamente necessário, uma vez que o Direito Penal, reitera-se, ao atuar, cerceia bens jurídicos de extrema importância (ex. liberdade, patrimônio, etc), porém visando a proteção de bens jurídicos de importante valor.

⁵ “O Direito Penal é necessário quando se exige a proteção dos bens jurídicos”.

Todavia, como se denota, à medida que o sistema repressivo ataca a liberdade da pessoa humana, liberdade essa imprescindível para o desenvolvimento da vida humana e da sociedade que cabe ao Estado tutelar, o Direito Penal só deve atuar no campo do estritamente necessário – trata-se, destarte, de um mal necessário.

Nesse sentido, é salutar colacionar o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 98):

Considerando o elevadíssimo valor da liberdade individual, assim como suas gravíssimas conseqüências para o “ser”, não tanto (ou não necessariamente) para o “ter” da pessoa, por razões de proporcionalidade, razoabilidade e equilíbrio só resulta legitimada a privação da liberdade quando estão em jogo ofensas concretas para outros bens de igual ou equivalente valor (e, mesmo assim, de outras pessoas; nunca a proteção dos próprios bens jurídicos pode fundamentar a intervenção penal).

Por derradeiro, eis aí a correlação entre bem jurídico e Estado Democrático de Direito, que se vislumbra da seguinte maneira: esse Estado garantista de direitos individuais e coletivos, que prima pela proteção à dignidade humana e à liberdade de seu cidadão, só dever exercer o seu direito de punir na defesa do bem jurídico, sempre no âmbito do estritamente necessário.

Não obstante, Muñoz Conde (2004, p.61) pondera que o Direito Penal não é tão somente um instrumento de proteção de bens jurídicos, mas também um instrumento de motivação do comportamento humano na sociedade, uma vez que a pena serve para motivar o comportamento dos indivíduos.

A questão que salta ao espírito do leitor, nesse palmilhar de idéias, refere-se, então, sobre a indagação: o que constitui bem jurídico? Tal indagação será objeto do próximo tópico.

3.3 Delimitação de Bem Jurídico-Penal

O bem jurídico é o ponto fixo de todos os tipos penais. Para demonstrar tal afirmação, basta compulsar os manuais clássicos de Direito Penal e aferir que, no estudo de cada tipo penal da parte especial do Código Penal, os doutrinadores

sempre apontam um tópico para tratar do *bem jurídico tutelado*, pois, o bem jurídico tutelado é elemento sempre presente na estrutura de qualquer tipo penal.

Luiz Luisi (1987, p. 50) assevera que “os bens jurídicos estão na base da criação dos tipos penais. Esta resulta da necessidade de proteção daqueles bens indispensáveis ao convívio ordenado dos homens”.

Porém, como salientado no tópico anterior, o Direito Penal só deve atuar no âmbito do estritamente necessário, logo, nem todo bem jurídico requer tutela penal, pois nem todo bem jurídico converter-se-á em bem jurídico-penal.

Consoante sábia lição de Santiago Mir Puig (2006, p.88): para que um bem jurídico possa ser considerado como bem jurídico-penal é necessária duas condicionantes: *importância social e a necessidade de proteção pelo Direito Penal*.⁶

O mestre espanhol afirma que somente aquelas proibições e mandamentos fundamentais da vida social merecem ostentar o caráter de norma penal e somente as infrações de tais normas merecem ser consideradas delitos.

Em seguida, o referido autor afirma que não basta que um bem jurídico-penal ostente “suficiente importância social” para galgar o *status* de proteção penal. É imprescindível, ainda, que não sejam suficientes para sua tutela outros meios de defesa menos lesivos: se basta uma intervenção administrativa, civil, ou de qualquer outro ramo do Direito, não deverá se elevar um bem ao *status* de “bem jurídico-penal”.

Dessa forma, consegue-se observar porque a doutrina afirma ser difícil a delimitação de um conceito de bem jurídico-penal. Embora, de difícil e exaustiva delimitação de bem jurídico-penal, uma vez que há várias diretrizes de pensamento sobre ele, deve-se lembrar da advertência levantada por Juarez Tavares (2003, p. 181):

Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.

⁶ No original em espanhol, digno de nota: “Para que un bien jurídico (em sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también em sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente *importancia social* y *necesidad de protección por el Derecho penal*.”

Como estudado em tópico supra, a idéia de bem jurídico evoluiu com o passar do tempo: dos primórdios, quando o crime era considerado um atentado divino, ao estado dogmático atual.

A doutrina moderna, no entanto, vem afirmando que o intérprete deve extrair o conceito de bem jurídico da própria Constituição, de forma que o legislador infraconstitucional deve levar em consideração os mandamentos e as diretivas estabelecidas na Carta Magna para a fixação da noção de bem jurídico. Cuida-se das teorias constitucionalistas que firmam, a grosso modo, o entendimento de que o teor de bem jurídico penal deve ser extraído da Lei Maior de seu Estado.

Todavia, a fixação exata de bem jurídico penal ainda permanece, segundo a ampla doutrina, uma dificuldade sem tamanhos. É que não é tarefa fácil delimitar quais os bens dignos da tutela penal, pois há vários fatores que influenciam essa delimitação, tais como a consideração pelos indivíduos que integram o Estado, a evolução histórica, as suas necessidades, e outras determinantes (por exemplo o desenvolvimento tecnológico e científico).

Leciona Alice Bianchini (2002, p. 49) que “um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação dessa classe de bens”.

Depreende-se que o conceito de bem jurídico exige um juízo de valoração, eis que é válido somente para determinado sistema social e em determinado momento histórico.

Afirma-se que o conceito de bem jurídico não é fechado, justamente pelas constantes mutações históricas, culturais e sociais e que jamais se delimitará com precisão o seu conceito.

Nessa linha de pensamento, segue Roxin (2003, p.57) afirmando que o conceito de bem jurídico não é estático, pois, dentro do marco das finalidades constitucionais, está aberto ao campo social e aos progressos do conhecimento científico.

Assim, pode-se afirmar que os valores tidos como importantes em cada época determinada, valores esses que o legislador submetia à tutela do direito penal,

dependem não somente das necessidades sociais em determinado momento histórico, mas também das concepções daquela classe dominante.

Consoante afirma Stratenwerth (2005, p.65) “Apesar de múltiplos esforços, ainda não se logrou esclarecer o conceito de bem jurídico, nem sequer de modo aproximado”.

Isso porque resulta, segundo o referido autor, do fato da insuperável tarefa de uma definição que se ajuste a todos os tipos penais. De fato; como bem assinalado por Nilo Batista (2005, p. 95) “as dificuldades estão ligadas à diversidade categorial dos bens jurídicos, que podem ser uma pessoa, uma conduta, uma coisa, um atributo jurídico ou social da pessoa, da conduta, ou da coisa, uma relação vital, um valor, etc.”

Apesar disso, alguns aspectos devem sempre ser levados em consideração pelo legislador na eleição dos bens jurídicos penais e, por via de lógica, na elaboração dos tipos penais.

É dizer e redizer, que somente os bens mais importantes para o ser humano e para a sociedade é que devem ostentar proteção penal, sempre observando aquelas ressalvas impostas pelo princípio da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da lesividade.

Outro ponto sempre apontado pela doutrina hodierna é que a tutela penal nunca pode ter por objeto a moral, a ética, a religião, a ideologia, dentre outros, pois tais valores não são considerados essenciais ao desenvolvimento humano e social, como se passará a expor.

Tal assertiva traz em seu bojo os fins de um Estado Democrático de Direito que ostenta um Direito Penal fragmentário e subsidiário e que, por isso, não deve servir para educar seus cidadãos. Não deve ser o direito penal um apêndice repressivo do ordenamento jurídico que tudo resolve.

Claus Roxin (2003, p.56) afirma, com razão, que “enquanto as imoralidades não lesionam nenhum bem jurídico devem-se quedar impunes”.

De fato; ao Direito Penal, em razão de sua natureza fragmentária, não lhe é permitido a tutela de valores morais ou religiosos. Fácil é perceber essa restrição, bastando lembrar que, ao Direito Penal cabe tão somente a proteção

daqueles pressupostos essenciais da sociedade e dos indivíduos. Nesse palmilhar, é interessante colacionar o ensinamento de Morris e Hawkins (apud BIANCHINI, 2002, p. 33):

Sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais (...) Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente [ao alheio].

Registre-se, então, que somente é justificável a aplicação do Direito Penal quando imprescindível para assegurar melhores condições de vida, o desenvolvimento dos cidadãos, a paz pública, o meio ambiente hígido e todos aqueles valores essenciais, tendo em vista que o Direito Penal sempre restringe o bem maior da liberdade individual; e, aí, não entram os valores morais e religiosos. Ademais, a criminalização, para estar legitimada, deverá ofender aqueles valores que a Lei Magna considerar essenciais.

