

CONCEPÇÃO PROCEDIMENTAL DO BEM JURÍDICO E REFLEXOS NA DETERMINAÇÃO (RACIONAL) DA PENA

Marion Bach

Rodrigo Cavagnari

RESUMO: Não obstante as pertinentes críticas à noção de bem jurídico e à sua capacidade de frear o poder-dever punitivo estatal, é certo que tal conceito ainda é imprescindível às construções jurídico-penais. Dentre outras funções, destaca-se no presente artigo a concepção procedimental do bem jurídico, revelando seu papel enquanto filtro hermenêutico. Mais especificamente, pretende-se demonstrar – de modo mais provocativo do que exaustivo - a utilidade de tal concepção quando da determinação da pena imposta, bem como quando de uma fundamentação (racional) da reprimenda.

PALAVRAS-CHAVE: Bem Jurídico – Filtro Hermenêutico – Determinação da Pena

I. Introdução

A noção de bem jurídico, há muito e ainda hoje, conta com ferrenhos críticos e apaixonados defensores. O presente artigo, elaborado por autores que não se encaixam em qualquer das duas classes, pretende demonstrar que o bem jurídico - bem verdade - não é uma tábua de salvação, mas também não pode ser descartado ou subjugado.

Para cumprir o intento, o artigo revelará, num primeiro momento, *o que resta* do bem jurídico para o Direito Penal. Em seguida, traçará linhas que sugerem e defendem uma *concepção procedimental do bem jurídico*, bem como tal concepção *como uma razão prática: seus pressupostos e sua capacidade de*

rendimento.

Por fim – e ciente da que o presente estudo, por si só, é mais um parágrafo introdutório do que um ponto final - o artigo pretende demonstrar como a concepção procedimental do bem jurídico pode servir à *determinação* e à *fundamentação racional da pena imposta*.

II. O que resta do *bem jurídico* para o Direito Penal

Passados quase dois séculos de reflexão contínua, de críticas acentuadas e de propostas inovadoras¹, a noção de bem jurídico como elemento condicionante à atuação estatal no âmbito penal continua em cena. Daí decorrem duas conclusões – tão óbvias que, embora sejam conclusões, constam desse primeiro e introdutório parágrafo: a) a teoria do bem jurídico é, ainda, essencial, b) o que não a torna impermeável a (novas) críticas e reflexões.

A primeira das conclusões, de que o bem jurídico é ainda um conceito elementar ao Direito penal, guarda estrita relação com o próprio modelo de Estado ao qual se pretende filiar. Basta recordar que a teoria do bem jurídico invadiu o espaço jurídico – desde seus traços constitutivos² – na intenção de limitar a atuação estatal. Ao lançar luzes ao bem jurídico e exigir sua ofensa como elemento essencial à configuração de um crime, afastou-se a nociva influência da moral,

¹ Há quem considere a teoria do bem jurídico descartável e se dedique a construir teoria diversa. A título exemplificativo, mas não exaustivo, veja-se Wolfgang Naucke, que entende o delito como lesão a direito subjetivo e Gunther Jakobs, para quem o delito é precipuamente violação do direito e a pena intenta a prevenção geral positiva.

² Registre-se, nesse ponto, que a *origem* da teoria do bem jurídico não é ponto pacífico na doutrina. Porém, as possíveis divergências não serão aqui tratadas e por duas razões: a um, pois referida discussão não interfere no desenvolvimento do presente estudo e, a dois, porque estamos com Roxin: o que de fato importa é a *capacidade de rendimento* de tal teoria para o direito penal atual, carecendo de importância o debate sobre a origem. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 191.

da religião e das ideologias³. É por tal razão que se advoga que, através da teoria do bem jurídico, o Estado se aproxima de um modelo laico, liberal, tolerante, pluralista e multicultural⁴.

Ademais, a teoria do bem jurídico impele o Estado a se comprometer com a dignidade humana e com os direitos fundamentais⁵. Sim, pois há que se considerar que a atuação estatal, no âmbito penal, guarda obediência à uma equação lógica: o uso da pena pelo Estado é legítimo única e exclusivamente quando assegura liberdades individuais, razão pela qual o uso dessa força não pode significar uma violação (justamente) às liberdades individuais (que intenta assegurar).⁶

As liberdades individuais se perfazem através de bens e interesses que representam as condições externas – materiais – de seu exercício. O direito, então, e mais especificamente o Direito penal, protege tais bens e interesses, adquirindo estes o *status* de bens *jurídicos*⁷.⁸ E certo é que, diante de tal logicidade, o Direito penal deve estar construído em torno de valores que são essenciais ao exercício das liberdades individuais, tendo o *indivíduo* no centro de suas atenções.

3 Analisando a história da moderna teoria do direito penal – de Beccaria a Birnbaum – é possível identificar um conceito de crime que não está à disposição do legislador e que, por estar preso à ideia de dano social aos bens naturais ou sociais dos indivíduos (conceitos que, mais tarde, evoluíram para a de *bem jurídico*), afasta a simples ofensa à moral e à religião.

4 D'ávila, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

5 D'ávila, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

6 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 26.

7 Vivés Antón, Tomás S. *La Libertad como Pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 97.

8 No mesmo sentido Muñoz Conde, ao afirmar que a auto-realização humana necessita de pressupostos existenciais, chamados de *bens* porque, justamente, de utilidade ao homem. Em razão de tais *bens* se tornarem objeto de proteção pelo direito, passam a se denominar *bens jurídicos*. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 90.

É no abandono do *indivíduo*, enquanto pedra angular do Direito penal, e na substituição pela *coletividade* (na figura do Estado), que a noção de liberdades individuais se transforma em deveres morais ou de fidelidade à ordem e à comunidade, assumindo a feição subjetiva exacerbada que a teoria do bem jurídico objetiva evitar.

