



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO**

LUIZA BEIER NAIBERT

**A IMPORTÂNCIA DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS PARA O DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Porto Alegre

2021

LUIZA BEIER NAIBERT

**A IMPORTÂNCIA DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS PARA O DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo da Silva Brandalise

Porto Alegre

2021

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIRETORIA

Gilberto Thums – Diretor da Faculdade
Luiz Augusto Luz – Coordenador do Curso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte
Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Beier Naibert, Luiza

A importância dos bens jurídico-penais para o direito penal contemporâneo / Luiza Beier Naibert. -- Porto Alegre 2021.

66 f.

Orientador: Rodrigo da Silva Brandalise.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Curso de Direito - Bacharelado, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Direito Penal. 2. Bem Jurídico-penal. I. Silva Brandalise, Rodrigo da, orient. II. Título

.

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento
Rua Cel. Genuino, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares
Porto Alegre - RS- CEP 90010-350
Fone/Fax (51) 3027-6565
e-mail:fmp@fmp.com.br
home-page:www.fmp.edu.br

LUIZA BEIER NAIBERT

**A IMPORTÂNCIA DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS PARA O DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ de _____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Rodrigo da Silva Brandalise (Orientador)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

À memória de meu pai, Leonel Vicente Naibert, homem sábio cujo empenho em me educar sempre veio em primeiro lugar. Aqui estão os resultados dos teus esforços. Gratidão eterna.

À minha mãe, Valdedi Sonia Beier Naibert, mulher inenarrável, cuja grande força foi a mola propulsora que permitiu o meu avanço, mesmo durante os momentos mais difíceis. Agradeço do fundo do meu coração.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, pela minha vida e por me permitir ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo do curso.

Ao meu pai, Leonel Vicente Naibert (*in memoriam*), meu maior amor, a pessoa que mais me incentivou durante todos esses anos. Homem incrível, batalhador, amável e inspirador. Por ele e pelo amor que sentimos um pelo outro que estou aqui hoje e tenho a certeza de que ele está ao meu lado, me protegendo, guiando e me dando forças para continuar esse caminho lindo que sonhamos juntos. Passarão outonos e primaveras, mas nenhum vento levará o amor que sempre nos manteve unidos.

À minha mãe, Valdedi Sonia Beier Naibert, a mulher mais forte que já conheci na minha vida. Que me apoiou ao longo de toda a minha trajetória e que sempre me incentivou a ser quem eu quisesse. Teus braços sempre se abrem quando preciso de um abraço e teu coração sabe compreender quando preciso das tuas palavras. É por ti que eu tenho forças todos os dias para prosseguir. Nosso amor sempre nos manterá ligadas e tenho certeza que iremos viver muitas alegrias.

Ao admirável professor Rodrigo da Silva Brandalise, por ter aceitado e disponibilizado seu tempo para ser meu orientador e ter desempenhado tal função com dedicação, comprometimento e compreensão. Obrigada por estar comigo nessa etapa e me manter motivada durante todo o processo.

A todas as minhas amigas do curso de graduação que compartilharam comigo os inúmeros desafios enfrentados, sempre com o espírito colaborativo e apoiador.

À Fundação Escola Superior do Ministério Público e ao seu corpo docente que demonstrou estar comprometido com a qualidade e com a excelência do ensino.

Enfim, agradeço a todos que participaram direta ou indiretamente do desenvolvimento desta pesquisa, enriquecendo o meu processo de aprendizado.

RESUMO

O presente trabalho apresenta a importância dos bens jurídico-penais para o Direito Penal contemporâneo, fazendo um apanhado histórico sobre as diversas definições acerca da temática. O processo de constitucionalização dos bens jurídico-penais faz com que a seara criminal busque, na Constituição, o fundamento para a proteção dos bens jurídicos. A atuação subsidiária e de *ultima ratio* deste ramo do Direito demonstra que a sua intervenção deverá ocorrer apenas nos casos de lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídico-penais essenciais para a convivência harmônica em sociedade. Estes, ao lado dos princípios constitucionais penais, possuem a finalidade de limitação do poder punitivo do Estado, orientando a atividade criminalizadora do legislador. Diante desse contexto, o objetivo central da presente pesquisa é contribuir para a discussão da temática e realçar a importância dos bens jurídico-penais, demonstrando que eles devem estar presentes em todos os operadores e doutrinadores do Direito. A metodologia utilizada foi a dedutiva, com abordagem qualitativa e de caráter exploratório, servindo-se do estudo bibliográfico, por meio de doutrina nacional e estrangeira, artigos jurídicos, revistas jurídicas, monografias, teses, sítios da internet, jurisprudência, normas constitucionais e documentos internacionais. A conclusão obtida foi a de que os bens jurídico-penais são extremamente relevantes para o Direito Penal contemporâneo, estando consolidados nos valores fundamentais retirados principalmente da Constituição, que são relevantes para o desenvolvimento dos cidadãos, bem como da sociedade, na busca da pacificação social.

Palavras-chave: Direito Penal; bem jurídico-penal; princípios; pacificação social.

RESUMEN

En este trabajo se presenta la importancia de los bienes jurídicos para el Derecho Penal contemporáneo, haciendo un repaso histórico acerca de los diferentes conceptos de la temática. El proceso de constitucionalización de los bienes jurídicos hace que el área criminal busque, en la Constitución, el fundamento de la protección de los bienes jurídicos. La actuación subsidiaria y de ultima ratio de esta rama del Derecho demuestra que su intervención solo debe ocurrir en caso de daño o amenaza de daño a los bienes jurídicos imprescindibles a la convivencia armónica en sociedad. Estos, junto con los principios constitucionales penales, tienen como finalidad limitar el poder punitivo del Estado, orientando la actividad criminalizadora del legislador. Delante de ello, el objetivo central de la investigación es ofrecer una contribución a la discusión del tema y resaltar la importancia de los bienes jurídicos, para demostrar que deben estar presentes en todos los operadores y estudiosos del Derecho. La metodología utilizada para ello es la deductiva, con un enfoque cualitativo y exploratorio, utilizando el estudio bibliográfico, a través de doctrina nacional y extranjera, publicaciones y periódicos jurídicos, monografías, tesis, sitios de la internet, jurisprudencia, normas constitucionales y documentos internacionales. Así la conclusión a la que se llegó fue que los bienes jurídicos y penales son de suma relevancia para el Derecho Penal contemporáneo, consolidándose en los valores fundamentales tomados principalmente de la Constitución, fundamentales para el desarrollo de la ciudadanía y de la sociedad en la búsqueda por la pacificación social.

Palabras-clave: Derecho penal; bienes jurídicos; fundamentos; pacificación social.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS	11
2.1	A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL	11
2.2	DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO	14
2.3	DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL	18
2.4	SÍNTESE EVOLUTIVA HISTÓRICA DO BEM JURÍDICO-PENAL	21
2.4.1	Os primeiros passos	21
2.4.2	Teorias modernas do bem jurídico-penal	26
2.4.2.1	Teorias sociológicas ou funcionalistas	27
2.4.2.2	Teorias constitucionais	29
3	DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO-PENAL	34
3.1	DEFINIÇÃO MATERIAL-CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO-PENAL	34
3.1.1	Princípio da proporcionalidade	36
3.1.2	Método de identificação dos valores tutelados pelo Direito Penal	42
3.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E SUA RELAÇÃO COM O BEM JURÍDICO-PENAL	44
3.2.1	Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos	45
3.2.2	Princípio da intervenção mínima	46
3.2.2.1	Princípio da fragmentariedade	49
3.2.2.2	Princípio da subsidiariedade	50
3.2.3	Princípio da ofensividade ou da lesividade	51
3.3	FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO-PENAL	54
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Desde o momento em que a humanidade se viu diante da necessidade de regulamentar suas relações, o Direito tem estabelecido diversas condutas consideradas como infrações e suas respectivas sanções. Desse universo de sanções, surge o Direito Penal, o qual não necessariamente pune todas as condutas, mas se reserva à proteção daquelas que a sociedade entende como especiais em relação às outras. Ocorre que, para a definição daquilo que importa para a sociedade enquanto matéria penal, é necessário saber quais são os bens jurídicos que merecem essa proteção. Surge, assim, a necessidade do estudo sobre o que é o bem jurídico-penal e qual é a sua importância na contemporaneidade.

A seleção dos bens jurídicos pelo legislador penal está ligada às necessidades de uma sociedade em um determinado momento histórico, razão pela qual a Constituição é um dos limites à atividade legiferante, cabendo a ela a determinação de quais interesses constitucionais deverão ser tutelados penalmente. O estudo dos bens protegidos nos tipos penais é extremamente relevante no cenário atual, visto que não é admissível a criminalização de condutas sem a indicação de um valor ou interesse protegido, ou seja, sem que exista a delimitação de um bem jurídico lesado que justifique a intervenção penal, traduzindo-se nos princípios da ofensividade e da exclusiva proteção dos bens jurídicos.

Em razão disso, observa-se que uma das principais funções do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, sendo isso reconhecido majoritariamente pela doutrina. Desse modo, para a efetivação do poder punitivo estatal, é necessária a ocorrência de uma lesão ou de ameaça de lesão a esses bens. Contudo, na atualidade, discute-se a importância do bem jurídico para o Direito Penal. Sendo esse o intuito da realização da presente pesquisa, procurou-se responder a seguinte indagação: qual é a importância dos bens jurídico-penais para o Direito Penal na contemporaneidade?

A fim de responder adequadamente a tal questionamento, no primeiro capítulo, será apresentada a principal função do Direito Penal, bem como a definição do que é bem jurídico e bem jurídico-penal. Em seguida, será analisada a evolução histórica do bem jurídico-penal, passando pelas principais concepções trazidas pela doutrina brasileira e estrangeira. Já no segundo capítulo, será abordada a delimitação constitucional do bem jurídico-penal, explicando a sua definição material

com base no princípio da proporcionalidade e de seus subelementos, assim como os princípios constitucionais penais que se relacionam com ele. Por último, serão analisadas as principais funções do bem jurídico-penal. Ao final, serão apresentadas as respectivas conclusões.

A presente pesquisa realiza-se com o objetivo principal de contribuir para a discussão do tema e realçar a importância dos bens jurídico-penais para o Direito Penal, demonstrando que eles devem se fazer presentes em todos os operadores e doutrinadores do Direito, para que a seara penal volte-se à busca da pacificação na sociedade, possibilitando, ainda, a difusão da temática. Para isso, a metodologia aqui utilizada emprega o método dedutivo, com abordagem qualitativa e caráter exploratório, servindo-se do estudo bibliográfico, por meio de doutrina nacional e estrangeira, artigos jurídicos, revistas jurídicas, monografias, teses, *sítes* da internet, jurisprudência, normas constitucionais e documentos internacionais.

2 O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

Ao selecionar os bens jurídicos que serão tutelados, o Direito Penal baseia-se na manutenção de uma sociedade harmônica, a fim de que a paz social seja garantida. Desse modo, apenas os bens jurídicos considerados imprescindíveis e que não são protegidos de forma eficiente pelos outros ramos do Direito devem ser objeto de atenção do legislador penal.¹

Apesar disso, o maior problema que se enfrenta é com relação à fixação concreta de critérios pelos quais devem ser escolhidos os bens fundamentais da sociedade, que serão protegidos pelo Direito, tornando-se bens jurídicos e, por consequência, bens jurídico-penais, quando tutelados pelo Direito Penal.²

Portanto, é necessário esclarecer, no presente tópico do trabalho, qual é a função do Direito Penal, qual é a definição de bem jurídico e de bem jurídico-penal, bem como apresentar a sua síntese evolutiva histórica.

2.1 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

As sociedades humanas encontram-se conectadas ao Direito, que nasce de suas necessidades básicas, e disciplinam-se por ele, o que as confere estabilidade e possibilidade de sobrevivência. No Direito, é encontrada a garantia das condições necessárias para a coexistência social, definidas e asseguradas pelas suas normas, que criam a ordem jurídica, dentro da qual, em um Estado ordenado, a sociedade e o indivíduo compõem o seu destino.³

Todos os fatos que contrariam as normas de Direito, ou seja, lesam ou colocam em perigo de lesão o objeto de sua proteção, formam o ilícito jurídico, sendo que a espécie mais grave é o ilícito penal, que viola as principais leis de convivência da sociedade.⁴ Em razão do corpo social não estar totalmente protegido do desenvolvimento de conflitos, torna-se necessária a criação de sistemas de controle social formais. Um deles é o Direito Penal, que atua como um dos meios

¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 15.

² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 15.

³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 25.

⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 25.

para o desenvolvimento social pacífico por intermédio da criação de injustos penais.⁵ Entretanto, por ser a forma mais grave de intervenção na vida dos cidadãos, essa ingerência deve ter lugar apenas quando for absolutamente necessária à segurança da sociedade. Assim, o Direito Penal será a *extrema ratio*, justificando sua aplicação concreta somente quando imprescindível.⁶

Ao analisar a função social que a intervenção penal desempenha, tende-se a estabelecer o estudo da pena, pois ela representa o fator que diferencia o Direito Penal dos outros instrumentos formais de controle. O fim da pena é, em geral, a prevenção de delitos, constituindo um meio para um fim consecutivo, relacionado ao próprio Direito Penal, entendido, hoje, como a proteção dos bens jurídicos.⁷ Nesse sentido, Reale Júnior afirma que o Direito Penal funciona como uma das formas de controle social, atuando como uma resposta essencial para que a sociedade se sinta protegida.⁸ Nilo Batista, por sua vez, assevera que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena [...]”.⁹ Ademais, Rogério Greco refere que o Direito Penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos. Contudo, não é qualquer bem jurídico que será tutelado, pois a seara penal é voltada para os bens jurídicos considerados como os mais relevantes para sociedade.¹⁰

À vista disso, embora existam opiniões contrárias, o Direito Penal tem como uma de suas principais funções¹¹ a necessária proteção dos bens jurídicos, diante da lesão ou de ameaça de lesão, tutelando os bens mais importantes para a comunidade, que não são suficientemente protegidos pelos outros ramos do Direito.¹² Com isso, verifica-se que o Direito Penal se propõe a garantir o

⁵ AGUIAR, Leonardo. Função do Direito Penal. **Jusbrasil**, [s. /], 2015. Disponível em: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/321035478/funcao-do-direito-penal>. Acesso em: 22 maio 2021.

⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125.

⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 70.

⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11.

⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 113.

¹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 4-6.

¹¹ Não se desconsidera que, para além da função de proteção dos bens jurídicos, existem inúmeras outras funções que são atribuídas ao Direito Penal, as quais não serão tratadas, considerando os limites da presente pesquisa.

¹² COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 17-18.

desenvolvimento das relações sociais por meio da seleção e da proteção dos bens jurídicos essenciais que, inseridos no âmbito da tutela penal, passarão a ter *status* de bens jurídico-penais.¹³

Entretanto, conforme refere Coelho,

[...] a tutela dos bens jurídicos não demanda a criminalização de qualquer conduta e, sim, que, antes de se criminalizar uma conduta, seja observada em primeiro plano, se ela lesa ou expõe a perigo de lesão algum bem jurídico digno de proteção Penal e que tipos de lesões devem ser tuteladas pelo Direito Penal.¹⁴

Assim, a intervenção penal para a proteção dos bens jurídico-penais, cumprida com a determinação do conteúdo material do delito, impede que qualquer tipo de conduta que não tenha repercussão social negativa relevante seja criminalizada.¹⁵

Ademais, a função de tutela dos bens jurídicos, além de ser uma garantia essencial do Direito Penal, surge como uma das proposições mais importantes de um programa político-criminal típico de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, instituído por valores essenciais, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, bem como pela concepção de que o Estado deve estar a serviço dos cidadãos, não daqueles que governam ou detêm o poder.¹⁶

Portanto, mediante o exposto, observa-se que o Direito Penal rompeu com seu passado nebuloso, deixando de ser considerado como mero instrumento do arbítrio estatal, para passar a ser visto como um direito garantidor do cidadão, da sociedade e da liberdade,¹⁷ não restando dúvidas de que uma de suas principais funções é a de proteção dos bens jurídico-penais fundamentais e a consequente

¹³ SCOLANZI, Vinícius Barbosa. A Tipicidade Penal à Luz da Missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, PR, n. 18, p. 173-206, set. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/8-18>. Acesso em: 16 nov. 2021, p. 190.

¹⁴ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 18.

¹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 71.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49-50.

¹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7.

criminalização de condutas que os afetem gravemente, para que se tenha uma convivência harmônica em sociedade.¹⁸

2.2 DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO

Conforme visto, o Direito Penal surge para a tutela de determinados valores e necessidades da sociedade. Essas necessidades, acrescidas da valoração do legislador, sob o prisma doutrinário, recebem a denominação de bens jurídicos. Diante disso, resta claro que o Direito Penal pauta-se pela proteção de certos bens que, valorados posteriormente por meio da atividade legiferante, dão origem ao que chamamos de bens jurídicos.¹⁹

Em sentido amplo, *bem* é aquilo que se apresenta como digno, necessário, valioso. Os bens são, então, objetos reais providos de valor, ou seja, são coisas materiais e imateriais que, além de serem o que são, valem. Em razão disso, são disputados, defendidos e expostos a ameaças de lesões.²⁰

Se for considerado que cada indivíduo possui preferências e repulsões, prontos para disparar contra ou a favor de algo, é fácil compreender que se não existirem medidas para a proteção de determinados bens – aqueles indispensáveis à vida em sociedade –, será impossível a manutenção da paz social. Conseqüentemente, diante do grande número de bens que existem, o Direito seleciona somente aqueles que são dignos de proteção, promovendo-os a *bens jurídicos*.²¹

Assente em seu pensamento constitucionalista, Roxin define os bens jurídicos como circunstâncias reais ou finalidades essenciais para a existência de uma vida livre e segura, que assegure todos os direitos humanos e civis de cada indivíduo na

¹⁸ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. *In*: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando (org.). **O bem jurídico-penal**: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15-80, p.17.

¹⁹ SANTOS, Lion Santana. **Os crimes de perigo abstrato como uma forma de expansão teleológica do Direito Penal**. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Criminais) – Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2019. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Laion%20Santana%20Santos.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021, p. 18-19.

²⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15-16.

sociedade ou para a realização de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos.²²

Conforme Hungria, “bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade da existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade)”.²³ Já de acordo com Fragoso, o bem jurídico

[...] é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta a norma.²⁴

Trazendo uma visão mais objetiva, Welzel afirma que os bens jurídicos são bens essenciais da sociedade ou dos indivíduos, os quais, em razão do seu significado, estão juridicamente amparados.²⁵

Aníbal Bruno, por sua vez, visualiza os bens jurídicos como “valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura.”²⁶ Para ele, os bens jurídicos são interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade (bens existenciais²⁷), que, em razão do seu valor social, elevam-se à categoria de bens jurídicos, sendo merecedores de proteção pelo Direito.²⁸ Desse modo, afirma o autor que o bem jurídico é o reconhecimento pelo Direito do interesse do ser humano por esse bem existencial, que se transforma em bem jurídico.²⁹ Em outras palavras,

²² ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 18-19.

²³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 2. *E-book*, p. 10.

²⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 277-278.

²⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. Disponível em: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Legis.pe-Derecho-penal.-Parte-general-Hans-Welzel.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021. Tradução nossa, p. 5-6.

²⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 31.

²⁷ Um bem existencial é aquele relevante para o indivíduo ou para a sociedade que, quando possui grande significado social, deve ser protegido juridicamente. BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 232.

²⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 31

²⁹ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 233.

[...] bem jurídico é a soma de uma coisa (bem existencial) útil, válida ou necessária para o ser humano com um valor agregado (com uma valoração positiva em razão da função que a coisa desempenha para o desenvolvimento da personalidade do sujeito) (bem jurídico = bem existencial útil, válido ou necessário ao ser humano + uma valoração positiva desse bem feita pelo legislador).³⁰

Contudo, ressalta-se que a identificação de um bem existencial não é o bastante para erigi-lo à categoria de bem jurídico, pois é essencial observar se esse bem possui elementos que o tornem digno de proteção jurídica, ou seja, se existe interesse do ser humano em relação a esse bem existencial. A vida, por exemplo, é um bem existencial, pois há interesse do indivíduo por ela, e, em razão disso, é protegida juridicamente. Assim, é possível afirmar que, após a identificação de um bem primordial, que permita o desenvolvimento das relações sociais, ele passará a ser tutelado juridicamente.³¹

Quando um bem é útil/necessário para os cidadãos e há a valoração positiva desse bem pelo legislador, reconhece-se um bem existencial como sendo um bem jurídico.³² Logo, os bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito escolhe para protegê-los de lesões ou de ameaças, tendo como finalidade a garantia da paz social.³³ Ademais, é nos bens jurídicos que o Estado localiza o fundamento para intervenção penal, em razão do seu dever de proteção. Entretanto, esse fundamento não se expressa sem nenhuma limitação, pois a própria finalidade do bem jurídico é de limitação do *jus puniendi* estatal. Desse modo, o poder punitivo do Estado encontra no próprio bem jurídico o seu controle de atuação, sendo dever do Poder Legislativo não criminalizar qualquer conduta humana com base somente na vontade do legislador.³⁴

³⁰ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 233.

³¹ SANTOS, Kathiuscia Gil. Bem jurídico: evolução imprescindível. **C&D-Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v. 8, n. 2, p. 20-31, jul./dez. 2015, p. 26.

³² BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 232.

³³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

³⁴ SANTOS, Lion Santana. **Os crimes de perigo abstrato como uma forma de expansão teleológica do Direito Penal**. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Criminais) – Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2019. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Laion%20Santana%20Santos.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021, p. 23.

Outrossim, Smanio afirma que, assim como o Direito, o conceito de bem jurídico é dinâmico, isto é, ambos são abertos às mudanças sociais e ao avanço científico. Em razão disso, o conceito de bem jurídico se modifica conforme a evolução do ser humano, da sociedade, do Estado e dos posicionamentos adotados pelos doutrinadores.³⁵

Nessa linha de pensamento, afirma Bechara que

[...] é necessário reconhecer, a esta altura, que os bens jurídicos não se apresentam histórica e socialmente estanques. Revelam, pelo contrário, mutabilidade, o que se evidencia na medida em que, se a função do direito penal for a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na sociedade, referidos bens serão considerados na medida daquilo que em cada momento se revelar como fundamental a este propósito.³⁶

Com isso, constata-se que o conceito de bem jurídico não é e nem pode ser fechado, pois não se deve permitir que, a partir dele, conclua-se, automaticamente, o que deve ou não ser criminalizado.³⁷

Portanto, entende-se que o crime é a ofensa a um bem jurídico fundamental, sendo que um bem é denominado jurídico quando é considerado merecedor de proteção pelo ordenamento jurídico, de acordo com os valores existentes na sociedade, em um determinado momento histórico,³⁸ não sendo permitido que o legislador penal crie normas para a tutela de bens irrelevantes, isto é, que não lesionem ou ameacem interesses concretos e essenciais da sociedade.³⁹

³⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. O Bem Jurídico e a Constituição Federal. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 8, 2004. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=HI_ofFIAAAAJ&citation_for_view=HI_ofFIAAAAJ:W7OEmFM1HYC. Acesso em: 16 nov. 2021, p. 1.

³⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/1/artigo1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021, p. 21.

³⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/1/artigo1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021, p. 21.

³⁸ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 64.

³⁹ SANTOS, Lion Santana. **Os crimes de perigo abstrato como uma forma de expansão teleológica do Direito Penal**. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Criminais) – Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2019. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Laion%20Santana%20Santos.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021, p. 25.

2.3 DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL

Conforme o exposto no tópico anterior, nem todo bem é jurídico, assim como não são todos os bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal. Nessa seara, serão protegidos apenas os bens de extrema importância, ou seja, aqueles merecedores de uma tutela especial, porque os outros ramos do Direito foram incapazes de realizar essa tarefa. Em outros termos, para que os bens jurídicos alcancem a proteção penal e sejam erigidos à categoria de *bens jurídico-penais*, eles necessitam ser fundamentais para a convivência pacífica em sociedade.⁴⁰

Na doutrina nacional, bem como na estrangeira, é unânime o entendimento de que uma conduta será considerada como crime apenas se lesar ou ameaçar lesar um bem jurídico. Contudo, no que toca à determinação do conteúdo e da conceituação dos bens jurídico-penais, a doutrina diverge profundamente, não havendo ainda um consenso. Assim, é necessário examinar os principais conceitos de bem jurídico-penal trazidos pelos principais autores da temática.⁴¹

Roland, Andrew e Wolfgang afirmam que, por trás de qualquer crime, há um interesse que se objetiva proteger. Entretanto, interesse não é a mesma coisa que bem jurídico. Para eles, os bens jurídicos são interesses, mas nem todos os interesses serão elevados à categoria de bens jurídico-penais, pois estes, por se tratarem de direitos subjetivos da pessoa ou por constituírem um sentimento social legítimo, devem ser valorizados positivamente pelo ordenamento jurídico.⁴²

Zaffaroni, por sua vez, afirma que o bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que mostra seu interesse por meio de normas que proíbem determinadas condutas que as afetam.⁴³

⁴⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 67.

⁴¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 125-126.

⁴² HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Tradução de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. Disponível em: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491230694.pdf>. Acesso em: 3 maio 2021. Tradução nossa, p. 15.

⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. Disponível em: [https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20\(Ed%20%202006\)%20\(1\).pdf](https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20(Ed%20%202006)%20(1).pdf). Acesso em: 24 mar. 2021, p. 373.

Na doutrina pátria, é importante mencionar o conceito Nucci, para quem os bens jurídico-penais são bens escolhidos pelo ordenamento jurídico para serem protegidos, isto é, quando um bem for constituído em um bem jurídico relevante, passará para a esfera da proteção penal, fazendo com que sejam formados tipos incriminadores, coibindo condutas lesivas ao referido bem jurídico-penal.⁴⁴

Interessante também é o conceito trazido por Francisco de Assis Toledo, que define os bens jurídico-penais como valores ético-sociais selecionados pelo Direito Penal, com a intenção de garantir a paz social, colocando-os sob sua proteção para que não sofram lesões ou ameaça de lesões.⁴⁵

Cláudio Brandão descreve os bens jurídico-penais como valores tutelados pela norma penal, atuando como pressupostos imprescindíveis para a existência de uma sociedade pacífica. Para ele, esses bens não podem se desvincular da ideia de valor, pois os bens são os valores protegidos pelas normas penais. Desse modo, se, v.g., qualquer cidadão pudesse matar livremente outro, seria impossível a convivência pacífica entre as pessoas. Em razão disso, o valor da vida deve ser tutelado como um bem jurídico-penal, porque é extremamente importante para a preservação da sociedade.⁴⁶

Prado ressalta que o bem jurídico é um valor social material ou imaterial retirado do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial à coexistência e ao desenvolvimento dos indivíduos e, em razão disso, jurídico-penalmente tutelado, devendo estar de acordo com o quadro axiológico encontrado na Constituição.⁴⁷

De todas as definições acima citadas, é possível observar a existência de um ponto em comum entre elas: o bem jurídico-penal está materializado nos valores fundamentais presentes na Carta Magna, explícita ou implicitamente, e, a partir do desenvolvimento da sociedade e dos indivíduos, o legislador estabelece, em razão da sua importância, o merecimento da proteção penal.⁴⁸

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 9.