Ainda sob essa ótica, é imprescindível trazer à tona o ensinamento de Eugênio Raúl Zaffaroni e de José Henrique Pierangeli (1997, p. 467):

Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A 'moral pública' é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm.

Nesse mesmo contexto, não há que se falar em punição estatal para aquelas ideologias que criticam determinada religião ou determinada ideologia, ou, até mesmo, o Estado, desde que, para tanto, não sejam utilizados meios ilícitos.

Ainda assim, não há que se falar que os crimes sexuais sejam inconstitucionais, pois não atacam somente a moral, mas também o inviolável direito da liberdade sexual. Também, o delito de ultraje a cadáver ofende, não a tradição religiosa, mas a dignidade da pessoa humana, de seus parentes que almejam preservar o corpo íntegro.

Outro ponto importante para a delimitação de bem jurídico penal, e digno de comentário no presente tópico, observado por Roxin (2003, p.56) é a de que “as cominações arbitrárias não protegem bens jurídicos e são inadmissíveis”.

Roxin também observa que as finalidades puramente ideológicas não protegem bens jurídicos, citando como exemplo a ideologia do partido nacional-socialista, em vigor na Alemanha de Hitler, onde se protegia a ideologia da “manutenção da pureza do sangue alemão”.

Outras observações do mestre alemão são de que, bem como as situações referidas, os preceitos que criam e asseguram a desigualdade entre os seres humanos não protegeriam nenhum bem jurídico, e que o mesmo ocorreria com a punição das expressões de opinião. Nesse contexto, tais tipos penais também feririam o princípio da isonomia e da liberdade de expressão, constitucionalmente garantidos.

Diante disso podemos afirmar que o legislador, na eleição do bem jurídico merecedor de tutela penal, deve aferir os valores essenciais para o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, necessários em determinada sociedade e em determinado momento histórico, tendo sempre por base os valores plasmados na Constituição desse Estado, excluindo-se a tutela da moral, bem como as finalidades puramente ideológicas e culturais, e todas as normas arbitrárias impostas como forma de controle social que nada protegem e não têm quaisquer finalidades, a não ser restringir os direitos e garantias individuais e coletivas.

3.3.1 Conceito de bem jurídico penal

Com vistas a todas as considerações acima, podemos trazer à baila alguns conceitos de bem-jurídico, que serão colacionados a seguir.

Segundo Muñoz Conde (2004, p. 59) “Bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”.

Referido autor ainda busca diferenciar os bens jurídicos individuais e coletivos, sendo os bens jurídicos individuais aqueles que afetam diretamente o indivíduo (a vida, a honra, a liberdade, o patrimônio, etc.).

De outro lado, existiriam os bens jurídicos coletivos, que são aqueles que afetam a sociedade como tal. Esses bens jurídicos coletivos seriam, por exemplo, a saúde pública, o meio ambiente, a seguridade social, a organização política, o sistema financeiro, entre outros.

Jescheck (2002, p. 8) dá a idéia de bem jurídico como sendo aqueles “bens vitais que são imprescindíveis para a convivência das pessoas na coletividade e que, por isso, devem ser protegidos através da coação estatal mediante o recurso da pena pública”.

Roxin (2003, p.56), por seu turno, assevera que “Bens jurídicos são circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento em um quadro de um sistema social global estruturado sobre a base da concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”.

Interessante também é o conceito delineado por Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 464) que define que o “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 afetam”.

Na doutrina pátria podemos citar o respeitável conceito de Heleno Cláudio Fragoso (1994, p.265) segundo o qual o “bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica”.

Magalhães Noronha (1998, p. 115) define bem jurídico como “o bem-interesse protegido pela norma”. Já, Francisco de Assis Toledo (1991, p. 16) assevera que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”

Por seu turno, Luiz Flávio Gomes (2002 p. 115) assenta que “bem jurídico, assim, não é nada mais que a expressão normativa de uma relação social conflitiva. É uma realidade ontológica preexistente”.

Destarte, podemos afirmar que bem jurídico-penal está consubstanciado naqueles valores imprescindíveis, extraídos da Constituição, para o desenvolvimento do ser humano e da sociedade, que, devido à sua importância, merece a tutela penal, sem a qual a sociedade e o indivíduo sucumbiriam⁷.

3.3.2 Bem jurídico e objeto material dos tipos penais

A doutrina é uníssona em apontar que bem jurídico penal não se confunde com o objeto material dos tipos penais.

O objeto material é a coisa ou pessoa sobre a qual recai a conduta delituosa, podendo ser confundido com o sujeito passivo da ação ou omissão punível (v.g. crime de homicídio). Nesse sentido, leciona Magalhães Noronha (1998, p. 115) “São eles que suportam a ação do delinqüente. Objeto material do delito é, pois, o homem ou a coisa sobre que incide a conduta do sujeito ativo. Mais adequado seria, talvez, chamá-lo *objeto de ação*”.

Segundo o Professor peninsular, Enrico Ferri (1996, p.382), “O direito subjetivo ou bem jurídico, que é violado pelo crime, concretiza-se sempre num objeto material (pessoa viva ou morta, animal, coisa móvel ou imóvel, coisa não tangível)”.

Interessante trazer à tona, também, os exemplos do mestre italiano (1996, p. 382):

Nos crimes contra as pessoas, contra os bons costumes e a ordem das famílias (menos nos previstos pelos arts. 338 e 339), nos crimes contra a liberdade individual, é objeto material a pessoa física do ofendido; nos crimes contra a propriedade (e também no peculato, na falsidade de números e documentos, etc.), é a coisa móvel ou imóvel; nos crimes contra a honra, é a palavra pronunciada ou escrita; e esta o é também – com ou sem outras coisas materiais – noutros crimes, como os praticados contra um direito ou bem jurídico público ou do Estado.

⁷ Nesse contexto é interessante observar a colocação feita por Nilo Batista (2005, p. 20) que citando Von Liszt apregoa que uma das finalidades do direito penal é a de evitar que se “prorrompa a guerra de todos contra todos”.

Há quem afirme, embora haja muita controvérsia, que exista crime sem objeto material, exemplificando como justificativa os crimes de mera atividade. Todavia, não há que se falar em crime sem objeto jurídico, uma vez que o objeto jurídico é o próprio bem jurídico tutelado, sem o qual o Direito Penal não teria razão de ser.

3.4 Teorias do Bem Jurídico-Penal

Atualmente, para a explicação do bem jurídico penal, existem duas correntes bem delineadas: as teorias constitucionais que, por sua vez, subdividem-se no aspecto amplo e no aspecto restrito e as teorias sociológicas, que se subdividem na teoria funciolista-sistêmica e na teoria do conflito. Tais teorias serão abordadas a seguir.

3.4.1 Teorias sociológicas

As teorias sociológicas afirmam, a grosso modo, que o delito é um “dano social”, ou seja, defendem o conceito de delito como uma conduta socialmente danosa. Tais teorias advogam que o Direito Penal deve tutelar os sistemas sociais.

Luiz Regis Prado (1997, p. 39) assevera que, para as teorias sociológicas, “O Direito é tido como um subsistema do sistema social geral. E o delito vem a ser um comportamento disfuncional, quer dizer, um obstáculo ao funcionamento do sistema social”.

Como observado acima, uma das teorias sociológicas é a chamada “teoria funcionalista-sistêmica”. Nessa corrente sociológica, o delito é visto como uma disfuncionalidade, consoante leciona Luiz Regis Prado (1997, p.39):

A doutrina sociológica funcionalista, originada com a obra de Durkheim, desenvolveu-se, especialmente, com Parson, Merton e Luhmann. A sociedade é compreendida como um sistema global ou de interação – formado sobretudo por normas de organização – ao qual se vinculam todos os fatores sociais (sociedade/indivíduo), sendo a funcionalidade o critério principal de exame de qualquer conduta.

Na lição de Yuri Coelho (2003, p. 65):

As teorias do funcionalismo sistêmico partem, unanimemente, das formulações teóricas de Parsons e Luhmann, que descrevem o sistema social enquanto um sistema que agrega funções para sua auto-sobrevivência, funções estas que devem ser realizadas de forma adequada. Ocorrendo o fenômeno da disfuncionalidade, surge a necessidade de se corrigir a conduta disfuncional e reorientá-la para uma condição de funcionalidade sistêmica. A forma mais grave de disfuncionalidade é aquela que implica na prática de uma conduta típica para o direito penal.

Destarte, o sistema social é visto como um conjunto de funções, e o crime nada mais seria do que uma disfuncionalidade (o mais grave), de sorte que é também socialmente danoso.