Portanto, se de um lado a teoria do bem jurídico é tida como irrenunciável pela sua capacidade de reduzir o âmbito de intervenção jurídico-penal, a mais frequente crítica que lhe é dirigida vai em sentido exatamente oposto: eventual manipulação ou deturpação da teoria do bem jurídico – cujo conceito é poroso –, facilmente a transforma em ferramenta apta a ampliar (e justificar) a intervenção estatal.

Veja-se que os autores representantes da Escola de Kiel – *Dahm* e *Schaffstein* –, defendiam, como bens jurídicos dignos de proteção, a *dignidade do Estado* e da *honra da Nação*. Fundamentavam tal tese afirmando que a fonte verdadeira do direito era o *espírito do povo* – interpretado e, portanto, representado pelo Estado –, que não se confundia com a mera soma de indivíduos. Assim, era *do todo*, e não *dos indivíduos*, que emanava o direito⁹.

“O Direito penal torna-se, nestes termos, em contraste com o *Erfolgstrafrecht* (direito penal do resultado), um intenso *Willensstrafrecht* (direito penal da vontade)”¹⁰. Daí que os modelos de Estado que se afastam o *indivíduo* do centro da tutela, utilizam a coercibilidade penal para garantir obediência e admitem ser crime a mera violação ética ou a simples infração de dever, são modelos *autoritários*. A título exemplificativo e confirmador do que se está a afirmar, registre-se que o nacional-socialismo alemão – cujos catastróficos resultados

9 NIÑO, Luis Fernando. *El bien juridico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. 17.

10 D’ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52.

são de todos conhecidos - se erigiu sobre a noção de “violação do dever e da obediência ao Estado”¹¹.

A porosidade e fluidez que marca o conceito de bem jurídico, como bem demonstra *Busato*, existe desde a sua aparição¹². Essa constatação conduz o autor a afirmar que “se não se sabe precisamente que característica deve ter o bem jurídico para ser reconhecido como digno de proteção penal, dizer que a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos não significa dizer muito”.¹³ É por isso que *Busato*, embora não *despreze* a importância da teoria do bem jurídico, também *não se conforma unicamente* com ela.

Figueiredo Dias, que concorda com as críticas acima elencadas, sugere que não há expectativa de solução a tal dilema, pois considera que dificilmente será possível, um dia, determinar - com nitidez e segurança - um conceito fechado de bem jurídico, capaz de traçar para além de toda dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado¹⁴.

11 D’ávila, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

12 Para ilustrar tal assertiva, registre-se – mesmo que com superficialidade – que Birnbaum, em trabalho publicado em 1834, definiu o crime como sendo a lesão a um bem tutelado pelo direito penal, se contrapondo ao conceito pensado por Feuerbach, de que a lesão atingia um direito subjetivo. Entendeu Birnbaum que, se há lesão, a lesão é a um bem e não a um direito. Assim, Birnbaum entendeu os bens jurídicos como algo para além Direito e o Estado como um “garantidor do gozo igualitário dos bens”. Binding, por sua vez – e contrapondo Birnbaum – defendeu que o bem jurídico estava estabelecido no conteúdo da norma, sendo a ela imanente. E então Liszt, munido de seu positivismo sociológico, advogou que não é o ordenamento jurídico que cria o interesse, mas sim as necessidades da vida, sendo o bem jurídico “o interesse juridicamente protegido”. Esses breves registros confirmam que o conceito de bem jurídico nunca fora sólido e estável. Para aprofundar no tema, sugere-se a leitura da tese de Doutorado de Fábio da Silva Bozza, intitulada “Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal” e defendida em 2014 na Universidade Federal do Paraná (UFPR).

13 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

14 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

A problemática, grave por si, ainda se acentua pela constatação de que o *moderno* Direito penal se ocupa em tutelar bens jurídicos que não apenas não guardam correspondência com um objeto material corpóreo – tal qual o clássico Direito penal –, mas são de complexa identificação, como revela o mercado de capitais, a economia popular e as relações de consumo.¹⁵

É por isso que alguns doutrinadores, a exemplo de *Mir Puig*¹⁶, são mais radicais na crítica à teoria do bem jurídico e negam, inclusive, que essa seja capaz de ofertar qualquer limite ao poder punitivo estatal.

A preocupação não se revela de todo infundada. Mesmo *Roxin* – defensor da missão do Direito penal como sendo a proteção subsidiária de bens jurídicos – questiona, em trabalho recente, se tal conceito será efetivamente idôneo para tratar de danos cujo alcance apenas as gerações futuras perceberão¹⁷.

Hassemer, antes de seu falecimento, em 2014, também não se revelava de todo otimista no que refere à teoria do bem jurídico e o cenário jurídico penal atual. Porém, ao tratar do tema, acabou por elencar razões para que tal teoria não seja descartada. O autor compreende os bens jurídicos, na relação entre indivíduos, sociedade e Estado, como *interesses humanos*. Desenvolve, portanto, uma teoria *personalista* do bem jurídico e defende que é esse um substrato empírico que vincula tanto o legislador quanto os destinatários da lei¹⁸.

Embora reconheça a imprecisão e a fluidez do conceito de bem jurídico – o que, inclusive, atribui à necessidade de discricionariedade legislativa –, aduz que tal

15 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

16 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1976, P. 131.

17 ROXIN, Claus. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 396

18 HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

conceito não é prescindível, posto que pode servir de *direcionamento* em caso de controvérsia jurídica. Ademais, pode ser visto como um *critério* que permite o *controle externo* sobre a correção da justiça de determinada decisão¹⁹, ponto que será retomado nos tópicos futuros.

Por fim, embora reconheça ser possível a existência de bens jurídicos coletivos legítimos, quando da análise do moderno Direito penal, registra que esses exigem *maior ônus argumentativo*. Isso, por uma razão lógica: diante de sua *teoria personalista*, só será legítimo o bem jurídico coletivo que efetivamente obtiver sucesso em demonstrar o subjacente *interesse humano* protegido. Ainda, em razão do progressivo *afastamento* da direta proteção de bens jurídicos individuais, a intervenção penal advinda da tutela de bens jurídicos coletivos deve, necessariamente, ser *menos intensa*²⁰.

