TEORIA CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA DEFINIÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

CONSTITUTIONAL THEORY: IN SEARCH OF A DEFINITION FOR THE JURIDICAL-PENAL WELFARE IN THE CONTEMPORARY STATE

Nivaldo dos Santos*
Lidiany Mendes Campos de Melo**

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O presente artigo busca a definição do bem jurídico-penal a partir de um pensamento jurídico desenvolvido sob o paradigma pós-positivista, no contexto de um modelo de Estado Constitucional compreendido como um Estado Democrático e Social de Direito. Para a consecução de tais objetivos, o estudo proposto se desenvolveu a partir de um raciocínio dialético, tendo como material de pesquisa textos e obras que abordam ou pelo menos tangenciam a problemática proposta. Sendo assim, a pesquisa demonstra que tal como os demais ramos do Direito, o Direito Penal não podem deixar de ser examinado sob a ótica constitucional, principalmente tendo em vista a compreensão de que dada a natureza repressiva deste ramo do Direito e a violência ensejada por sua atuação, por menor que seja, ele só deve ser chamado a atuar quando não houver outra alternativa, ou seja, deve funcionar como *ultima ratio* de um ordenamento jurídico. Em fim, por ora conclui-se que não há, na perspectiva do Estado Contemporâneo, melhor definição para o bem jurídico-penal que aquela que possa advir da Teoria Constitucional de caráter amplo, vez que a mesma é a única coerente com a necessidade que tem o Direito Penal de acompanhar as evoluções sociais para se fazer legítimo e justo, sem fazer dele um instrumento de manobra das ideologias dominantes. Isto é claro, se forem devidamente observados os Princípios Democráticos de Direito.
Palavras-Chave: Teoria do Bem Jurídico. Constituição. Princípios Democráticos de Direito. Política Criminal. Direito Penal. Pós-positivismo.

Abstract: This article seeks to define juridico-penal property according to juridical thinking developed in the post-positivist paradigm, in the constitutional context of a democratic social state of law. To achieve this aim, the proposed study was derived from dialectical reasoning, based on research among works dealing with or touching upon the questions under study. As such, this research shows that penal law, like all areas of law, can only be examined from a constitutional point of view. This is true principally since, given the repressive nature of penal law and the violence associated with its application, however minor, it should be applied only when no alternative exists, i.e., it should be treated as a last resort. Finally, it is concluded that there is no better definition in the contemporary state of juridico-penal property than that derived from broad constitutional theory. This is the only theory coherent with the need for penal law to keep pace with social evolution in order to remian legitimate and just instead of turning into a tool of the dominant ideology. For this to be true, however, the democratic principles of law must be observed.
Key Words: Theory of juridical property. Constitution. Democratic principles of law. Criminal politic. Penal law. Post-positivismo.

Introdução

O artigo ora desenvolvido tem por objetivo contribuir para a discussão da Teoria do Bem Jurídico a partir da ótica Constitucional, tendo por paradigma o pensamento jurídico pós-positivista.

Assim, o raciocínio ora exposto se estabelece numa perspectiva contemporânea do Direito Penal segundo a qual esse

* Professor na UFG e na UCG. Doutor em Direito - PUC-SP.
** Advogada. Especialista em Direito Civil. Mestranda em Ciências Penais - UFG.

que é o sub-ramo do Direito responsável pela tutela de valores fundamentais (aqui compreendidos com os bens jurídicos) para a convivência social. Para isso seleciona os comportamentos humanos nocivos e os descreve como infrações penais, cominando-lhes sanções em conformidade com a gravidade e ofensividade da conduta e também de acordo com a periculosidade do agente.

Deste modo, o primeiro item do presente artigo busca a reconstrução do caminho evolutivo percorrido pelo bem jurídico ao longo do reconhecimento de sua existência enquanto instituto do Direito Penal, até o advento das Teorias Constitucionais, onde serão acentuadas suas contribuições, suas críticas e definida aquela que mais se adequa aos fundamentos de um Direito Penal que se quer Democrático.

O segundo item versa sobre a lamentável questão da perda do caráter fragmentário do Direito Penal em decorrência de uma exacerbação da atividade intervencionista do Estado por meio do Direito Penal. Para tanto serão tratados os seus aspectos originários e o seu ponto de encontro com uma das temáticas centrais do artigo que é o bem jurídico-penal.

Num terceiro momento será aborda a definição de bem jurídico-penal no Estado Democrático e Social de Direito, compreendendo este como o paradigma do Estado Contemporâneo.

Por fim, será tratado o enquadramento das concepções atuais do bem jurídico numa perspectiva pós-positivista, o que implicará numa descrição do caminho percorrido pelo pensamento jurídico até então e o significado desta concepção de pensamento para a elaboração, interpretação e aplicação da norma penal.

A pesquisa ora apresentada desenvolveu-se a partir de técnicas e recursos próprios de uma pesquisa bibliográfica, tendo como fontes textos e obras jurídicas que abordaram ou pelo menos tangenciaram a problemática proposta.