A crítica à teoria funcionalista sistêmica, segundo Yuri Coelho (2003, p. 70) é que a teoria ora discutida confunde “a realidade fática com a realidade normativa (...) em nenhum momento é tratado como elemento de limitação do poder de punir do Estado e verdadeiro alicerce do sistema penal dentro de um Estado Democrático de Direito”.

Impende observar que, a bem da verdade, nenhuma teoria sociológica é clara em afirmar qual o bem jurídico tutelado e porque ele foi eleito como tal pelo legislador.

Nada obstante, surgiu ainda a teoria do conflito (também sociológica), onde o estudo era voltado para entender os conflitos sociais e o Direito Penal seria um instrumento de controle social. Sintetiza Yuri Coelho (2003, p. 71) que “vislumbrava esta teoria que o direito penal era um subsistema fundamental para o controle social e manutenção das estruturas socioeconômicas de uma dada sociedade, estruturada sob os pilares da divisão econômica e política, com a coexistência de castas sociais”.

Na lição de Luiz Regis Prado, as teorias sociológicas sofrem críticas por não delimitar um conceito de bem jurídico e não explicar o porquê da eleição deste ou daquele bem. Assim o aludido autor (1997, p. 40/41) expõe que:

Nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, porque que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros.

As teorias que vêm ganhando mais adeptos por se conformar com os ideais do Estado Democrático de Direito são as teorias constitucionais, que têm por base, as explicitações da Lei Maior.

3.4.2 Teorias constitucionais

As teorias constitucionais foram concebidas na doutrina italiana⁸ e têm como ponto de partida para a análise do bem jurídico, a análise da Lei Maior.

Trata-se de uma linha de pensamento que advoga a idéia de que o legislador, na elaboração dos tipos penais, deve ter sempre como ponto central os valores consagrados pela sua Constituição e que servirão de parâmetro para guiá-lo em seu mister.

Ora, se o principal documento de um Estado Democrático e Social de Direito é sua Carta Magna, é lá que o legislador encontrará os valores essenciais que necessitam de proteção para preservar a paz social. Nem todos, logicamente, merecem a proteção penal, tendo sempre em vista os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade que permeiam o Direito Penal.

Prado (1997, p. 51), ao tratar das teorias constitucionais, afirma que, nessa seara, “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas políticos-criminais”.

⁸ A doutrina cita que foi Franco Bricola, em 1973, quem primeiro abordou o tema.

Em suma, as teorias constitucionais defendem que os bens jurídicos dignos de tutela penal são aqueles previstos na sistemática do texto constitucional, havendo duas correntes de pensamento: a corrente constitucional ampla e a restrita.

Para a corrente ampliatista ou genérica, o legislador tem maior liberdade na elaboração dos tipos penais, uma vez que, para a criminalização, não é necessário que os valores a serem tutelados pelo Direito Penal estejam previstos expressamente no texto constitucional, podendo ser tutelados, também, aqueles considerados implícitos. Nesse passo, leciona Alice Bianchini (2002, p. 44) que “nesta perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se, como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional”.

É por isso que Luiz Flávio Gomes (2002, p. 92) leciona que, para a teoria ampla, “a norma constitucional não constitui fundamento obrigatório de dedução lógica dos bens jurídicos (obrigação de criminalização), senão unicamente *um marco de referência*”.

A outra corrente constitucionalista, tida por restritiva, advoga que o legislador infraconstitucional só pode tutelar os bens que estejam agasalhados no texto constitucional. “Assim, apenas na Constituição poderiam ser buscados os bens jurídico-penais, os quais, por conseguinte, haveriam de representar os bens relevantes socialmente, já que contidos na Carta Maior”, consoante leciona Bianchini (2002, p. 48).

Trata-se, pois, de uma margem mais restrita à atuação conferida ao legislador criminal. Na lição de Regis Prado (1997, p. 53):

As teorias constitucionais estritas orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve ser revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional.

A doutrina tece críticas à concepção ampla ou genérica, afirmando que ela peca por não trazer em seu bojo o caráter limitador do *jus puniendi* estatal como se conferindo “carta branca” ao legislador criminal. Por outro lado, a corrente estrita

é criticada, pois estaria ignorando o fato de que as Constituições envelhecem e, dessa forma, o legislador estaria impedido de seguir as constantes evoluções sociais.

Nada obstante, em nosso país, que possui uma Constituição prolixa e que atualmente se submete a constantes alterações por Emendas Constitucionais, parece-nos que a corrente restritiva é mais adequada, notadamente para a defesa do Direito Penal mínimo. Ademais, aquela suposta restrição à que o legislador estaria submetido, pode muito bem ser contornada com uma adequada interpretação sistemática dos valores ameadados na Constituição, considerando que as premissas fundamentais e essenciais para o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade estão plasmados na Lei Maior.

3.5 Funções do Bem Jurídico

Entende-se que a principal função do bem jurídico é a de fundamentar a atuação do Direito Penal (função de garantia), como já assinalado acima, uma vez que o Direito Penal só tem razão de ser para proteger os bens jurídicos – *nullum crimen sine injuria*. Nesse palmilhar, Alice Bianchini (2002, p. 50) defende a função do bem jurídico no processo de criminalização *in thesi* de condutas, asseverando que:

À medida que o direito penal somente está autorizado a intervir quando sua ação estiver voltada para a proteção de bens jurídicos, torna-se imperioso, no momento da elaboração da lei, recorrer à *teoria do bem jurídico*, a fim de se estabelecer o que pode e o que está excluído do âmbito de abrangência de um tipo penal.

Todavia, a doutrina vem apontando diversas funções distintas desempenhadas pelo bem jurídico.

Assim, Jescheck (2002, p. 275/277) afirma que os bens jurídicos são a base da estrutura e da interpretação dos tipos penais. Em seguida, o mestre alemão arrola as seguintes funções desempenhadas pelos bens jurídicos: a) o bem jurídico é o conceito central dos tipos de acordo com o qual são determinados todos os seus elementos objetivos e subjetivos e, com ele, simultaneamente, vem a ser um

importante meio de ajuda para interpretação; b) como peça básica da estrutura do tipo seria um ponto de vista decisivo para classificação em distintos grupos de tipos penais (ex. crimes contra a vida, crimes contra a honra, etc.); c) o bem jurídico teria relevância ainda para o conceito de continuidade delitiva e para a determinação do ofendido, para efeitos no campo do processo penal.

Na doutrina pátria, são clássicas as funções exercidas pelo bem jurídico, como delineado por Luiz Regis Prado (1997, p. 48/49), ao dispor que ele ostenta as seguintes funções: a) função de garantia pois o legislador não pode tipificar senão aquelas condutas que lesionem ou exponha à perigo concreto os bens jurídicos; b) função teleológica, eis que os bens jurídicos servem para interpretação dos tipos; c) função individualizadora, para a fixação da pena ante o caso concreto, tendo em vista a lesão produzida ao bem jurídico; d) Função sistemática, para classificação dos tipos penais em grupos, na parte especial do Código.

Para Nilo Batista (2005, p. 96), o bem jurídico cumpre cinco funções, a saber: a) função axiológica indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador; b) sistemático-classificatória, no sentido de classificação dos tipos penais em grupos, na parte especial do Código; c) exegética, constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais; d) dogmática, pois o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime; e) crítica, em razão de que a indicação dos bens jurídicos permite analisar as concretas opções e finalidades do legislador.

Na mesma esteira, assevera Luiz Flávio Gomes (2002, p. 138/140) que o bem jurídico desempenha: a) função fundamentadora do injusto, pois o injusto (tipicidade valorada pela antijuricidade) gira em torno do bem jurídico; b) função sistemática, pois orienta a classificação dos tipos penais; c) função interpretativa; d) função de garantia, uma vez que o poder punitivo só pode castigar a conduta que lesiona o expõe a perigo um bem jurídico relevante.

Perante as funções tratadas pela doutrina, podemos fazer um apanhado, afirmando que a principal função do bem jurídico é a de garantia, tendo em vista que o Direito Penal só tem razão de atuar para proteger bens jurídicos

penais que foram atacados⁹. Além do mais, serve como importante instrumento de interpretação e serve, também, para a classificação dos tipos penais dentro da parte especial do Código Penal; tendo em vista a fixação da pena no caso concreto e para outros efeitos no campo do processo penal, especialmente para determinar o tipo de Ação Penal (pública ou privada) a ser interposta no caso do bem jurídico ser violado.

⁹ Interessante, nesse ponto, observar a colocação feita por Nilo Batista (2005, p. 21) onde afirma, citando Welzel, que quando o direito penal entra efetivamente em ação, já é, em geral, muito tarde.

4 DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Neste derradeiro tópico será analisado o princípio da lesividade (ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos), começando pela idéia principal, a questão da terminologia, os corolários lógicos: fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal e sua implícita previsão constitucional.