Veja-se, portanto, que *Hassemer*, não obstante não ignore as críticas à teoria do bem jurídico, extrai dela – ainda - importantes limites à atuação estatal no âmbito do Direito penal.

E o autor alemão não está só. *Schunemann* é categórico ao defender a importância da teoria do bem jurídico, em diferentes e diversos aspectos. Preliminarmente, *Schunemann* aponta que foi através da ideia de bem jurídico que *Hefendehl* sistematizou e trouxe importantes esclarecimentos a grupos de delitos²¹ que, há cem anos, eram tratados pela ciência de modo desordenado.

Ainda, registra *Schunemann* que mesmo os autores que questionam a

19 HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

20 HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

21 Seria uma missão bastante complexa tentar sistematizar e definir os crimes de perigo – concreto e abstrato –, bem como os crimes por acumulação, para ficar em dois conhecidos exemplos, se não se pudesse recorrer à noção de bem jurídico.

capacidade da referida teoria em impor limites à atuação do legislador, não enfrentam a sua importância quando da *interpretação* dos tipos penais. Basta notar a dificuldade que seria desenvolver os estudos acerca da parte especial caso se afastasse por completo a noção de bem jurídico²².

Schunemann, nesse ponto, especifica que o bem jurídico não é apenas uma *etiqueta final*, posta quando findo o processo interpretativo, mas deve, isso sim, *dirigi-lo*, com sua orientação liberal, isto é, contrária a limitações desnecessárias das liberdades civis. Assim, *Schunemann* considera, a um só tempo, a ideia de bem jurídico como *imane e crítica*²³, atribuindo-lhe um papel dinâmico-construtivo.

Assim, o autor não ignora as críticas quanto à dificuldade de traçar um conceito definitivo de bem jurídico, mas parece conformado diante de tal impossibilidade. Entende que a *linha de orientação* que tal teoria fornece é satisfatória. Leia-se: embora não se possa definir com precisão o que são – e, conseqüentemente, o que não são – bens jurídicos, é possível direcionar as interpretações considerando

Primeiramente os bens de que o indivíduo necessita para seu próprio desenvolvimento, não usurpados às custas do desenvolvimento dos demais, e *além disso* os bens por todos compartilhados, necessários para uma convivência pacífica, que se distinguem das específicas formas de vida religiosas ou éticas, as quais não podem ser dirigidas pelo Estado, nem por ele garantidas enquanto tais, mas apenas no que se refiram à possibilidade de escolha e exercício pelos indivíduos.²⁴

22 SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Bernd Schunemann; coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 40.

23 SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Bernd Schunemann; coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 41.

24 SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Bernd Schunemann; coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50.

Schunemann, portanto, não enxerga a indefinição do conceito de bens jurídicos como óbice à utilização da teoria na limitação da interferência penal por parte do Estado. Entende, porém, que a análise do bem jurídico não *encerra* o trabalho dogmático, muito pelo contrário: apenas o *inicia*. Eis a razão de, na via oposta de tantos doutrinadores, entender que a teoria de proteção dos bens jurídicos – como elemento central da dogmática jurídico-penal – ainda está por ser (verdadeiramente) construída.

“Os que têm anunciada a iminência da morte são os que mais tempo vivem (*Totgesagte leben langer*), diz um antigo provérbio. Se este dito contiver ainda que um pequeno grão de verdade, deveremos profetizar um grande futuro à ideia da proteção de bens jurídicos como fundamento e limite do direito penal”²⁵.

III. A concepção *procedimental* do bem jurídico

Conscientes das críticas que sofre a teoria do bem jurídico, bem como da sua (ainda) necessária existência, cumpre analisar, em um segundo momento, uma proposta distinta da doutrina majoritária. Como delineado acima, a doutrina tradicional procura definir o bem jurídico em termos conceituais, como objeto preexistente ao Direito, partindo-se da ideia de uma classe unitária em que se acaba outorgando idêntico tratamento (em que pese sejam inscritos em diversos níveis semânticos). Entretanto, para que o bem jurídico esteja realmente em condições de cumprir sua tarefa dogmática, é preciso concebê-lo como *um conjunto de motivos válidos para a imposição racional de uma privação de liberdade*²⁶.

²⁵ SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Bernd Schunemann; coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 39.

²⁶ VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU. Estado autoritario y adelantamiento de la <<línea de defensa penal>>, In MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.). *O Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 365 e ss; Valldecabrez Ortiz, María Isabel. *Imparcialidad del juez*

1. O bem jurídico como conjunto de razões para a intervenção penal

Para tanto, apresenta-se, agora, a concepção *procedimental* do bem jurídico, assim denominada e defendida, dentro outros, por Vives Antón²⁷, Martínez-Buján²⁸, Cuerda Arnau²⁹, Valdecabrez Ortiz³⁰ e Busato³¹.

Vives³² destaca que uma concepção *substancial* de bem jurídico não mais se sustenta. Para ele, a concepção *procedimental* supõe uma mudança de paradigma na abordagem do bem jurídico, ao se apartar de todas as concepções (sejam formais, sejam materiais) existentes até então. O motivo de tal mudança se deriva da impossibilidade de delimitar um núcleo material ou formal comum a todas as condutas sancionadas pela lei penal³³. Afirma ele, então, que ao considerar o bem jurídico como o primeiro tópico da argumentação em torno da validade da norma, concebe-o de modo *procedimental*.

Vives delinea sua concepção *procedimental* do bem jurídico da seguinte forma: o bem jurídico é chamado para o processo de fundamentação (= justificação) da intervenção penal, ou seja, passa a ser um requisito para a legitimidade da aplicação de uma pena ou da determinação de uma quantidade de pena³⁴.

y medios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 204; BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 353.

27 *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 829.

28 *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

29 “Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal: análise de um conflito”, In *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, pp. 43 e ss., jul./dez. 2014, Curitiba: FAE. Trad. Rodrigo Cavagnari.

