

A TEORIA DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS E O DIREITO PENAL MODERNO: UMA RELEITURA A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Integrante do Grupo de Pesquisa “Asa Branca Criminologia” no Diretório Geral de Grupos de Pesquisa do CNPq.
E-mail: <ericababini@hotmail.com>.

RESUMO

O trabalho discute a teoria dos bens jurídico-penais, fundamento racionalizador do poder punitivo estatal, questionando-a a partir das demandas do Direito Penal Moderno. O objetivo é confrontar as funções declaradas, no âmbito dogmático, com fundamentos do Direito Penal Moderno, valendo-se para isso, de um conjunto de julgados que trabalham as duas temáticas no Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a metodologia é de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. Percebeu-se que as funções racionalizadoras têm sido usadas de forma retórica pela doutrina e pela jurisprudência, na medida que implicam formas de expansão do Direito Penal, afastando-se dos escopos para as quais foram idealizadas pelos clássicos iluministas, o que demanda, desse modo, nova releitura da teoria dos bens jurídicos à luz dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Teoria dos Bens Jurídico Penais. Direito Penal Moderno. Retórica. Expansão. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

São sempre de grande vulto as problemáticas que envolvem o Direito penal, tendo em vista que o Direito Penal é e, si violência, pois todas as suas formas de intervenção são dessa natureza. Por essa razão, não é por outra razão que o Direito penal carrega consigo um caráter dúbio, pois tutela bens de uns, ferindo bens de outros, é como uma espada de dois gumes, que na metáfora grega do *fármakon* pode, o direito penal, como qualquer outro remédio forte, pode ser veneno ou meio de cura (SABADELL, 2006, p. 49).

É, em razão dessas consequências do agir criminal, que se questiona as funções¹ que exerce

1 “Existe hoje um renovado interesse pela problemática relativa à função do direito penal e um largo acordo em que a sua correta determinação constitui um dos mais relevantes comandos de um programa político-criminal de domínio e controle da criminalidade”. (DIAS, 1982, p. 40).

o Direito Penal e qual o papel que pode desempenhar na redução da criminalidade, até porque a resposta à inquirição por que punir, justifica, racionalmente, a intervenção punitiva².

Neste texto, procura-se discorrer sobre a teoria dos bens jurídico-penais e as funções que exerce junto à dogmática penal, para ao fim, confrontá-las com alguns posicionamentos jurisprudenciais, pois, sob a hipótese de um marco teórico do Direito penal moderno, tem-se que, apesar do argumento de racionalização da dogmática p, parece não ser o bem jurídico o critério

2 Para se entender o problema da justificação ou não do direito penal, é necessário uma divisão categórica em três questões: o direito de punir – a pena, as escolhas que antecedem à definição dos pressupostos da pena os delitos; e, por fim, a justificação das formas e procedimentos – o processo penal, em que cada uma dessas questões se refere a quatro outras perguntas mais específicas “se, como, quando e por que punir, proibir e julgar” (FERRAJOLI, 2002, p. 167).

de limitação do *ius puniendi*, tal como idealizado. Ao reverso, tem esse fundamento autorizado a expansão do poder punitivo, importando sérias consequências na estrutura dogmática.

Esclareça-se, desde logo que a missão (função) do Direito Penal refere-se àquilo declarado pela ordem jurídica, sob o ponto de vista dogmático, o que não importa necessariamente o seu cumprimento na ordem prática, o que, aliás, a criminologia crítica já se encarregou de denunciar através das funções não declaradas (manutenção do sistema social escalonado).

Não será possível, porém, adentrar no mérito de funções declaradas x não declaradas, dada a exiguidade do espaço. Aqui, a análise visa observar se as funções propostas pelo Direito penal, através da teoria dos bens jurídicos, são efetivamente cumpridas pela própria dogmática ou se essas são uma forma de encobrir outras realidades, como uma espécie de ideologia que oculta a realidade. Uma ponderação que permitirá compreender por uma de duas vias: a validade da teoria, potencializando-a e justificando os fundamentos do Direito Penal; ou sua inadequação enquanto fundamento deste ramo do Direito, influenciando, por via de consequência, a própria legitimação do poder punitivo; demandando uma nova releitura.

Assim, a abordagem visa realizar uma espécie de controle da funcionalidade da teoria dos bens jurídico-penais, um juízo importante na medida em que as restrições de direitos fundamentais através da pena devem ser, no espaço democrático, sujeitas a um processo de legitimação perante à sociedade.

Obviamente, a partir da orientação política do Estado brasileiro, os liames do Estado Democrático de Direito são os limites de análise, de modo que se tornam desnecessárias as outras formas de funcionalização do Direito Penal, que em outros modelos estatais procuravam justificar o exercício do *ius puniendi* com as mais graves infrações aos Direitos Humanos, como o foi o funcionalismo sistêmico³.

Siga-se

3 O funcionalismo parte da premissa de que os indivíduos e as instituições cumprem papéis, cuja rotura por um comportamento é considerada um desvio, objeto de imediata corrigenda pela pena, para fins de reintegração e estabilização, novamente, da sociedade. A função, portanto, é reintegrar, exemplificativamente, a vigência efetiva dos valores violados pelo “delinquente”. A pena deve reforçar a convicção coletiva em relação à transcendência

2 O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DOS BENS JURÍDICO-PENAI E OS OBJETIVOS CLÁSSICOS

A construção histórica das funções que cumpre o Direito Penal remonta especialmente o período iluminista, em que Feuerbach, formado na filosofia kantiana, criticava a exacerbação do *jus* racionalismo e, na premissa do imperativo categórico Kantiano, pontuava que “existem direitos subjectivos do homem que são indisponíveis, por decorrerem da sua autonomia moral, e a característica essencial e indispensável de todo o direito objectivo é a sua positividade” (KAUFMANN, 2002, p. 116).

A origem atrela a função do Direito Penal à proteção de interesses subjetivos, entendidos esses como valores importantes para o homem, reconhecidos independentemente de um ato jurídico. Com essa perspectiva, o autor do Código Penal da Baviera, visava aperfeiçoar a distinção entre direito e moral, concebendo que a esfera do Direito impõe-se naquela, quando se conhece os direitos para serem protegidos. Na verdade, a sua pretensão foi muito mais limitar o raio de atuação do *ius puniendi* ao colocar os interesses humanos em primeiro plano, e não interesses religiosos ou estatais.