Em seguida, serão expostas as diretrizes do princípio da lesividade, a consequência da ausência de lesividade e as teorias da tipicidade conglobante e imputação objetiva.

Por fim, sobre a possibilidade da convivência dos crimes de perigo com o princípio da lesividade no direito penal hodierno.

4.1 *Nullum Crimen Sine Injuria*

Importante destacar que existem três concepções sobre a atuação do Direito Penal na vida das pessoas. A corrente da “Lei e Ordem”, adotada principalmente nos países norte-americanos, ostenta a idéia da atuação máxima do Direito Penal, com a aplicação de penas severas; a corrente abolicionista, que pugna pela extinção do Direito Penal, eis que a defesa de bens jurídicos poderia ser buscada em outros ramos menos severos do direito; a última e intermediária corrente é a do Direito Penal mínimo, cuja idéia principal é que o Direito Penal é mesmo um mal necessário, todavia, inevitável, pra proteger os bens mais relevantes socialmente.

Entre nós é venerada a idéia minimalista que, por sua vez, advoga que, para racionalizar e minimizar a atuação do sistema repressivo por excelência é que foi formulada a teoria do bem jurídico penal, de sorte que o Estado só tem legitimidade para exercer o *jus puniendi* quando se vê diante de uma conduta que tenha lesionado um bem jurídico ou o tenha exposto em perigo de lesão.

Daí surge o aforismo *nullum crimen sine injuria* – não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico relevante. Por isso Ferrajoli (2002, p. 372) leciona que “A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais apresentados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode e nem se deve pedir mais ao direito penal”.

A doutrina relata que a idéia da lesividade da conduta remonta a época de Aristóteles que, em sua obra “Retórica”, asseverou que “[...] é forçoso que o que causa injustiça receba dano (...) de maneira que forçosamente todas as acusações tem que se referir ou à comunidade ou ao privado”¹⁰. No mesmo sentido, Epicuro em *Massime capitali* afirmou que “o justo segundo a natureza é uma convenção sobre o que leva a não se fazer dano uns aos outros e a não ser lesado”¹¹.

Nada obstante, é só com o advento do iluminismo que o princípio da lesividade torna-se denominador comum. Segundo Ferrajoli (2002, p. 373) com a cultura penal iluminista, “Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, que vêem no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas”.

Mas só com o advento do Estado Democrático de Direito, sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania, é que o princípio da lesividade encontra terreno fértil. É que no Estado Democrático de Direito a atuação do Direito Penal deve ser mínima, haja vista que a punição penal, na maioria das vezes, cerceia o bem máximo do homem: sua liberdade. Consoante leciona Ferreira Cabrera (2000, p. 289):

A utilização do mecanismo penal controlador para enfrentar novos problemas e situações conjunturais, minimizando o direito de liberdade do cidadão diante do poder punitivo do Estado, como resultado da máxima intervenção do Direito Penal, não pode e nem deve ser aceita em um Estado Democrático de Direito.

Nesse patamar, não pode haver mais dúvidas que a missão do direito penal em um Estado Democrático de Direito é tão-somente salvaguardar aqueles

¹⁰ Apud Ferrajoli (2002, p. 409).

¹¹ Idem.

bens extremamente relevantes para a vida social – não há crime sem lesão a um bem jurídico. Destarte, exige-se uma valoração da conduta e não somente uma mera visão formal dela, ou seja, deve-se ter em mente o conceito material de delito e não apenas o conceito formal.

Assim, não basta que uma conduta amolde-se a um tipo penal como mera infração ao dever imperativo revelado no preceito primário, mas também é necessário que a conduta lesione um bem jurídico tutelado pela norma penal. Por isso é incorreta a afirmação de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 28): “O delito, não pode ser concebido como mera desobediência ou simples infração de um dever (simples violação do aspecto imperativo da norma). Delito é sempre uma violação a direitos de outrem”.

Tal afirmativa pode ser vislumbrada, a título de exemplo, nos crimes de falso documental, de sorte que, se o agente cria documento material ou idealmente falso, declinando que é médico em vez de gari, para impressionar a amante, inexistirá crime, pois, nesse caso, o documento carece de maior potencialidade lesiva ao bem jurídico (fé pública). Outro exemplo clássico é do casal que mantém relações sexuais em via pública, porém em local ermo e vazio – embora a conduta se amolde formalmente ao tipo previsto no art. 233, *caput*, do Código Penal, não configura, sob o aspecto material, um ilícito penal, por ausência de lesão ao bem jurídico tutelado (pudor público).

Com esses exemplos pode-se ter uma idéia da importância do princípio da lesividade como importante ferramenta para minimalizar e restringir a atuação do Direito Penal. Nas palavras de Rogério Greco (2005, p. 90) “o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente, que venham atingir bens de terceiros”.

É que se o objetivo do Direito Penal é salvaguardar bens jurídicos socialmente relevantes, ressalta-se que não basta que a conduta amolde-se formalmente a um tipo penal. Destarte, nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 18), apenas se pode falar em fato penalmente relevante, “[...] quando a conduta dotada de periculosidade (criadora de riscos) alcança o núcleo de garantia e proteção da norma, que expressa um bem ou interesse jurídico”.

Além da necessidade de existência de lesão ao um bem jurídico, também é indispensável que aquela lesão seja grave, perturbadora da paz social, intolerável e não remediável por outro ramo do direito a não ser pelo sistema penal.

4.1.1 Terminologia

Quem se envereda pelo estudo do princípio em questão pode ficar estarecido com a terminologia que a doutrina dá a este, utilizando-se, ora o termo “lesividade”, ora “ofensividade” e, também, da exclusiva proteção de bens jurídicos. Por outro lado, há quem queira distinguir os três termos, afirmando ser a ofensividade distinta da lesividade que, por sua vez, não se confunde com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Por fim, há quem advogue que os princípios da lesividade e da ofensividade se identificam, mas se distinguem do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Há quem prefira apenas o termo “princípio da lesividade”, como Ferrajoli, Nilo Batista, Rogério Greco, Yuri Coelho. Por outro lado, há quem prefira o termo “princípio da ofensividade”, como Damásio, Alice Bianchini, Cezar Bitencourt, Luiz Flávio Gomes, entre outros. Ângelo Roberto Ilha da Silva prefere usar tanto um, como o outro.

Nesse contexto, Mir Puig (2006, p.266/267) afirma que o princípio da lesividade é vinculado ao de exclusiva proteção de bens jurídicos, sugerindo, assim, uma diferenciação entre ambos.

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, afirma que não pode ser confundido o princípio da ofensividade com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Segundo o citado autor (2002, p. 43-44):

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, de outro lado, justamente porque nos revela uma forma de Direito penal, tem a preocupação de responder entre outras, questões como Que é que deve ser protegido? Qual é o objeto de proteção? Que se entende por bem jurídico? Quais são suas características? Etc. São questões que corporificam o conteúdo do bem jurídico. Já o princípio da ofensividade tem outros tipos de preocupação: Que contribuição pode dar para definir materialmente o bem

jurídico? Como deve o legislador contemplar a redação de um tipo penal? Que se entende por lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico? Quais são os limites da antecipação da tutela penal? etc.

Segue o mesmo entendimento Cezar Bitencourt (2006, p. 22), ao afirmar que “no princípio da exclusiva proteção de interesses, há uma séria limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal” e, com relação ao princípio da ofensividade, “[...] somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano”.

Há, inclusive, quem defenda a diferença entre o princípio da lesividade e o princípio da ofensividade. Nessa linha, podemos citar o ponto de vista de Ferreira Cabrera (2000, p. 293-294), qual seja: o princípio da ofensividade seria apenas informador do conteúdo material do conceito de delito, enquanto que o princípio da lesividade só cuidaria de comportamentos que tenham lesionado direitos de outrem.

Entrementes, e com a devida vênia, entendemos que nenhuma diferenciação há entre o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da lesividade e o princípio da ofensividade. A única diferença é meramente terminológica.

Com efeito, o Direito Penal só protege bens jurídicos essenciais à coletividade, mas não de qualquer ataque ou ofensa, tão-somente daqueles ataques relevantes e graves que justifiquem a aplicação da pena. Assim, não haveria sentido a atuação do Direito Penal sem necessidade, de sorte que a necessidade exsurge com a ofensa grave ao bem jurídico, ou seja, nas palavras de Luiz Regis Prado (2002, p. 118) “a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade)”.

Na mesma linha, Ferrajoli (2002, p. 372) assevera que: “justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo”.

Também, no mesmo caminho, Alice Bianchini (2002, p.52) afirma que, “para se concluir, positivamente, pelo merecimento de pena, há que se questionar sobre a ofensividade da conduta”.