30 *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

31 BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

32 VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, p. 484, nota 71, “A”.

33 Valdecabrez Ortiz, María Isabel. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 204.

34 VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU. Estado autoritario y adelantamiento de la <<línea de defensa penal>>.

De acordo com essa perspectiva, a concepção procedimental do bem jurídico se mostra estreitamente vinculada aos princípios limitadores do Direito penal, a saber, legalidade, intervenção mínima e culpabilidade³⁵, bem como da visão constitucional da proporcionalidade³⁶.

O bem jurídico aparece, aqui, configurado nos termos de uma *fundamentação* (= justificação), assim como todos demais dados do caso hábeis a legitimar a pena³⁷. Daí que essa noção de bem jurídico não inclua somente o objeto imediatamente protegido, mas também todo o conjunto de interesses legítimos que alicerçam a norma penal e que operam como bens mediatos ou, geralmente, como *ratio legis* ou motivo da criminalização³⁸.

Portanto, o bem jurídico não é um *objeto* (um objeto ideal ao qual se contraporía, com um *status* ontológico análogo, o objeto material), porque não existe um núcleo comum a todos os bens jurídicos, no sentido de que não é factível definir o bem jurídico como uma classe de objetos em termos de conceito, material ou formal³⁹.

In MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.). *O Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 365 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 151; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 151; CUERDA ARNAU, María Luisa. "Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal: análise de um conflito", In *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, pp. 43 e ss., jul./dez. 2014, Curitiba: FAE. Trad. Rodrigo Cavagnari.

35 BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 353.

36 VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU. Estado autoritario y adelantamiento de la <<línea de defensa penal>>, In MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.). *O Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 365 e ss.

37 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 152.

38 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 152.

39 VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU. Estado autoritario y adelantamiento de la <<línea de defensa penal>>, In MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.). *O Derecho Penal para un Estado Social*

Na dogmática do bem jurídico, quando se tentou dotá-lo de sentido, a aspiração de definir o bem jurídico em termos de conceito (isto é, tentando apreender em um conceito as características substantivas que o definem) acabou desembocando na adoção de definições vazias, inadequadas ou insuficientes da ideia de bem⁴⁰.

Uma situação é não aceitar, sem reflexão, como bens jurídicos dignos de proteção aqueles que o legislador, pelo procedimento democrático, tenha selecionado. Outra é conceber o bem jurídico em termos de um conjunto de razões, que, em concreto, como um momento do processo de argumentação racional da limitação da liberdade, pretende-se determinar todas as razões que podem justificar imediatamente o *delito* e a *pena*⁴¹.

Daí, é de se convir que a apresentação do problema sobre o bem jurídico se achava desfocada, na medida em que se dirigia a encontrar um conceito unitário⁴². Por isso, o bem jurídico é entendido por Vives, simplesmente, como uma *razão* ou um *conjunto de razões*⁴³. E por isso falamos, em suma, de um

y *Democrático de Derecho*: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 365 e ss.; Valldecabrez Ortiz, María Isabel. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 204; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 153.

40 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 153.

41 VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU. Estado autoritario y adelantamiento de la <<línea de defensa penal>>, In MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.). *O Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho*: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 365 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 154.

42 VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU. Estado autoritario y adelantamiento de la <<línea de defensa penal>>, In MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.). *O Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho*: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 365 e ss.

43 VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU. Estado autoritario y adelantamiento de la <<línea de defensa penal>>,

entendimento *procedimental*, e não substancial⁴⁴.

Em um sentido próximo, pode-se destacar a opinião de *Hassemer*, quando, ao analisar o valor da teoria do bem jurídico, situa-o na possibilidade de oferecer argumentos no momento de aplicar o Direito penal⁴⁵ (conforme assinalado no tópico anterior).

2. A concepção procedimental como razão prática

Vives, ao se utilizar dos conceitos de *jogos de linguagem e formas de vida*, do último *Wittgenstein*, rechaça a primazia da razão teórica e coloca em primeiro plano a noção de razão prática⁴⁶. Com isso, ele torna visível uma dimensão que, junto à gramática da linguagem, pode simultaneamente alterar a aplicação da linguagem na realidade⁴⁷. A gramática cobra o poder de estabelecer por ela mesma os limites do meu mundo, em princípio, mutáveis. Interpretar diversamente a realidade não significa neste plano linguístico transcendental interpretá-la apenas diversamente, e sim que significa integrar a realidade em suas diversas formas de vida. As regras destes jogos de linguagem constituem gramáticas tanto de linguagem quanto de formas de vida. Toda forma de vida

In MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.). *O Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 365 e ss.

44 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 154.

45 HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 112: “El valor de un bien jurídico así concebido para la Política criminal y para la “función” del Derecho penal no consiste en ser una especie de salvoconducto de toda ratio legis de las normas penales, sino en la posibilidad de ofrecer argumentos a la hora de aplicar el Derecho penal y de elaborar una Política criminal clara, controlable y orientada a la persona”. Sobre a posição mais recente, ver HASSEMER, Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico, in GRECO/TÓRTIMA (orgs.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 15 e ss.

46 RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 386.

47 RAMOS VÁZQUEZ. *Concepción*, pp. 387.

corresponde a sua própria lógica, ou seja, a gramática de um jogo de linguagem determinado⁴⁸.

Conforme aponta *Ramos Vázquez*⁴⁹, na proposta de *Vives*, de construção de um novo sistema penal, é importante destacar o papel que a razão prática ocupa através da teoria da norma. *Vives*, então, apresenta uma crítica da concepção imperativa da norma penal, propondo uma concepção da norma penal baseada na seguinte tese: é imanente à norma jurídica uma dimensão de validade categórica atada a critérios de razão prática (no sentido kantiano dessa última noção). O homem, como ser dotado de linguagem, pertence sempre a dois reinos: ao empírico e ao inteligível, ao mundo da realidade sensível e ao do sentido, razão pela qual todo fenômeno que tenha relação com o sentido, com a linguagem e com a interpretação vem necessariamente conduzido por uma tensão entre sua faticidade e uma dimensão de validade a que sempre é necessário fazer referência⁵⁰.