Ressaltando que todo o material coletado foi analisado e interpretado tendo por Método o concernente ao desenvolvimento de um raciocínio dialético, no qual se demonstra a contribuição de cada teoria ao longo tempo e as confronta com as novas teorias para daí se ter uma síntese metodologia que consista numa resposta temporária ao problema, temporária porque novas antíteses estão a caminho na dinâmica do Direito que se quer que seja Justo e para tanto se faz necessário que seja, antes de tudo, Democrático.

1. Bem Jurídico-Penal: do iluminismo à Teoria Constitucional

Até o final do século XVIII o Direito Penal representava o direito de punição ilimitada praticada por parte de indivíduos contra indivíduos, num primeiro momento, ou do Estado contra os indivíduos dentro de uma perspectiva absolutista e autoritária, num segundo momento. Até então o Estado não havia se separado da religião o que implicava na confusão entre crime e pecado, logo todas as condutas humanas que afrontassem os interesses dominantes haveriam de ser incriminadas.

Somente a partir do final do século XVIII é que a humanidade começou se preocupar com a especificação da finalidade do Direito Penal, com a formulação ainda rudimentar de que tal ramo do Direito teria por objetivo tutelar certos bens e interesses. O Movimento responsável por esse pensamento foi o Iluminismo, este movimento substituiu a noção de religiosidade presente nos feitos da sociedade pela noção de racionalidade, diante disso o homem que até então ocupava um lugar secundário na concepção de mundo passa a ocupar o lugar central, ou seja, todas

as coisas a partir de então passam a girar em torno do homem, enquanto indivíduo portador de direitos inerentes a sua condição de ser humano (é o jusnaturalismo em sua concepção racional). Um dos autores responsáveis por essa nova concepção de Direito Penal foi Beccaria, por meio de sua obra imortal "Dos Delitos e das Penas".

A partir de então o crime passa a ser compreendido como a violação de um direito subjetivo inerente a pessoa tal como a liberdade, a saúde, a integridade física, o patrimônio, etc.

Além desta noção do Direito Penal, o Movimento Iluminista culminou com mudanças em todos os níveis, inclusive da concepção de Estado, um dos pontos altos do Movimento foi a Revolução Francesa que também contribuiu para uma nova leitura do Direito como um todo. Assim, com a Revolução Francesa o Direito Penal passou a tutelar os bens individuais, medida esta que visava garantir a efetividade e limitar a quantidade de todas as leis, com ênfase especial para as leis de ordem penal.

Todavia na prática tal anseio não foi concretizado, o que de fato ocorreu foi a proliferação de leis penais de forma descontrolada, desta maneira "a necessidade de conter os excessos criminalizadores dá origem ao entendimento de que o Direito Penal tem por objeto não a tutela de direitos subjetivos, mas a de bens jurídicos" (LUISI, 2004, p. 01).

Diante disso, em 1834, Birnbaum defendeu o pensamento segundo qual o Direito Penal não deveria cuidar dos Direitos subjetivos como queriam os Iluministas, mas sim dos bens jurídicos matérias ou corpóreos passíveis de ação criminosa, desde que importantes para o indivíduo e a sociedade, vez que estariam mais próximos da realidade. Todo esse pensamento tinha por finalidade limitar o crescimento da legislação penal, logo, atribui-se a Birnbaum a cunhagem da expressão "bem jurídico" (KIST, 2004).

Diante da dimensão do estudo proposto não se pode falar em bem jurídico sem mencionar a discussão provida por Birnbaum e Franz Von Liszt quanto ao objeto da proteção penal. Segundo Birnbaum, o bem jurídico subordina-se à norma penal, sendo portando criado pelo Direito, para ele "os bens jurídicos são criações do legislador e o delito é a lesão ao direito de mandar do Estado" (KIST, 2004, p. 04).

Já na concepção de Liszt, os bens jurídicos existiam independentemente de qualquer norma penal, eram, pois, interesses essenciais do ser humano e da sociedade, sendo que neste contexto, nada mais cabia ao Direito Penal, senão reconhecer e proteger tais interesses.

Embora válidas as duas concepções teóricas, dada à contribuição que deram para a evolução do conceito de bem jurídico, o proposto por Liszt se aproxima mais da necessidade, daquele tempo e ainda hoje, tão urgente de limitar a atividade incriminadora do Estado.

Seguindo o rastro histórico, o bem jurídico passa por uma nova concepção, de cujo metodológico (séc. XX) e que surge dada às divergências e incertezas dos posicionamentos a seu respeito.

A concepção metodológica do bem jurídico reconhecia "neste um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pela norma penal, ou, um valor social juridicamente protegido" (KIST, 2004, p. 05).

