

A FUNÇÃO IDEOLÓGICA DO BEM JURÍDICO PENAL

WALLTON PEREIRA DE SOUZA PAIVA

Mestre em Direito Penal. Professor da Universidade Potiguar e da Universidade Federal Rural do Semiárido.

E-mail: wallton_paiva@yahoo.com.br

Envio em: Agosto de 2013

Aceite em: Março de 2014

Resumo

A ideologia interna do direito é revelada ao longo de todo processo histórico de sua elaboração, que conduziu à atual compreensão de direito positivo dimanado do Estado. Wolkmer lembra que todo sistema jurídico encontra-se umbilicalmente ligado a um tipo de Estado, expressando, em normas jurídicas, as ideias, os objetivos, os conceitos de classes, em que predomina, em cada momento e em cada Estado, o ideário de uma classe dominante. Cabe ao direito penal exercer o papel de principal mantenedor da estrutura vertical da sociedade e, para isso, ele faz uso do bem jurídico penal. Sabe-se que o bem jurídico será o principal elemento integrador da tipicidade e que ele será composto pelos principais valores trazidos pela sociedade, de modo que os confere uma tutela especial, pautada em uma linha penal de proteção. Este artigo argumenta que, por serem eleitos segundo critérios fundamentadores de condutas a serem cristalizadas no ordenamento jurídico, os bens jurídicos irão exercer um importante papel na transmissão da ideologia do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Teoria do Bem Jurídico. Ideologia. Direito Penal. Tipicidade.

LA FUNCIÓN IDEOLÓGICA DEL BIEN JURÍDICO PENAL

Abstract

La ideología interna del derecho se manifiesta a lo largo del proceso histórico de su desarrollo, lo que condujo a la comprensión actual del derecho positivo. Wolkmer recuerde que todo sistema jurídico está indisolublemente ligado a un tipo de Estado, la norma legal para expresar ideas, metas, conceptos de las clases dominadas, en cada momento y en cada estado, la ideología de la clase dominante. Corresponde a la legislación penal para ejercer la función de encargado principal de la estructura vertical de la sociedad, y para ello, se hace uso de la criminal legal. Se sabe que el legal será el principal integrador de tipicidad, y se compone de los principales valores presentados por la sociedad, por lo que confiere una protección especial en la protección penal guiada en línea. Este artículo sostiene que, al ser elegidos fundamentadores criterios de conducta que pueden cristalizar en el sistema legal, los intereses legales tendrán un papel importante en la transmisión de la ideología de la legislación brasileña.

Palabras Clave: Teoría del Buen Consejo. Ideología. Derecho Penal. tipicidad.

1. INTRODUÇÃO

O direito penal carrega uma ideologia dentro do ordenamento jurídico estatal. A ciência do direito se encontra em um panorama de Estado, que, por sua vez, possui uma forma predeterminada. Antonio Carlos da Ponte (2008) julga toda atividade jurídica como portadora de um conteúdo ideológico, visto que é através dela que a ideologia irá cumprir suas funções básicas. Sobre a importância do direito para a concretização de conteúdos ideológicos do Estado, Antonio Carlos Wolkmer (2003, p. 156) diz que “o Direito é a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social”.

Ao longo da história, ocorreram mudanças nos panoramas ideológicos, por meio de alterações nas normas jurídicas do grupo em que predominavam, em especial o direito penal, que fora essencial para a manutenção da ciência jurídica, uma vez que este “deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas” (ROXIN, 2008, p 32). Dessa forma, os fundamentos jurídicos para a punição foram sendo alterados, trazendo consigo valores de cunho ideológico, que serviam de base para sua sustentação. Com essas mudanças, paradigmas nos ilícitos penais – outrora teológicos ou privados – passavam a se fundamentar na violação do contrato social, em que se garantiam os bens individuais ante o arbítrio judicial.

Não obstante o trabalho de Roland Hefendehl (2007), a atual doutrina penal é bastante tendenciosa, ao entender ser missão do direito penal a proteção a bens jurídicos. O delito constitui lesão ou perigo de lesão a esse bem, criando uma limitação inexpugnável ao poder punitivo do Estado. Entretanto, essa evolução foi lenta e gradativa, pautada sobre uma ideologia delimitadora da finalidade do direito penal e de suas penas, de modo que regimes políticos criaram mutações na idealização do que deveria, ou não, ser considerado um crime.