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/46414368/francisco-de-assis-toledo-principios-basicos-de-direito-penal-5-ed-1994>. Acesso em 16 mar. 2021, p. 16.

⁴⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 259-260.

⁴⁸ SANTOS, Kathiuscia Gil. Bem jurídico: evolução imprescindível. **C&D-Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v. 8, n. 2, p. 20-31, jul./dez. 2015, p. 29.

Dessa forma, alguns elementos integram, sem sombra de dúvidas, o conceito de bem jurídico-penal e facilitam o seu entendimento. Um deles refere que o bem jurídico-penal representa um valor que está de acordo com o Direito Penal democrático, um valor acolhido constitucionalmente.⁴⁹ Tal valor⁵⁰, quando do questionamento da possibilidade de proteção penal, faz com que o hermenêuta, em primeiro lugar, questione se ele possui suporte material na Constituição, bem como capacidade para relativizar o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, pois a criminalização de condutas manifesta violência institucional contra esses valores, para a proteção de outros de maior importância para uma vida harmônica em sociedade. Frisa-se que esses valores protegidos pelo Direito Penal, expressos ou implícitos, não podem se separar da realidade social, para que o Direito Penal possa encontrar legitimidade para intervir nas relações sociais.⁵¹

Diante disso, observa-se o quanto é complicada a delimitação do conceito de bem jurídico-penal, em razão das diversas diretrizes e pensamentos acerca dele. Entretanto, é essencial estabelecer, em todos os contextos sociais, uma separação nítida, a fim de limitar o conteúdo dos objetos merecedores de tutela penal, bem como sua consagração jurídica.⁵²

Portanto, mesmo diante de todas as divergências existentes acerca do conceito de bem jurídico-penal, é possível afirmar ser ele um valor tutelado pelo Direito Penal, que tem como base a Constituição e a realidade social, consistindo no elemento material da estrutura do delito e que tem capacidade de concretizar o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, enquanto valor essencial para a convivência pacífica em sociedade.⁵³

⁴⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 129.

⁵⁰ Para além dos autores citados no corpo do texto, conforme Muñoz Conde, todo delito é orientado no sentido de colocar em perigo de lesão ou ameaçar lesar um bem jurídico, sendo que este é um valor que a lei deseja tutelar das condutas que possam lesá-lo. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 50.

⁵¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 130.

⁵² BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual.

Revista Liberdades, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/1/artigo1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021, p. 9.

⁵³ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 130.

2.4 SÍNTESE EVOLUTIVA HISTÓRICA DO BEM JURÍDICO-PENAL

A noção de bem jurídico-penal é muito importante para o Direito Penal, devendo estar presente em todos os doutrinadores e operadores, independentemente da posição que adotem. Contudo, para tal noção ser compreendida efetivamente, deve ser realizada uma revisão evolutiva histórica do caminho percorrido por ele. Sendo assim, é essencial, no presente trabalho, expor as principais linhas teóricas elaboradas na reiterada tentativa de delimitar o bem jurídico-penal e demonstrar sua importância para o ordenamento jurídico.

2.4.1 Os primeiros passos

De início, importa referir que a análise histórica do bem jurídico-penal passa pelo estudo do delito no tempo, tendo em vista que o crime é a lesão ou a ameaça de lesão a um determinado bem jurídico-penal.⁵⁴

Durante a Idade Média, a nobreza era aliada à Igreja, para a qual o centro da vida humana era a figura divina. Em razão disso, o *delito era considerado como pecado divino*, ou seja, como desobediência à vontade de Deus, confundindo-se o crime com o pecado. O Direito baseava-se na vontade do soberano e a vinculação às instituições religiosas fazia com que o povo reconhecesse o direito divino desse soberano, de impor sua vontade como se fosse a vontade de Deus.⁵⁵

Posteriormente, superada tal concepção, surgiu o movimento Iluminista, caracterizado como movimento da razão, quando a busca pelo racional afastou do Direito o entendimento que fundamentava o injusto penal e os valores religiosos, buscando orientar o conceito de crime em postulados de direitos inerentes aos indivíduos, que se configuravam em *direitos subjetivos*, dentro de uma visão totalmente individualista.⁵⁶ Com isso, ocorreu a transferência da razão da autoridade

⁵⁴ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 20.

⁵⁵ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 20.

⁵⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 31.

pela autoridade da razão, dita como avanço da vida.⁵⁷ A partir do Iluminismo, passou-se a buscar um conceito material de delito, identificando o crime como lesão a direitos subjetivos, livrando-se de condutas que fossem contra os princípios de natureza puramente religiosa ou moral, baseando as relações jurídicas em um pacto advindo do contrato social. Desse modo, em razão da necessidade de proteger essas relações jurídicas, o Estado passou a intervir e a tutelar os direitos subjetivos dos cidadãos, direitos esses de natureza individual.⁵⁸

Por meio do contrato social, os homens cederam poderes ao Estado como forma de garantir a sua liberdade e o uso dos seus direitos subjetivos, sendo que esse contrato social, de outro lado, outorgava garantias aos cidadãos e colocava obstáculos ao próprio Estado quanto à possibilidade de violação dos direitos subjetivos dos indivíduos. Assim, conforme Coelho, a noção de direito subjetivo, que advém dos conceitos do direito privado, representava a filosofia penal do Iluminismo, sendo o conceito de delito erigido da violação do contrato social e o direito subjetivo o elemento de limitação do poder punitivo estatal.⁵⁹

A partir dessa concepção de bem jurídico-penal, todos os Códigos Penais editados posteriormente evidenciaram a predominância da tutela dos bens individuais, sendo que a base do conceito de crime era fundada na lesão a direitos subjetivos, direitos inatos aos indivíduos ou à sociedade. A violação desses direitos representava a violação do contrato social, elemento essencial para a tutela das liberdades individuais em um momento histórico de posições filosóficas individualistas.⁶⁰

Nada obstante, constata-se que a base do conceito de crime no período Iluminista era fundada na lesão ou na exposição a perigo de lesão dos direitos subjetivos,⁶¹ direitos naturais ao indivíduo, sendo que a sua violação representaria a transgressão do contrato social, elemento fundamental para a proteção das

⁵⁷ ALMEIDA, Bruno Rotta. A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 305-313, 30 jul. 2009. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrij/arquivo/16-50-1-pb.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021, p. 306.

⁵⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 31.

⁵⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 32.

⁶⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 34.

⁶¹ MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. **Bem jurídico-penal: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4288>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 52.

liberdades individuais.⁶² Feuerbach, no início do século XIX, buscava por novos parâmetros para o conceito de crime, diferentes daqueles sustentados pelos teocráticos. Conforme explica a doutrina brasileira, esse autor procurou, incessantemente, romper o Direito Penal das concepções teocráticas que adentravam no sistema jurídico. Assim, ele assentou, também, a concepção do crime na lesão de direitos subjetivos, sendo o Estado quem deveria defender a liberdade dos cidadãos, possibilitando distinguir o direito da moral.⁶³ Diante desse pensamento, o Estado não poderia incriminar qualquer conduta, mas apenas aquelas que violassem direitos subjetivos e, conseqüentemente, implicassem em um dano social relevante.⁶⁴

Com o passar do tempo, essa configuração de crime mostrou-se insuficiente para um Direito Penal de garantia, que representava os valores de um Estado Democrático, e, além disso, se o conteúdo material do crime baseava-se apenas na violação de direitos subjetivos, não haveria suporte para a escolha de quais direitos deveriam ser protegidos pela seara criminal. À vista disso, apesar de os penalistas desse período terem se preocupado com a construção da ciência penal, não conseguiram criar uma base sólida para o conceito de crime ou limites para a atuação do Estado no campo da criminalização de condutas, sendo a defesa dos interesses individuais o máximo conquistado.⁶⁵

Em seguida, Birnbaum foi quem passou a buscar uma conceituação mais precisa acerca do bem jurídico, sendo a ele atribuída a criação do termo bem jurídico-penal.⁶⁶ A doutrina refere ter sido afastada a ideia de que o delito é a lesão de um direito subjetivo, a partir dos estudos desse autor.⁶⁷ Assim, se a pretensão era considerar o crime como uma lesão, ele não pode se referir a direitos, mas somente a bens que pertencem aos cidadãos e que o Estado protege, trazendo, com isso, a concepção de *tutela dos bens jurídicos materiais*.⁶⁸ Com essa visão de Birnbaum,

⁶² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 33.

⁶³ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 35.

⁶⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002, p. 183.

⁶⁵ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 38-39.

⁶⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39.

⁶⁷ BIRNBAUM, 1834 *apud* BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43.

⁶⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43.

trazida pela doutrina brasileira, o bem jurídico passou a ser visto como um bem natural, garantido pelo poder do Estado, que corresponderia ao indivíduo ou à comunidade, indo além do individual, podendo o delito lesionar outros interesses, ampliando, assim, a noção de bem jurídico.⁶⁹

Mais tarde, surgiu a *escola positivista*, iniciando uma nova fase do Direito Penal, baseada no racionalismo, tendo a norma como fonte exclusiva do bem jurídico-penal. Nesse período, os princípios do positivismo foram chamados para solucionar as questões penais, afastando-se das referências de natureza pré-positivas, metafísicas e jusnaturalistas que influenciaram os doutrinadores antecedentes.⁷⁰ De acordo com Murmann, que relata os pensamentos de autores dessa época, o positivismo surgiu com o racionalismo concentrado no direito positivo, livre de qualquer consideração filosófica.⁷¹

Para a escola positivista, o bem jurídico-penal seria apenas o bem tutelado pela lei, e o legislador seria o responsável pela sua criação. Tudo aquilo que, aos olhos do legislador, fosse importante para o ordenamento jurídico, assim como aquilo cuja preservação devesse ser amparada pelas normas, seria caracterizado como um bem jurídico-penal.⁷² Ou seja, nesse momento da evolução histórica, o bem jurídico-penal era criado pelo legislador, o que fazia com que houvesse o aumento da intervenção estatal e a possibilidade de arbitrariedade, pois ele poderia criminalizar tudo aquilo que entendesse como relevante. Sob essa concepção, a norma é que deveria definir quais são os bens jurídicos relevantes que deveriam ser protegidos pelo Direito Penal.⁷³ Desse modo, o delito era visto como uma lesão a um

⁶⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 69-70.

⁷⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 42-43.

⁷¹ MURMANN, Uwe. ¿Función crítica del concepto de bien jurídico versus Constitución?. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John (org.). **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**: segunda y tercera escuela de verano em ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania: Göttingen University Press, 2016. p. 95-102. Disponível em: <https://univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-978-3-86395-255-6/CEDPAL1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 mar. 2021. Tradução nossa.

⁷² MURMANN, Uwe. ¿Función crítica del concepto de bien jurídico versus Constitución?. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John (org.). **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**: segunda y tercera escuela de verano em ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania: Göttingen University Press, 2016. p. 95-102. Disponível em: <https://univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-978-3-86395-255-6/CEDPAL1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 mar. 2021. Tradução nossa.

⁷³ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito,

direito subjetivo do Estado, existindo correlação entre a norma e o bem jurídico, sendo que essa norma era a sua única e definitiva fonte de revelação.⁷⁴

Liszt, adepto do positivismo, desenvolveu uma dimensão material do injusto penal. Para ele, o bem jurídico deveria ser visto como um interesse vital do indivíduo ou da sociedade, sendo que esses interesses existiam independentemente da ordem jurídica, pois eram criados pela comunidade. Ele entendia que os bens jurídicos eram interesses criados com base na realidade social, e não decorrentes da norma jurídica, que apenas elegia e protegia esses interesses. Assim, o Direito Penal teria como única função reconhecer e proteger os interesses.⁷⁵

Por fim, no início do século XX, surgiram orientações sob influência da filosofia neokantiana, que desenvolveram a *concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico no Direito Penal*.⁷⁶ O neokantismo “compreende o direito como intermédio entre os mundos do ser e do dever ser.”⁷⁷ Por meio desse pensamento, desenvolveu-se a noção de bem jurídico que passou a ser entendido como um valor cultural abstrato, sendo que a violação de um bem passou a ser vista como comportamento imoral.⁷⁸ Diante disso, passa-se a trabalhar com a ideia de totalidade, eliminando o sujeito, em que se substituiu a noção material de bem pela noção de valor, mas não de um valor individual, e sim de um valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e nas proibições da norma.⁷⁹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 25.

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 25.

⁷⁵ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61683. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 93-98.

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 29.

⁷⁷ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 26.

⁷⁸ MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. **Bem jurídico-penal: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4288>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 71.

⁷⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002, p. 189.

O neokantismo substituiu a definição material do bem jurídico por uma ideia de valor cultural em âmbito normativo, e não no sentido do indivíduo.⁸⁰ A essência do pensamento neokantiano sobre o bem jurídico-penal está em colocá-lo na estrutura do crime como sendo um elemento de interpretação da norma penal.⁸¹ Assim, para essa escola de pensamento, o bem jurídico-penal é reduzido a um mero critério interpretativo, não atendendo a sua função primordial, que é a de limitar o poder de legislar.⁸²

Diante do exposto, fica claro que o bem jurídico que, em essência, deve o Direito Penal tutelar, sendo erigido à categoria de bem jurídico-penal, é variável historicamente. Isso não poderia ser diferente, pois essa questão mantém relação direta com cada época histórica e com as preocupações fundamentais existentes nelas, demonstrando a importância dos variados conceitos que se desenvolveram ao longo do tempo, o que permite uma melhor compreensão acerca dos bens jurídico-penais e da sua importância para o Direito Penal.

2.4.2 Teorias modernas do bem jurídico-penal

Em razão da necessidade de encontrar uma base sólida para o bem jurídico-penal, que apoie o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, surgiram as teorias modernas, as quais visam ao fornecimento de instrumentos para determinar o seu conteúdo material, dando preferência aos aspectos de natureza sociológica ou traçando suas formas com base em princípios e valores sedimentados na Constituição.