Mas, é após a primeira grande guerra mundial que esta concepção se desenvolve tendo como fundamento o pensamento neokantiano, o que significa dizer que a partir de então o bem jurídico nada mais é que um valor cultural abstrato inerente ao grupo social, logo, verifica-se que diante desta concepção o bem jurídico não passa de um método interpretativo, não contendo

qualquer capacidade de limitar a atividade incriminadora do Estado.

Neste sentido segundo Kist, "o objeto de proteção é um produto dos conceitos jurídicos; ele não existe como tal, a não ser que, nos valores da comunidade, existam os objetos que constituem o objetivo das prescrições penais".

Com o término da segunda grande guerra mundial surgem novas discussões em torno do bem jurídico, tais discussões decorrem da necessidade de se limitar à ação punitiva do Estado, de modo a evitar que novamente regimes autoritários se utilizassem o Direito Penal como instrumento não apenas de controle social, mas principalmente de imposição de uma ideologia, em fim de violência.

Neste contexto surgem as concepções funcionais ou sistêmicas do bem jurídico, que foram defendidas por diversos autores e que tinham cunho sociológico. Dentre os autores que trataram desta concepção vale destacar Jäger, que acreditava que por ser o Estado composto por pessoas que pensam de maneiras diferentes, os tipos penais não poderiam ser criados a partir de valores éticos e morais não compartilhados por todos os cidadãos, logo, "a criação de tipos penais deveria obedecer a um critério estritamente racional, qual seja, o de defesa frente a perigos que todos os homens regidos pela lei compreendam da mesma maneira" (KIST, 2004, p. 06).

Aqui cabe mencionar que o citado autor foi o que mais se aproximou da diretriz democrática que passou a orientar o Direito Penal no Estado Contemporâneo, vez que de seu pensamento se abstrai os princípios do pluralismo e da tolerância que devem constar na definição dos bens jurídico-penais hodiernamente.

Outro autor que contribui com esta concepção sob o enfoque sistêmico é Knut Amelung, para quem o Direito é um dos subsistemas da sociedade e o Direito Penal um dos principais instrumentos deste subsistema, pois através da pena protege os bens jurídicos de fatos realmente nocivos ou danosos à sociedade.

Ressaltando que esta visão dos bens jurídicos como funções necessárias para a conservação do sistema social foi duramente criticada por Fiandaca por não precisar os limites da atividade incriminadora do Estado (KIST, 2004, p. 06).

Ainda no rol dos autores que se detiveram na análise do bem jurídico a partir da concepção funcional ou sistêmica encontra-se Hassemer, que elaborou três critérios em forma de fatores que deveriam ser levados em consideração pelo legislador no momento de criação de um novo tipo penal, quais sejam:

- A freqüência da conduta criminosa;
- A intensidade da necessidade de preservação do objeto tutelado; e
- A intensidade da ameaça dirigida contra o bem jurídico.

Assim, de acordo com o pensamento de Hassemer, cada sociedade valora os comportamentos que considera intoleráveis e que ensejam uma repressão de caráter penal, logo, o bem jurídico é individualizado a partir da valoração subjetiva destes comportamentos.

Por fim, merece destaque por tratar do bem jurídico na perspectiva sistêmica o autor Hans Welzel. Para ele bem jurídico é um conceito pré-jurídico, por já existir na realidade social e por ser influenciado pela sociedade e por exercer sobre ela suas influências.

Diante deste pensamento fica clara a intenção do autor de classificar os bens jurídicos como algo dinâmico que se transforma junto com a sociedade, de maneira a abarcar todos os interesses individuais ou coletivos, logo são unidades funcionais das quais depende todo o sistema no qual

se insere a sociedade (RUDOLPHI, *apud* KIST, 2004, P. 07).

Depois de tudo o que já foi discutido quanto à necessidade da definição de valores capazes de limitar a atividade incriminadora do Estado, eis que surgem novas teorias que por sua fundamentação vislumbram algo que as demais não tinham a oferecer, ou seja, a definição, ou pelo menos os critérios para a definição do conteúdo dos bens jurídicos.

Essas teorias foram denominadas Teorias Constitucionais do bem jurídico e sua finalidade é buscar "critérios aptos a orientar o legislador penal quando da criação de tipos penais a partir da Constituição vigente" (KIST, 2004, p. 07).

Não é difícil compreender o porquê destas teorias, dado ao fato de que a Constituição de um Estado é o marco legislativo do qual devem partir todas as demais normas, é na Carta Política que vêem esculpidos os fundamentos do Estado e as diretivas para a intervenção do mesmo.

Assim, as teorias do bem jurídico, denominadas Constitucionais nasceram na doutrina italiana e por ela foram aprofundadas, assim pode-se dizer que foram desenvolvidas sob a égide de um Estado Democrático e Social de Direito, de forma a buscar no texto constitucional a fundamentação material para o delito (BIANCHINI, 2002, p. 44).

Tais teorias se subdividem em dois segmentos: o primeiro constitui na Teoria Constitucional do Bem Jurídico de Caráter Amplo e o segundo na Teoria do Bem Jurídico Constitucional de Caráter Restrito.