2. ORIGEM DO BEM JURÍDICO PENAL

A ideia do bem jurídico penal surgiu em meados do século XIX, quando Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, fundamentado no contrato social dentro de uma ideologia liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, erigiu sua teoria quanto aos direitos subjetivos. Segundo o autor do livro “Tratado de derecho penal”, o Estado deveria atuar como garantidor das

condições de vida em comum, podendo intervir penalmente apenas quando um delito lesionasse algum direito dos cidadãos, caso o delito causasse lesão a um direito subjetivo. Assim, todo direito subjetivo respeitado trazia consigo um dever de respeito aos direitos subjetivos dos outros, limitando a atuação do legislador e dificultando a escolha dos fatos merecedores de sanção penal, que causavam um dano à coexistência social.

Embora Luis Regis Prado (2011) lembre que a teoria de Feuerbach tenha ganhado relevo e se tornado um dos pilares da teoria do delito, esta não ficou imune a críticas. Determinadas ações não ofendiam o direito subjetivo alheio, mas infligiam condutas que, segundo o próprio Feuerbach, deveriam ser punidas, mesmo não ofendendo a direitos subjetivos, que causavam perigo à ordem e à segurança social, transmitindo, via de consequência, a ideia de que os delitos seriam tanto a lesão aos direitos subjetivos quanto colocar em risco a manutenção da segurança e da ordem social. Aos poucos, ele distanciou o Direito Penal do absolutismo e transformou o crime em uma ofensa contra a sociedade, não mais contra o Estado (orientação absolutista). Como lembra Renato Mello Jorge da Silveira (2003), as ideias político criminais de Feuerbach ganharam corpo com a ascensão do Código Penal da Baviera, de 1813.

Com o passar dos anos, Johann Michael Franz Birnbaum (1843) introduziu, no universo jurídico penal, a ideia de bem em substituição à concepção vigente de direito subjetivo. Quando publicou, na Alemanha, seu *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, ele reparou ser essencial para a tutela penal a existência de um objeto material que fosse passível de lesão. Birnbaum sustentava um direito que não poderia ser diminuído ou subtraído, formulando a concepção de bem jurídico como um instrumento do qual se valeria o Estado para permitir a criminalização de condutas que pudessem lesioná-lo, estando os bens jurídicos acima do Direito e do Estado.

As ideias racionalistas herdadas do iluminismo foram se concretizando em um Direito positivo livre de considerações filosóficas. Surgiram diversas concepções metodológicas, em especial a de Karl Binding, para quem a relação da norma jurídica com o bem jurídico formava um binômio inseparável. Igualmente, bem jurídico seria tudo que, na ótica do legislador, fosse importante para ordem jurídica. Portanto, o bem jurídico seria imperativo de ordem, dedutível da lei penal, que proíbe a realização de determinadas condutas. Como toda lei é voltada para a coletividade, o bem jurídico seria bem da coletividade, sendo verdadeira criação legislativa, cuja tutela visa a assegurar a vida em comum, funcionando

como garantia de expectativas contra sua lesão.

Renato de Mello Jorge da Silveira (2003) observa uma relação de continuidade entre as idéias de Feuerbach e Binding, pois, ao estabelecer o bem jurídico como núcleo do injusto, ele se aproximou das ideias de seu antecessor, com relação aos direitos subjetivos.

Posteriormente, Franz von Liszt reconheceu o bem jurídico como bem do homem protegido pelo direito e não como ordem jurídica. Binding Liszt (2003, p 139) dizia que o “bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido”, que os interesses nasciam das relações dos indivíduos entre si, destes com o Estado e a sociedade ou vice-versa, de modo que a vida seria a criadora dos interesses e não o Direito. Esses interesses, uma vez protegidos juridicamente, tornar-se-iam bens jurídicos.

Binding e Liszt (2003) enxergavam que o direito extremava os círculos de ação de cada indivíduo, determinando até onde este poderia agir com liberdade, fazendo isso por meio de normas que funcionem como anteparos dos bens jurídicos. Logo, não era a norma que criava o bem jurídico penal proposto por Liszt, mas o encontra dentro de si. De acordo com a sua teoria, o direito é uma espécie de “ordem de combate”, que busca preencher sua finalidade, curvando as vontades individuais relutantes. Ele explica que:

Se a missão do Direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do Direito Penal é a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso (LISZT, 2003, p. 143).