Com o advento do positivismo científico, levado ao extremo pelo positivismo jurídico em meados do séc. XIX, dada a metodologia empirista de observação controlada dos fatos, os direitos naturais foram menosprezados e, com isso, a ferramenta de limitação do poder punitivo foi revisitada. O perfil dogmático culminante no século XIX é impresso na conceituação de Birnbaum, definindo o conteúdo material do bem jurídico, e posteriormente, com Binding, quando se estabelece o positivismo na mais pura essência. (BRANDÃO, 2002, p. 108).

Por outro lado, o positivismo sociológico levou ao esvaziamento do conceito, já que a demanda para com o Estado era proteger a sociedade contra o homem criminoso, nas percepções do senso comum, lastreado por um cientificismo criminológico (CANTERO, 1975). Aliás “o bem jurídico é excluído de qualquer apreciação, pois não é útil à proteção da sociedade, é mais uma metafísica

desse valores, fomentando e disseminando os mecanismos de integração e de solidariedade social frente ao infrator; devolvendo ao cidadão “honesto” a confiança no sistema. (JAKOBS, 2003).

sica dos clássicos que os positivistas se afastavam (MACHADO, 2010).

Contudo, Arturo Rocco através da palestra proferida em 15 de janeiro de 1910, na aula inaugural da Universidade de Sassari, atesta sua aversão ao sociologismo, mostrando que o Direito penal se deparava no “estado de necessidade, incerteza e permanente perplexidade”, a ponto de indagar se “uma Ciência chamada Direito Penal era ou não uma Ciência Jurídica, pois continha antropologia, Psicologia, Estatísticas, Sociologia, Filosofia, Política; ou seja de tudo menos de Direito” (ROCCO, 1999, p. 50).

Neste sentido, o tecnicismo jurídico resgatou o conceito de bem jurídico sob o prisma eminentemente legislativo, excluindo de seu âmbito qualquer apreciação valorativa e social, na Itália Franz Von Liszt (2003) adotou uma postura eclética, fincando as matizes da Ciência penal.

De outra banda, o nacional socialismo, baseado no pressuposto das raças superiores, renunciou à busca da função garantista liberal do bem jurídico e centrou sua atenção no aspecto teleológico do conceito, pois os bens jurídicos são “uma fórmula sintética em que o legislador reconhece o fim que persegue em cada uma das prescrições penais e como uma síntese categorial na qual o pensamento jurídico se esforça para captar o sentido e o fim das prescrições penais particulares” (HORMAZÁBAL.MALARÉE, 1984, p. 334)

O bem jurídico subjetivo foi construção doutrinária da Escola de Kiel, que a rigor, fez desaparecer a concepção do bem jurídico em si mesmo, isto é, esvaziou o conteúdo material do mesmo, substituindo-o pela doutrina criminal da virtude, e assim o delito passou a ser a violação de um dever para com o sadio sentimento do povo, uma forma de legalização de deveres éticos⁴, cedendo espaço aos tipos penais do autor.

Na verdade, o que se deu foi uma anulação de todos os limites ao exercício do poder punitivo, por meio de um altíssimo nível técnico da ciência jurídico-penal alemã, com o esvaziamento dos princípios liberais. Nesse modelo, o Estado estava subordinado à comunidade do povo, entendido este como a união vital originária e natural, formada por parentesco de toso os presentes mais os passados e os futuros – a comunidade do povo na raça.

4 Ressalte-se, entretanto, que a menção a dever ético distingue-se da forma moderna alemã trabalhada por Hans Welzel, que mantendo o bem jurídico exige para integrá-lo um elemento subjetivo, desenvolvendo uma perspectiva personalista do ilícito.

Contudo, após a Segunda Guerra mundial, nascem duas grandes tendências, na tentativa de resgatar o conteúdo material de bens jurídico-penais: as tendências constitucionalistas e a sociológica, as quais, seja qual for a definição concedida, assinalam “um consenso fundamental de base quanto à definição de bem jurídico. Todas as afirmações sublinham o carácter de essencialidade dos bens para a existência humana em comunidade” (CUNHA, 1995, p. 83). De fato, “nenhuma práxis jurídica e nenhuma concepção do Direito foi à mesma após 1945” (HASSEMER, 1996, p. 35).

Nesse sentido, o bem jurídico deverá a ser um instrumento legitimante, capaz de efetivamente limitar a intervenção penal na esfera privada do homem, evitando os aviltamentos à sua própria natureza. Esse instrumento foi encontrado na Constituição de cada Estado.

A teoria dos bens jurídico-penais, sob o ponto de vista constitucionalista, nasce do pressuposto da hierarquia constitucional, que representa um padrão de referência da valoração social de determinados elementos. Assim “se a função do direito penal é, em último termo, a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na comunidade, então tudo dependerá daquilo que em cada momento se revela como *fundamental* a este propósito e a esta luz” (DIAS, 1999, p. 69).

Enfim, no intuito da formação de uma teoria que afaste os aspectos transcendentais e imanetistas até então apresentados desde Feurbach, o elemento Dignidade da Pessoa Humana surge como vetor de orientação legislativa, sendo a pessoa humana o elemento primordial de toda e qualquer política criminal.

Assim, o foco de atenção do Direito Penal passa a ser os bens jurídicos como elemento de tutela e função maior do ordenamento jurídico-penal, a ponto de que “A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido” (ROXIN, 2006, p. 16).

A doutrina penal, em geral, estabelece uma relação entre a função penal e a própria missão estatal (ZIPF, 1979, p. 35), posto que a lógica da teoria é assente em dois pressupostos: um porque os direitos fundamentais previstos normativamente em qualquer âmbito legislativo precisam ser tutelados pelo Estado contra a ameaça dos demais, e

dois porque frequentemente ocorrem lesões a esses direitos, cabendo ao Estado declarar quem o detém legitimamente, punindo os que violam ilegalmente (SABADELL, 2006, p. 47).

Como se percebe, variando ao sabor das vicissitudes históricas, muitos conteúdos foram e são atribuídos ao bem jurídico. Todavia, dois pressupostos não podem ser perdidos de vista: a relação com os direitos fundamentais, previstos normativamente, carentes da tutela estatal; e a necessidade do punir quem ofende esses valores ilegalmente (SABADELL, 2006).