Portanto, não há como conceber que a missão do Direito Penal seja tutelar bens jurídicos sem necessidade, isto é, sem ataque ou perigo relevante. Por isso não se estabelece distinção entre o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da lesividade e o princípio da ofensividade.

Ademais, a missão de proteção aos bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) e a lesividade ou ofensividade (*nullun crimen sine injuria*,) na forma da distinção proposta por alguns autores, é oriunda da mesma linha ancestral, qual seja, a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal.

Brilhante a conclusão de Luís Roberto Gomes¹², na qual afirma, *in verbis*:

A diversidade terminológica se explica diante da ligação umbilical entre a exclusiva proteção de bens jurídicos como missão do direito penal e a ofensividade como lesão ou perigo de lesão a bem jurídico já determinado, ambos decorrentes do caráter fragmentário e de *ultima ratio* do direito penal. Não obstante, tem-se que a expressão ‘princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos’ sintetiza tanto o questionamento sobre ‘o quê’ e ‘quais bens jurídicos’ podem ser tutelados pelo direito penal – e galgar ao *status* de *bens jurídicos-penais* – como o questionamento sobre *de quais espécies de ataques ou ameaças podem ser protegidos* os bens jurídicos (ofensividade), haja vista a descendência do mesmo tronco ancestral (fragmentariedade e subsidiariedade).

Destarte, como se denota, não há embasamento científico seguro para se afirmar que o “princípio da lesividade ou ofensividade” é separado do “princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos”, pois, como já afirmado, só há proteção de bens jurídicos ante uma necessidade (diante de um ataque ou perigo relevante). Não há razão, também, para se diferenciar lesividade de ofensividade, eis que aí, a diferença consiste tão somente na terminologia empregada.

¹² *Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Paper* apresentado na disciplina Constituição e Princípios Penais Fundamentais no Mestrado em Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá-PR, 2006.

4.1.2 Corolário da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal

O princípio da lesividade é decorrência lógica dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do Direito Penal. Alice Bianchini (2002, p. 52) ensina que “a preocupação com a ofensividade decorre do caráter fragmentário do direito penal que, por sua vez, advém do entendimento que propugna o seu uso mínimo”.

Na verdade, os três princípios estão entrelaçados entre si, de maneira que caberá ao intérprete, na aplicação da lei penal, ficar atento aos seus ditames, pois é assim que deve proceder o operador do direito frente ao Direito Penal mínimo.

Diz-se que o Direito Penal é fragmentário, tendo em vista que é um sistema descontínuo de proteção de bens jurídicos, pois como já salientado no segundo tópico do presente trabalho, nem todos os bens jurídicos gozam da tutela penal, pois nem todos os bens são essenciais. Por isso Luiz Regis Prado (2002, p. 120) leciona que “esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.

De maneira simples e coesa, discorrendo sobre a fragmentariedade, Damásio (2001, p. 10) explica que o Direito Penal “intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário”.

Impende salientar que a tarefa para amearhar que bens devem galgar proteção penal não pode ser feita sem a observância dos valores plasmados na Constituição, sempre observando que “a seleção dos bens jurídicos varia de sociedade para sociedade. O critério de seleção será valorativo-cultural, de acordo com a necessidade de cada época, de cada sociedade” (GRECO, 2005, p. 76).

Selecionados os bens jurídicos a serem protegidos pelo sistema repressivo, cabe aferir se não há outros meios menos agressivos (pois o Direito Penal cerceia a liberdade do agente) para tutelar o bem violado – o Direito Penal deve ser tido como a *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima).

Com efeito, no intuito de barrar a fúria do legislador, muitas vezes influenciado pela opinião pública frente aos inúmeros crimes bárbaros noticiados pela mídia e, conseqüentemente, para evitar a inflação¹³ de normas penais é que surge o raciocínio da intervenção mínima.

Em decorrência do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deve atuar como remédio extremo, ou seja, quando todos os demais ramos do direito se demonstrarem insuficientes ou ineficazes para a tutela do bem jurídico. Nilo Batista (2005, p. 87) sintetiza a idéia da subsidiariedade afirmando que o Direito Penal “deve ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá ‘unicamente quando fracassarem as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”. Pelo princípio da intervenção mínima, nas palavras de Luiz Luisi (2003, p. 39) “se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta”.

Posto isto, verifica-se que, ante uma conduta agressiva a um bem jurídico, deve-se aferir se esse bem é de suma importância e se ostenta o *status* de bem jurídico penal (fragmentariedade) e, após, verificar se não é possível protegê-lo por intermédio de outro ramo do direito, tal como o direito civil, administrativo, processual, etc. (subsidiariedade). Por fim, deve-se perquirir se existe realmente grave ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico que justifique a atuação do Direito Penal e, conseqüentemente, a aplicação de pena (*nullun crimen sine injuria*).

4.1.3 Previsão no ordenamento jurídico?

No Direito Brasileiro não temos uma norma expressa sobre o princípio da lesividade no corpo da Constituição de 1988, tampouco nas Constituições anteriores. Não obstante, Damásio (2001, p. 10) aponta que “entre nós, esse

¹³ Com relação à inflação das normas penais, é ferrenha a crítica de Luiz Luisi (2003, p. 112) no qual afirma que “nossa legislação é realmente gigantesca. Temos o Código Penal Comum, Código Penal Militar, Lei de Contravenções, Lei de Segurança, crimes em todas as partes: crimes eleitorais, crimes falimentares, etc.” e mais adiante, o mesmo autor (p. 113), citando Reinhart Franck, afirma que em razão da hipertrofia penal a pena perdeu parte de sua força intimidatória “já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente”.

princípio pode ser extraído do art. 98, I, da Constituição Federal, que disciplina as infrações penais de menor potencial ‘ofensivo’”.

Na verdade, o princípio da lesividade está implicitamente previsto no texto constitucional, pois tem embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF-88) – o Direito Penal só pode atuar na vida das pessoas quando for estritamente necessário, pois o sistema repressivo cerceia a liberdade do ser humano e a liberdade é inerente à dignidade humana.

Aliás, ao discorrer sobre o princípio da intervenção mínima, Luiz Luisi (2003, p. 40) afirma que, considerando que na Carta Magna Brasileira, em decorrência do art. 5º, *caput*, que dita a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), “a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social”. Tal raciocínio é razoável, também, para justificar o princípio da lesividade que, igualmente, é garantidor do Direito Penal mínimo.

Por isso a doutrina afirma que, diante das garantias constitucionais, “o único modelo de Direito Penal e de delito compatível com nossa Constituição, em consequência, é o de um Direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão” (GOMES, 2002, p. 59).

Nesse sentido, interessante observar a lição de Ferrajoli (2002, p. 380), que ressalta que não há norma constitucional (na Constituição italiana) que enuncie expressamente a garantia de lesividade. Porém, afirma ele que “seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional”.

Com isso, afirma-se que o princípio da lesividade está implicitamente previsto no sistema da Constituição da República de 1988. E, no tocante à legislação infraconstitucional? Assim como no Código Penal italiano, notadamente nos arts. 43 e 49, que exigem “um resultado danoso e perigoso”, nosso Estatuto

Repressivo, precisamente no art. 13, afirma que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”.

Quanto ao resultado, existem duas teorias para explicar sua natureza: teoria naturalística e a teoria jurídica.

Segundo a teoria naturalística, o resultado é uma modificação causada no mundo exterior, de sorte que, por essa ótica, existem crimes sem resultado (crimes de mera conduta), bem como crimes que não exigem resultado para a sua consumação (crimes formais). Na doutrina pátria, são adeptos dessa teoria, Damásio e Flávio Augusto Monteiro de Barros. Mesmo para os seguidores dessa teoria não pode existir crime sem ofensa a um bem jurídico. Adverte Damásio (2001, p. 246) que “o que não existe é infração sem evento jurídico, consistente no dano efetivo ou potencial, porque todo delito deve causar ameaça ou ofensa de um interesse ou bem jurídico”.

Para a teoria jurídica, o resultado é tido como lesão ou situação de perigo de lesão à qual a conduta humana expôs o bem jurídico. Assim, é pressuposto para a configuração do delito que exista violação do bem jurídico. Essa é a teoria adotada por Luiz Flávio Gomes.

Pela redação do Código Penal (art. 13), que afirma que não existe crime sem resultado, parece que o legislador abraçou a última teoria (resultado jurídico), de sorte que podemos afirmar que o princípio da lesividade está consubstanciado expressamente nesse dispositivo legal. Segundo Luiz Flávio Gomes (2002, p.62), “Nosso sistema penal é tendencialmente objetivista e resta agora à doutrina adequar-se a essa realidade, partindo-se da premissa (estampada no art. 13) de que não há crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma”.