Como leciona Silveira (2003), acerca de bem jurídico, interessa lastrear as ideias desse período, sendo que tanto Binding quanto Liszt fundamentaram-nas como uma construção própria. Dessas ideias, surgiram várias escolas que entrariam em conflito em um momento subsequente. As formulações positivistas começaram a ser questionadas a partir da Revolução Burguesa, resgatando ideais iluministas, por meio de leituras efetuadas por Kant e Hegel, processo que foi acentuado com a decadência do Segundo Império alemão e a ascensão da República de Weimar. A partir do começo do século XX, orientações espiritualistas, sob influência da filosofia neokantiana, começaram a desenvolver, na área penal, uma concepção teleológica de bem jurídico, visualizando-o apenas como princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais. A doutrina neokantiana, como bem lembra Prado (2011), fundamenta o conceito de ciência do espírito no método e não no objeto, produzindo uma filosofia axiológica,

que pretende equiparar valor e fim, renunciando a busca da função garantista liberal do bem jurídico, centrando sua atenção na capacidade interpretativa, a partir do valor protegido pelo bem jurídico.

Na Alemanha nazista, nasceu a chamada Escola de Kiel, cujos adeptos defendiam a tese de que a realidade e o valor não poderiam ser separados e a premissa consistia em afirmar ser o “espírito do povo” a grande fonte do direito. A Escola refutou, em primeiro momento, o dogma do bem jurídico, visto ser incompatível com a ideologia do Estado nacional-socialista. Quando o admitiu, tornou-se um instrumento inócuo de interpretação. A Escola de Kiel sustentava o direito penal da vontade ou direito penal do autor em busca da construção da base teórica para o direito penal do nacional-socialismo. Cabia ao Estado traduzir o desejo do povo, de modo que o crime se tornara uma ofensa ou violação ao dever de obediência do Estado, lembrado por Heleno Cláudio Fragoso (1977) como um:

Processo de subjetivação do direito penal, no qual se atribuía à vontade a primazia na elaboração doutrinária, de sorte que o bem jurídico apareceria como um aspecto materialista, absolutamente secundário (FRAGOSO, 1977, p. 41).

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma revalorização no conceito de bem jurídico garantido ao homem. Com o tempo, surgiram teorias modernas inerentes a ele, em especial a sociológica e a constitucional. Prado (2011) faz referência a alguns autores, no que diz respeito às teorias sociológicas, dentre eles: Knut Amelung, que entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social; Jürgen Habermas, que apreende ser necessária a implantação da teoria do consenso no âmbito penal, questionando sobre a identidade racional nas sociedades modernas; Winfried Hassemer, ao realçar valoração subjetiva com as variantes dos contextos social e cultural, de modo que seja imprescindível a verificação de uma danosidade social para legitimar a intervenção punitiva estatal.

Prado (2011, p. 43) faz uma síntese crítica dos ideários da teoria sociológica da seguinte forma:

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

Já as teorias constitucionais firmam a necessidade

de lastrear o Direito Penal na Constituição e na Política Criminal, de modo que o último ponto restritivo para a eleição de bens jurídicos penais reside nos princípios constitucionais. Ponte (2008) interpreta essa teoria e deduz que a Constituição Federal, ao estabelecer os valores primordiais a serem protegidos, limita a ofensa ao bem jurídico penal para os casos em que há uma ofensa ao texto constitucional. Logo, conclui-se que um conceito de bem jurídico vinculado político-criminalmente só pode derivar do que é encontrado na Constituição. No tocante às teorias constitucionalistas, conclui-se que:

É muito mais útil um bem jurídico-penal ligado à Constituição, que por sua vez deve estar fundada em direitos e garantias fundamentais, do que simplesmente abandonar essa postura em respeito ao acolhimento de conceitos vagos, impassíveis de individualização (PONTE, 2008, p. 151).

Daí, torna-se possível observar que a influência constitucional no Direito Penal determina os valores e preceitos que serão avaliados pela dogmática penal, de forma que o bem jurídico penal encontra-se fronteiro entre a política criminal e o Direito Penal, resultando da criação política do crime, que, por sua vez, segue atrelada ao modelo de Estado vigente.

3 SELEÇÃO DE BENS CONSTITUCIONAIS VISANDO À CRIMINALIZAÇÃO

A Constituição Federal não possui elenco determinado de bens jurídicos que o legislador deva proteger penalmente. O processo de seleção de bens jurídicos é uma atividade valorativa com importância e significado. O legislador seguirá os princípios da legalidade e da intervenção mínima, escolhendo um bem que realmente necessite de tutela penal, seja relevante para a sociedade ou insuficiente de outras formas de proteção que não a penal.

Esse processo seletivo funciona como filtro. Primeiro, o legislador observará (HASSEMER, 1984) três fatores para iniciar sua valoração sobre a proteção penal do bem jurídico: a frequência em que ocorrem comportamentos intoleráveis merecedores de uma repressão penal; a intensidade da necessidade da preservação do objeto merecedor da tutela e; a intensidade da ameaça contra esse objeto.