Com isso a Teoria qualifica-se com uma característica teológico-funcional, pois indica que o conceito de crime não pode ser deduzido de ideias sem conteúdo determinado, ao revés deve pautar-se num fim, isto é, na proteção de valores; e, também, com uma racionalidade, porque fundamenta a necessidade de intervenção penal, justificando-a como *ultima ratio* (DIAS, 1999).

Não é sem razão afirmar que “a tutela de bens jurídicos que define simultaneamente a função do direito penal e marca os limites de legitimidade de sua intervenção” (ANDRADE, 1998, p. 389).

Nesse contexto, importa compreender que a legitimidade do Direito Penal está condicionada à realização da função que declara cumprir, isto é, a proteção dos bens jurídicos, e que o uso do *jus puniedi* somente pode ser manejada para tal fim.

Partindo de um Estado Democrático de Direito, o Direito penal deve “funcionar como um mal menor que somente é admissível na medida em que resulte de todo necessário.” (MIR PUIG, 2006, p. 85), sendo essa necessidade condicionada não a “quando ‘lhe interesse’ (o poder punitivo), ou lhe pareça útil para proteger interesses de grupos de poder, mas somente em caso de lesão ou ameaça de lesão de um bem jurídico previamente identificado” (SABADELL, 2006, p. 51).

Eis a razão pela qual é a teoria dos bens jurídico-penais o fundamento e o limite da intervenção penal, cumprindo ela algumas funções

2.1 AS FUNÇÕES DA TEORIA DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS

O papel do conceito de bem jurídico deve ser analisado, primeiramente, sobre a perspectiva intra-sistemática, a qual cumpre funções exegética e dogmática, como interpretação teleológica das normas e, posteriormente, do ponto de vista extra-sistemático, em que se verifica a legitimação

em níveis ideológico e político, demonstrando as condições necessárias ou suficientes da produção normativa. Ou seja, são diferenças de pressupostos que cabe à análise das funções em que a intra-sistemática é ontológica e a extra-sistemática epistemológico (BARATTA, 1994).

As principais funções de ordem intra-sistemática, apesar da divisão não ser precisa, são 2.1.1 - fundamento do injusto, teleológica ou interpretativa e 2.1.2 - sistemática e de garantia, sem as quais “não poderíamos falar de bem jurídico, senão como algo do tipo sexo dos anjos. Que, como é sabido, ainda que exista – se é que existe – não cumpre função alguma” (TOLEDO Y UBIETO, MCMXC).

2.1.1 FUNÇÃO DE GARANTIA - A MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A função de garantia indica a capacidade limitadora do bem jurídico em relação à atividade legiferante estatal, de modo que o legislador não pode criminalizar uma conduta, quando outras esferas do Direito são suficientemente capazes de responder à violação do valor normativamente protegido.

O fundamento da garantia reside na condição democrática do Estado no qual o sistema penal está inserido, pois o conceito guarda estreita relação com o Poder Legislativo indicando as barreiras intransponíveis que o poder punitivo estatal esbarra, concretizando o limite axiológico expresso pela Constituição, consagrados pelos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Dessa forma, onde bastem os direitos civil, administrativo ou qualquer ordem jurídica, o Direito penal deve se retirar, pois o dever de “punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social” só se justifica por extrema necessidade (ROXIN, 1993, p. 29).

O critério garantidor remonta a saída do Estado de Direito, puramente garantístico para o Estado Social, momento no qual as normas ganham caráter intervencionista assistencial, protegendo interesses coletivos, mas que ao mesmo tempo deve respeitar as limitações próprias do Estado de Direito, ao mesmo tempo em que fomenta as prestações individuais, desenvolvendo um mecanismo específico de proteção penal. Nesse ensejo, reconhece-se à função garantista uma pecha político-criminal que cabe reconhecer uma dinâmica própria da sociedade indicando a crítica ao siste-

ma penal, submetendo-o, rotineiramente, ao processo de revisão, ensejando os movimentos de criminalização e descriminalização, em que cabe ao intérprete investigar o legítimo bem jurídico tutelado pela norma. Uma face negativa de limitação do avanço do controle social via poder punitivo.

Com isto, “o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal” (PRADO, 2003, p. 60). Isto significa que não se pode perder de vista o sentido informador do bem jurídico na elaboração do tipo penal, informando ao legislador o que deve ou não ser criminalizado, limitando-o com seu poder legiferante.

Neste sentido a teoria dos bens jurídicos deve obedecer à dialética de reconhecer os direitos individuais, fruto da soberania popular, capaz de exercitar-se por representação, modelo de origem liberal, portanto, concentração e limitação do Estado, mas ao mesmo tempo, em razão de um Estado Social que é intervencionista, o papel do Direito Penal passa a ser preventivo, reconhecendo os novos interesses sociais, o que implica amparar uma quantidade cada vez maior de bens jurídicos. Isto é, o conceito deve procurar harmonizar os elementos de um Estado Social e Democrático de Direito (TOLEDO Y UBIETO, MCMXC).

Portanto, “o bem jurídico cumpre uma função de garantia para os sujeitos, ao passo que legitima a intervenção estatal e por isso mesmo aponta o problema da *Genesis* e da legitimação da norma penal” (BUSTOS RAMÍREZ, 1987, p. 185).

Enfim, o princípio orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. É essa constituição do Direito penal da *ultima ratio*.

2.1.2 A FUNÇÃO SISTEMÁTICA E SUAS DERIVAÇÕES: O FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA LESIVIDADE.

A função sistemática guarda duas vertentes, a primeira como fundamento da infração, já que o delito é uma lesão ou perigo a um bem jurídico, funcionando como critério de baliza para análise da violação (ou não) do bem jurídico; e a segunda como critério de classificação das diferentes espécies de infrações (ROSAL, 1999, p. 321), indicando as regras de proporcionalidade, tanto sob o ponto de vista legislativo (elaboração do tipo penal), como sob o ponto de vista jurisdicional de aplicação da pena.

Como se extrai da função fundamentadora, o bem jurídico é o objeto de tutela do Direito penal, consequentemente é sob esse que se funda o injusto, em que nele se firma para a realização da repressão que se encerra na imposição de pena. E é exatamente por isto que toda a interpretação do Direito Penal se inicia pelo bem jurídico penal.