Destarte, o princípio da lesividade é amparado implicitamente pela Carta Magna de 1988 e expressamente tratado no Código Penal, em sua Parte Geral (art. 13).

4.2 Diretrizes do Princípio da Lesividade

No presente tópico serão analisados os preceitos básicos e suas repercussões no ordenamento jurídico por força da aplicação do princípio da lesividade.

Ferrajoli (2002, p. 382-384) afirma que o princípio da lesividade “atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas”. Referido autor aponta, ainda, três restrições impostas pelo princípio da lesividade.

Segundo o mestre italiano, a primeira restrição é de caráter quantitativo, de sorte que deveriam ser excluídos da tutela penal todos os crimes de bagatela, bem como aqueles delitos punidos somente com pena pecuniária ou, alternativamente, com outra pena privativa de liberdade.

Ora, “se o legislador configura um delito contravencional e/ou prevê para ele uma sanção desse tipo, coloca de manifesto que não considera que a conduta ilícita seja lesiva de bens fundamentais e que o direito penal é desproporcional para preveni-lo” (FERRAJOLI, 2002, p. 382).

Outra restrição apontada pelo referido autor é de ordem qualitativa, segundo Ferrajoli (2002, p. 282) “nosso princípio da lesividade permite considerar ‘bens’ somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso”. Com esse raciocínio, poderiam ser excluídos os delitos praticados contra o Estado, citando o autor, como exemplo, os crimes de associação para delinquir, os atentados ou os desacatos e todos os delitos de opinião.

A última restrição imposta pelo princípio da lesividade, na visão do doutrinador italiano, tem caráter estrutural. Nesse ponto Ferrajoli dirige críticas à estrutura penal dos delitos de atentado, pois a tentativa é norma geral para todos os delitos. O autor critica também os crimes de perigo presumido ou de perigo abstrato (2002, p. 383):

O mesmo pode-se dizer dos denominados “delitos de perigo abstrato” ou “presumido”, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como “perigo” que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio de lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo.

Sobre a questão do princípio da lesividade e os crimes de perigo abstrato, será abordada em tópico próprio.

No Direito Brasileiro, Nilo Batista foi pioneiro no estudo das diretrizes apontadas pelo princípio da lesividade. Referido autor (2005, p. 92-94) aponta quatro funções básicas desempenhadas pelo princípio da lesividade, assim expostas a seguir.

Segundo Nilo Batista (2005, p. 92), pelo princípio objeto de nosso estudo, é proibido proibir a incriminação de uma atitude interna; aponta, ainda que “as idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime”.

Com efeito, a cogitação de um crime não pode ser punida (*cogitationis poenam nemo patitur*), de sorte que o pensamento, por si só, não pode causar dano a nenhum bem jurídico penalmente tutelado.

A segunda função proposta pelo autor carioca é que não cabe ao legislador incriminar uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. É mister verificar, então, que os atos preparatórios não são punidos (art. 14, II do CP).

Há quem afirme que o legislador, eventualmente, pune atos preparatórios, v.g., crime de petrechos para falsificação de moeda (art. 291), que seria ato preparatório para o delito previsto no art. 289 do mesmo *Codex* (moeda falsa).

Com a devida vênia, afirmamos ser impunível o ato preparatório e equivocado dizer que, mesmo excepcionalmente, o legislador pune atos de preparação. O que o legislador pune é fato típico e não ato preparatório; é que cada tipo independente possui seu próprio *iter*, de sorte que o fundamento da tentativa

repousa no perigo para o bem jurídico tutelado, assim, o autor só estará sendo punido, ao menos na forma tentada, se iniciou a execução da conduta incriminada, nunca pelos atos preparatórios. Destarte, condutas que, por si só seriam atos de preparação de um tipo penal, são punidas, mas por constituírem tipo autônomo (fato típico é punido). É a lição de Juarez Cirino (2005, p. 313): “por razões político-criminais especiais ações preparatórias podem ser punidas como tipos independentes, como o crime de petrechos para fabricação de moeda (art. 291) ou de títulos e papéis públicos (art. 294)”.

Outra abordagem dessa segunda função proposta por Nilo Batista, exsurge da teoria do crime impossível (art. 17 do CP). Com efeito, se o crime deve constituir uma lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado penalmente, como atribuir ilicitude penal? Tal teoria é exemplificada com o ato do agente que, pretendendo matar, dispara em um cadáver supondo que o morto estava cochilando.

Outro aspecto interessante abordado por Batista refere-se à vedação da incriminação da auto-lesão. Certamente, o Direito Penal não pode se preocupar em tutelar o individuo contra lesões produzidas em si mesmo, mas tão-somente proteger o individuo contra lesões provocadas por terceiros.

Questão que sempre causou alvoroço na doutrina pátria é referente ao antigo artigo 16¹⁴ da Lei 6.368/76. Muitos afirmavam que tal dispositivo feria o princípio da lesividade, uma vez que, aparentemente, o Direito Penal estaria punindo o uso de drogas, ou seja, punindo a auto-lesão. Nada obstante, esse não é o melhor raciocínio; o que o Direito Penal punia não era o uso propriamente dito, mas o porte (mesmo que para o uso próprio), o que revela que o usuário está lesando um bem jurídico maior que a sua própria saúde (a saúde pública), haja vista, por um lado, a circulação da droga proporcionada pelo usuário, bem como, por outro lado, pela fomentação do tráfico de drogas (sem usuário não há tráfico). Destarte, percebe-se que não havia qualquer punição à auto-lesão.

Voltando ao estudo de Nilo Batista, este afirma que, como terceira função do princípio em foco, é proibido incriminar simples estados ou condições existenciais. Segundo Batista (2005, p. 93) “é vedado pelo princípio da lesividade imposição de pena a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se,

¹⁴ Atualmente constitui-se no art. 28 da Lei 11.343/06 e, tendo em vista a despenalização no novo dispositivo, há quem afirma não se tratar mais de ilícito penal, mas mero ilícito administrativo.

pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas”. Assim, seria violador ao princípio da lesividade a contravenção do art. 59¹⁵ (vadiagem) do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

De fato; ao que tudo indica, tal dispositivo está punindo alguém pela sua condição de vadio, configurando um estado pessoal do autor. “O sujeito é punido não pelo que faz em termos de conduta ofensiva a terceiros pessoas, senão pelo que é. Pela opção que ele fez. O sujeito optou por ser vadio e é punido penalmente por isso” (GOMES, 2002, p. 40).

Por fim, Nilo Batista (2005, p. 94) leciona que, como quarta função, não é possível a incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico. Certamente, se a missão principal do sistema penal é proteger os bens jurídicos mais importantes, não há como permitir a sua atuação se não existirem ofensas ao bem tutelado.

Luiz Flávio Gomes prefere resumir apenas duas funções principais do princípio da lesividade. Para o autor (2002, p. 99), o princípio da lesividade atua no plano político criminal “e tem a pretensão de limitar o legislador (leia-se o *ius puniendi*) no momento das suas decisões criminalizadoras”. Por outro lado, o princípio da lesividade também desempenha uma função dogmática, que segundo o mesmo autor (2002, p. 99) “significa constatar *ex post factum* (depois do cometimento do fato) a concreta presença de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido”.

Na mesma linha segue Cezar Bitencourt (2006, p. 22):

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constrangendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

¹⁵ **Art. 59.** Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita.

Com relação ao plano legiferante, é mister observar a lição de Alice Bianchini (2002, p. 60), que afirma que o legislador deve analisar um conjunto de fatores, de sorte que deve aferir não só a extensão, mas também a intensidade da presumível danosidade social da conduta; análise do grau de probabilidade de sua ocorrência e verificação do tipo e do grau de lesão acarretada pela criminalização aos direitos fundamentais do criminalizado.

Sem pretender exaurir as diretrizes que o princípio da lesividade pode desempenhar, estão elencadas acima as principais funções do aludido princípio para a doutrina hodierna.

4.3 A Ausência de Lesão ao Bem Jurídico

Já foi afirmado que, para se amoldar uma conduta a um tipo penal, não basta a mera subsunção formal, é necessário aferir, todavia, o aspecto valorativo da conduta, ou seja, verificar *in concreto* se esta viola o bem jurídico protegido. Trata-se de juízo de valoração feito para aferir a tipicidade da conduta.

Com efeito, malgrado a conduta se amolde perfeitamente a um tipo penal, não há que se falar em fato típico se não houve lesão ou exposição de lesão do bem jurídico tutelado pelo dispositivo, uma vez que a função dos tipos penais é justamente a tutela dos bens jurídicos essenciais.