Realizadas essas valorações, o legislador observará a técnica para a tipificação penal, obedecendo à sistematicidade do ordenamento jurídico como um todo, e permitindo ao fato típico exercer sua atividade preven-

tiva de lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Como a elaboração legislativa deve respeitar o todo sistêmico do ordenamento jurídico e a fundamentação desse bem decorre da Constituição Federal, não se pode deixar de observar as consequências dessa modalidade interpretativa para a construção dos tipos penais.

Vale ressaltar que, em casos excepcionais, o texto constitucional estabelece mandados de criminalização, transformando-os em imperativos de tutela de penal. Esses mandados elegem bens jurídicos sobre os quais o legislador ordinário não possui propriedade de legislar, mas obrigação.

Jorge de Figueiredo Dias (2007) defende que onde o legislador constitucional apontou, expressamente, a necessidade de intervenção penal para a tutela de bens jurídicos determinados, o legislador ordinário tem o dever de criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Alguns dos mandados explícitos de criminalização na Constituição Federal de 1988 estão no artigo 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismos, e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático); no artigo 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores), no artigo 225 (condutas lesivas ao meio ambiente) e artigo 227, §4º (abuso, violência e a exploração sexual da criança ou do adolescente).

A eleição do bem jurídico penal decorre de análise sistemático-axiológica da Constituição. Ponte (2008) observou que ela atuou como limite negativo do Direito Penal, uma vez que a criminalização é admitida se não atentar contra o texto constitucional ou os limites citados anteriormente. Daí, começa-se a dessumir o critério eletivo de bem jurídico penal em conformidade com o texto constitucional. Portanto, conquista-se um bem e avalia-o de acordo com as cláusulas pétreas, com os fundamentos da república federativa do Brasil, e conforme as normas que falam nos direitos fundamentais trazidos no texto da Lei Maior do País. Essa conformidade com o texto constitucional é um meio de se evitar abuso no poder punitivo (Carvalho, 1992), de modo que a ordem dos bens jurídicos tuteláveis deve guardar como parâmetro a ordem dos valores constitucionais.

Depois de avaliar a conformidade com o texto normativo pátrio, observa-se se aquele bem, objeto de análise, realmente merece proteção de natureza penal. A proibição de proteção deficiente a bens jurídicos é uma regra lembrada por Luciano Feldens (2005). Ela deve se relacionar com o princípio da intervenção mínima, de modo que o bem jurídico deverá apenas ser objeto de

tutela penal se a proteção recebida por ele for insuficiente para evitar a sua lesão.

Como leciona Ponte (2008, p.165):

A atuação do Direito Penal justifica-se e legitima-se todas as vezes que a proteção ordenada pela Constituição não puder ser alcançada de outra forma, a não ser pela instituição de infrações penais e as correspondentes sanções penais, que devem ser proporcionais ao bem jurídico protegido.

Dessa forma, o bem jurídico merecedor de proteção penal determina os espaços mínimos de atuação do legislador penal. Uma vez constatada a necessidade de tutela penal a determinado bem jurídico, este será objeto de avaliação normativa, verificada por meio de normas penais criminalizadoras das condutas lesivas, ou potencialmente lesivas, ao bem jurídico objeto da norma, e o processo de elaboração da norma penal observará que o ordenamento jurídico é um todo sistêmico e que as normas devem seguir uma técnica própria para impedir o nascimento de antinomias no ordenamento.

Ainda no que tange à área de ação do Direito Penal, Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992) explica que a superioridade normativa do Direito Constitucional delimita o que deve ser considerado delito pelo Direito Penal e a tipificação delitual deve se dirigir para a proteção do valor constitucional maior. Portanto, inicia-se um processo de penalização de condutas, tipificando todo fato grave causador de dano à sociedade que a Constituição pretende eliminar. Nos dizeres da autora: sob essa nova ótica, “os bens jurídicos além de sua natureza individual ou coletiva passam a ter uma natureza constitucional que os fazem merecedores da proteção penal. É a dignificação constitucional do bem jurídico” (CARVALHO, 1992, p. 48).