Na concepção da Teoria Constitucional do Bem Jurídico de caráter amplo a Constituição seria o referencial de onde deveriam ser avaliados todos os bens, de modo a se elegerem a categoria de bens jurídicos apenas aqueles que estando ou não explícitos no texto constitucional não estejam em conflito com o mesmo.

Uma das conseqüências diretas dessa teoria é impossibilidade de cristalização do Direito Penal, vez que com essa teoria teria plenas condições de se adaptar as constantes alterações sócio-culturais, sem com isso descuidar da proteção inerente ao modelo de Estado proclamado pela Constituição Federal de 1988.

Sendo que um dos seus principais defensores é Roxin. Segundo ele o desenvolvimento de uma existência digna para todos os cidadãos, tal como prevê a Constituição, passa pela proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e da garantia das prestações públicas necessárias à existência de cada indivíduo (PELARIN, 2002, p. 131).

Já na concepção da Teoria Constitucional do Bem Jurídico de caráter restrito a Constituição, embora também seja o referencial de onde se depreende os bens jurídicos, há a restrição segundo a qual só podem ser bens jurídicos penalmente tutelados aqueles provenientes de valores constitucionais.

Desta forma, Bianchini destaca como aspectos fáticos ainda não resolvidos no âmbito desta teoria, o fato dela impossibilitar o acompanhamento por parte do legislador infraconstitucional das mudanças sócio-culturais verificadas ao longo do tempo (2002, p. 49).

É preciso ressaltar que esta segunda teoria constitucional do bem jurídico trabalha com os mesmos elementos da primeira, todavia "delimita mais concretamente o poder criminalizador" (PERALIN, 2002, p. 138). São defensores desta teoria, Fiandaca e Bricola.

A compreensão de que a definição dos bens jurídico-penais encontra limites precisos no texto constitucional, mas sem que isso resulte na cristalização do Direito Penal (Teoria Constitucional de Caráter amplo), leva ao entendimento de que a não

observância do mesmo na elaboração das normas penais implica em inconstitucionalidade.

Neste sentido vale transcrever o pensamento de Kist, segundo o qual "efetivamente, as Constituições contém as valorações fundamentais de uma sociedade, podendo-se captar nelas o fundamento para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal, mas ao mesmo tempo obrigatório para ela. Esta idéia, portanto, revela a preocupação quanto à formulação de critérios capazes de limitar a atuação do legislador penal no momento da criação de leis penais. Em conseqüência, este não é livre para elencar como bem jurídico qualquer juízo de valor, pois está vinculado às funções que a Constituição reserva ao Direito Penal". (2004, p. 08).

Como se pôde observar, o bem jurídico, desde sua concepção como tal e a definição de sua finalidade, passou por diversos pensamentos até alcançar a Teorias Constitucionais que ao lado da concepção sistêmica ou funcional, foram as que mais perto chegaram da concreta limitação da atividade incriminadora do Estado e do vislumbre de uma efetiva aplicação das normas penais existentes por meio da sua interpretação sob a ótica constitucional.

2. Perda gradual do caráter fragmentário do Direito Penal

O Estado contemporâneo passa por transformações diárias que refletem no todo da convivência social. Num curto espaço de tempo o homem alcançou conquistas tecnológicas que jamais ousou imaginar como as pesquisas com as células-tronco, todavia todas essas inovações, paralelas as condições econômicas advindas com o processo de globalização, gerou nas pessoas um estado de insegurança, ora decorrente da falta de conhecimento, ora gerada pela marginalização própria de uma economia de capital aberto na qual sobram desempregos e faltam políticas de diminuição das desigualdades sociais.

Figura corriqueira neste cenário é a violência e a excessiva criminalidade, diante disso os legisladores pressionados pela sociedade insegura, criminalizam mais e mais condutas sem se preocuparem com a finalidade precípua do Direito Penal ou com o descrédito na Justiça Penal gerado pelo excesso de normas penais e processuais penais que não atendem aos anseios sociais, e principalmente, sem se preocuparem em se fazer estabelecer o Estado Democrático e Social de Direito que ainda hoje se mostra frágil em sua concretização.

Segundo Zaffaroni (2001): "O crime é, indiscutivelmente, uma criação política. E se o crime é criação política, então aquele que tende a praticar condutas que o político resolve proibir e punir, num certo momento, tem direito de reclamar ao Estado para que seja treinado e ensinado a não praticar essas condutas".

A profundidade dessas palavras do penalista argentino ressoa como um grito aos ouvidos mais sensíveis, grito de socorro, dos marginalizados em um Estado incapaz de gerir sua economia e que por isso relega boa parte de seus cidadãos ao esquecimento no desemprego e/ou na informalidade.

Exigir que o sistema penal seja eficaz é argumento de leigos, ou melhor de quem desconhece a realidade de que para evitar o sistema é preciso ter meios dignos de sobrevivência, é preciso ter educação, é preciso antes de tudo ser cidadão.