Por esse motivo, alguns doutrinadores defendem que o bem jurídico é o elemento central do tipo penal (JESCHECK, 1998), de modo que não somente constitui o ponto de partida e a ideia reitora da formação do tipo, como também a base e a estrutura da interpretação, não se podendo valorar a aplicação da norma penal que não se pautar no bem jurídico protegido (FERNANDÉZ, 2004), isto é, não se pode admitir a intervenção penal que não seja para proteger um valor, consensualmente, avaliado como digno de tutela penal.

Neste contexto, Ripollés (1998) enuncia que o conceito de bem jurídico há surgido do aprofundamento dos estudos da antijuridicidade, constituindo ele mesmo o elemento principal da antijuridicidade material, estabilizando-se frente à antijuridicidade formal, própria do positivismo jurídico.

Com isso a responsabilidade penal se resolve num juízo de desvalor, devendo se constatar a efetiva danosidade social da conduta, verificando a lesividade do fato de acordo com os fins perseguidos pela lei penal, o que justifica o raciocínio de alguns doutrinadores defenderem que a categoria dos bens jurídicos não se reduza ao elemento tipicidade, mas que atravesse todo o tipo do injusto e a culpabilidade⁵.

Assim, é incontestável ser o bem jurídico o fundamento do injusto penal – e neste caso, a teoria guarda estreita relação com o princípio da legalidade que, como “Princípio dos princípios” (BRANDÃO, 2002), determina que somente haverá a cominação de uma pena se uma conduta ofender um valor erigido, judicialmente, à categoria de bem. Isto é, constituirá *nulla poena*, se não for direcionada a proteção de um valor.

⁵ É bem verdade que alguns autores retiram o bem jurídico do conceito de elemento do tipo, como o faz Edmund Mezger, declinando o elemento do tipo ao objeto material. Entretanto, a grande maioria da doutrina o inclui como elemento do tipo, basta ponderar, no que se refere à tipicidade, que é excluída quando presente o princípio da insignificância, a adequação social da conduta, ou no que tange à antijuridicidade, a questão da antijuridicidade material ou teoria dos elementos negativos do tipo, e ainda as condutas justificadas dado o consentimento do ofendido.

Trata-se de pressuposto necessário de toda atividade punitiva que se realize por meio do Direito e não da força. É um princípio estreitamente conectado à noção de Estado de Direito. Aliás, no Estado do Direito não há legitimação possível que não se apoie no texto legal, sobretudo no texto constitucional.

O fato é que dispor sobre o fundamento da conduta penalmente reprimida, o bem jurídico estabelece o critério de classificação, fazendo nascer o princípio da proporcionalidade, no qual define quantidade de penas conforme a importância do bem jurídico protegido.

O caráter fundamentador estabelece o enlace com a função exegética ou interpretativa, de ordem político criminal que desempenha também esta Teoria, dado que é essa função que indica a finalidade e os valores protegidos pela norma evitando que o Direito penal não sirva de fundamento para outras funções, excluindo deste âmbito a interferência de elementos pessoais do legislador ou do julgador, assim como as eventuais proteções da moral ou de tabus, de manifestações ideológicas, de sentimentos, de manifestação meramente simbólica ou abstrações (ROXIN, 2006).

A função exegética impõe que a interpretação do Direito Penal deve sempre ser baseada na proteção de um valor, de modo que quando ausente a danosidade, não cabe jamais a intervenção na ordem individual, pois a pena é uma consequência grave ao cidadão cuja justificativa reside na extrema necessidade. Não é por outra razão que essa função faz com que o bem jurídico funcione como uma espécie de termômetro crítico para avaliar até que ponto a intervenção penal é necessária, de modo a “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas [...] o direito penal não está legitimado nem é adequado à educação moral dos cidadãos” (ROXIN, 1981, p. 25).

Trata-se da consagração dos princípios da lesividade e ofensividade.

A lesividade diz respeito à exterioridade da conduta a qual se relaciona com outro sujeito, ofendendo-lhe em seus direitos, afastando qualquer ideia de comportamento pecaminoso ou imoral, isto é, não pode o Direito Penal ser usado para a educação moral dos cidadãos. “À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral ou escandalosa ou diferente – falta lesividade que pode legitimar a intervenção penal” (BATISTA, 2005, p. 91).

Então a lesividade cumpre quatro funções: a) proibir a incriminação de uma atitude interna, de modo que ideias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos não podem fundamentar um tipo penal; b) proibir a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, isto é, não punir atos preparatórios, auto-lesões; c) proibir a incriminações a estados ou condições existenciais, isto é, respeitar a autonomia moral, respeitando o ser, de modo que somente pode punir alguém pelo que ela faz, o que enseja um Direito Penal do fato, e não do autor; d) proibir a incriminação de condutas desviantes que não afetem a qualquer bem jurídico. Conduta desviada é aquela fortemente desaprovada pela sociedade, o que implica dizer em “direito à diferença”, isto é, práticas ou hábitos de grupos minoritários que não podem ser criminalizadas⁶.

Da lesividade desdobra-se a ofensividade, princípio que diz respeito ao atingimento do bem jurídico alheio protegido, de modo que as condutas não violadoras dos valores alheios devem ser afastadas de qualquer incriminação. Isto é, a conduta será atípica se não chegar a cotejar esse bem, posto que a sua ofensividade foi incapaz de ofender ou colocar em perigo o valor tutelado.

Em outras palavras, é afastar a compreensão de que “a missão do direito penal é defender (a sociedade), protegendo (bens ou valores ou interesses), *garantindo* (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou *confirmando* (a validade das normas)” (BATISTA, 2005, p. 111), como se a sua virtude fosse resolver casos.

Neste diapasão é fácil perceber o caráter transcendental do bem jurídico, haja vista que o mesmo permite avançar além da mera compreensão exegética e literal da lei (herança do positivismo jurídico e da Escola Técnico Jurídica), avaliando a própria necessidade de intervenção deste Direito, que deve se dá apenas para proteger valores.

Nesse ensejo, percebe-se que as funções são o fundamento da realização de princípios penais e que inclusive são de ordem constitucional: o princípio da intervenção mínima que guarda relação com a função fundamentadora do injusto e os princípios da ofensividade e proporcionalidade, relacionados com a função exegética.