Aqui, *Vives* traz a um primeiro plano de reflexão a razão prática, ao propor, contra os partidários da concepção imperativista da norma penal, que esta constitui não apenas uma decisão de poder, e sim, também, uma *determinação da razão*. Assinala *Vives*, que tanto o positivismo como as formas usuais de jusnaturalismo adotam uma atitude objetivista: as normas são objetos. Para ele, as normas (igualmente como acontece com as ações) não existem nem são reais ao modo das coisas. Isso porque, não estamos no reino do que é e do que não é; não falamos do reino do ser, e sim do âmbito do sentido. E é essa perspectiva de sentido – não a do ser – a que, segundo *Vives* temos de adotar para traçar a linha de demarcação entre o direito positivo e os ideais éticos da comunidade⁵¹.

Daí assinala *Ramos Vázquez* que, certamente, *sentido* e *ser* são dois conceitos

48 RAMOS VÁZQUEZ. *Concepción*, pp. 386-388.

49 RAMOS VÁZQUEZ. *Concepción*, p. 390.

50 RAMOS VÁZQUEZ. *Concepción*, p. 391.

51 VIVES ANTÓN. *Fundamentos*, pp. 396 e 397.

bem distintos e sua confusão não gera mais que problemas de difícil solução, por se tratar de um erro categorial. Aduz ele que Vives, ao se valer da visão do último *Wittgenstein*, baseada nas noções de *jogos de linguagem* e de *formas de vida*, conduz o raciocínio a uma visão mais pragmática e convencionalista da linguagem na busca pelo sentido, fundamentado, assim, em consensos pragmáticos. Conclui, então, dizendo que, para Vives, o significado de uma palavra ou de um enunciado é seu uso em uma dada linguagem, dentro de jogos de linguagem determinados⁵².

3. Pressupostos e capacidade de rendimento

A mera alusão a uma nova concepção de bem jurídico soaria rasa ou até desnecessária. Portanto, mesmo de modo incipiente, convém veicular os pressupostos e a possível capacidade de rendimento da concepção *procedimental* do bem jurídico, seguindo as explicações de Vives⁵³, que podem ser sintetizadas em cinco pontos.

Em primeiro lugar, dado que a concepção *procedimental* parte da impossibilidade de formular um conceito genérico de bem jurídico, não se pode situar o ponto de partida da dogmática nesse conceito ilegítimo⁵⁴. Não obstante, ele não constitui, por óbvio, um obstáculo para reconhecer que o estudo das figuras delitivas concretas deva começar precisamente pela delimitação do bem jurídico que se tutela em cada uma delas⁵⁵.

52 RAMOS VÁZQUEZ. *Concepción*, p. 394.

53 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. In *Revista Lusíada*, n. 4/5 (2007), Lisboa: Universidade Lusíada, pp. 159 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 154.

54 Como o faz Roxin: *Derecho penal, parte general*. 2 ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I; Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, in GRECO/TÓRTIMA (orgs.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 179 e ss.

55 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. In *Revista*

Em segundo lugar, o bem jurídico tutelado por uma determinada figura delitiva não se conforma somente a partir do tipo penal de que se trate, e sim também a partir da Constituição. E, em concreto, sobre a base do conteúdo dos direitos fundamentais, desde os quais se decide até que ponto e em que sentido uma determinada proibição penal resultaria constitucionalmente legítima. Portanto, assim configurado, o bem jurídico não pode ser extraído de valores prévios ao Direito, não preexiste ao Direito, ainda que preexistisse às concretas tipificações penais. Trata-se, portanto, de uma redefinição dos bens jurídicos que assumem como ponto de referência não somente o Código Penal, mas, principalmente, a Constituição⁵⁶.

Em terceiro lugar, na medida que supõe indagar o fundamento de cada uma das proibições típicas, a concepção *procedimental* oferece um critério interpretativo essencial: a determinação do bem jurídico se remete a um *contexto de argumentação racional*. Este constitui um momento essencial do *contexto de sentido* das normas penais. Sendo assim, como não cabe uma interpretação contrária à Constituição, o momento de conformidade com o texto fundamental é um momento genérico de qualquer interpretação penal⁵⁷.

Em quarto lugar, ainda que o bem jurídico possa proporcionar o conteúdo material do injusto de cada figura delitiva, ele não está em condições de delinear um núcleo de injusto comum a todo comportamento antijurídico. E ele, por essa sensível razão, de que não é um conceito, mas uma simples orientação, a qual

Lusíada, n. 4/5 (2007), Lisboa: Universidade Lusíada, pp. 159 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 154.

⁵⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. In *Revista Lusíada*, n. 4/5 (2007), Lisboa: Universidade Lusíada, pp. 159 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 154.

⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. In *Revista Lusíada*, n. 4/5 (2007), Lisboa: Universidade Lusíada, pp. 159 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, pp. 154-155.

abriga conteúdos de injusto que somente têm em comum o dado formal de sua contrariedade ao Direito, sem que na maioria dos casos não compartilhem nada de material⁵⁸.

Em quinto lugar, a ideia de bem jurídico representa, certamente, um limite para o legislador, mas esse limite não se acha expresso em um conceito, e sim nos diversos preceitos constitucionais e nas suas tradições interpretativas. A partir delas se traçam os limites que o legislador ordinário não pode ir além ao estabelecer os preceitos primário e secundário do tipo de ação. Com isso, são delimitados aqueles objetos e valores da vida social suscetíveis de serem protegidos penalmente daqueles que não o são. Semelhante formulação poderia induzir a pensar que, então, a instituição do bem jurídico resulta supérflua, porquanto, para conhecer os limites da legislação, bastaria com as remissões às normas constitucionais. Todavia, a legitimidade ou ilegitimidade constitucional dos preceitos penais tem como primeira condição que estes tutelem algo que possa ser considerado desde a perspectiva constitucional como um *bem*, com o qual a ideia de *bem* serve de intermediária entre a norma constitucional e a penal, conservando, assim, o papel básico que era atribuído por parte da doutrina majoritária⁵⁹.