Ainda de acordo com o pensamento do mestre argentino (ZAFFARONI, 2001): "No terceiro milênio, a humanidade vai sobreviver, e, para sobreviver, vai ter que acabar com o sistema penal. E antes de acabar com o sistema penal, vai ter que

acabar com o discurso punitivo, vai ter que achar soluções reais para os problemas, não ilusões para solucionar os problemas [tais como a elaboração de novas leis]".

Tem-se observado, assim, uma crescente expansão da intervenção penal, que resulta na criminalização desde infrações de pequena ofensividade, até ilícitos de ordem comercial, ambiental, administrativa, etc., que poderiam ser resolvidas de outra maneira que não a punição de ordem penal.

Toda essa expansão do Direito Penal resulta na perda por esse ramo do Direito de uma de suas principais características que é fragmentariedade. De acordo com essa característica, que é na verdade um sub-princípio decorrente do Princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal só pode intervir quando houver ofensa a bens jurídicos fundamentais para o grupo social com reflexos imediatos na órbita individual. Assim, uma norma penal só pode tutelar um determinado bem jurídico quando outro ramo do Direito não se mostre eficaz na sua defesa, isso vale dizer que além de fragmentário o Direito Penal é também subsidiário (que se constitui em outro subprincípio do mencionado Princípio da Intervenção Mínima) frente aos outros ramos do Direito.

Ao longo da história do Direito Penal brasileiro, este se desenvolveu tendente a um pensamento que primava pelo seu caráter fragmentário e subsidiário, ou seja, cuja intervenção estatal é mínima, todavia nos dias hodiernos o Direito Penal tem-se demonstrado bem mais intervencionista, "objetivando aplacar a sensação coletiva de insegurança de corrente da escalada da criminalidade e proporcionar uma maior garantia de tranqüilidade social" (CAPEZ, 2003, p.06).

A perda do caráter fragmentário, da subsidiariedade, em fim da intervenção mínima do Direito Penal, traz à tona a discussão sobre qual desvalor deve ser observado quando da punição pelo Direito Penal, o decorrente do resultado ou o da ação. Diante da perda das mencionadas características do Direito Penal o desvalor a ser observado seria o correspondente à ação o que levaria a infindáveis injustiças.

Neste contexto o Direito Penal deve cuidar para que não caia no utilitarismo exacerbado, útil ao controle social, mas incapaz de perceber as tensões, os conflitos e os anseios da sociedade.

3. Definição de Bem Jurídico-Penal no Estado Democrático e Social de Direito

Antes de iniciar a discussão pertinente à definição de bem jurídico no Estado contemporâneo, convém falar algo acerca do Estado Democrático e Social de Direito, já que segundo alguns autores, dentre eles Luiz Regis Prado, este é o paradigma do Estado brasileiro esculpido na Carta Magna da República Federativa do Brasil.

A justificativa para o acréscimo do qualificativo Social ao Estado Democrático de Direito postulado pelos artigos 1ª e 3° da Carta Política é justamente a natureza dos compromissos assumidos por esse Estado, vez que são em regra de ordem social, tais como a redução das desigualdades sociais, a busca pela justiça social, dentre outros.

Desta maneira quando se fala em Estado Democrático e Social de Direito compreende-se o Direito Penal na perspectiva constitucional, segundo a qual o tipo penal deve estar em total consonância com os princípios constitucionais. Dentre esses princípios um de grande relevância para o estudo que se propõe é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1°, III).

De acordo com Fernando Capez "qualquer construção típica cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana

será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado" (2003, p. 10).

Ressaltando que segundo Luis Roberto Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana "representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar" (2001, p. 23).

No âmbito do Direito Penal, o princípio em comento não orienta somente a criação de um novo tipo penal, como também a aplicação da norma penal ao caso concreto. Daí a doutrina afirmar que dele decorrem outros princípios que igualmente devem ser observados pelo legislador e pelo intérprete da lei.

Capez (2003, p. 12) relaciona os seguintes princípios como decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana:

- Princípio da legalidade;
- Princípio da insignificância;
- Princípio da alteridade;
- Princípio da confiança;
- Princípio da adequação social;
- Princípio da intervenção mínima;
- Princípio da fragmentariedade;
- Princípio da proporcionalidade;
- Princípio da humanidade;
- Princípio da necessidade; e
- Princípio da ofensividade.

Quanto à definição de bem jurídico-penal, embora este tenha trilhado todo o caminho evolutivo narrado no primeiro item deste artigo, pode-se afirmar que o conceito de bem jurídico-penal ainda está em construção.

Tal constatação é fruto da natureza complexa do bem jurídico-penal, vez que até então a doutrina não foi capaz de determinar o núcleo essencial da definição de bem jurídico, não se sabe se está na sistemática dos fatos puníveis, no conteúdo material do delito, na teoria da pena ou na legitimação do *jus puniendi* do Estado.