6 Não se pode castigar ninguém porque use barba ou deixe de usá-la, porque corte ou não o cabelo, pois com isso não se ofende a qualquer bem jurídico, e o direito não pode formar cidadãos com ou sem barbas, cabeludos ou tonsurados, mais ou menos vestidos, mas tão-só cidadãos que não ofendam bens jurídicos alheios.” (ZAFFARONI, 2004, p. 53).

Isto é, a realização dos princípios da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, entre outros, todos como derivação da legalidade, permeiam a funcionalização ao bem jurídico.

Como ressalta Roxin, “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral [...] o direito penal não está legitimado nem é adequado à educação moral dos cidadãos” (ROXIN, 1981, p. 26).

3 OS DESAFIOS DOGMÁTICOS ANTE O DIREITO PENAL MODERNO

Não obstante as funções discutidas, em razão da mutação da configuração do Estado, o conceito dogmático do bem jurídico também sofre transformação, de modo que, segundo os doutrinadores de um Direito penal moderno, não cabe ao bem jurídico tão somente a função de limitação do *ius puniendi*, porque mais do que isto, deve englobar um parâmetro político-criminal (MIR PUIG, 2006).

A tendência moderna é idealizar um novo Direito Penal, apto a tutelar novos bens jurídicos, fruto do reconhecimento de novos valores, geralmente de cunho coletivo, abdicando de garantias individuais adquiridas ao longo da história penal. Os novos regramentos constitucionais, em grande parte do mundo ocidental, partiram da premissa de um Estado Democrático Social de Direito, cujo fundamento material não poderia ser mais restrito aos elementos do Estado liberal tradicional.

São novos processos econômicos oriundos de uma globalização crescente e constante, inclusive de valores⁷ de ordem supra-individual - o meio ambiente, a fazenda pública, os delitos contra consumidores, a economia, riscos atômicos, biotecnológicos, químicos etc, os quais não seriam suportados pelo conceito individualista do bem jurídico.

⁷ Sobre a pretensão de universalização de valores, basta a observação da construção de um Tribunal Penal Internacional, o qual “ não é dogmaticamente um modelo internacional de código de direito e processo penal. E nem poderia ser. Mas é uma tentativa de erigir um sistema de justiça criminal a partir da junção de mais de cento e cinquenta países num documento que fosse mais ou menos aceitável para cada delegação presente em Roma. Esta consideração é aplicável a todo estatuto mas, em particular, à parte 3, a qual é intitulada ‘Princípios Gerais’”. (KAI AMBOS, 2000, p. 26).

Dessa forma, o movimento político-criminal vem demandando uma revisão crítica do conceito de bem jurídico, que dado se “considerar o Estado com a simples função de guardião, não se visualizava a necessidade de intervenção nas disfunções dos processos sociais e econômicos” (BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 148).

O fato é que o Direito Penal moderno diligencia questões marcadamente político-criminais cujo eixo reitor é o risco, numa sociedade complexa e plural como a dos dias atuais; temas que repercutem na dogmática a ponto de se indagar se o Direito Penal é capaz de se adaptar, de modo que uma variação do Direito Penal, mais eficaz fosse concebida.

Como consequência da proteção de riscos, dá-se a produção acalorada de leis penais, levando a um processo que vai da descodificação à banalização, representando um avanço do Estado policial sobre o Estado de Direito (ZAFFARONI, 1998). Daí não é estranho concluir que o Direito Penal nesse modelo tem um caráter antigarantista e o pior, desmaterializa o conceito de bem jurídico, admitindo qualquer substrato social justificante da intervenção penal, basta à atribuição de valor.

Mas a tendência expansionista, ao dissolver a própria função do bem jurídico, já que os ilícitos não são ligados à responsabilidade pelo fato, mas pela incumbência de proteger entidades supra-individuais, denuncia a própria incapacidade daquele em limitar o Direito Penal. Isto é, recorrendo ao conceito de bem jurídico, dá-se a expansão penal, o que Padovani denominou de “metáfora conceitual”, pois, devido a pluralidade de valores “O único modo de tornar possível a coexistência democrática de todos os grupos sociais é renunciar a imposição coercitiva de exigências meramente éticas como a justiça, e limitar-se a evitar a lesão dos bens sociais (MIR PUIG, 2006, p. 39).

Bustos Ramírez (2004, p. 54) é ainda mais enfático quando enuncia que, na expansão da tutela penal, restringe-se os direitos e garantias individuais que, em si são imantados ao valor liberdade. Contudo, ao se utilizar o valor de seguridade como vetor de modificação legislativa, sem respeito às liberdades, o resultado é fortalecimento do poder do Estado; e nesse sentido, surgem situações de dificuldade da teoria dos bens jurídicos, o que pode ser verificado nos julgados a seguir.

Em princípio, é evidente, no âmbito dos Tribunais Superiores, diversas contradições na discussão sobre o princípio da insignificância,

implicando dificuldades no cumprimento da subsidiariedade do Direito Penal, como se vê nesse chamado de matéria no sítio do STF:

STF aplica princípio da insignificância contraditoriamente em duas decisões.

Um peso, duas medidas. Dois casos similares foram julgados ontem, 20/5, pelo STF com entendimentos diferentes. As decisões, relativas ao princípio da insignificância, foram dos ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. [...] O ministro Ricardo Lewandowski **concedeu liminar em Habeas Corpus (HC 99054) para suspender ação penal a que G.S.J. responde por uma ligação clandestina de água encanada, caracterizada como furto.**

De acordo com a denúncia do Ministério Público, **o furto causou prejuízo de R\$ 96,33 à Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan). O acusado se beneficiou da aplicação do princípio da insignificância tanto na primeira instância quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Mas o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu recurso do Ministério Público gaúcho e abriu ação penal contra ele.** [...]

Denunciada por furto de goma de mascar não consegue *habeas corpus*

O ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), **negou liminar no Habeas Corpus (HC 98944) pedido por V.C., condenada por dois anos de prisão pelo furto de caixas de gomas de mascar avaliadas em R\$ 98,80.** [...] O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também rejeitou a tese do princípio da insignificância (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108436&caixaBusca=N>>. Acesso em 06.10.2009. Grifos do autor).

Como se percebe, trata-se de prejuízos de igual monte, com a diferença de que o patrimônio, no primeiro caso, é de uma entidade da Administração Pública, e no outro é da esfera privada. Ocorre que o princípio da insignificância é dirigido à discussão da afetação (ou não) do bem jurídico protegido, independentemente de quem seja seu titular.