4. A fundamentação racional da intervenção penal

Uma vez dirimido o problema do *conceito* de bem jurídico, e apresentados os pressupostos da concepção *procedimental*, fica aberto o caminho para abordar a questão que, antes de tudo, deve nos preocupar: saber o que é que

⁵⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. In *Revista Lusíada*, n. 4/5 (2007), Lisboa: Universidade Lusíada, pp. 159 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 155.

⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. In *Revista Lusíada*, n. 4/5 (2007), Lisboa: Universidade Lusíada, pp. 159 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 155.

fundamenta (= justifica) ou legitima racionalmente a intervenção penal⁶⁰.

No que concerne à teoria do bem jurídico propriamente dita, pode-se aceitar, *prima facie*, a ideia de atrair os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos. Isso, porém, com a importante ressalva de que estes permitem oferecer singularmente um critério normativo negativo na tarefa de fixar um limite à liberdade de escolha do legislador. Esse limite, desde logo, serve para deslegitimar de entrada a denominada função puramente promocional do Direito penal. Vale dizer, no momento da seleção ou definição de bens jurídicos, o legislador penal deve respeitar os princípios constitucionais relacionados ao Direito penal e, ainda, deve preservar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (evitando restringi-los), em virtude do qual não pode incriminar condutas que não sejam expressão de direitos ou princípios garantidos pela Constituição⁶¹.

Todavia, é óbvio que as possibilidades de discurso racional não se esgotam na Constituição positiva de cada Estado. Isso porque (i) embora esta represente a norma fundamental para a convivência, elaborada de acordo com as pautas da ética discursiva, não pode ser concebida como um pacto fechado que contenha um catálogo também fechado de bens jurídicos; (ii) esta legitimidade da tutela de bens que não possuam relevância constitucional pode cobrar importância no âmbito socioeconômico, em um momento futuro, ante a necessidade de proteger novos bens jurídicos em resposta a novas exigências sociais, derivadas dos vigentes processos sociais comunicativos, ante um notável grau de consenso social, que não eram previsíveis no momento da aprovação da Constituição positiva⁶²; e, (iii) os valores essenciais, por vezes, não são explícitos na Constituição, como, por ex., o princípio da culpabilidade na Constituição da República de 1988.

60 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 155.

61 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 155.

62 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 156.

Considerando as ressalvas expostas, cumpre ressaltar que o processo de fundamentação da intervenção penal deve se apoiar nas ideias de legalidade, intervenção mínima, culpabilidade e proporcionalidade. Ademais, dado que, além desta dimensão *procedimental*, o bem jurídico cobra relevância dogmática na teoria do delito para fundamentar a *pretensão de ofensividade* (= tipicidade material)⁶³, haverá de se apoiar também na ideia de *valor*. Claro, desde que esta não seja concebida no sentido fornecido pelas concepções tradicionais de bem jurídico, que remetiam à ideia dos direitos subjetivos ou à noção de um objeto material, e sim como a pretensão de obter a tutela penal frente a condutas que comportem uma lesão ou um perigo para a sociedade. Um valor que não seja socialmente irrelevante e que esteja previsto constitucionalmente⁶⁴.

Além disso, deve-se compreender que a concepção *procedimental* do bem jurídico, derivada da concepção significativa da ação, opõe-se radicalmente à concepção adotada pelo funcionalismo sistêmico, defendida por *Jakobs*. Isso porque, ao substituir o conceito de bem jurídico pelo conceito de lesão de vigência de uma norma, desde uma perspectiva de filosofia política, a teoria da *Jakobs* se revela com um significado autoritário⁶⁵. Daí, é preciso reconhecer que

63 *Martínez-Buján* reforça que no marco da concepção significativa da ação denominada *pretensão de ofensividade*, o bem jurídico representa o primeiro plano da argumentação da validade normativa, anterior a todas as categorias do sistema penal. É certo que a primeira categoria do sistema penal vem representada pelo tipo de ação (derivado da pretensão conceitual de relevância) e que a antijuridicidade material ou desvalor de resultado (fundamentado na pretensão de ofensividade) constitui um elemento integrante do tipo de ação, o bem jurídico (além da função interpretativa que cumpre como instituição dogmática no seio de um concreto tipo de ação) é concebido, ao mesmo tempo, como uma razão ou conjunto de razões que permitem justificar a intervenção do Direito penal e a aplicação da pena (*Derecho penal económico*, p. 151).

64 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 156.

65 Como assinala *Busato*: “Trata-se, sem dúvida alguma, de uma evidente pretensão de determinação do comportamento conforme a norma, muito mais próximo da intenção de uma regulação moral do que jurídica, com tintas nitidamente totalitárias. De qualquer modo, a centralidade na norma e não no indivíduo, a artificialidade da ancoragem sistemática, que não resiste ao teste de autorreferência, e a clara impermeabilidade à crítica normativa fazem do sistema proposto por *Jakobs* uma estrutura completamente desprezível tanto no seu aspecto de técnico-

a adoção de uma perspectiva exclusivamente funcionalista para caracterizar o bem jurídico conduz, de fato, a anulação da eficácia limitadora da noção de bem jurídico. Por esta via, a proteção de valores ou de simples estratégias políticas pode ser considerada – funcional – em uma determinada sociedade e, em todo caso, tal perspectiva confina o perigo, de raiz totalitária, de atender às necessidades do conjunto social, esquecendo do indivíduo⁶⁶.

É muito importante esclarecer, finalmente, que a delimitação do bem jurídico não esgota todas as exigências necessárias para a legitimidade da intervenção penal. O bem jurídico não é, na realidade, imprescindível para sintetizar os conteúdos essenciais merecedores de tutela penal. Muito menos, para servir de base à tarefa de descrever nos tipos legais as ações ofensivas concretas. Por si mesmo, o bem jurídico não pode proporcionar toda a fundamentação material justificadora da concreta seleção de determinados aspectos da realidade social, a qual o legislador penal realiza ao descrever um tipo de ação, isto é, não pode cumprir uma função crítica externa ao sistema jurídico-penal⁶⁷.