De forma que é diante dessas imprecisões que os críticos afirmam "que o conceito de bem jurídico não cumpre a sua função de limite do *ius puniendi*, convertendo-se facilmente em instrumento de manobra nas mãos do legislador, independentemente de sua linha ideológica, tendência democrática ou totalitária, minimalista ou intervencionista, o que leva, muitas vezes a cumprir um papel oposto, ou seja, de autorizar e incentivar a hipertrofia ou expansão do Direito Penal" (LAZZARIN, 2004, p. 02).

Apesar do exposto, se acredita, diante dos estudos ora desenvolvidos, que a definição buscada se encontra efetivamente na Constituição e que os seus limites são exatamente os princípios democráticos de Direito.

4. O Bem Jurídico-Penal Constitucional numa perspectiva pós-positivista

Partindo da compreensão de que existe uma definição constitucional de bem jurídico-penal, cabe analisá-lo frente à chamada perspectiva pós-positivista. Para tanto, se faz necessário compreender o que vem a ser o pós-positivismo, como e por que surgiu no cenário jurídico mundial e qual a sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, já que se pressupõe que este deve ser o paradigma a ser seguido.

Assim, a sua compreensão exige que se compreenda com caminhos percorridos pelo pensamento jurídico ao longo da história desde o jusnaturalismo até esta nova corrente do pensamento jurídico.

Pois bem, o jusnaturalismo consistente na corrente filosófica de maior incidência sobre o Direito, fundado na existência de um direito natural inerente a todos os homens, foi aplicado em diversas fases históricas, desde a antiguidade clássica

até os dias atuais, com algumas variantes quanto ao conteúdo.

Durante a Idade média o jusnaturalismo esteve fundando na idéia de que todo o direito natural emanava de uma autoridade divina; já a Idade Moderna colocou a razão humana no centro das coisas, logo neste período o jusnaturalismo era fundando na crença de que o direito natural emanava da razão humana.

A importância dessa corrente do pensamento jurídico é tão grande, que no Estado Moderno, foi a responsável pelas revoluções liberais que se fundavam na crença de que o homem possui direitos individuais que devem ser respeitados pelo Estado, tais como a liberdade, a vida, dentre outros.

Segundo Luís Roberto Barroso (2001, p. 15): "O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão – , que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se 'domesticado e ensinado dogmaticamente'" (*Apud* LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 2000, p. 188).

A codificação como se vê trouxe para o jusnaturalismo um paradoxo, vez que ao mesmo tempo em que houve a sua consolidação nos códigos houve, também, a sua superação histórica, isto porque ao serem incorporados aos ordenamentos positivos os direitos naturais deixaram de ser elementos de revolução para se tornarem elementos de conservação, assim "o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX" (BARROSO, 2001, p. 16).

O positivismo filosófico e por conseqüência o positivismo jurídico é fruto do amadurecimento do pensamento racional humano, o qual acreditava que o único conhecimento válido é aquele obtido a partir da ciência e livre de qualquer interferência teológica ou metafísica. Assim, o conhecimento científico é objetivo, baseia-se no método descritivo que consiste na observação e experimentação do objeto independente da área de conhecimento. A crença na neutralidade científica era o ponto alto dessa corrente de pensamento.

Como se vê o positivismo jurídico tem início com a codificação, já que a partir de então não se admitia outro direito que não fosse aquele estabelecido nos códigos, logo a interpretação da norma codificada ou a simples utilização de princípios ou normas externas ao sistema do direito positivo era considerada ilegítima.

Em fim, "em sentido amplo, o termo positivismo designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu Curso de filosofia positiva (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada lei dos três estados, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico" (BARROSO, 2001, p. 16).

O positivismo jurídico impunha que o Direito, assim como as demais ciências, deveria fundar-se em juízos de fato e não em juízos de valor, ou seja, basta conhecer a realidade, não sendo necessário posicionar-se diante dela. Com esse raciocínio o positivismo retirou do âmbito do Direito as discussões acerca da legitimidade e da justiça.

É importante ressaltar, que assim como o jusnaturalismo, o positivismo jurídico comportou algumas variações, tendo seu ponto culminante com o normativismo de Hans Kelsen (BARROSO, 2001, p. 17).

Não se pode contestar a importância do positivismo para o Direito enquanto ciência, todavia é preciso reconhecer que o império da lei e do legalismo desprovido de qualquer interpretação crítica serviram de disfarces perfeitos para regimes autoritários, já que a positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida, seja ela qual for.

Assim, na narrativa de Luis Roberto Barroso, "a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. (...) Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um (sic) estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido" (2001, p. 18).

Como se vê, depois da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo jurídico que se converteu em instrumento de dominação, iniciaram-se as reflexões acerca do Direito e da sua função social e da necessidade de sua interpretação tendo em vista a Justiça. Assim, surge o pós-positivismo, que segundo Barroso (2001, p. 19) "é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais".