4 CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL

Como falado anteriormente, a doutrina é quase unânime ao afirmar a necessidade de lesão, ou perigo de lesão, ao bem jurídico como elemento essencial à construção de delitos. Entretanto, ela não se mostra tão uníssona, quando tenta conceituá-lo. Ao elucidá-lo, Francisco de Assis Toledo (2010) afirma que tudo aquilo que se apresenta útil, necessário e valioso é procurado, disputado, defendido e, ainda, exposto a perigo, sujeitando-se a determinadas lesões. Em outras palavras, sendo algo real e concreto ou uma idealização (abstração), o bem dotado de valor que o Direito reputar como digno de proteção será considerado bem jurídico. Esse valor, advertido por Prado (2011), advém da concepção

neokantiana, com tonalidade espiritualista, que concebe o bem jurídico como um valor cultural, de modo que os valores culturais, baseados nas necessidades individuais, são fundamentos para o bem jurídico. Daí, Prado afirmar (2011, p. 44) que as necessidades individuais se “convertem em valores culturais, quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos, quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica”.

Em outro ponto de vista, Hans Welzel (1997) segue uma linha semelhante a de Liszt (2003), entendendo o bem jurídico como um bem vital da comunidade ou do indivíduo, protegido juridicamente em virtude de seu significado social. Dessa forma, o bem jurídico seria toda situação social desejada que o Direito quer garantir contra lesões. Toledo (2010) substitui “situação social desejada” por “valor ético-social”, e define bens jurídicos como “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 lesões efetivas” (TOLEDO, 2010, p. 16). A ideia de paz social também é acastelada por Hans-Heinrich Jescheck (1982), que entendia os bens como indispensáveis à convivência humana em comunidade, cabendo ao Estado protegê-los.

Estabelecer um conceito fechado para bem jurídico é uma missão espinhosa, cujo resultado dificilmente será determinado com nitidez e segurança, mas há um consenso no que tange ao seu núcleo formador (DIAS, 2007). O autor entende que bem jurídico seria a:

Expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso (DIAS, 2007, p. 114).

Observando a gama de bens jurídicos, Roxin (2008) percebeu a impossibilidade de limitá-los a bens jurídicos individuais e observou a existência de bens da comunidade, também merecedores de proteção estatal. O autor reconhece que os bens jurídicos penais derivam da Constituição, de modo que uma conceituação deve estar vinculada político-criminalmente aos limites traçados por ela. Em leitura feita dos bens jurídicos penais, o autor inspira confiança, dando certeza de que o Direito Penal integra um ordenamento jurídico sistêmico.

Carvalho (1992) corrobora com o raciocínio de que é necessário buscar, na Constituição, a gênese e a função social do bem jurídico, levando em consideração as relações sociais concretas e a posição que os indivíduos ocupam nessas interações. A autora trabalha com

a ideia de bem jurídico relevantemente constitucional, estando ele imerso em um grupo de direitos constitucionalmente garantidos, compreendendo não só os direitos dos indivíduos, como também valores que se encontram objetivamente tutelados. Posteriormente, a autora conclui que, conceituando o delito como um fato lesivo a um valor constitucionalmente relevante, confere ao Direito Penal dignidade para cumprir sua missão, de modo que resistir a transformações político-constitucionais retiraria a vitalidade necessária ao aperfeiçoamento do Direito Penal como ciência.

Como lembram Muñoz Conde e García Arán (2007), a necessidade de convivência supõe a proteção dessa convivência, pois somente através dela a pessoa individual pode desenvolver-se e se auto realizar. A necessidade de auto realização humana precisa de pressupostos existenciais, forma encontrada pelos autores para denominar bem jurídico. Para os autores, “bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social” (MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN, 2007, p. 59). Portanto, a missão do Direito Penal contempla a proteção aos bens jurídicos penais, de modo que deve exercer uma atividade preventiva de delitos. Por isso, nas palavras de Juarez Tavares (2000), o bem jurídico é:

um elemento da própria condição do sujeito e de sua proteção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico (TAVARES, 2000, p. 179).

Ainda no tocante ao conceito de bem jurídico, Hassemer (2008) avaliou que, quanto mais vago o conceito de bem jurídico, mais objetos ele abarcaria e menores seriam as chances do Direito Penal exercer atividade preventiva de delitos e, conseqüentemente, de danos à sociedade. Roxin (2008), entendendo ser a proteção de bem jurídico um meio de impedir danos sociais, conceituou-o como pressuposto para a convivência pacífica em sociedade. Em suas palavras:

São chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a prefe-

rência a medidas sócio-políticas menos gravosas. De maneira substancialmente análoga diz-se também que o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais (ROXIN, 2008, p. 35).