Isto é, atribuição de funções outras (no caso, a função simbólica positiva referente ao patrimônio público) que não a afetação do valor protegido desvirtua a teoria dos bens jurídicos penais, funcionando como um mero artefato retórico da justificativa punitiva.

Em outros julgados como estes, as mesmas problemáticas se repetem:

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) **negou, por unanimidade,** [...] crime de furto, ele teria subtraído, aos 19 anos de idade, uma **bicicleta, avaliada em R\$ 70,00 e, em ato contínuo, uma garrafa de uísque, avaliada em R\$ 21,80,** que estava à venda em um supermercado (BRASIL, STF, 2009a. Grifos do autor).

[...] Consta que o acusado, juntamente com um parceiro, afirmando estar interessado em alugar um imóvel, na posse das chaves, de lá **subtraiu um aquecedor de banheira de hidromassagem marca Cardal, avaliado em R\$ 180, uma ducha higiênica de hidromassagem e ferragens de box de banheiro** [...] (BRASIL, STJ, 2009a. Grifos do autor).

Por ausência de justa causa, a Turma, em votação majoritária, proveu recurso ordinário em habeas corpus para trancar ação penal instaurada contra acusado pela suposta prática do crime de descaminho [...] por ter ingressado em território nacional trazendo mercadorias de origem estrangeira, sem a documentação comprobatória de regularidade fiscal, alcançando os impostos devidos o montante de R\$ 2.528,24 (dois mil quinhentos e vinte e oito reais e vinte e quatro centavos). [...] **Asseverou-se que o art. 20 da Lei 10.522/2002 determina o arquivamento das execuções fiscais, sem cancelamento da distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) — valor este resultante da modificação pela Lei 11.033/2004. Saliou-se que a jurisprudência do STF é firme no sentido da incidência do princípio da insignificância quando a quantia sonogada não ultrapassar o valor estabelecido no mencionado dispositivo, o que implicaria falta de justa causa para ação penal pelo crime de descaminho** [...] (BRASIL, STF, 2009b. Grifos do autor).

Como se vê, a função de limitação que cabe ao bem jurídico exercer resta comprometida ante às demandas simbólicas de um Direito Penal tido como moderno, isto é, a atribuição de capacidade (simbólica) educativa, a fim de evitar riscos numa sociedade complexa, desvirtua toda a carga garantista em que foi concebida a teoria dos bens jurídicos.

No que tange à função sistemática, há diversas contradições no que tange à função fundamentadora que leva à proporcionalidade.

Analisando detidamente o Código Penal, ainda que sob o ponto de vista histórico, observa-se que a disposição dos bens jurídicos não era e não é dada conforme o grau de importância de valores consagrados socialmente.

No Brasil Colonial as Ordenações Filipinas construíram uma programação criminalizante, mas não era a vida da população indígena, nem muito menos a sua liberdade o objeto de preocupação do legislador, mas a extração não autorizada de especiarias da Colônia, um contrabando extremamente aviltante ao monopólio mercantilista (ZAFFARONI, 2003).

Tempos após, tal qual as especiarias da Colônia, o patrimônio torna-se alvo central nos idos de 1930, quando se deu a explosão do mercado de exportação financiado pela concessão de créditos do governo e a consequente incorporação da classe trabalhadora no cenário político. Nesse momento o consumo é elevado às alturas e o patrimônio, adquirido por aqueles que exaustivamente trabalham para adquiri-lo, deve ser protegido. Nesse momento, a propriedade privada tomou o centro da proteção penal, tornando-se pedra angular de todo o sistema penal.

Nesse ensejo, o Código Penal de 1940 protege mais intensamente os delitos contra o patrimônio do que aqueles que protegem a pessoa. Isto é as penas cominadas para os delitos⁸ de extorsão mediante sequestro qualificado pelo resultado morte é de 12 a 30 anos e de latrocínio, 20 a 30 anos, são bem maiores do que a pena cominada para o delito de homicídio simples - 06 a 20 anos, o que demonstra ser o patrimônio mais importante, do ponto de vista jurídico, do que a vida.

Enfim, “de fato e de direito apesar de todas as declarações democráticas seguirem reinvidicando que é mais importante o respeito à vida e à liberdade, o respeito à propriedade individual tem sido o principal” (BUSTOS RAMÍREZ, 1987, p. 154).

No que tange à função exegética que fundamenta a lesividade, percebe-se a presença de elementos de moralização, quando, na verdade deveria ser a conduta e dano provocado o norte de análise.

A proteção de valores eleitos essenciais à coletividade sofre interseções subjetivas do estereótipo, negligenciando a tipicidade material como requisito do tipo, punindo independentemente de lesão a valor.

A questão da moralidade que tangencia a Teoria dos Bens Jurídico-penais pode ser percebida na função de prevenção geral da pena, a qual se debruça exatamente no caráter simbólico do Direito Penal e impõe que através dela se chegue ao fim de valorizar uma moralidade particular.

8 Respectivamente, Art. 159, §1º, art. 155, §3º e art. 121, todos do Código Penal Brasileiro.

Isto é, ao elevar um valor à categoria de bem jurídico, está-se buscando programar na mente dos destinatários que aquela conduta é contrária ao Direito, e que todos devem manter fidelidade ao mesmo, assim, protege-se a consciência moral coletiva e assegura-se o juízo moral ético (HASSMER, 1991).

Dessa forma, quando se estabiliza o valor digno de tutela penal, o que está se realizando é uma moralização social, dado que o valor selecionado não é fruto de nenhum consenso, como já visto, mas determinado pelos que tem o poder de assim dispor que o fazem conforme suas pretensões sociais e que não é necessariamente (na verdade quase nunca) sequer similar aos anseios sociais.

Contudo, como o detentor da possibilidade de selecionar tem mais ou menos o perfil da sociedade considerada boa, partilhando com ela semelhantes valores, porque ambos pertencem a classes sociais semelhantes, a moralização que se impõe é útil, e acima de toda boa.