Conseqüentemente, no presente tópico do trabalho, serão abordadas as duas principais teorias contemporâneas acerca do bem jurídico-penal: teorias sociológicas ou funcionalistas e teorias constitucionais, sendo que estas se dividem em teorias constitucionais de caráter estrito e de caráter geral.

⁸⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 106.

⁸¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 56.

⁸² MURARO, Mariel. **Bem-jurídico penal**. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/30717>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 7.

2.4.2.1 Teorias sociológicas ou funcionalistas

O decorrer evolutivo da noção de bem jurídico-penal segue para as concepções modernas, principalmente as sociológicas ou funcionalistas, conforme explicita Prado.⁸³ Em uma visão geral, as teorias sociológicas afirmam que o delito é uma conduta social danosa e que a intervenção penal do Estado deveria atingir a função social do Direito Penal.⁸⁴

O movimento funcionalista sistêmico, de acordo com a percepção da doutrina brasileira que cita Parsons, explica que o sistema social é um sistema que agrega funções para sobreviver, devendo ser efetivadas adequadamente tais funções.⁸⁵ Esse movimento tem como ponto de partida a compreensão do sistema social como sendo submetido a uma determinada estrutura, para a qual devem ser adaptadas as regras ou instrumentos funcionais.⁸⁶

A sociedade é vista como um sistema global, no qual existem várias normas de organização vinculadas aos fatores sociais, ou seja, qualquer ato contrário será considerado como uma disfunção. Nessa perspectiva, o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral, tendo como finalidade proteger o seu funcionamento correto. Já o delito, por sua vez, é visto como um comportamento disfuncional, um obstáculo ao funcionamento do sistema global.⁸⁷ Desse modo, com a ocorrência do fenômeno da disfuncionalidade, sobrevém a necessidade de corrigir essa conduta disfuncional e orientá-la, novamente, para uma condição de funcionalidade sistêmica.⁸⁸

Consoante explicação doutrinária, para Knut Amelung, importante defensor das teorias sociológicas, o bem jurídico-penal é constituído pela danosidade social.⁸⁹

⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 53.

⁸⁴ TORRÃO, Caroline da Silva. A Teoria do Bem Jurídico em Face da Expansão do Direito Penal: reflexões e críticas por uma teoria adequada ao Estado Social e Democrático de Direito. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/CarolinedaSilvaTorrao.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021, p. 19.

⁸⁵ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 65.

⁸⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002, p. 194-195.

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 54.

⁸⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 65.

⁸⁹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

Com isso, as condutas sociais danosas deveriam ser proibidas pelo Direito Penal. Verifica-se, assim, que o bem jurídico-penal acabou sendo substituído pela ideia de danosidade social. Todavia, ao realizar essa substituição, são retiradas as suas características de independência, de capacidade crítica e de limitação ao *jus puniendi* estatal. Ou seja, para os adeptos dessa corrente, para verificar o caráter disfuncional de uma conduta social, seria necessário averiguar, apenas, a danosidade social.⁹⁰

Diante disso, compreende-se que a teoria de Knut Amelung não tratava o indivíduo como centro do Direito Penal, pois priorizava a racionalidade do sistema para a resolução dos conflitos e a regulamentação das condutas consideradas disfuncionais.⁹¹ Isto é, a sua teoria não admitia que o Estado existe para indivíduo e que este merece proteção por si só, mas sim sustentava sua posição em um conceito de danosidade social vazio de conteúdo.⁹² Desse modo, tem-se que a base das teorias sociológicas ou funcionalistas é a danosidade social, que é um conceito muito aberto e criticável, sendo que o bem jurídico-penal aparenta mais ser uma expressão da *ratio legis* do que um bem legítimo protegido pela lei.⁹³

A crítica direcionada aos pensadores dessa corrente é a de que o funcionalismo sistêmico confunde a realidade fática com a realidade normativa, não estabelecendo distinções, juntando o ser, o social e as condições funcionalmente essenciais para o sistema em sua compreensão, com o dever-ser, contrapondo, ainda, as categorias fundamentais para o Direito Penal, como o bem jurídico-penal, que não é tratado como elemento de limitação do poder punitivo estatal em nenhum momento.⁹⁴ Em verdade, nenhuma teoria sociológica obteve sucesso em formular um conceito material para o bem jurídico-penal que fosse capaz de expor não apenas aquilo que lesiona a conduta delitiva, mas também responder, satisfatoriamente, por que uma determinada sociedade criminaliza determinados

⁹⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 66-67.

⁹¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 68.

⁹² SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 291.

⁹³ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 259.

⁹⁴ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 70-71.

comportamentos e outras não.⁹⁵ As teorias sociológicas acabaram se afastando dessa preocupação, demonstrando fragilidade em impedir o arbítrio do intérprete na busca dos objetos específicos de proteção.⁹⁶

Portanto, constata-se que a adoção de uma perspectiva funcionalista mostrou grande ineficácia de delimitação acerca do conceito material do bem jurídico-penal, pois ao Estado seria permitida a incriminação de valores morais, diante da alegação de sistema disfuncional, o que não se pode admitir contemporaneamente.

2.4.2.2 Teorias constitucionais

Devido à necessidade de se impor critérios mais seguros para a determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes, surgiram as teorias constitucionais, que se dividem em *teoria constitucional de caráter estrito* e *teoria constitucional de caráter geral*.⁹⁷

Para elas, o desafio é apontar o instrumento capaz de proceder à concretização do bem jurídico-penal, viabilizando a construção de uma teoria adequada ao Estado Democrático de Direito. Esse instrumento deve ter capacidade e legitimidade operativa de concretizar o bem jurídico-penal, devendo emanar força vinculante para o legislador e para o intérprete. À vista dessas características, apenas um instrumento possui tal capacidade: a Constituição.⁹⁸

A partir dessas teorias, deduzem-se os bens jurídico-penais diretamente dos valores constitucionais, como um meio de limitar concretamente o legislador ordinário na sua atividade em matéria penal.⁹⁹ Tal corrente de pensamento procura fornecer critérios para orientar e limitar o legislador penal no momento de criação dos tipos penais, tendo como base a Constituição vigente, pois é a partir dela que ele deverá definir quais os bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal.¹⁰⁰

⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 59.

⁹⁶ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 25 ago. 2021, p. 30.

⁹⁷ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 75.

⁹⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 76.

⁹⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 77-78.

¹⁰⁰ MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. **Bem jurídico-penal: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de

Como titular do desenho da política criminal, bem como da seleção dos bens jurídicos, o legislador deverá proceder conforme os limites impostos pela Carta Magna. Todavia, isso não quer dizer que ele perderá a sua liberdade de eleição; pelo contrário, ele a continua tendo, porém não poderá elevar à categoria de bem jurídico-penal interesses que estejam em conflito com os princípios e com as normas constitucionais.¹⁰¹

Conforme o primoroso ensino de Luisi,

[...] surgiu nestes últimos decênios o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.¹⁰²

Segundo esse mesmo autor, a constitucionalização dos bens jurídico-penais apresenta diversas particularidades, as quais permitem agrupá-las em duas correntes: a primeira, de caráter estrito, e a segunda, de caráter geral.¹⁰³

Com relação à *teoria constitucional de caráter estrito*, tem-se que ela procura limitar de maneira mais severa o campo de discricionariedade do legislador, determinando que ele possa criminalizar apenas as condutas que violem valores constitucionais fundamentais para a convivência em sociedade.¹⁰⁴ Desse modo, tendo por base a Constituição, os adeptos dessa linha teórica procuram deduzir diretamente da Carta Magna os bens jurídicos que merecem proteção penal.¹⁰⁵

Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4288>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 81.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102-103.

¹⁰² LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **eGov UFSC**, [S. l.], 04 mar. 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/bens-contitucionais-e-criminaliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 1 abr. 2021, p. 3-4.

¹⁰³ LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **eGov UFSC**, [S. l.], 04 mar. 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/bens-contitucionais-e-criminaliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 1 abr. 2021, p. 4.

¹⁰⁴ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 82-83.

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

Diante disso, na inspiração constitucionalista em sentido estrito, o legislador não pode violar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e os princípios de Direito Penal Constitucional, bem como deve, no processo de eleição dos bens jurídicos que necessitam de proteção penal, realizar uma listagem valorativa constitucional, que indique a real necessidade dessa tutela, em face da superioridade dos valores postos em conflito. Então, o legislador somente poderá criminalizar uma conduta de alta gravidade do ponto de vista social, sendo que essa mesma conduta deverá lesar ou ameaçar lesar um bem jurídico que tenha como base um valor fundamental constitucionalizado.¹⁰⁶

Desse modo, um bem jurídico que não está presente na Lei Maior poderá ser um bem que não figura no rol dos bens essenciais ao desenvolvimento da sociedade e, como tal, estará fora do âmbito de proteção penal.¹⁰⁷ Ou seja, o fundamento da ilicitude material é a própria Constituição.¹⁰⁸

No que se refere à *teoria constitucional de caráter geral*, seu suporte é a Constituição de forma global, consistindo no elemento referencial no processo de criminalização de condutas. Nessa esteira, possui o legislador margem ampla e discricionária para exercer essa função, sendo a atividade legiferante limitada apenas pelos princípios que regem a Carta Magna.¹⁰⁹ Para os apoiadores desse pensamento, o que determina os fins do Direito Penal é o tipo de Estado e suas finalidades. Isso significa que ele deve adequar-se aos princípios e às características do Estado no qual está inserido.¹¹⁰ Nesse sentido, Prado sustenta que as teorias de caráter geral referem-se ao texto maior de forma genérica e estão adstritas à forma de Estado estabelecida constitucionalmente, aos princípios orientadores da norma fundamental e àqueles com que se constrói o sistema punitivo.¹¹¹

A norma constitucional não se constitui como fundamento obrigatório para a dedução dos bens jurídicos, mas apenas como uma referência. Ou seja, não quer

¹⁰⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 83.

¹⁰⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

¹⁰⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 78.

¹¹⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 79.

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 61.

dizer que a Constituição é o único e possível fundamento para que o legislador eleja os bens jurídicos que serão protegidos, mas sim que, quando for proceder à escolha deles, não conflite com o quadro de valores previstos no Texto Maior.¹¹² Assim, o conceito material de bem jurídico-penal, de acordo com Luiz Flávio Gomes, está vinculado aos valores superiores que são admitidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito como uma referência axiológica.¹¹³

Consoante Dias,

[...] se em um Estado de direito material toda atividade do Estado, incluindo a jurídico-penal, tem que estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos deve constituir, antes de tudo, uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição, verificando-se entre as duas ordens mútua relação. Relação que não é certamente de identidade, ou sequer recíproca cobertura, senão de analogia substancial, fundada em uma essencial correspondência de significado que permite afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui um quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado.¹¹⁴

Diante disso, infere-se que a Constituição serve de parâmetro para o reconhecimento dos bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal e, por consequência, serão elevados à categoria de bem jurídico-penal.¹¹⁵

Roxin defendeu a ideia de que havia uma única restrição prévia para a eleição dos bens jurídicos, qual seja a Constituição. Em sua obra, ele ratifica o panorama constitucional do bem jurídico, afirmando que, em um Estado de Direito baseado na liberdade dos indivíduos, o conceito político-criminal de bem jurídico pode resultar somente das tarefas consagradas na Lei Maior. À vista disso, afirma o autor que

¹¹² BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 269.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal e Estado de Direito material**. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, v. 31, 1982. Disponível em: https://www.academia.edu/33196311/Jorge_de_Figueiredo_Dias_-_Direito_Penal_e_Estado_de_Direito_material.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021, p. 44.

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 93.

[...] os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades úteis ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado sobre a base dessa concepção ou para o funcionamento do próprio sistema.¹¹⁶

Assim, os bens jurídicos são tidos como pressupostos necessários para a existência em sociedade, os quais caracterizam uma série de situações como a vida, a integridade física e a liberdade, que todos conhecem e que o Estado deve proteger penalmente, por meio de sanções aos que violam esses direitos.¹¹⁷

O suporte material dos bens jurídico-penais está na Constituição, porém nem todos os valores esculpidos nela deverão ser protegidos penalmente, mas apenas aqueles valores fundamentais, e somente quando outros ramos do Direito forem insuficientes para a tutela desses valores.

Em suma, para a teoria constitucional de caráter geral, o bem jurídico-penal que será eleito pelo legislador não pode conflitar com os valores dispostos na Constituição, devendo, de outro lado, ter relevância social. À vista disso, o vínculo existente entre a Carta Magna e o bem jurídico-penal é que ela traz os critérios interpretativos para o alcance dos bens jurídicos, pois eles foram elevados à regulação positiva.¹¹⁸

Logo, tendo em vista que a Constituição é a expressão do Estado Democrático de Direito, garantindo aos cidadãos todos os seus direitos e servindo como limite à penalização em excesso, devendo, ainda, ser observados os seus princípios para que o sistema penal seja flexível, filia-se à teoria constitucional de caráter geral como critério de extração dos bens jurídico-penais.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. t. 1. Disponível em: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021. Tradução nossa, p. 56.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. t. 1. Disponível em: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021. Tradução nossa.

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

3 DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO-PENAL

Anteriormente, foi apresentada a evolução histórica do bem jurídico, atingindo a sua forma mais atual por meio da abordagem da doutrina das teorias sociológicas ou funcionalistas e constitucionais. Nesse momento, é necessário verificar qual o posicionamento mais adequado para um Direito Penal democrático, com base em princípios e direcionado à tutela dos indivíduos em face do poder punitivo do Estado.¹¹⁹

Nesse sentido, é possível afirmar que o bem jurídico-penal que procura servir como mecanismo de limitação do *jus puniendi* estatal deverá fundamentar-se nos valores implícitos ou explícitos inscritos na Constituição.¹²⁰ Assim, serão analisados, no presente tópico do trabalho, a definição material-constitucional do bem jurídico-penal, o método de identificação dos valores que devem ser tutelados pelo Direito Penal, os princípios constitucionais penais e as funções que o bem jurídico-penal exerce.