Desta maneira, observa-se que a partir da metade do século XX, já não havia espaço para o positivismo jurídico, muito embora o Direito estivesse impregnado pelo discurso científico o que impedia a simples volta ao jusnaturalismo. Logo, o pós-positivismo, surge não como uma corrente de pensamento de superação ou desconstrução do positivismo jurídico, mas sim como uma corrente de pensamento que permite a flexibilização do conhecimento científico obtido a partir do positivismo com a reintrodução no ordenamento jurídico das idéias de justiça e de legitimidade.

Neste contexto o Direito Constitucional moderno prevê o retorno dos valores, com a reaproximação entre Direito e ética, compreendendo que esses valores materializam-se em princípios que devem ser abrigados no texto constitucional, seja explícita ou implicitamente.

Aqui é preciso ressaltar que o pós-positivismo não cria os princípios, vez que sua origem remonta aos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, desde a mais remota antiguidade, o que o pós-positivismo traz de novo é a compreensão de que os princípios são admitidos definitivamente como normas, ou seja, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos, daí a necessidade de interpretar os Códigos à luz da Constituição, sob pena de ir contra o ordenamento jurídico estabelecido pela Lei Maior.

Quanto aos princípios afirma Luis Roberto Barroso (2001, p. 20): "Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie".

Diante do exposto, um dos sustentáculos do pós-positivismo é a distinção entre regras e princípios enquanto espécies do gênero norma. Tal distinção é indispensável para que se verifique a superação do positivismo legalista, onde as normas se restringem às regras jurídicas.

No contexto ora delineado a Constituição passa a ser um sistema aberto de princípios e regras, onde há a interferência de valores suprapositivos, e cujo objetivo principal é a efetivação da justiça e a concretização dos direitos fundamentais e humanos.

Alexy, numa citação de Paulo Bonavides (2004, p. 277), distingue princípios e regras da seguinte maneira: "os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras sendo também normas, têm, contudo grau relativamente baixo de generalidade".

Isto vale dizer que os princípios têm haver com valor, enquanto que as regras têm haver com validade, tal percepção é possível quando do confronto entre princípios e do confronto entre regras.

Quem melhor explica sobre a generalidade encontrada em regras e princípios é Boulanger, também citado por Bonavides (2004, p. 266), segundo o qual a regra pode ser entendida por geral dado ao fato de que é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, ao mesmo tempo em que é específica por ser editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já os princípios são gerais por comportarem uma série indefinida de aplicações.

Dworkin (*apud* BONAVIDES, 2004, p. 281), também, contribui para esta distinção ao estabelecer dois critérios baseados nas idéias do tudo ou nada e do peso ou da importância.

Diante desses critérios, as regras jurídicas são ou não aplicáveis, ou seja, havendo os pressupostos de fato aos quais a regra se refira e sendo ela válida, a regra deverá ser aplicada. O mesmo não ocorre com os princípios, vez que não são aplicados automaticamente, mesmo quando presentes as condições necessárias para a sua aplicação.

Já os princípios, de acordo com o segundo critério, possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas, qual seja a dimensão do peso ou da importância, que só será possível estabelecer no caso de conflitos entre dois princípios.

Como se vê para Alexy o conceito de princípio é bem mais amplo do que para Dworkin, no que se refere a sua abrangência material.

Ainda quanto a critérios de distinção entre princípios e regras, Canotilho dá a sua contribuição estabelecendo cinco critérios que foram transcritos por Ruy Samuel Espíndola em sua obra *Conceito de Princípios Constitucionais* (2002, p. 70):

"a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) "Proximidade da idéia de direito": os princípios são *standards* juridicamente

vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "idéia de direito" (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.

e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso uma função normogenética fundamentante".

Vale ressaltar que, segundo Ruy Samuel Espíndola, a partir do pensamento de Eros Grau e Noberto Bobbio, que os princípios estão compreendidos tanto no conceito de lei como no de princípios gerais do direito, logo se pode falar em princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos na ordem jurídica vigente.

Frente ao exposto, têm-se então, princípios gerais do direito e princípios constitucionais. Neste sentido segundo Carmem Rocha (*apud* ESPÍNDOLA, 2002, p. 82): "Os princípios gerais do direito são geradores de outros princípios e regras, logo é essa generalização que possibilita a Constituição cumprir o seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos, que a vida não permitiria algemar-se em travas de lei".

Antes de passar adiante é importante mencionar que nem sempre a distinção entre princípios e regra será pacífica, vez que a própria redação da norma ocasiona dificuldades de distinção. É o que ocorre com as regras que contém termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, nessas hipóteses "a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada" (BARROSO, 2001, p. 23).

No que se refere a evolução das Constituições, de acordo com Luiz Luisi (1991) as Constituições, desde o século XVIII até as contemporâneas expressam ideais iluministas (Rechtssaats) e do Estado Social (Sozialstaats), assim se pode afirmar que incorporam princípios do Estado Social e do Estado Social conciliando-os.