Para a existência de fato típico é mister que haja conduta dolosa ou culposa; resultado jurídico; nexos de causalidade e tipicidade. Por resultado, deve-se lembrar que esse consiste na violação ao bem jurídico, por isso é lícito afirmar que, a ausência de lesão ou exposição de perigo de um bem jurídico tem, por conseqüência, a atipicidade da conduta. Mesmo para aqueles que entendem que o resultado de que trata o art. 13¹⁶ do Código Penal seja o resultado naturalístico, a ausência de lesão ao bem jurídico também leva à conclusão lógica da atipicidade da conduta em razão da aplicação do princípio da lesividade (o Direito Penal só atua para proteger bens jurídicos).

¹⁶ **Art. 13** - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Mesmo as teorias que pretendem moldar a tipicidade penal, tais como a tipicidade conglobante e a teoria da imputação objetiva do resultado, trabalham com um denominador comum: lesão ao bem jurídico.

4.3.1 A tipicidade conglobante

A teoria da tipicidade conglobante (Zaffaroni), também denominada de “teoria dos elementos negativos do tipo” (Roxin), afirma que, não basta a realização da uma conduta típica, é necessário, ainda, uma carga de antinormatividade para que se configure um tipo penal.

Segundo Zaffaroni (1997, p. 459) “a tipicidade legal e tipicidade penal são a mesma coisa: a tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade”. De fato; segundo o autor, não pode uma norma proibir quando uma outra norma autoriza, ou até mesmo fomenta, determinada conduta.

Assim, o Oficial de Justiça¹⁷ que, cumprindo competente mandado, seqüestra um bem determinado, não estaria praticando um fato típico, mas sim uma conduta atípica (pela teoria da tipicidade conglobante). Tal conduta seria justificada pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III do Código Penal). A antinormatividade, necessária para caracterizar a tipicidade penal, nas palavras do autor supracitado (1997, p. 458), “não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, mas requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico”.

Assim, e salvo melhor juízo, nada mais é do que a aplicação do princípio da lesividade para caracterizar a tipicidade penal, como proposta pela teoria da tipicidade conglobante. Com efeito, não basta a conduta típica, mas é necessária também a afetação do bem jurídico (antinormatividade). Em outras palavras: é necessário aferir a ofensividade da conduta, sob pena de atipicidade.

¹⁷ O exemplo é fornecido por Zaffaroni (1997, p. 459-460).

4.3.2 O risco ao bem jurídico na teoria da imputação objetiva

Sem a pretensão de esgotar o assunto sobre a teoria da imputação objetiva que, por sua complexidade, exigiria outro trabalho como este, é interessante constatar a maneira como se maneja o princípio da lesividade.

Há que se observar que o Direito Penal não deve ignorar que vivemos numa sociedade de riscos, ou seja, quando dirigimos um veículo, proporcionamos riscos a bens jurídicos; quando se fabrica um avião ou um navio igualmente coloca-se em risco bens jurídicos; quando se fabrica uma arma de fogo coloca-se em risco bens jurídicos. Destarte, seria inconcebível uma sociedade sem riscos, sendo esse o preço que se paga pelo desenvolvimento.

Assim, para a teoria da imputação objetiva, para imputar um evento lesivo ao autor, como obra dele, é necessário que esse tenha proporcionado ao bem jurídico um risco não permitido ou intolerável pelo Direito, além de outros requisitos. Leciona Juarez Cirino (2005, p. 58) que a “atribuição do resultado de lesão do bem jurídico pressupõe, primeiro, a criação de risco para o bem jurídico pela ação do autor e, segundo, a realização do risco criado pelo autor no resultado de lesão do bem jurídico”.

Para Damásio¹⁸, a teoria da imputação objetiva concede maior relevância ao princípio da lesividade, uma vez que, por esse princípio, se despreza condutas inofensivas antes alcançadas pelo dogma causal.

Com razão o autor, uma vez que o rigor da *conditio sine qua non* (teoria da equivalência dos antecedentes causais) não leva em questão a verdadeira missão do Direito Penal, que é a tutela dos bens jurídicos.

Para o referido autor (2000, p. 70), são condições para a aplicação da imputação objetiva: a realização de uma conduta produtora de um risco juridicamente desaprovado e relevante; a realização do risco desaprovado num resultado jurídico e que o resultado se encontre no âmbito de incidência do tipo incriminador.

¹⁸ Nota do autor em sua obra *Imputação objetiva* (2000, p. XIX).

Importante observar que a imputação objetiva, manejando a teoria do risco permitido e não permitido ao bem jurídico, para atribuir um resultado lesivo ao autor, nada mais faz do que exigir uma lesividade relevante ao bem jurídico tutelado (aplicação do princípio da lesividade), sob pena de atipicidade da conduta.

4.4 O Princípio da Lesividade e os Crimes de Perigo

Questão assaz importante é referente à legitimidade dos chamados “crimes de perigo abstrato”. Contudo, primeiramente, urge consignar que, na classificação dos tipos penais, segundo a intensidade do mal visado pela conduta, os tipos podem ser de dano ou de perigo.

Nos tipos de dano “exige-se uma lesão efetiva ao bem jurídico” (PRADO, 2002, p. 210). Segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 129), “os crimes de dano ou de lesão são os que só se consumam com a perda real do bem jurídico. Exemplos: homicídio, lesão corporal, furto, dano, etc”.

Por outro lado, os tipos penais podem ser considerados como tipos de perigo que, por sua vez, dividem-se em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.

Leciona Damásio (2001, p. 189) que o crime de perigo concreto “é o que precisa ser provado (...) O perigo, no caso, não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado”. No mesmo sentido é o ensinamento de Luiz Regis Prado (2002, p. 210), ao dispor que, nos crimes de perigo concreto, “o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência par ao bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado”. Por seu turno, afirma Mir Puig (2005, p. 233) que, nos crimes de perigo concreto, “requer expressamente a lei a criação de uma efetiva situação de perigo (resultado de perigo)”.

Com relação aos delitos de perigo abstrato, Luiz Regis Prado (2002, p. 210) leciona que “o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, inerente à ação, não necessitando de comprovação”. Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 129)

alega que “há, pois, uma presunção *juris et de jure* de que de determinada conduta advém uma situação de perigo”.

Por sua vez, Juarez Cirino (2005, p. 40) assevera que, nos tipos de perigo abstrato, “a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido”.

Muito elucidativo é o magistério de Mir Puig que propõe a diferenciação entre os tipos de perigo concreto e abstrato. Para o referido autor (2005, p. 234) “nos delitos de perigo concreto o tipo requer como resultado da ação a proximidade de uma concreta lesão”, ou seja, que a ação estava a ponto de causar uma lesão a um bem jurídico determinado. Em seguida, Mir Puig leciona que, com relação aos delitos de perigo abstrato “não se exige tal resultado de proximidade de uma lesão de um concreto bem jurídico, bastando a periculosidade da conduta”.

Os delitos de perigo são na verdade instrumentos da antecipação da tutela penal, isto é, tendo em vista a relevância de determinados bens jurídicos o legislador busca antecipar sua proteção com os tipos de perigo.

Feitas essas observações preliminares, parece existir na doutrina penal moderna três correntes acerca da legitimidade dos chamados “delitos de perigo abstrato”, uma vez que a controvérsia reside no contexto de que a punição, nesses tipos penais, sustenta-se na periculosidade da conduta, sem, contudo, afetar o bem jurídico tutelado. Haveria, então, ofensa ao princípio da lesividade?

Há forte corrente doutrinária que aponta a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato. Nesse sentido, como já apontado, Ferrajoli (2002, p. 383) diz que “estes tipos [os de perigo abstrato] deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto”.

Cezar Bitencourt (2006, p. 22) afirma que, em razão do princípio da lesividade, “são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato”. Segundo ele “somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado”.

Segue no mesmo sentido Luiz Flávio Gomes (2002, p. 35) que, tendo em vista o princípio da lesividade, assevera “que está vedada a possibilidade de o

legislador configurar o delito como uma mera desobediência ou simples infração da norma ou mesmo como simples desvalor da ação (é o que se dá no perigo abstrato)”.

Ferrenha também é a crítica de Alice Bianchini (2002, p. 64-72), no sentido de que os delitos de perigo abstrato ofendem os princípios da lesividade, da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade. Segundo a autora “na medida que o direito penal somente se deve reservar as condutas que mais gravemente ofendam bem de fundamental importância para a coexistência humana, a punição a título de perigo encontra-se ameaçada”. A citada autora coloca, ainda, a seguinte conclusão (2002, p. 68):

A existência concreta de perigo é, minimamente, o que se deve exigir da conduta criminalizada. Além disto, somente bem jurídico de elevada dignidade penal pode ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar um ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrer a imposição de sanção por tê-la praticado.

De outro lado, há posicionamento favorável à tipicidade dos delitos de perigo abstrato, notadamente para proteção de bens jurídicos supra-individuais, tal como a saúde pública, a ordem econômica, meio ambiente, etc.