3.1 DEFINIÇÃO MATERIAL-CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO-PENAL

Partindo da ideia de que o Direito Penal deve, em *ultima ratio*, tutelar os bens jurídicos, é necessário designar quais os métodos e os parâmetros que devem ser utilizados na escolha do bem jurídico que será penalmente protegido.¹²¹

A liberdade e a dignidade da pessoa humana, inerentes ao homem, constituem um limite ao Estado, visto que a pessoa humana não é um objeto, mas um fim em si mesma, e deve ser respeitada.¹²² Desse modo, os valores constitucionais precisam conduzir a escolha dos bens jurídicos que serão protegidos pelo Direito Penal, comprovando sua capacidade para relativizar o princípio da liberdade,¹²³ bem como concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.¹²⁴

¹¹⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 95.

¹²⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 95.

¹²¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 95.

¹²² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 81.

¹²³ O princípio da liberdade exige que “o legislador, ao construir as normas incriminadoras, arcabouço do Direito Penal, tenha em vista os bens jurídicos considerados dignos de tutela.” Desse modo, a liberdade somente será restringida se houver uma efetiva lesão ou ameaça de lesão a um bem

Por meio da materialização dos valores constitucionais, tendo como instrumentos a sua interpretação e aplicação, serão deduzidos os bens jurídicos que possuem suporte constitucional e que deverão ser protegidos penalmente, orientando-se pelos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, que serão estudados em seguida.¹²⁵

Quando do exercício da sua atividade típica, o legislador penal deverá utilizar-se de critérios claros para a escolha das condutas que serão criminalizadas. Esses parâmetros, por sua vez, devem garantir o princípio da liberdade e atuar apenas nos momentos de graves ataques aos bens jurídicos fundamentais.¹²⁶ Ou seja, o legislador deverá se preocupar sempre com os valores fundamentais, sem desfigurar seu sentido por meio da tipicidade penal.¹²⁷

Quando o Estado é chamado a intervir por meio da criminalização de condutas, efetiva-se a interferência na esfera da liberdade dos indivíduos, afetando de forma direta esse valor constitucional fundamental, restringindo-o com a aplicação de uma sanção penal. Com isso, o Estado limita o âmbito de concretização da liberdade em que, para haver uma relativização idônea, é preciso que se proteja outro valor fundamental constitucional, expresso ou implícito.¹²⁸

Assim, é possível afirmar que a noção de bem jurídico surge dentro de parâmetros gerais constitucionais, que podem impor restrições necessárias ao legislador ordinário no momento de criação do injusto penal. A conceituação material-constitucional do bem jurídico causa o reconhecimento de que o legislador eleve à categoria de bem jurídico-penal apenas aquilo que, na sociedade, mostra-se

jurídico que seja proporcional a ela. REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca, p. 20.

¹²⁴ A dignidade da pessoa humana, como estrutura fundamental do Estado Democrático de Direito, deve esculpir todo o ordenamento jurídico, sendo um dado intrínseco e um limite à intervenção estatal. Nesse sentido, afirma-se que este princípio é um “atributo ontológico do homem como ser integrante da espécie humana – vale em si e por si mesmo.” Então, o critério para limitar precisamente a atividade do legislador penal é a liberdade e a dignidade da pessoa humana, reconhecidos como fundamentos da ordem política e da paz social, funcionando como limites relativos para a escolha das sanções necessárias para proteção dos bens jurídico-penais. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 81-103.

¹²⁵ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 96.

¹²⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 96.

¹²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 90.

¹²⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 96-97.

como sendo um valor essencial e que esteja de acordo com o previsto no Texto Maior.¹²⁹

Nessa linha de pensamento, os bens jurídicos que podem ser tutelados pelo Direito Penal são, por exemplo, os direitos constitucionais do cidadão, os valores objetivamente tutelados e outros inseridos na garantia do Estado Democrático de Direito. Isto é, os bens jurídicos merecedores de tutela penal são aqueles indicados constitucionalmente, assim como aqueles que estão em harmonia com o Estado Democrático de Direito, resguardada a liberdade de seleção que possui o legislador quanto à necessidade.¹³⁰

O conceito material-constitucional de bem jurídico reside, portanto, na realidade social, sobre a qual recaem os juízos de valor do constituinte, primeiramente, e depois do legislador ordinário. Esse conceito é válido para um determinado sistema social, em um dado momento histórico, uma vez que os elementos que o formam estão condicionados por diversas circunstâncias variáveis, inerentes à existência humana.¹³¹

Portanto, o Direito Penal deve tutelar apenas os valores fundamentais para a convivência pacífica em sociedade, acolhidos pela Constituição, e que tenham capacidade de limitação dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a materialização constitucional do bem jurídico-penal somente será atingida com a utilização do princípio da proporcionalidade em matéria penal e por meio da elaboração de critérios que definam os valores constitucionais que necessitam de proteção penal de maneira subsidiária.¹³²

3.1.1 Princípio da proporcionalidade

Inicialmente, refere-se que a intervenção penal no Estado Democrático de Direito deve estar pautada sempre pela proporcionalidade, haja vista a relação de correspondência entre o mal causado pelo crime e o mal que será causado pela aplicação da sanção. Assim, o legislador penal, ao criar os tipos penais e suas

¹²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 88.

¹³⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 89.

¹³¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92.

¹³² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 97-98.

sanções, deve manter uma relação obrigatória com a defesa dos interesses relevantes, ou seja, os fatos que serão incriminados por ele deverão ameaçar ou lesar efetivamente tais interesses.¹³³

Com o Iluminismo, em especial com a obra de Beccaria, o princípio da proporcionalidade firmou-se como pressuposto penal. Para ele, as penas previstas na lei deveriam ser proporcionais aos delitos e ao dano causado à sociedade, uma vez que o dano causado é a verdadeira medida dos crimes.¹³⁴

Desde logo, é essencial deixar claro que a proporcionalidade, no sentido que aqui se adota, não é sinônimo de razoabilidade, pois verificar a proporcionalidade de uma medida que restringe um direito fundamental não é somente analisar se essa medida é razoável.¹³⁵

Conforme explica Silva,

[...] a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.¹³⁶

Assim, verifica-se que a proporcionalidade vai além da análise de ser uma medida razoável ou não, razão pela qual devem ser analisados, também, os seus subelementos, que conferem a ela individualidade e separam-na da definição de razoabilidade.

Ademais, é possível falar em uma dupla face do princípio da proporcionalidade: a *proibição do excesso* e a *proibição da proteção insuficiente*. Desse modo, esse princípio atua como um critério de controle da legitimidade constitucional das medidas restritivas de direitos e da omissão da atuação insuficiente do Estado no

¹³³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca, p. 21.

¹³⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1983, p. 42-44.

¹³⁵ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 379.

¹³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021, p. 30.

cumprimento dos seus deveres de tutela.¹³⁷ A *proibição do excesso* busca proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição de comportamentos desnecessários, que não tenham relevância para o Direito Penal. Tal raciocínio deve ser dirigido também ao julgador, auxiliando na interpretação dos tipos penais, de modo que não ocorra a punição exagerada de fatos que possuem pouca importância.¹³⁸ Isso significa que a medida adotada deve ser absolutamente necessária.¹³⁹

A *proibição da proteção insuficiente*, por sua vez, refere-se a não adoção de medidas suficientes para garantir uma proteção efetiva e adequada dos direitos fundamentais,¹⁴⁰ sendo representada por uma omissão, mesmo que parcial, do Poder Público perante o cumprimento do seu dever de proteção.¹⁴¹ Com isso, o controle da insuficiência de proteção pressupõe a verificação do respeito de um grau mínimo para a satisfação de um direito considerado isoladamente, além de averiguar se a proteção de determinado direito não afeta outros que são contrapostos.¹⁴² Isto é, não se aceita que um direito fundamental seja tutelado de maneira deficiente.¹⁴³

O princípio da proporcionalidade é uma verdadeira pauta de conduta e diz respeito não apenas à atuação do Poder Executivo na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, mas também à elaboração legislativa como causa da concretização dos direitos fundamentais. Assim, atua como mandado de proibição de excesso, vinculando o legislador e o intérprete.¹⁴⁴

¹³⁷ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Plataforma Minha Biblioteca. p. 13-14.

¹³⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 14.

¹³⁹ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 384.

¹⁴⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 386.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre a proibição do excesso e de insuficiência. **Anuário iberoamericano de justiça constitucional**, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021, p. 335.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. Disponível em: https://www.academia.edu/8032356/Jose_Joaquim_Gomes_Canotilho_Direito_Constitucional. Acesso em: 16 nov. 2021, p. 382-384.

¹⁴³ GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 14.

¹⁴⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca, p. 21.

A ideia de que o princípio da proporcionalidade serve como base constitucional para delimitar o conceito de bem jurídico-penal faz com que se tenha que fixar critérios, segundo os quais serão selecionados os bens e os valores fundamentais de uma sociedade.¹⁴⁵ Desse modo, a proporcionalidade explica o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, pois não serão tutelados todo e qualquer bem jurídico, mas apenas aqueles relevantes e que os outros ramos do Direito não conseguiram proteger de forma adequada e suficiente.

Conforme explicita Prado,

[...] no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. Em resumo, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.¹⁴⁶

Assim, no que tange aos bens jurídicos, torna-se necessária a fixação de critérios ligados à sua afetação em razão da ação ou da omissão do agente. Para cumprir isso, mostra-se essencial o amparo em uma teoria constitucional do bem jurídico, isto é, um conceito de bem jurídico baseado no Texto Maior, uma vez que a sua noção manifesta-se dentro de alguns padrões gerais constitucionais, que podem impor direções restritivas necessárias ao legislador ordinário no momento de criação do injusto penal.¹⁴⁷

A liberdade é um dos critérios fundamentais para balizar os limites proporcionais do crime e da pena na atividade do legislador e do julgador, ou seja, toda restrição de uma liberdade garantida por um direito fundamental deverá ser adequada, necessária e proporcional para a proteção de um bem jurídico-penal de igual valor.¹⁴⁸ A proporcionalidade refere-se à harmonia e à boa regulação do sistema jurídico, envolvendo, no Direito Penal, o campo das penas, as quais devem

¹⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 15.

¹⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 113.

¹⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 113.

¹⁴⁸ RABELO, Grazielle Martha. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, [S. l.], v. 71, dez. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal/amp/>. Acesso em: 09 set. 2021.

ser individualizadas e proporcionalmente aplicadas de acordo com a gravidade do delito cometido. Em razão disso, existem dois objetivos: o primeiro é a preservação da harmonia entre a cominação das penas e os modelos de condutas proibidas, e o segundo é o equilíbrio entre a aplicação das penas e os meios concretos de realização de um crime. Com relação ao primeiro objetivo, ele deverá ser seguido pelo legislador ao criar um novo tipo penal. Já o segundo é aplicável ao juiz, que indicará a proporção razoável entre a sanção e o dano provocado pela infração cometida.¹⁴⁹ Desse modo, o princípio da proporcionalidade deve estar sempre de acordo com os valores individuais, bem como comuns, ratificando a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato, exigência da justiça e da dignidade da pessoa humana, visto que o equilíbrio entre o exercício do poder e os direitos dos indivíduos é uma busca constante da sociedade atual.¹⁵⁰

Por fim, é necessário tratar dos subprincípios da proporcionalidade, denominados de *princípio da adequação*, *princípio da necessidade* e *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. A combinação desses subprincípios dá o contorno material da proporcionalidade e permite analisar a configuração de determinada medida restritiva de liberdade na seara penal com os princípios penais de garantia, bem como com a concepção de um Direito Penal direcionado à pessoa humana e à proteção dos bens jurídico-penais.¹⁵¹ Destaca-se que esses subelementos relacionam-se de maneira subsidiária entre si, ou seja, o juiz não deve sempre proceder à análise de todos eles quando do controle do ato considerado abusivo. Assim, o exame da necessidade é exigível apenas se o caso concreto já não houver sido solucionado com o estudo da adequação, bem como a verificação da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema não houver sido solucionado com o exame da adequação e da necessidade.¹⁵²

Em alguns casos, a aplicação da proporcionalidade pode se esgotar com a simples análise da adequação do ato emanado pelo Estado para promover os

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca, p. 97.

¹⁵⁰ RABELO, Grazielle Martha. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, [S. l.], v. 71, dez. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal/amp/>. Acesso em: 09 set. 2021.

¹⁵¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 102.

¹⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021, p. 34.

objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser necessário estudo da sua necessidade e, em situações mais complexas, deverá proceder-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁵³

O *subprincípio da adequação*, conforme a doutrina alemã, referida por Virgílio Afonso da Silva, traz a ideia de que a medida restritiva imposta deverá ser adequada para atingir o objetivo legítimo pretendido ou ao menos que ele seja fomentado. Desse modo, somente poderá ser considerada como inadequada determinada medida quando sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo que se pretende alcançar.¹⁵⁴

Já o *subprincípio da necessidade* refere que um ato do Estado que limite um direito fundamental somente será necessário se a realização do objetivo pretendido não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por outro ato que limite, em menor dimensão, o direito fundamental atingido.¹⁵⁵ Desse modo, a medida que restringir a liberdade deverá ser necessária para proteger um determinado bem jurídico-penal, não existindo outra medida, menos gravosa, que tutele adequadamente aquele bem.¹⁵⁶ Diante disso, o legislador, quando tutelar penalmente uma determinada conduta, deverá analisar se não existem outros meios, menos graves e igualmente ou mais eficazes que o meio disposto pela restrição da liberdade na esfera penal.¹⁵⁷ Assim, verifica-se que o exame da necessidade é essencialmente comparativo, enquanto o da adequação é absoluto.¹⁵⁸

Todavia, ainda que uma medida limitadora de um direito fundamental seja adequada e necessária para promover outro direito, isso não quer dizer que ela deverá ser considerada como proporcional. Dessa forma, torna-se necessária a análise da *proporcionalidade em sentido estrito*, o que significa que haverá um

¹⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021, p. 34-35.