O exemplo mais significativo dessa engrenagem social reside na tutela dos crimes contra a Dignidade Sexual, mormente com a nova alteração promovida pela Lei 12.015/09. As novas disposições proíbem absolutamente relações sexuais com vulneráveis, independentemente de violência, entretendo que as pessoas menores de 14 anos, com discernimento mental reduzido ou deficiente não podem ter, jamais, relações sexuais, porque serão sempre vítima de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

Uma absolutização absurda, pois a autonomia moral dessas pessoas que apenas tem problemas mentais, mas que tem libido e desejo de amar e serem amadas, sem falar que o apetite sexual não guarda nenhuma relação com a incapacidade mental ou que livre e conscientemente estavam dispostas a se aventurar no mundo do sexo, ainda que em idade juvenil.

Talvez a discussão jurisprudencial relacionada à antiga redação “violência presumida”, se absoluta ou relativa, fosse menos aviltante, pois o saber do caso concreto em alguns momentos poderia amearhar a intolerância, apesar de a jurisprudência majoritária ter se filiado à presunção absoluta violência (BRASIL, STJ, 2009).

Além disso, as percepções moralizantes do legislador se imprimem na Mediação para a Satisfação da Lascívia de outrem, artigo 227º, Favorecimento da prostituição ou outra forma de

9 Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de um a três anos.

exploração sexual – art. 228¹⁰, todos do Código Penal, tão comum na sociedade moderna, cujos usuários da atividade favorecida, homens e mulheres, não têm recalque em usufruir, mas que o legislador teima numa pureza, faticamente irreal.

No que concerne à ofensividade, o que se tem visto é a presença de um Direito penal, não do fato, mas do autor, especialmente quando se trata de delito de tráfico de entorpecente, cuja política criminal é de tolerância zero.

No julgado abaixo, em que, o Ministro em julgamento de porte ilegal de arma de fogo, mesmo reconhecendo o instituto da *abolitio criminis temporária* que levaria à extinção da punibilidade, condena o agente por ser “traficante da baixada santista”. Reitere-se o delito analisado não é de tráfico, mas de porte ilegal de arma.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) **negou seguimento ao pedido de habeas corpus em favor de acusado de liderar tráfico na Baixada Santista.** [...].

Ronaldo é **acusado de posse ilegal de armas de fogo de uso permitido, de uso restrito e com numeração suprida, de munições, metralhadoras, silenciadores, carregadores e outros acessórios.**

A **defesa pedia o trancamento da ação penal. Alegou**, para tanto, que a **apreensão das armas, entre os dias 6 e 15 de junho de 2005, foi durante a abolitio criminis temporária** (período que a lei não abrange) do Estatuto do Desarmamento, já que o prazo de entrega das armas de fogo à autoridade policial foi estendido até o dia 31 de dezembro de 2008. Assim, alegando falta de justa causa, a defesa pediu o trancamento da ação penal em relação aos delitos de posse, registro e comercialização de armas e munição.

O relator, ministro Og Fernandes, já havia negado o mesmo pedido em recurso de habeas corpus interposto pelo próprio Ronaldo. No recurso, **o ministro afirmou que, quando há apreensão de arma ou munição dentro do período em que o Estatuto do Desarmamento ainda não estava em vigor, o STJ reconhece a descriminalização da conduta. Mas, neste caso, o local, a forma e a grande quantidade e variedade de armas e drogas apreendidas impossibilita a aplicação da abolitio criminis temporária** (BRASIL, STJ, 2010. Grifos do autor).

A atuação do Direito Penal, então, parece se dirigir à pessoa, e não ao fato praticado, o que fica

¹⁰ Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

ainda mais evidente quando se confronta entendimentos jurisprudenciais de crimes de colarinho branco com crimes contra o patrimônio.

AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário (BRASIL, STF, 2004).

Todavia, quando foi o caso do furto de uma vaca avaliada em R\$ 600,00, apesar de devolvida, o tratamento foi bem mais rigoroso, pois o pedido da defensoria pública baseado na analogia *in bonan partem* para aplicar a mesma extinção de punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, o argumento foi afastado (BRASIL, STF, 2009c).

Outrossim, “o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta o prosseguimento da ação penal”, aduz a Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal.

Como se percebe, a exegese nos crimes de colarinho branco em geral é mais sutil, prevendo possibilidades do uso da reparação do dano como causa de extinção de punibilidade, o que não se repete nos crimes contra o patrimônio, quando a interpretação é bem mais repressiva, o que não se justifica, pois aqui, é o patrimônio individual, uma ou algumas vítimas são aviltadas, ao passo que ali é muito mais grave, pois macula todo um sistema de previdência social ou a ordem econômica e mesmo os cofres públicos, os quais irão subsidiar os serviços públicos. Quer dizer, indiretamente os efeitos malévolos são múltiplos, o que implicaria uma postura mais acintosa dos julgadores. Mas não é isso que acontece.

Indo mais além, investigando a danosidade da conduta que fundamenta o exercício da função exegética da teoria dos bens jurídico-penais, percebe-se que nos crimes de perigo, as interpretações dos Tribunais Superiores são sempre de perigo abstrato, afastando a percepção de perigo concreto, seja nos crimes de porte ilegal de arma de fogo (BRASIL, STF, 2009d), no uso de entorpecentes (BRASIL, STJ, 2009b), contra o consumidor (BRASIL, STJ, 2009c), contra a ordem econômica (BRASIL, STJ, 2004), contra o sistema financeiro (BRASIL, STF, 2008) etc.

A interpretação privilegiadora do perigo abstrato afasta o critério de danosidade que norteia a proporcionalidade como função exegética da Teoria dos Bens Jurídicos a qual somada às percepções anteriores, justifica a afirmativa de que a função exegética, mais do que viabilizar a averiguação do caso concreto, concretiza, em cada situação, a estigmatização do inimigo, institucionalizando, inclusive, jurisprudencialmente.

Enfim, as funções de sistematização e garantia caem por terra, pois os princípios da ofensividade e da lesividade como critério de limitação do legislador não são levados em consideração, de modo que a proporcionalidade esquadrihada pela sistematização não é observada. E com a programação criminalizante estendida, o sistema penal não consegue reprimir todas as condutas que define como criminosas, restando na própria falácia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tempos atuais, a gestão do controle social passa a ter o fundamento no risco e o cárcere se converte numa importante arma repressiva nas mãos de um estado poderosos e a consequência pode ser mais um mecanismo de restrição de garantias e ampliação do panóptico estatal como forma de controle.