Noutras palavras, a legitimidade da intervenção penal exige, por um lado, a delimitação prévia de quais são os conteúdos da realidade social que devem ser selecionados por provocar um dano social. E, por outro lado, determina quem terá de definir concretamente as formas de conduta típica que resultam intoleráveis para a convivência⁶⁸.

Com base nesse alicerce, cumpre ao operador do Direito penal demonstrar, então, a fundamentação moral e política do bem jurídico em questão. Isso nos

judiciário, quanto político-criminal" (*Direito penal*, p. 233).

66 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 157, bem como D'ávila, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

67 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, pp. 157-158.

68 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 158.

remete a uma teoria da justiça⁶⁹, com o fim de determinar se, desde uma perspectiva global (de ética social aceita no seio de uma sociedade democrática e pluralista), resulta racionalmente aceitável uma determinada intervenção jurídica. Imperiosa, também, a fundamentação instrumental da intervenção jurídica coativa, com o fim de averiguar a razão, em termos de eficiência, pela qual é preferível recorrer à técnica de regulação coativa, dado que não é esta a única via de possível intervenção estatal⁷⁰.

IV. Bem jurídico, razão prática e determinação da pena

Com alicerce na concepção *procedimental* de bem jurídico, busca-se, nesse trabalho, explorar a capacidade de rendimento do bem jurídico como *chave interpretativa* da fundamentação racional da determinação da pena.

1. Os problemas da determinação da pena

Hassemer adverte que a determinação da pena, há muito tempo, é um muro de lamentações dos penalistas, tanto no campo da ciência quanto na *praxis* forense. E o que é mais lamentável, segundo ele, é que a dogmática da determinação da pena não foi alcançada pelos penalistas, nem com a precisão, nem com a transparência atingidas na dogmática dos elementos da teoria do crime. Por fim, destaca que o máximo atingido foi a intenção de se fazer racional a determinação da pena, com apoio em métodos formais para liberá-la da arbitrariedade judicial⁷¹.

69 RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

70 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 158.

71 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, pp. 137-138; no mesmo sentido: CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2a ed. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016, pp. 379 e ss.; FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8 ed. Bari: Laterza, 2004, pp. 400 e ss.; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte Generale*. 9 ed. Padova: CEDAM, 2015, pp. 764 e ss.

A Exposição de Motivos do Código Penal vigente, ao esclarecer os dispositivos legais que tratam da pena, registra que esses buscaram assegurar a *individualização* da pena sob critérios abrangentes e precisos. Assim, superando a antiga discricionariedade que envolvia tão somente a quantidade da pena imposta, oferece-se ao *arbitrium iudices* variada gama de opções que, a depender do caso, contempla o regime de cumprimento da pena ou mesmo a espécie de sanção a ser aplicada. Se assim pretende a legislação, renova-se, então, a preocupação com a determinação racional da medida da pena.

Observa-se, no ordenamento jurídico pátrio, a existência de diversas normas que permitem decisão discricionária pelo julgador, no âmbito da determinação da medida da pena, na intenção clara de se atingir a proclamada *individualização*: a pena-base (art. 59 do CP); as agravantes (art. 61 do CP) e as atenuantes (art. 65 do CP); as causas de aumento (por ex., art. 157, § 2º, do CP) e as causas de diminuição (por ex., art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06).

Sobre elas veiculam-se, semanalmente, nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Superposição, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais, notícias de anulação ou de reforma de decisões emanadas de juízos *a quo*, decorrentes da ausência de fundamentação ou de fundamentação deficiente, no âmbito da determinação da pena.

E a ausência de fundamentação ou a fundamentação deficiente raras vezes derivam de contrariedade expressa ao comando normativo expresso em lei ou na Constituição. Os referidos vícios são percebidos, com maior frequência, quando da aplicação de uma norma de determinação de pena em que o legislador deixou espaço para a discricionariedade do julgador.

Portanto, ante a identificação da dificuldade dos julgadores no ato da determinação da pena, ou seja, em estabelecer a quantidade da pena com base em uma fundamentação racional, é que se busca na *concepção procedimental do bem jurídico* uma *chave interpretativa* hábil a trazer um conjunto de razões

para fazê-la de modo legítimo, válido, idôneo, quando diz respeito à gravidade do fato⁷².

Em primeiro lugar, porque, como ensina *Mantovani*⁷³, a determinação da pena é a síntese de um sistema pluridimensional de valoração, necessário para uma completa individualização da pena; a gravidade do fato delituoso decorre da gravidade objetiva do dano ou do perigo ocasionado à pessoa que sofreu a ofensa; para se aferir a dimensão do dano ou do perigo, deve ser considerado o *quantum* de lesão ou a medida de perigo que foi colocado o *bem jurídico protegido*.

Em segundo lugar, porque, como assinala *Demetrio Crespo*⁷⁴: “*Se se parte da concepção conforme a qual o injusto é um ato contrário ao direito que provoca lesão ou coloca em perigo o bem jurídico, deve-se admitir a relevância do conceito de bem jurídico para que se mantenham esses efeitos, de modo que, se se entende o bem jurídico como expressão de uma relação social concreta, isso conduz a configurar a relação concreta em que se encontram o autor e a vítima em um critério de graduação do injusto cometido*”, sendo o bem jurídico “*uma chave interpretativa do sistema de determinação legal da pena, assim como da repercussão desta na individualização judicial da pena*”.

Em terceiro lugar, porque, como afirma *Vives Antón*⁷⁵: “*o que caracteriza essa*

72 No que diz respeito às condições pessoais que envolvem a dosimetria da pena – como por exemplo personalidade, conduta social, antecedentes, reincidência, a discussão carece de um novo artigo. Isso porque quanto a tais elementos há o difícil enfrentamento se guardam ou não respaldo no princípio da culpabilidade ou, em palavras mais claras, se desaguam ou não em um direito penal de autor; discussão que, não obstante seja de grande relevância, não poderá ser formulada, em razão da profundidade de argumentação e fundamentação exigidos.