¹⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021, p. 36-37.

¹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021, p. 38.

¹⁵⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 102.

¹⁵⁷ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 103.

¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021, p. 38.

agravo entre a intensidade da restrição do direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que colide com ele e que justifica a utilização da medida restritiva.¹⁵⁹

Em consideração a isso, a importância do princípio da proporcionalidade para o Direito Penal está na necessidade de análise sistemática da medida penal que restringe a liberdade e do bem jurídico que será tutelado pela norma penal, levando a indicação do juízo de adequação para a proteção desse bem jurídico, da sua necessidade e da efetiva ponderação entre os valores representativos do bem a ser protegido e dos bens que representam valores fundamentais que serão relativizados (liberdade e dignidade da pessoa humana).¹⁶⁰

Consequentemente, se em algum dos subprincípios da proporcionalidade, ou em todos eles, ocorrer alguma violação, total ou parcial, deverá ser decretada a inconstitucionalidade da medida de criminalização, pois haveria a violação material da Constituição, ofendendo o princípio do Estado Democrático de Direito, bem como os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.¹⁶¹

Portanto, por meio do exposto, depreende-se que o princípio da proporcionalidade sempre serviu como principal veículo para a materialização da disciplina constitucional da busca pela concretização do bem jurídico-penal, livrando-o da abstração imanente à sua formulação doutrinária. As tentativas de encontrar, precisamente, o conteúdo do conceito material de bem jurídico-penal, hoje, estão dirigidas para destacar a perspectiva social e dinâmica das situações que precisam de tutela penal, assim como para fixar um referencial valorativo apto a delimitar o objeto de proteção que está na Constituição.¹⁶²

3.1.2 Método de identificação dos valores tutelados pelo Direito Penal

A busca de um Direito Penal dirigido para a relação dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, bem como protetor da pessoa

¹⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021, p. 40.

¹⁶⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 103-104.

¹⁶¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 104-105.

¹⁶² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 439.

humana, faz com que seja necessário constatar o ponto de partida para a definição das condutas que serão criminalizadas e o que legitima essa criminalização.¹⁶³

Com o desenvolvimento do Direito Penal para exclusiva proteção dos bens jurídicos, é essencial definir não apenas o conceito de bem jurídico-penal, mas também as suas fontes de legitimação e, com isso, os bens jurídicos que serão protegidos penalmente. Desse modo, como visto anteriormente, devem ser tutelados somente os bens jurídicos fundamentais para a convivência pacífica em sociedade, sendo essencial demonstrar quais bens podem ser considerados fundamentais.¹⁶⁴

Para uma intervenção penal efetiva do Estado, serão considerados como bens jurídicos fundamentais aqueles que têm base constitucional, ou seja, aqueles bens que representam valores que relativizam o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Assim, é essencial efetuar a identificação dos valores constitucionais que serão protegidos pelo Direito Penal, pois o catálogo de bens jurídicos fundamentais deverá corresponder a um catálogo de valores constitucionais, mas o contrário não necessariamente ocorrerá.¹⁶⁵

Em razão da opção político-crimal pela criminalização de condutas, deverá ser considerada a ponderação dos bens jurídicos, de modo que o influxo da Constituição sobre o sistema penal seja completo, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana, que é essencial no Estado Democrático de Direito. Logo, deve-se retirar do texto constitucional os valores penalmente relevantes, procedendo-se à proteção deles, devendo considerar, ainda, as indicações constitucionais de criminalização expressas, pois elas retratam, direta e objetivamente, a escolha de proteger um valor constitucional.¹⁶⁶

A proteção dos bens jurídicos fundamentais para a convivência pacífica em sociedade é delegada ao legislador, que irá avaliar a conduta que pretende criminalizar. Com isso, ele verifica se determinada conduta tem como função a tutela de um bem jurídico que representa um valor constitucional, bem como se, naquele momento, é apropriada a utilização da proteção penal. Assim, o processo de indicação das condutas criminalizáveis, previsto no texto da Carta Magna será legítimo, elevando os bens jurídicos constitucionais à condição de bens jurídico-

¹⁶³ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 105.

¹⁶⁴ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 105.

¹⁶⁵ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 105.

¹⁶⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 106.

penais. Nada obstante, sempre se deve atentar para o fato de que a punição de condutas ofensivas não pode desrespeitar os princípios constitucionais de Direito Penal, que serão logo abordados.¹⁶⁷

Diante do exposto, é certo que existem dificuldades para delimitação de um catálogo único de bens jurídico-penais essenciais no cerne da Constituição, o que torna quase impossível delimitar exatamente todos os bens jurídicos que serão elevados à categoria de bem jurídico-penal, visto que seu conceito modifica-se no tempo. Contudo, a Carta Magna fornece um grande suporte valorativo para a determinação de quais bens jurídicos necessitam de proteção penal, sendo, com isso, formado o núcleo do Direito Penal no qual a intervenção do Estado será legítima para criminalizar certas condutas.¹⁶⁸

O Texto Maior exerce um papel duplo: de um lado, orienta o legislador, elegendo quais bens jurídicos são indispensáveis à manutenção da sociedade e devem ser protegidos, erigidos, assim, à categoria de bens jurídico-penais; de outro, impede que esse mesmo legislador imponha comportamentos, com o suposto objetivo protetivo desses bens, violando os direitos fundamentais de todos os indivíduos e também prestigiados pela própria Constituição.¹⁶⁹

Portanto, verifica-se que é impossível chegar a um rol taxativo de bens jurídico-penais, pois, conforme visto ao longo do presente trabalho, o seu conceito modifica-se conforme a época em que se insere. Todavia, deve o legislador sempre ter como base a Constituição para a identificação dos valores mais importantes que devem ser tutelados pelo Direito Penal.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E SUA RELAÇÃO COM O BEM JURÍDICO-PENAL

É reconhecido que o propósito imediato do Direito Penal, atualmente, é a proteção dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade, norteadas pelos

¹⁶⁷ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 106-107.

¹⁶⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 108.

¹⁶⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 6-7.

princípios penais fundamentais. Esses princípios encontram-se, implícitos ou explícitos, no texto constitucional, formando “o *ser constitutivo* do Direito Penal.”¹⁷⁰

Os princípios constituem limites ao poder punitivo do Estado e salvaguardam as liberdades e os direitos fundamentais dos cidadãos, orientando a política criminal e concedendo regras de interpretação e aplicação da lei penal conforme a Constituição e o Estado Democrático de Direito. Para que seja possível selecionar, no contexto social, o que deve ser protegido ou não pela lei penal, bem como proceder à sua configuração, o legislador deve sempre se referir aos princípios constitucionais penais.¹⁷¹

Diante disso, no presente tópico do trabalho, serão abordados os principais princípios constitucionais penais, identificando a relação de cada um deles com os bens jurídico-penais.

3.2.1 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

O Direito Penal tem como função primordial a proteção dos bens jurídicos provenientes da realidade social, em consonância com o quadro axiológico constitucional ou derivado da concepção de Estado Democrático de Direito, sendo o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos um princípio constitucional implícito.¹⁷² Esse fundamento é a essência dos princípios penais que definem a necessidade da existência de lesividade social para legitimar a criminalização de uma conduta.¹⁷³ Além disso, ele envolve a ideia de ofensividade ou lesividade,¹⁷⁴ que é inata ao delito que necessita de uma lesão ou de ameaça de lesão a um bem jurídico-penal determinado.¹⁷⁵

¹⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 95.

¹⁷¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 95-96.

¹⁷² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 107.

¹⁷³ MELIÁ, Manuel Cancio; MANZANO, Mercedes Pérez. *Princípios del derecho penal (I)*. In: SAGGESE, Silvina Bacigalupo. *et al.* (org.). **Manual de introducción al derecho penal**. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019. p. 69-90. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110. Acesso em: 04 maio 2021. Tradução nossa, p. 73-74.

¹⁷⁴ Vide item 3.2.3.

¹⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 107.

Nesse sentido, a tutela penal somente será legítima quando for socialmente necessária, ou seja, quando for indispensável para garantir as condições de vida, desenvolvimento e paz social, levando em consideração os ditames da liberdade e da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁶

Conforme leciona Masson, o princípio em comento proíbe que o Direito Penal se preocupe com os pensamentos e com as intenções das pessoas, bem como o seu modo de viver, ou, ainda, com suas condutas internas, enquanto não exteriorizem uma conduta delitiva. Isso se dá dessa forma para que a seara penal não se afaste da sua função principal de proteção dos bens jurídicos relevantes, para tutelar apenas pensamentos, valores ideológicos e propósitos dos cidadãos.¹⁷⁷

Assim, o conceito material do bem jurídico-penal está situado na realidade social, e deve o legislador considerar as diretrizes da Constituição, bem como os valores nela consagrados para defini-lo, tendo em vista o caráter limitativo da proteção penal. Ou seja, é nas normas constitucionais que se situam as principais balizas para a incriminação ou não de condutas.¹⁷⁸

Logo, o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos serve como legitimador da criminalização de condutas, sendo que o primeiro fundamento da ilicitude material tem suas raízes na Constituição e na concepção de Estado Democrático de Direito, o que faz com que a noção de bem jurídico-penal realize uma função verdadeiramente restritiva.¹⁷⁹

3.2.2 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima foi criado em razão do grande movimento social de ascensão da burguesia que reagiu contra o sistema penal do

¹⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 107.

¹⁷⁷ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 7. ed. São Paulo. Método, 2013. v. 1, p. 46.

¹⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 108.

¹⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 108.

absolutismo,¹⁸⁰ decorrendo, assim, da ideia de necessidade e de utilidade da intervenção penal.¹⁸¹

De acordo com Nucci,

[...] quando o ordenamento jurídico opta pela tutela de um determinado bem, não necessariamente a proteção deve dar-se no âmbito penal. A este, segundo o princípio da intervenção mínima, são reservados os mais relevantes bens jurídicos, focando-se nas mais arriscadas condutas, que possam, efetivamente, gerar dano ou perda ao bem tutelado.¹⁸²

Diante disso, tem-se que o princípio em comento expõe a ideia de que a proteção penal recai somente sobre os bens jurídicos que são essenciais para o Estado Democrático de Direito. Em outros termos, inserem-se no rol de bens jurídicos dignos de tutela penal apenas os bens de maior importância para a sociedade.¹⁸³

Muñoz Conde afirma que “o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.”¹⁸⁴ Sendo assim, usar excessivamente a sanção criminal não garante uma maior proteção dos bens jurídicos, pelo contrário, condena o sistema penal a ter uma função apenas negativa.¹⁸⁵ Frisa o autor que a pena é a intervenção mais radical na liberdade dos indivíduos e o Estado não deve recorrer a ela se existir a possibilidade de proteção eficiente por meio de outros instrumentos jurídicos.¹⁸⁶

Uma das maneiras de solução do problema de intervenção desmedida do Direito Penal ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, em seu artigo 8º, determinou que “a lei apenas deve estabelecer penas

¹⁸⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 322.

¹⁸¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 108.

¹⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8.

¹⁸³ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 103.

¹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2001. Disponível em: https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/introduccion_derecho_penal_conde.pdf. Acesso em: 04 maio 2021, tradução nossa, p. 107.

¹⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 109.

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2001. Disponível em: https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/introduccion_derecho_penal_conde.pdf. Acesso em: 04 maio 2021, tradução nossa, p. 107.

estrita e evidentemente necessárias [...].”¹⁸⁷ Com isso, foi colocado como limite ao poder criativo do delito o princípio da intervenção mínima, preconizando que apenas seja legitimada a criminalização de um fato se ele se constituir como meio essencial de proteção de um bem jurídico-penal.¹⁸⁸ Em razão disso, o legislador penal não pode acreditar que a norma penal irá resolver todos os conflitos da sociedade de maneira satisfatória, pois, dessa forma, estaria transformando o Direito Penal apenas em um instrumental simbólico.¹⁸⁹ Então, sempre que existirem outras formas de sanção que sejam suficientes para a proteção desse bem jurídico, a criminalização não será apropriada.¹⁹⁰

Zaffaroni, por sua vez, entende que a intervenção mínima é uma orientação político-criminal contemporânea que requer a redução da solução punitiva dos conflitos sociais ao mínimo.¹⁹¹ Essa orientação decorre de dois fatores: o primeiro é a necessidade de evitar uma afronta desmedida ao princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana e o segundo é o que o autor qualifica como efeito prejudicial da interferência do Estado. Desse modo, quando da interpretação das normas, se o legislador penal não se orientar pelos princípios constitucionais penais, o hermeneuta deverá apontar essas inconsistências e adequá-las ao princípio da intervenção mínima.¹⁹²

À vista disso, o Direito Penal deverá intervir como último ponto na fase do controle social, e, por se tratar de uma etapa violenta, em que há a aplicação de uma pena ao indivíduo, é necessária sua limitação.¹⁹³ Com relação ao princípio em estudo, convém referir, ainda, os seus subprincípios: o princípio da fragmentariedade e o princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

¹⁸⁷ ASSEMBLEIA NACIONAL (França). **Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789**. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁸⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 319.

¹⁸⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 113.

¹⁹⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 322.

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 358.

¹⁹² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 116.

¹⁹³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 158.