Assim, concebido originalmente como limitação do poder punitivo do Estado, o bem jurídico se converte como legitimação da ampliação do Direito Penal e da prevenção de riscos, uma forma de funcionalização do Direito Penal que encerra o perigo de não cumpri-las, afetando a opinião pública e desfalecendo o postulado de *ultima ratio*.

Portanto, o ônus da proteção de uma sociedade de riscos e perigo é o rompimento dos ideários iluministas, cujo escopo era a limitação do *ius puniendi*, o que, por consequência lógica, alude à própria expansão do Direito. Por outro lado, mas complementar, os novos tipos penais tendem ao periclitamento, porque ao tratar de conflitos particulares com a administração pública, os conceitos de generalidade e abstração são desprezados e consequentemente a situação contingente, depois de solucionada, torna-se letra morta.

Esse cenário, porém, representa significativos riscos ao Estado Democrático de Direito, de modo que, a curto prazo, a única alternativa possível, é a realização do controle funcional da teoria dos bens jurídicos, em cujo centro deve estar a questão: segurança jurídica para que e para quem?

Desse modo, a dogmática não pode ser pausada na teoria dos bens jurídicos, porque, como visto leva à expansão do sistema punitivo. O momento é de contenção de uma política criminal e aqui, somente os direitos humanos pode ser a pauta de ordem. Não como fundamento da intervenção punitiva, que ainda deve ser o bem jurídico, mas como limite intransponível de intervenção penal que em si é pautada no bem jurídico. Um paradoxo, sim. Porém aparente porque o que se quer dizer é que o bem jurídico não pode mais justificar, retoricamente, a ampliação do Direito Penal, mas limitar a intervenção ao que já existe, cuja justificativa de necessidade é o limite da proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamento de uma Teoria do Bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 6-23, jan. – mar, 1994.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BRASIL. STJ. *HC 121642*. Rel. Min. OG FERNANDES DJe 23/08/2010.
- BRASIL. STF. *HC 96003*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Public 01-07-2009a.
- BRASIL. STJ. *HC 127791*. Rel. Min. Paulo Gallotti. DJe 04/05/2009a.
- BRASIL. STF. *Recurso em HC 96545/SC*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 28-08-2009b.
- BRASIL. STF. *HC 92922*. Min. Rel. Marco Aurélio. DJ 27/08/2009d.
- BRASIL. STF. *Recurso em HC 91553*. Rel. Min. Carlos Britto. Public 21-08-2009e.
- BRASIL. STJ. *Resp 91587*. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJe: 13.04.09b.
- BRASIL. STJ. *HC 34422*. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Acórdão: 22.05.07. DJe: 10.12.09c.
- BRASIL. STJ. *HC 2006/0206766-2*. Relator: Ministro Og Fernandes. DJe 01/07/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc>>

- jsp?livre=v%EDtima+menor+de+quatorze+anos%-2C+seu+consentimento+%E9+irrelevante+&#b=A-COR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 03 out. 2009.
- BRASIL. STF. HC 95515. Rel. Min. Ellen Gracie. Public 24-10-2008.
- BRASIL. STF. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ acórdão Min. Cezar Peluso DJ 27-02-2004.
- BRASIL. STJ. Resp 472038. Rel. Min. Gilson Dipp. Dje: 25.02.04.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Sentido y Función del Sistema de Derecho Penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 14, p. 53-61, 2004.
- _____. *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: PPU, 1987.
- CANTERO, José A. Sáinz. *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*. Barcelona: Bosch, 1975.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. A nova lei dos crimes contra a economia. Dec.-Lei 28/84, de 20 de janeiro. *Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários*. Vol I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito material. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 39-53, jan – jun, 1982.
- FERNANDÉZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: IBdeF, 2004
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HASSEMER, Winfried. História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. *Revista Pensar*, Fortaleza, n. 4, v. 4, p. 5-50, jan., 1996.
- _____. *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos, Pena y Estado*. Función simbólica de la pena, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set-dic, 1991.
- HORMAZÁBAL.MALARÉE, Hernan Política penal en el Estado democrático, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 3, fasc. II, mayo-agosto, p. 333-346, 1984.
- JAKOBS, Günther. *Teoria e prática da Intervenção*. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003.
- JESCHECK, Hans- HIRSCH, Joachim. *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 1998.
- KAUFAMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFAMANN, Arthur; WINFRIED, Hassemer. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- LISZT, Franz Von. *A idéia de fim no Direito Penal*. São Paulo: Rideel, 2005.
- _____. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. e comentários José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003.
- LUIS RIPOLLÉS, José. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista. *Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica, ano 10, n. 15, p. 15 – 27, diciembre, 1998
- MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. TEORIA DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS: critério retórico de justificação de poder - das funções ao controle da legitimação do *jus puniendi*. *Dissertação*. Universidade Federal de Pernambuco, 2010.
- MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. In *Abolicionismo*. In: SCHEERER, Hulsman; STEINERT, Christie; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 200
- MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21. Buenos Aires: IBdeF, 2006
- MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultade de Derecho Universidad Complutense*. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, junho, 1986.
- ROCCO, Arturo. *El Problema y el Método de la Ciencia de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1999.
- ROSAL, Cobo del; ANTÓN, T. S. Vives. *Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2 ed. Lisboa: Veja, 1993.

ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Servilha: ed. Universidade de Sevilha, 1981

SABADELL, Ana Lúcia, DIMOULIS, Dimitri, MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise de Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, fasc. I, tomo XLIII, p. 5-27, enero-abril, MCMXC

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In: Vários autores. *Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et.al. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1979.

The criminal legal interests theory and the modern Criminal Law: a review through Human Rights

ABSTRACT

The paper discuss the capacity of the criminal legal interests theory, which gives reasoning to the state punitivity, front of the Modern Criminal Law. The author aims to confront the declared functions of the dogmatic with the points of the modern criminal law, using for it decisions from the High Courts. In this sense was used, metodologicaly, literature review and jurisprudencial analisys. The results points to a rhetorical use of the theory, by the the doctrine and cases law analysis, based on evidence of ways of expansionism of criminal law. In this point the paper Proposes the review of the criminal law interests theory through the Human Rights

Keywords: Criminal legal interests theory. Modern Criminal Law. Rhetoric. Expansionism. Human Rights.

Recebido em: 16/07/2015

Aprovado em: 15/01/2016