Os pressupostos existenciais e instrumentais mínimos, quando afetam um único indivíduo, são chamados bens jurídicos individuais. Juntamente com eles vêm à tona bens jurídicos coletivos, que afetam a sociedade, cuja existência fora reconhecida na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico (BIERNBAUM apud ANDRADE, 1991), que reconhecia que a lei penal se reveste de finalidades sociais. Liszt (2003) apontava a diversidade de formas de bens jurídicos, decorrente da complexidade da própria vida e das coisas, processos e instituições que a integram e nela se movimentam. Sustentava a existência de portadores individuais de bens ao lado de portadores supraindividuais, entre os quais o Estado se sobressaía como portador dos interesses coletivos. A verdadeira característica do bem jurídico coletivo ou universal deve ser gozada por todos e por cada um, sem que ninguém fique excluído (DIAS, 2007).

Hassemer (2008) observa que esses bens constituem a maioria dos objetos de proteção e que sua formulação se dá com vagueza e amplitude. Silveira (2003) esclarece essa amplitude, ao estabelecer o liame divisório entre o bem jurídico e o difuso, da seguinte forma:

Bem jurídico idealizado sob uma perspectiva individual repousa naquelas situações em que se exija a maior proteção ofertada pelo Estado, em face da possibilidade de identificá-lo, conforme, de modo geral, os autores contemporâneos. A situação é diversa, no entanto, quando se trata de bens de cunho difuso, em que foco é centrado em uma massa não definida, situação na qual se faz necessária uma observação acurada do efeito lesivo em seus membros (SILVEIRA, 2003, p. 53).

De toda sorte, fica evidente que a noção de bem jurídico decorre das necessidades do homem, na experiência da vida concreta (PRADO, 2011). Entretanto, não se pode esquecer a explicação de Toledo (2008), quanto aos limites de atuação do Direito Penal para proteger os bens jurídicos. O autor lembra que os bens jurídicos exigem proteção especial que atinja as normas de Direito Penal, pois as outras garantias ofertadas pelo ordenamento jurídico se mostram insuficientes para tratar do problema, e, mesmo nos que são protegidos penalmente, o Estado só deverá agir, quando houver uma lesão

real ou potencial.

5. BEM JURÍDICO E TIPO PENAL

Uma vez eleito, o bem jurídico passará a nortear a elaboração legislativa do tipo penal, esclarecendo o conteúdo da norma penal incriminadora. Na medida em que ele se situa no ponto central dos diferentes tipos penais da parte especial do Código, torna-se uma exigência para o legislador orientar sua atividade na proteção de bens jurídicos.

Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério de bem jurídico. Logo, torna-se compreensível que ele dê conteúdo à tipicidade, tornando possível dar significação ao injusto. Por isso, Ponte (2008, p. 149) afirma que o bem jurídico penal “realiza o papel de ligação entre a dogmática (teoria do delito) e a política criminal (realidade social)”. Entretanto, como bem lembra Toledo (2010), o bem jurídico não esgota o tipo. Os elementos subjetivos do tipo são igualmente importantes na sua elaboração, bem como a antijuridicidade e a culpabilidade na formação do crime (fato punível).

O fato punível é mais abrangente do que as descrições trazidas no tipo penal (SANTOS, 2010). Sua constituição opera devido à junção de dois elementos: o tipo de injusto e a culpabilidade do agente. O tipo de injusto se subdivide em dois conceitos autônomos: descreve condutas típicas proibidas sob ameaça de pena e a antijuridicidade define preceitos permissivos excludentes da contradição entre ação típica e o ordenamento jurídico.

De maneira geral, pode-se dizer que toda ação ou omissão é um delito, se infringir o ordenamento jurídico (antijuridicidade), na forma prevista pelos tipos penais (tipicidade), e puder ser atribuída ao seu autor (culpabilidade), quando não existirem obstáculos processuais ou punitivos que impeçam sua penalização (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2007). Foi essa tripartida estruturação que fundamentou três modelos sucessivos de avaliação do fato punível na dogmática penal: o modelo clássico, originário da filosofia naturalista, o modelo neoclássico, e o finalismo, que vigora até os dias atuais.

O finalismo teve sua ascensão na primeira metade do século XX, cuja ação tornara-se o conceito central do fato punível e a estrutura final da ação humana fundamentara-se com as proibições e mandados das normas penais (BITENCOURT, 2004). O autor lembra que a direção final de uma ação realiza-se em duas fases: a subjetiva, ocorrendo na esfera intelectual do sujeito, em que ele antecipa o fim almejado, seleciona os meios adequados e mentaliza as consequências do ato planejado;

e a objetiva, caracterizada pela determinação dos fins e dos meios da esfera subjetiva, pondo em movimento o plano traçado com fins a alcançar o objetivo almejado.

Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 77) resume esse raciocínio:

A ação humana é exercício de atividade final ou, como objetivação da subjetividade, realização do propósito: o homem pode, em certos limites, por causa do saber causal, controlar os acontecimentos e dirigir a ação para determinados fins, conforme um plano.

6. FUNÇÕES DO TIPO PENAL

O tipo penal apresenta três funções no Direito Penal. A primeira seleciona comportamentos humanos penalmente relevantes. Quando há a eleição do bem jurídico que merece proteção penal, o legislador elabora um tipo penal suficientemente abrangente para impedir a lesão ao bem. Nessa elaboração, ele irá tentar explorar todas as possibilidades de condutas, que possam ocasionar alguma espécie de lesão, de modo que o tipo penal criado limite os comportamentos, inibindo essa possibilidade. A segunda garante aos cidadãos que somente as condutas tipificadas possam ser punidas. A terceira é motivadora, consistindo em esperar que os cidadãos se abstenham de realizar a conduta que está prevista no tipo. Entretanto, observa-se a necessidade de uma redação clara do tipo penal, de forma que facilite sua compreensão, evitando dúvidas, ambiguidades e divergências (SILVEIRA, 2003).

Os tipos penais formulam-se com expressões linguísticas que descrevem, com as devidas notas de abstração e generalidade, a conduta proibida (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2007). Essas descrições, portanto, consistem em ofertar ao tipo a totalidade dos elementos essenciais para a constituição do delito. Como é sabido, devido à impossibilidade do tipo descrever todas as formas de aparição de um delito, utilizam-se cláusulas gerais, definições e descrições genéricas, que reúnam os caracteres essenciais comuns a cada grupo de delito. Entretanto, devem ser evitados conceitos indeterminados, haja vista o risco que representa para a segurança jurídica dos cidadãos determinar, sem precisão, a conduta delitiva, chegando ao ponto de não se saber o limite do penalmente ilícito (SILVEIRA, 2003).

É importante ressaltar que o tipo penal subdivide-se em objetivo e subjetivo. O objetivo representa a exteriorização da vontade, serve de fundamentação material do crime, uma vez que concretiza o tipo subjetivo. Já este abrange todos os aspectos subjetivos do tipo de

conduta proibida, que, concretamente, produz efeitos no tipo objetivo.

Nota-se que há uma relação de dependência entre ambos, pois, enquanto o tipo penal objetivo analisa os aspectos objetivos do delito, como, por exemplos, o sujeito ativo, a conduta e o bem jurídico, o tipo subjetivo fará análise do dolo e da culpa, assim como as consequências da avaliação subjetiva do autor do fato típico.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à estruturação dos tipos penais, em especial o objetivo, haja vista o bem jurídico estar presente nele. Como analisar todas as peculiaridades objetivas de todos os tipos delitivos é uma atividade da parte especial, nesse momento passam-se ao estudo algumas questões gerais, que se mostram sempre presentes nos tipos penais objetivos.

O primeiro elemento a ser observado nos tipos penais objetivos é o sujeito ativo do delito. Ele é uma obra humana e sempre terá um autor para realizar uma ação ou omitir-se da atividade esperada. Em via de regra, os tipos penais não caracterizam, objetivamente, o autor, fazendo uso de expressões impessoais, mas admite qualquer pessoa como autora do fato típico. Entretanto, alguns tipos penais se utilizam de uma individualização especial, exigindo do autor uma qualidade ou condição pessoal, ou, ainda, requerem a presença de vários autores, concorrendo para a realização do mesmo resultado, permitindo uma variação do sujeito ativo delitivo. O segundo elemento observado nos tipos penais é a conduta comissiva ou omissiva. Essa conduta é entendida como o comportamento humano que constitui o núcleo objetivo do delito e, geralmente, vem descrita por um verbo diretor, que indica se o crime decorre de conduta omissiva ou ação positiva do autor. O terceiro elemento é o bem jurídico lesionado ou posto em risco além do permitido, ocasionando o resultado da ação típica.

A norma penal tem a função protetora de bens jurídicos. Para cumpri-la, eleva-se a proteção desses bens à categoria de delitos, por meio da tipificação legal. Logo, o bem jurídico é a chave que permite descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento. Sobre o assunto, Bitencourt (2004) afirma:

Admitindo-se o resultado concebido como evento, num conceito jurídico, identificando-se com ofensa (dano ou perigo) a um bem jurídico tutelado pela norma penal, forçoso é concluir que não há crime sem resultado (BITENCOURT, 2004, p. 254).