Em defesa dos tipos de perigo abstrato é a doutrina de Cerezo Mir (2006, p. 484), para quem os delitos de perigo abstrato “se castigam certas condutas geralmente porque põe em perigo o bem jurídico. Se mantém, pois, uma conexão, ainda que de menor entidade, com o princípio da lesividade”. Segundo o autor, não teria sentido o Direito Penal tutelar o patrimônio e não tutelar os delitos contra a ordem socioeconômica, bem como não teria sentido tutelar a vida e a integridade física e, nada obstante, não incluir os delitos de tráfico de drogas e contra o meio ambiente.

Em tese de doutorado, Ângelo Roberto Ilha da Silva defendeu a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, no sentido de que alguns bens jurídicos, dada à sua importância e em razão dos resultados catastróficos que um dano traria, fazem jus a uma tipicidade valorada pela conduta perigosa. Bem como Cerezo Mir, o autor defende tipos penais de perigo abstrato para tutela de bens jurídicos supra-individuais (2003, p. 101):

Assim, da mesma forma como ocorre nos crimes ambientais, os crimes econômicos apresentam bem sujeitos a ataques e que merecem ser preservados, e os crime de perigo abstrato, por vezes, apresentam-se como o único recurso possível para empreender-se uma série e real tutela. Diga-se o mesmo da fé pública, quando o legislador incrimina o tipo de moeda falsa, da saúde pública, tutelada por meio da tipificação do narcotráfico, e assim por diante (...) O princípio da lesividade ou da ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal.

Segue na defesa dos tipos de perigo abstrato, notadamente nos crimes ambientais, Luiz Regis Prado, ao asseverar que (2005, p. 140) “tem-se como preferível a conformação dos preceitos penais ambientais, mormente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato”. Segundo o autor, com a utilização dos tipos de perigo abstrato “elide-se, destarte, o supracitado problema da causalidade dos comportamentos, que surge por ocasião da prova, evitando em muitos casos infundadas absolvições, lastreadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal”.

Existe, ainda, um terceiro posicionamento na doutrina penal moderna que, embora defenda os tipos de perigo abstrato, afirma que existirá atipicidade da conduta quando se comprove, no caso concreto, a absoluta inoccorrência de perigo ao bem jurídico.

Nessa corrente, imperioso observar a lição de Mir Puig (2005, p. 234) ao afirmar que “deixa de ter sentido castigar uma conduta cuja relevância penal provém da periculosidade que se supõe dela, quando tal periculosidade aparece como inexistente desde o primeiro momento”. Assim, para justificar os crimes de perigo abstrato é necessário que, efetivamente, haja um perigo ao bem jurídico, por isso Mir Puig afirma que “Se a razão do castigo de todo delito de perigo (seja abstrato ou concreto) é sua periculosidade, sempre deverá exigir que não desapareça neles todo o perigo”.

Jescheck apóia esse pensamento. Para ele (2002, p. 283) “apesar de que a existência de um perigo concreto não pertença aos tipos de perigo abstrato,

de conformidade com uma ampla opinião da doutrina, decai sua punibilidade se o perigo para o objeto jurídico estava absolutamente excluído”. Destarte, se houver uma prova contrária que evidencie inocuidade da conduta, não há que se falar em crime.

Depreende-se que, para essa corrente, aquela presunção de perigo (nos tipos de perigo abstrato) é *juris tantum* e não *juris et de jure*, uma vez que cabe ao julgador descer ao caso concreto e verificar se realmente a conduta havia exposto o bem jurídico protegido a perigo. Parece que essa corrente é a que melhor atende a exigência básica do princípio da lesividade, que determina que só há atuação do Direito Penal com a ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico.

Para exemplificar essa terceira corrente, suponha-se o tipo do artigo 269 do Código Penal¹⁹, delito de omissão de notificação de doença, que se trata de delito de perigo abstrato, uma vez que surge a responsabilidade penal pela omissão do médico em noticiar doença de notificação compulsória, presumindo-se um resultado de perigo à saúde pública. Suponha-se, então, que, existindo uma epidemia no local, deixe o médico de denunciar à autoridade tal doença²⁰: não há que se falar em fato punível, haja vista que, desde o primeiro momento, seria impossível colocar o bem jurídico (saúde pública) em perigo, uma vez que o mesmo já se encontra afetado.

¹⁹ *in verbis*: “Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

²⁰ O exemplo é de Alice Bianchini (2002, p. 72) que o utiliza para criticar os tipos de perigo abstrato. Todavia, segundo a terceira orientação, tratar-se-ia de fato atípico.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, constatou-se que os princípios de Direito, na atual fase do pós-positivismo, são normas jurídicas que sobrepõem todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe estrutura e coesão, ou seja, tratam-se de premissas fundamentais que se situam na base de determinado sistema jurídico.

Por outro lado, da evolução do delito como ofensa a um direito subjetivo à ofensa ao bem jurídico, notadamente pelos estudos de Birnbaum, este se torna o centro do Direito Penal moderno, de sorte que todo o processo de legitimação das normas penais se funda na observância da teoria do bem jurídico.

Como foi observado, em um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos individuais e coletivos, pautado na proteção da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da liberdade, entre outras garantias, só deve atuar o *jus puniendi* estatal na defesa de bens jurídicos.

Todavia, ficou firmado que nem todo bem jurídico é merecedor da tutela penal. Com efeito, o legislador, na eleição do bem jurídico que deve ostentar a proteção penal, deve aferir quais os valores essenciais para o desenvolvimento individual e coletivo de determinada sociedade aplicados em determinado momento histórico, tendo sempre por base os valores plasmados em sua Carta Magna.

Diante desse panorama, para que se possa admitir a existência de um fato punível, tornar-se imprescindível verificar se a conduta efetivamente lesionou ou expôs a perigo de lesão o bem jurídico tutelado pela norma penal. Essa é a missão do Direito Penal e, a ele, não se pode exigir mais do que isso. Surge, assim, o princípio da lesividade (da exclusiva proteção de bens jurídicos ou da ofensividade), de sorte que o Direito Penal só tem legitimidade para atuar quando se verifica um ataque ao bem jurídico-penal. Assim, além de se amoldar formalmente a um tipo penal, a conduta deve ser valorada a fim de verificar sua lesividade.

Depreende-se, portanto, que o princípio da lesividade atua como importante instrumento de garantia do direito penal mínimo, uma vez que afasta a

repressão estatal, a título de aplicação de pena, diante de condutas aparentemente criminosas, mas que, na verdade, não molestam nenhum bem jurídico-penal.

Além disso, o princípio da lesividade aponta diversas diretrizes que devem ser observadas pelo legislador e pelo operador do direito tais como, a vedação da auto-lesão, a punição da tentativa ao menos se iniciados os atos executórios, o instituto do crime impossível, entre outras condutas que não molestam o bem jurídico resguardado pela norma penal.

Nessa mesma senda, é necessário para configuração da tipicidade penal que se verifique um resultado jurídico, nos termos do artigo 13 do nosso Código Penal, que nada mais é do que a exigência de um ataque ou perigo de ataque ao bem jurídico. Essa orientação vem sendo adotada em teorias que pretendem moldar a tipicidade penal, mais precisamente a teoria da tipicidade conglobante (ou teoria dos elementos negativos do tipo), que exige a afetação do bem jurídico (antinormatividade) e a teoria da imputação objetiva que, por sua vez, trabalha com a teoria do risco permitido e não permitido, dando importância ímpar ao princípio da lesividade para a configuração da tipicidade penal.

Por fim, respeitando a orientação do principal objeto deste estudo, conclui-se que a tutela antecipada penal nos chamados “crimes de perigo abstrato” é legítima, desde que, diante do caso concreto, não fique demonstrado que a conduta era, desde o primeiro momento, absolutamente incapaz de expor a perigo o bem jurídico-penal tutelado.

BIBLIOGRAFIA

ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CABRERA, Marcus Antonio Ferreira. Reflexões sobre os princípios da intervenção mínima, ofensividade e lesividade. **Direito penal e constituição**. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CEREZO MIR, José. **Obras completas**: otros estudios. Lima: Ara Editores, 2006. v.2.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Luís Roberto. **Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos**. *Paper* apresentado no Mestrado em Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá-PR, 2006.

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

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed. rev. e ampl. Granada: Comares, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direito penal**: parte geral. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7 ed. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideú: B de F, 2005.

_____. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideú: B de F, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 6 ed. rev. e atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.v.1.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na teoria do delito. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1.

_____. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Pena et al. 2 ed. Madri: Civitas, 2003. t.1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4 ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal parte general**: el hecho punible. Tradução: Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

ZEIDAN, Rogério. ***Ius puniendi*, Estado e direitos fundamentais**: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: Fabris, 2002.