3.2.2.1 Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade, como consectário da intervenção mínima, refere que não são todas lesões aos bens jurídicos que devem ser protegidas e punidas pelo Direito Penal. Com isso, o sistema penal deve ser visto como fragmentário, isto é, deve se preocupar com as condutas mais graves e que sejam realmente lesivas à vida em sociedade, capazes de causar perturbações à segurança pública e à liberdade dos cidadãos.¹⁹⁴

Por esse postulado, a função de proteção dos bens jurídicos conferida à lei penal não é absoluta, uma vez que todo ordenamento jurídico dela se ocupa.¹⁹⁵ Assim, o Direito Penal tem sua intervenção limitada aos casos de lesão ou de ameaça de lesão aos bens jurídicos, não sendo todos eles protegidos penalmente, mas apenas aqueles essenciais para o desenvolvimento da sociedade.¹⁹⁶

Nas palavras de Coelho,

[...] a perspectiva de um direito penal garantista, voltado à proteção efetiva do princípio da liberdade e da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana como instrumento fundamental na luta contra o arbítrio estatal, impõe o reconhecimento do princípio da fragmentariedade como corolário lógico do princípio da intervenção mínima.¹⁹⁷

Busca-se, com esse princípio, conferir legitimidade ao sistema penal, confrontando os perigos que o processo de criminalização de condutas causa, de forma que não se reduza o Direito Penal para apenas um instrumento simbólico de proteção dos bens jurídicos.¹⁹⁸ Desse modo, somente os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes merecem proteção penal.¹⁹⁹

A fragmentariedade, no entanto, não quer dizer que existem lacunas na proteção dos bens jurídico-penais, mas sim que há limites necessários para um

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca, p. 77.

¹⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 109.

¹⁹⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 162.

¹⁹⁷ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 117.

¹⁹⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 117.

¹⁹⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 105.

totalitarismo da proteção, prejudicial para a liberdade dos indivíduos.²⁰⁰ Tais limites, que devem ser reconhecidos por todos os bens jurídico-penais, são compatíveis com um Estado Democrático de Direito, uma vez que essa limitação imposta à intervenção do Direito Penal faz com que sejam retirados, aos poucos, os tipos penais cuja identificação à ofensa de um determinado bem jurídico não tem mais respaldo na sociedade.²⁰¹

A partir desse princípio, entende-se que o Direito Penal é fragmentário e não pode intervir de modo indistinto, devendo atuar somente em hipóteses excepcionais, quando ocorrerem lesões graves a bens jurídicos que merecem ser protegidos penalmente.²⁰² Sendo assim, o postulado da fragmentariedade funciona como um filtro da intervenção mínima, apresentando-se como um critério definidor de quais tipos de lesões ou de ameaça de lesões um bem jurídico poderá sofrer e quais merecem a proteção do Direito Penal.²⁰³

3.2.2.2 Princípio da subsidiariedade

A ideia do Direito Penal como *ultima ratio* aperfeiçoa-se por meio do princípio da intervenção mínima,²⁰⁴ na vertente da subsidiariedade, afirmando que o Direito Penal deverá atuar na defesa dos bens jurídicos necessários para a coexistência pacífica da sociedade e que não podem ser tutelados de forma eficaz por meios menos graves.²⁰⁵ Conforme Lopes, em razão da subsidiariedade, o Direito Penal é visto como solução sancionadora extrema,²⁰⁶ devendo ser aplicado somente quando as demais barreiras protetoras dos bens jurídicos, dadas por outros ramos do Direito, falharem.²⁰⁷

²⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 110.

²⁰¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 161.

²⁰² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 159.

²⁰³ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.106.

²⁰⁴ Vide item 3.2.2.

²⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro: parte geral**, arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 148.

²⁰⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 323.

²⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2001. Disponível em:

Silva Sánchez divide o princípio da subsidiariedade em duas manifestações: a primeira é a externa, em que se deve dispensar da cominação e da sanção penal sempre que seja possível esperar efeitos preventivos menos lesivos ou até mesmo meios não jurídicos de controle social; a segunda é a interna, que refere que, sempre que se possam esperar efeitos similares preventivos de outra sanção menos gravosa, deve-se renunciar à sanção penal.²⁰⁸

Diante disso, é possível afirmar que a pena somente será aplicada a partir do momento em que as outras formas de regulação das condutas dos cidadãos, que são menos gravosas, não forem suficientes para proteger os bens jurídicos de forma adequada e idônea.²⁰⁹ Ademais, o postulado da subsidiariedade declara que o Direito Penal será sempre subsidiário, isto é, secundário, diante do uso dos outros ramos do Direito para a proteção dos bens jurídicos.²¹⁰

Logo, verifica-se que o princípio da subsidiariedade atua como um dos limites do Direito Penal, sendo que a tutela penal será necessária somente quando não existirem outros meios mais eficazes de controle social. Ou seja, permite-se a sua intervenção apenas quando os outros ramos do Direito, e especialmente o Direito Constitucional, não foram aptos a solucionar os conflitos.²¹¹

3.2.3 Princípio da ofensividade ou da lesividade

O Direito Penal foi construído com base no postulado da liberdade do homem como meio de constranger as ações do Estado que incidiam sobre a liberdade, a vida e a propriedade, sem nenhuma restrição. Antigamente, os castigos eram impostos sem o cumprimento de qualquer procedimento formal de defesa e as

https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/introduccion_derecho_penal_conde.pdf. Acesso em: 04 maio 2021, tradução nossa, p. 108.

²⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992. *E-book*, tradução nossa, p. 246-247.

²⁰⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 84-85.

²¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca, p. 76.

²¹¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 67-68.

noções sobre igualdade e proporcionalidade da sanção penal não eram nem mesmo pensadas.²¹²

Na atualidade, o princípio da ofensividade ou da lesividade serve como um “critério político-criminal delimitador do *jus puniendi* estatal.”²¹³ Tal postulado afirma que devem ser reconhecidas como passíveis de imposição de uma pena apenas as condutas que lesionem ou coloquem em risco um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Isto é, a lesividade do bem jurídico-penal é uma condição obrigatória para aplicação de uma pena a uma conduta típica.²¹⁴

Para uma intervenção penal legítima do Estado, é necessário que se considerem como bens jurídicos fundamentais aqueles que possuem base constitucional e que representem valores que tenham aptidão para relativizar os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.²¹⁵ De acordo com Coelho, a proteção dos bens jurídico-penais é o ponto central do sistema penal. Assim, a sua necessidade de proteção é o que torna o Direito Penal um instrumento de intervenção na liberdade dos indivíduos menos violento, pois poderá interferir na liberdade somente quando em benefício da tutela de outros valores constitucionais.²¹⁶

Ademais, esse princípio vincula o legislador e o intérprete, isto é, o legislador deverá configurar os crimes como condutas que ofendem um determinado bem jurídico, tendo importância apenas os fatos que lesionem ou ameacem de lesão esse bem. Já o intérprete deverá reconstruir os tipos penais com o auxílio do critério do bem jurídico, suprimindo os comportamentos que não ofendem o bem tutelado pela norma penal.²¹⁷

De acordo com Smanio, são várias as consequências da adoção desse princípio. Uma delas encontra-se nas funções da pena que se dividem em retributiva e reeducativa. Dessa forma, para que a pena não tenha mera função de retribuição ou de reeducação, mediante a punição das disposições pessoais, a razão da

²¹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 317.

²¹³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 152.

²¹⁴ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 121-122.

²¹⁵ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 105.

²¹⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 100.

²¹⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 83.

incriminação e da punição deverá ser a realização de um fato ofensivo a um bem jurídico protegido.²¹⁸

Habitualmente, os tribunais têm adotado a aplicação do princípio da lesividade, sendo que o Supremo Tribunal Federal já admitiu que, diante da inexistência de lesividade ao bem jurídico-penal protegido pela norma, não existe delito, mesmo que a conduta do agente seja formalmente típica.²¹⁹ O plano da lesividade considera como crime a conduta de um agente que viola um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Com isso, quando se está diante de uma norma que tutela um bem jurídico-penal de forma adequada, mas a conduta do agente não o viola de fato, mesmo que se preencham todos os requisitos formais do tipo, se esse comportamento for considerado como criminoso e, conseqüentemente, o agente for condenado, estaremos diante de uma ofensa ao princípio da lesividade.²²⁰

Ademais, consoante Batista, é possível apontar quatro funções para o princípio da lesividade penal: a proibição de incriminação de atitudes internas; a proibição de incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; a proibição de incriminação de simples condições existenciais; e a proibição de incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico-penal. Em razão disso, o autor afirma que as aspirações, os sentimentos e os desejos internos, na medida em que não lesionam nenhum bem jurídico-penal, ou situações em que o autor lesiona apenas a si próprio, ou seja, embora tenha ocorrido ofensa a um bem jurídico-penal, ele está apenas na sua órbita individual, não podem ser punidos.²²¹

Portanto, tais considerações esclarecem o alcance do princípio da ofensividade ou lesividade, deixando claro que, em um Estado Democrático de Direito, não se pode, no âmbito penal, basear a sua construção dogmática sem atentar para a teoria do bem jurídico-penal e os demais princípios constitucionais penais aqui estudados.

²¹⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 83-84.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 126592-BA**. Habeas corpus. Penal. Rádio comunitária. [...]. Paciente: José Raimundo Moreira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 30 de abril de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur302459/false>. Acesso em: 11 maio 2021, p. 1-19.

²²⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 102.

²²¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021, p. 89-92.

3.3 FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO-PENAL

As funções do bem jurídico-penal retratam o seu sentido, sua importância e autorizam a sua integração dentro do sistema penal de forma completa. Frisa-se que tanto a doutrina brasileira como a estrangeira divergem acerca das espécies de funções que podem ser dadas ao bem jurídico-penal, motivo pelo qual serão exemplificadas apenas as mais importantes.²²²

Podemos resumir as funções do bem jurídico à função de limitação do *jus puniendi* estatal, à função interpretativa, à função individualizadora e à função sistemática.²²³ Desse modo, aproximando-se da concepção de Prado, serão elas aqui definidas.

A *função de limitação do jus puniendi estatal* é uma das mais importantes, tendo como escopo demonstrar a capacidade que o bem jurídico-penal possui de limitar a atividade legislativa penal do Estado. A partir dela, verifica-se que o legislador penal não pode criminalizar uma conduta que não lesione ou ameace lesar, concretamente, um bem jurídico-penal, pois, se assim o fizesse, ofenderia os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade.²²⁴

A questão da criminalização de condutas não pode se confundir com as finalidades da segurança pública, pois se insere como condição do Estado Democrático de Direito e baseia-se na proteção e no respeito aos direitos fundamentais. Desse modo, o bem jurídico-penal constitui-se como limite ao exercício da política de segurança pública, sendo reforçado pela atuação do Poder Judiciário.²²⁵ Por meio dessa função, o bem jurídico-penal demonstra seu potencial limitador do *jus puniendi* estatal, apto a impedir que o Estado criminalize toda e qualquer conduta, sem a utilização de nenhum parâmetro. Isso faz com que esse Estado não se torne autoritário, com fundamentos que afrontem os princípios fundamentais de todos os cidadãos.²²⁶

²²² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 131.

²²³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 51-52.

²²⁴ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 131-132.

²²⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002, p. 201.

²²⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 132.

De acordo com Oliveira, o bem jurídico-penal é a dimensão material da norma penal que limita e legitima a atividade legiferante no tocante à criminalização e descriminalização de condutas,²²⁷ sendo a punição criminal uma contingência de *ultima ratio*.²²⁸ Ademais, a máxima *nullum crimen sine injuria* pode ser resumida no dever do legislador, em um Estado Democrático de Direito, de tipificar apenas as condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídico-penais, havendo limitação do legislador no momento de criação das normas penais. Logo, tal função procede a uma restrição na tarefa do legislador de criação dos tipos.²²⁹ Assim, percebe-se que a noção de bem jurídico-penal não é posta como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação.²³⁰

A segunda função é chamada de *interpretativa* e atua como critério de interpretação dos tipos penais, mantendo o seu sentido e o seu alcance e tendo como finalidade a tutela de certos bens jurídico-penais. Segundo Prado, os bens jurídico-penais mostram-se como o conceito central do tipo penal e, por isso, tornam-se o instrumento essencial para a compreensão do seu significado abstrato.²³¹ Desse modo, como eles são a base sobre a qual se estrutura um tipo penal, será a partir disso que se dará o trabalho de interpretação, dado que a compreensão correta da norma deve ter como referência o ponto que sintetiza os objetivos do Direito Penal, que é a proteção dos bens jurídicos.²³²

A doutrina brasileira explica, com base no pensamento de Jescheck, que, na esfera da função interpretativa, o conceito de bem jurídico-penal não pode ser confundido com a mera intenção do legislador, mas deve ser compreendido como representação de um pressuposto de validade normativa.²³³ Assim, ao intérprete

²²⁷ OLIVEIRA, Miguel Tassinari. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8941>. Acesso em: 21 abr. 2021, p. 56.

²²⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002, p. 202.

²²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 51.

²³⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002, p. 202.

²³¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 51.

²³² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 62.