A manifestação mais contundente desta conciliação entre os dois tipos de Estado é a fixação de limites ao poder punitivo do Estado quando resguarda direitos individuais, ao mesmo tempo em que permite a expansão deste poder ao objetivar a tutela de bens cuja tutela é imprescindível para o alcance dos fins sociais do Estado (LUISI, 1991, p. 10).

Desta maneira, a conciliação de princípios de caráter liberal e social no bojo das Constituições, tem ocasionado o surgimento de "um novo direito penal". "Ou seja: de um novo direito criminal onde os princípios inarredáveis da herança iluminista se mesclam em convívio, as vezes tenso, mas plenamente possível com as exigências de proteção dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material" (LUISI, 1991, p. 10).

Diante do exposto, para se compreender a gênese do conceito de bem jurídico a partir da Constituição dentro de quaisquer umas das duas Teorias Constitucionais do bem jurídico, antes mencionadas, é necessário compreender o significado da expressão Política Criminal.

Pois bem, segundo Liszt, citado por Luiz Regis Prado (1997, p. 33) "a Política Criminal vem a ser um compêndio sistemático de princípios conforme os quais o Estado leva adiante a luta contra o delito".

Segundo Luiz Regis Prado, para Liszt o bem jurídico se encontra no limite entre a Política Criminal e o Direito Penal (1997, p. 33). Já em se tratando do bem jurídico no contexto da Constituição o pensamen-

to não se difere muito, vez que segundo o mesmo autor "o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normativização de diretivas político-criminais" (1997, p. 51).

Isso significa que o bem jurídico-penal numa perspectiva constitucional deve partir da observância dos princípios constitucionais que ensejem caminhos mais profícuos para Estado na sua luta contra o delito.

Em fim, como se observa da contextualização evolutiva tanto do bem jurídico, feita no primeiro item deste artigo, como do registro evolutivo do pensamento jurídico do jusnaturalismo mais primitivo até o pós-positivismo, o bem jurídico-penal, hodiernamente deve ser enquadrado numa perspectiva pós-positivista, que dado o estudo ora realizado, melhor se desenvolve dentro da Teoria Constitucional de caráter amplo.

Assevera este argumento a afirmativa de Luiz Regis Prado (1997, p. 54) quando fala dos princípios fundamentais e bem jurídico: "O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, norteada pelos princípios fundamentais da personalidade e individualização da pena; da humanidade; da insignificância; da culpabilidade; da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e da fragmentariedade".

Considerações Finais

A execução da tarefa proposta, qual seja, falar sobre a Teoria do Bem Jurídico-Penal em consonância com a Teoria Constitucional, revelou a certeza da pertinência desta e de futuras e necessárias incursões sobre o tema, além da convicção de que se não foi relevante à discussão tal como foi efetivada, em muito contribuiu para uma visão panorâmica da problemática do bem jurídico-penal sob a ótica do pensamento jurídico pós-positivista.

Assim, diante do exposto ficou demonstrado que as concepções acerca do bem jurídico evoluíram em conjunto com a evolução do pensamento jurídico, sendo a perspectiva constitucional do bem jurídico uma resposta à evolução do pensamento jurídico, que na atualidade não comporta mais um direito posto inflexível, ou seja, incapaz de reconhecer os verdadeiros anseios sociais em matéria penal.

Ressalta do estudo realizado que desde a sua origem a Teoria do Bem Jurídico teve como ponto conflituoso à questão a bem jurídico-penal enquanto parâmetro de controle da atividade incriminadora do Estado.

Diante de tal constatação a Teoria Constitucional de caráter amplo é a que melhor possibilita a efetivação real do controle anteriormente mencionando, sem com isso cristalizar o Direito Penal.

Em fim, muito pelo contrário, vai ao encontro das expectativas quanto à efetividade da norma penal num Estado Democrático e Social de Direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:* Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7 ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, a. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2004.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal.*São Paulo: RT, 2002. (Série as Ciências Criminais no Século XXI – V. 7)

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral.* 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou Neoliberalismo:* o que interessa e a quem? {s. l.}: Síntese, {s. d.}.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais:* Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT: 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal.*São Paulo: RT, 2002. (Série as Ciências Criminais no Século XXI – V. 5)

KIST, Dario José. Bem Jurídico-Penal: evolução histórica, conceituação e funções. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto510.htm>. Acesso em: 23 jul. 2004.

LAZZARIN, Sonilde Kugel. O Bem Jurídico-Penal como limite ao poder punitivo do Estado. Disponível em: <http://www.congesopenal2003.com.ar/seccion/listaponencia.asp?t=2>. Acesso em: 23 jul. 2004.

LUISI, Luiz. Direito Penal: Bens constitucionais e criminalização. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>. Acesso em: 23 jul. 2004.

_____. *Os Princípios Constitucionais Penais.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.* São Paulo: Saraiva, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-Penal:* um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição.* 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado:* o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Desafios do Direito Penal na era da Globalização. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano V, n. 106, junho/2001.