Através dessa leitura, conclui-se que, uma vez ofendido o bem jurídico penalmente protegido, por uma conduta tipificada como crime, esta decorrerá de ação típica voluntária de um sujeito ativo. Pelo exposto, ficou uma dúvida quanto à palavra decorrerá, proveniente de decorrente. O que é decorrente? Esse decorre do sentido de originar, derivar. Logo, observa-se a presença de mais um elemento estrutural do tipo penal: o nexo causal. Este exigirá uma relação de causalidade entre a ação e o resultado, que consiste na imputação física do resultado ao autor da ação produtora do resultado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como o bem jurídico penal oferta o conteúdo ao tipo de injusto, na tipicidade e, em especial, no tipo objetivo, não serão dados destaques ao tipo subjetivo, à antijuridicidade e à culpabilidade, pois isso fugiria ao foco desta pesquisa. A tipicidade é decorrência natural do postulado da reserva legal, consistindo na adequação de fato praticada pelo agente com a conduta descrita pela lei penal.

Nas palavras de Damásio Evangelista de Jesus (2003, p. 260), “tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”. Para que um determinado fato seja enquadrado como característico, ele deve passar por processo avaliativo de seu emoldurado na conduta delitiva estabelecida pela Lei Penal.

O processo avaliativo é chamado de juízo de tipicidade, consistindo na análise da adequação típica da conduta. Quando o resultado for positivo, significa que a conduta se reveste de tipicidade; se negativo, há a atipicidade. A diversidade de formas de aparição que adotam os comportamentos delitivos impõe uma busca de imagem conceitual suficientemente abstrata, com o poder de englobar, nela, todos os comportamentos que possuam características essenciais comuns. A essa figura puramente conceitual, dá-se o nome de tipo. Nos dizeres de Muñoz Conde e García Arán (2007, p. 252), tipo é “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”¹. Ou seja, será o modelo abstrato que descreve o comportamento não adequado socialmente e proibido pela norma penal.

¹ A descrição da conduta proibida que leva a cabo o legislador no suposto de feito de uma norma penal. (tradução do autor)

É importante destacar o raciocínio de Hassemer e Muñoz Conde (2008), ao lembrar que o Direito, e não só o Direito Penal, possui uma fixação normativa, que faz da criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas sua maior preocupação ou tarefa. O que é algo temerário, uma vez que a realidade social não consiste em algo imutável. Ou seja, por mais cristalizado que seja o ordenamento jurídico, no caso em tela os tipos penais, ele não possui condições de prever todas as facetas variantes que se apresentam na realidade que pretende regular.

Vale lembrar que a cristalização de uma conduta como criminosa deve seguir alguns critérios, como bem explana Sérgio Salomão Shecaira (2012). O primeiro consiste em uma incidência massiva na população, de forma que o fato deve se reiterar dentro da sociedade; o segundo consiste em uma incidência aflitiva do fato praticado, ou seja, o fato deve causar comoção e aflição, de modo a ganhar relevância social; o terceiro critério cristizador de uma conduta delitiva consiste na persis-

tência espaço-temporal da prática delituosa, exigindo-se do fato uma distribuição de sua realização em todo o território nacional, o que inibe a criminalização de condutas isoladas em determinadas regiões; por fim, o quarto, e último, critério consiste no inequívoco consenso a respeito da etiologia e das técnicas de intervenção mais eficazes para combater aquele fato.

É a partir desses critérios que ganha relevo a natureza ideológica da norma penal, em especial do direito penal abstrato, que irá se envolver com o conteúdo e os não conteúdos traçados pela norma penal, gerando, para esse ramo do direito, conforme os ensinamentos de Alessandro Baratta (2011), não só a função de reproduzir a realidade social, mas, também, a de mantenedor da estrutura vertical da sociedade. Pelo observado, é de fácil constatação, que cabe ao bem jurídico penal definido pela tipicidade a transmissão da ideologia estatal que irá regulamentar e estruturar todo o tecido social almejado pelo sistema de governo estatal.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – parte geral. 4. Ed. São Paulo: Saraiva 2004.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal** – parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HASSEMER, Winfried. **Crítica ao derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: ad hoc, 2003.
- _____. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Org. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meireles [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- _____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.
- JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**: Teoria de um direito penal funcional. Barueri-SP: Manole, 2003.
- _____. **Tratado de Direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coor. Luiz Moreira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell editores, 2003.
- LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal** – Parte General. 7. Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.
- PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – parte general. Tomo I. 2. Ed. Madrid: Civitas, 2006.

_____. **Estudos de Direito Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – parte geral**. 4. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.