²³³ JESCHECK 1993 apud BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 62.

importa observar os bens jurídico-penais quando da aplicação da lei penal, pois eles revelam a natureza do tipo e os critérios de interpretação da norma.²³⁴ Nessa perspectiva, o bem jurídico-penal é o instrumento de individualização judicial. Contudo, como adverte Lopes, a função exegética não pode desconectar-se das demais funções, especialmente da função limitadora da atuação penal do Estado, pois somente assim cumprirá a função de proteger a sociedade.²³⁵

Por sua vez, a *função individualizadora* atua como critério de medição da pena quando da sua fixação em concreto, considerando a gravidade da lesão causada ao bem jurídico-penal, ou seja, refere-se à medida da pena e da gravidade da lesão.²³⁶ Diante disso, é possível afirmar que a sanção deve ser aplicada proporcionalmente ao crime cometido, impondo-se o mínimo quando o caso demonstrar lesividade menor ao bem jurídico-penal ou o máximo quando afetá-lo gravemente.²³⁷

Por fim, a *função sistemática* atribui ao bem jurídico-penal a função de sistematização da matéria penal criminalizada, analisando a divisão do Código Penal de acordo com os bens jurídicos protegidos.²³⁸ Essa função se refere ao critério que direciona a classificação dos tipos penais na Parte Especial do Código Penal conforme o bem jurídico tutelado penalmente, estruturando os títulos e os capítulos.²³⁹ Coelho afirma que essa divisão que a função sistematizadora realiza no Código facilita a interpretação dos tipos penais, auxiliando o hermeneuta em sua atividade típica.²⁴⁰ Desse modo, é no exercício da função sistemática²⁴¹ que o bem

²³⁴ BOSSAK, Jeniffer Codognos. A proteção do bem jurídico como função do direito penal e a ação penal do delito de descaminho. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. São Paulo, Ano 4, ed. 1, v. 1, p. 104-121. jan. 2019. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/wp-content/uploads/2019/01/funcao-do-direito-penal.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021, p. 8-9.

²³⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 342.

²³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 52.

²³⁷ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 21 abr. 2021, p. 73.

²³⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 132.

²³⁹ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 21 abr. 2021, p. 71.

²⁴⁰ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 132.

jurídico conduz a ordenação dos delitos na Parte Especial da legislação penal, elencados conforme o bem jurídico-penal tutelado.²⁴²

Em suma, a *função limitadora do jus puniendi estatal* traz uma restrição na tarefa própria do legislador, a *interpretativa* busca reduzir a matéria de proibição aos seus devidos limites, a *individualizadora* refere-se à medição da pena e da gravidade da lesão ao bem jurídico-penal e a *sistemática* ampara o hermeneuta na sua atividade interpretativa.

²⁴¹ Lopes, no entanto, percebe tal função de maneira oposta, expondo-a como um critério finalista de justiça, afirmando que: [...] A organização sistemática, contudo, não é propriamente uma função, senão uma técnica destinada a uma finalidade superior [...]. A teoria do bem jurídico põe em estreito contato a determinação da missão do Direito Penal como critério de Justiça que utiliza a Política Criminal no momento de determinar quais fatos são dignos de uma pena criminal, pois vincula dita missão a uma qualidade visível de comportamento merecedor de pena. [...] O processo de seleção e organização em categorias dos bens jurídico-penais permite a identificação do critério de justiça empregado na estruturação do sistema punitivo, isso porque, sobretudo, facilita a penetração do princípio da proporcionalidade da intervenção penal estatal sobre os fatos ofensivamente relevantes ao interesse social. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 341.

²⁴² MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. **Bem jurídico-penal: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4288>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 95.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve por objetivo central a análise da importância dos bens jurídico-penais para o Direito Penal contemporâneo, visto que ainda existem discussões acerca da sua essencialidade. Inicialmente, no primeiro capítulo, foi examinada a função do Direito Penal, bem como as definições de bem jurídico e bem jurídico-penal. Com isso, restou evidenciado que, atualmente, é reconhecida como função primordial da seara penal a proteção de bens jurídicos, que, quando protegidos por essa área do Direito, são erigidos à categoria de bem jurídico-penal.

Ademais, no estudo da definição do bem jurídico, averiguou-se que um bem será denominado como jurídico quando for merecedor de proteção pelo ordenamento, conforme os valores existentes na sociedade, em um dado momento da história. No que se refere à definição de bem jurídico-penal, infere-se que ele é o elemento material do crime e serve como seu suporte no sistema penal, não sendo admissível a existência de um delito sem lesão ou sem ameaça de lesão a ele. Todavia, conforme visto, não é qualquer bem jurídico que será tutelado pela norma penal, mas apenas aqueles essenciais à convivência pacífica em sociedade e que traduzem valores constitucionais.

Por derradeiro, analisou-se a evolução histórica do bem jurídico-penal, tendo ele passado por diversas concepções, desde o delito sendo considerado como um pecado divino, à sua proteção enquanto direito subjetivo, até chegar à ideia de bem tutelado pela lei, com a concepção positivista. Posteriormente, surgiram as teorias modernas do bem jurídico-penal, dividindo-se em teorias sociológicas ou funcionalistas e teorias constitucionais, as quais inauguraram uma nova forma de pensar o Direito Penal.

As teorias sociológicas tentaram justificar a proteção dos bens jurídico-penais, retirando-os da própria realidade social, como elemento anterior à norma, em que o valor social ou cultural poderia ser elevado à categoria de bem jurídico-penal. Contudo, o funcionalismo sistêmico confundia a realidade fática com a realidade normativa, contrapondo categorias fundamentais para o Direito Penal, como o bem jurídico-penal, que não foi tratado como elemento de limitação do poder punitivo do Estado. Isso fez das teorias sociológicas ineficazes, pois ao Estado seria permitida a incriminação de valores morais, diante da alegação de sistema disfuncional, o que não se pode admitir atualmente.

As teorias constitucionais, por sua vez, adotaram como elemento de extração do bem jurídico, para ser protegido pelo Direito Penal, a Constituição. Essas teorias se subdividem em teoria constitucional de caráter estrito, que busca na Constituição prescrições exatas do que o Direito Penal deve se ocupar, e teoria constitucional de caráter geral, que acolhe o texto constitucional e considera os seus princípios e as suas normas de forma abrangente. Para essa última, o bem jurídico-penal eleito pelo legislador não pode conflitar com os valores dispostos na Constituição, devendo ter, ainda, relevância social.

No Estado Democrático de Direito atual, busca-se a paz social. Entretanto, essa não é uma função apenas do Estado, que servirá como garantidor da liberdade e da dignidade da pessoa humana, mas também do Direito Constitucional. Conforme a teoria constitucional de caráter geral, essa área funciona como uma base para a seleção dos bens jurídico-penais, impondo limites ao *jus puniendi* estatal e ao papel do legislador penal, que definirá os bens jurídico-penais a partir dos limites impostos e dos valores retirados da própria Constituição. Assim, para que haja uma intervenção penal legítima do Estado, é necessário considerar como bens jurídicos fundamentais aqueles que possuem base constitucional e que representem valores que tenham aptidão para relativizar os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, no segundo capítulo, contemplou-se a delimitação constitucional do bem jurídico-penal, buscando sua definição material-constitucional por meio do princípio da proporcionalidade e de seus subelementos, encontrando, assim, o método de identificação dos valores que devem ser tutelados pelo Direito Penal. Com isso, de acordo com a atual e majoritária doutrina, seguindo a linha de pensamento das teorias constitucionais de caráter geral, conclui-se que a Constituição é o ponto de referência obrigatório para a seleção dos bens jurídicos que serão tutelados penalmente.

Nada obstante, é importante destacar que não há exigência de que o bem jurídico, no Direito Penal, tenha relevância constitucional expressa, ou seja, a Lei Maior não é a única e exclusiva fonte de seleção dos bens jurídicos, mesmo que seja sua diretriz. Desse modo, outros bens jurídicos, mesmo que não contemplados na Carta Magna de forma expressa, podem ser protegidos pelo Direito Penal, desde que não sejam incompatíveis com seus valores e sejam socialmente relevantes.

Ademais, ainda no segundo capítulo, foram abordados os princípios constitucionais penais mais importantes e que possuem influência sobre o bem jurídico-penal, chegando ao entendimento de que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema, o qual deve atuar somente quando os bens jurídico-penais sofrerem ofensas graves, não sendo permitida a sua intervenção quando da ocorrência apenas de lesões ínfimas.

Por fim, foram elucidadas as principais funções que os bens jurídico-penais exercem no ordenamento jurídico, demonstrando que eles possuem como uma de suas funções mais relevantes a limitação do poder punitivo do Estado, garantindo que não ocorram inflações legislativas penais que justifiquem as políticas autoritárias e servindo, ainda, como garantia do indivíduo frente ao Estado. Em razão disso, atuam eles como limitadores da atividade legislativa penal, ou seja, são limites negativos do Direito Penal, que não permitem que o legislador crie normas para a proteção de bens irrelevantes, bens que não lesionem ou ameacem interesses concretos e essenciais da sociedade.

Traçadas tais reflexões, é possível afirmar que a manutenção do conceito de bem jurídico-penal e de sua importância é imprescindível para a busca da pacificação da sociedade, já que esta possui diversos valores/bens, que, em razão da sua importância, salvaguardam os cidadãos dos abusos do poder do Estado. A transformação de um bem jurídico em bem jurídico-penal é realizada por meio de uma escolha legislativa que perpassa, também, escolhas políticas, dentro de uma sociedade, em um dado momento histórico.

Assim, a noção de bem jurídico-penal deve estar presente em todos os doutrinadores e operadores do Direito, independentemente da posição que adotem, para a existência e para o funcionamento de um Direito Penal voltado à busca da paz social, concebido com base nos princípios do Estado Democrático de Direito. Pelas razões expostas, conclui-se que os bens jurídico-penais são extremamente relevantes para o Direito Penal contemporâneo, estando consolidados nos valores imprescindíveis retirados majoritariamente da Constituição, valores estes, importantes para o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade, bem como para a manutenção da convivência pacífica.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Leonardo. Função do Direito Penal. **Jusbrasil**, [s. /], 2015. Disponível em: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/321035478/funcao-do-direito-penal>. Acesso em: 22 maio 2021.
- ALMEIDA, Bruno Rotta. A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 305-313, 30 jul. 2009. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/16-50-1-pb.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.
- ASSEMBLEIA NACIONAL (França). **Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789**. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.
- AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. *In*: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando (org.). **O bem jurídico-penal**: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15-80.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1983.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/1/artigo1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BOSSAK, Jeniffer Codognos. A proteção do bem jurídico como função do direito penal e a ação penal do delito de descaminho. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. São Paulo, Ano 4, ed. 1, v. 1, p. 104-121. jan. 2019. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/wp-content/uploads/2019/01/funcao-do-direito-penal.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 126592-BA**. Habeas corpus. Penal. Rádio comunitária. [...]. Paciente: José Raimundo Moreira.

Impetrante: Defensoria Pública da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 30 de abril de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur302459/false>. Acesso em: 11 maio 2021, p. 1-19.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. Disponível em: https://www.academia.edu/8032356/Jose_Joaquim_Gomes_Canotilho_Direito_Constitucional. Acesso em: 16 nov. 2021.

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

COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito material. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, v. 31, 1982. Disponível em: https://www.academia.edu/33196311/Jorge_de_Figueiredo_Dias_-_Direito_Penal_e_Estado_de_Direito_material.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 31 mar. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Tradução de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. Disponível em:

<https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491230694.pdf>. Acesso em: 3 maio 2021. Tradução nossa.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. 2. *E-book*.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61683. Acesso em: 31 mar. 2021.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **eGov UFSC**, [S. l.], 04 mar. 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/bens-constitucionais-e-criminaliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 1 abr. 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 7. ed. São Paulo. Método, 2013. v. 1

MELIÁ, Manuel Cancio; MANZANO, Mercedes Pérez. Príncípios del derecho penal (I). *In*: SAGGESE, Silvina Bacigalupo. *et al.* (org.). **Manual de introducción al derecho penal**. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019. p. 69-90. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110. Acesso em: 04 maio 2021.

MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. **Bem jurídico-penal: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4288>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2001. Disponível em: https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/introduccion_derecho_pena_l_conde.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MURARO, Mariel. **Bem-jurídico penal**. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/30717>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MURMANN, Uwe. ¿Función crítica del concepto de bien jurídico versus Constitución?. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John (org.).

Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: segunda y tercera escuela de verano em ciencias criminales y dogmática penal alemana. Alemania: Göttingen University Press, 2016. p. 95-102. Disponível em: <https://univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-978-3-86395-255-6/CEDPAL1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 mar. 2021. Tradução nossa.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Miguel Tassinari. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8941>. Acesso em: 21 abr. 2021.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente.** São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro:** parte geral, arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal:** lineamentos para um direito penal mínimo. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal:** legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RABELO, Grazielle Martha. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, [S. l.], v. 71, dez. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal/amp/>. Acesso em: 09 set. 2021.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal.** Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. t. 1. Disponível em: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021.

SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Kathiuscia Gil. Bem jurídico: evolução imprescindível. **C&D-Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v. 8, n. 2, p. 20-31, jul./dez. 2015.

SANTOS, Lion Santana. **Os crimes de perigo abstrato como uma forma de expansão teleológica do Direito Penal**. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Criminais) –Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, 2019. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Laion%20Santana%20Santos.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre a proibição do excesso e de insuficiência. **Anuário iberoamericano de justicia constitucional**, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021, p. 335.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. A Tipicidade Penal à Luz da Missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, PR, n. 18, p. 173-206, set. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/8-18>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992. *E-book*.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O Bem Jurídico e a Constituição Federal. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 8, 2004. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=HI_ofFIAAAAJ&citation_for_view=HI_ofFIAAAAJ:W7OEmFM1HYC. Acesso em: 16 nov. 2021.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/46414368/francisco-de-assis-toledo-principios-basicos-de-direito-penal-5-ed-1994>. Acesso em: 16 mar. 2021.

TORRÃO, Caroline da Silva. A Teoria do Bem Jurídico em Face da Expansão do Direito Penal: reflexões e críticas por uma teoria adequada ao Estado Social e Democrático de Direito. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas//trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/CarolinadaSilvaTorrao.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. Disponível em: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Legis.pe-Derecho-penal.-Parte-general-Hans-Welzel.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021. Tradução nossa.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. Disponível em: [https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20\(Ed%202%202006\)%20\(1\).pdf](https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20(Ed%202%202006)%20(1).pdf). Acesso em: 24 mar. 2021.