73 MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte Generale*. 9 ed. Padova: CEDAM, 2015, p. 773.

74 CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2a ed. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016, p. 396 (tradução livre).

75 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 829.

concepção (procedimental) não é que se aceite como bens jurídicos de proteção os que o legislador, pelo procedimento democrático, veio a escolher, e sim, que concebe o bem jurídico, não em termos de objeto, mas de termos de justificação. Falar de bem jurídico como um algo, como um objeto ideal, não é desde essa perspectiva senão apontar as razões que podem justificar imediatamente o delito e a pena”.

Sendo assim, para o julgador determinar a quantidade de pena (= encontrar a “justa” medida da pena), nas hipóteses em que se exige dele a aferição do desvalor de ação e/ou do desvalor do resultado de uma conduta, impõe-se, por irrecusável, o uso do *bem jurídico* como um aliado na análise da determinação do grau de ofensa provocado pelo fato delituoso.

2. A determinação da medida da pena à luz da concepção procedimental do bem jurídico

A sanção que deverá ser pensada e calculada pelo julgador possui uma razão de existir e uma função a cumprir. Não à toa o legislador (art. 59 do CP) determinou que o julgador estabeleça a pena de modo *necessário* e *suficiente* para *reprovar* e *prevenir o crime*. Pois veja-se que, se o *crime* – que deve ser reprovado e prevenido, pela pena - está construído sob uma base procedimental do bem jurídico, necessariamente também deve estar a pena.

Assim, além do momento de criação do tipo de ação pelo legislador e de subsunção do tipo ao caso concreto pelo julgador, também o ato de (fundamentadamente) computar a sanção, deve lançar o olhar para o bem jurídico na análise de circunstâncias que compreendam a gravidade do fato⁷⁶. E disso decorrem algumas consequências. A primeira delas é que, ao fixar a reprimenda justa ao condenado, o julgador deve resposta a dois distintos

⁷⁶ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2a ed. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016, pp. 395-397.

questionamentos. A um deve responder, com base em fundamentos válidos, o *porquê* do incremento, da diminuição ou da manutenção da sanção. A dois, deve responder o *porquê daquele específico quantum* de incremento ou diminuição na pena.

A necessidade desse preliminar esclarecimento advém do fato de que os julgadores, regra geral, tratam ambos os pontos como sendo coisa una. Fundamentam, por exemplo, “o aumento da pena em oito meses em razão da consequência do crime ser grave, já que os objetos patrimoniais não foram recuperados pela vítima, que teve significativo prejuízo”. Tal fundamento, bem verdade, justifica o *porquê* do incremento – existência de significativo prejuízo ao patrimônio, bem jurídico tutelado -, mas em momento algum justifica o *porquê* do incremento *ser oito meses*. Por que não sete? Por que não nove?

Nesse ponto, não basta a resposta de que o *quantum* decorre de discricionariedade judicial, posto que tal discricionariedade é vinculada à fundamentação. O julgador tem o poder discricionário de eleger o *quantum*, que não vem preestabelecido por lei, mas deve fazê-lo *sempre* de modo justificado.

Também *não* se revela válido e suficiente um *fundamento matemático*. Alguns julgadores, na ânsia de cumprir a exigência de fundamentação, justificam o incremento em determinado *quantum* com base em simples *regra de três*. Trazemos, sem pretensão de esgotar o tema, mas tão somente de ilustra-lo, o exemplo bastante comum envolvendo a pena-base. Julgadores observam o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima em abstrato e, então, dividem-no por oito – número de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e utilizadas para a análise da pena-base⁷⁷, já tendo o Supremo Tribunal Federal

⁷⁷ Pense-se, por exemplo, no crime de furto, cuja pena mínima em abstrato é de 01 (um) e a máxima é de 04 (quatro) anos. Há, nesse caso, um intervalo de 03 (três) anos para que o julgador trabalhe a pena-base. Tendo em vista a existência de oito circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) disponíveis para a análise, nessa primeira fase, alguns julgadores dividem o intervalo de 03 (três) anos por oito e passam a, de modo fixo, incrementar em

se posicionado contrário à utilização de critério matemático para o estabelecimento da medida da pena⁷⁸.

Tal fundamentação também atingiu a terceira fase da dosimetria penal. Em exemplo bastante usual, julgadores, na intenção de fundamentar o *quantum* de aumento no roubo majorado (par. 2º do art. 157 do CP), verificam o mínimo e o máximo do aumento permitido por lei e, na sequência, relacionam matematicamente com o número de majorantes constantes do referido parágrafo⁷⁹.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a análise meramente quantitativa da pena viola o princípio da culpabilidade e se aproxima de uma responsabilização objetiva. Assim, determina seja feita, em homenagem à responsabilidade subjetiva e à própria individualização da pena, uma análise qualitativa da sanção.⁸⁰

Tal posicionamento ensejou, inclusive, a aprovação do Enunciado n. 443 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que aduz que “o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo

04 meses e 15 dias a cada circunstância desfavorável.

78 Mais especificamente, o STF reiteradamente afirma que a legislação não estabelece rígidos esquemas matemáticos, razão pela qual cabe ao julgador – próximo que está do caso concreto - fixar a sanção utilizando de discricionariedade, bem como cabe aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios adotados. Vide RHC 105921/PE, 1ª Turma, Relator Min. Marco Aurélio, DJu 29.03.2016; HC 125197/PR, 1ª Turma, Relatora Min. Rosa Weber, DJu 14.04.2015, dentre outros.

79 Para deixar mais desenhado: o parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal prevê aumento na pena, de um terço até metade, acaso ocorra qualquer das cinco majorantes previstas nos incisos (emprego de arma, concurso de agentes, vítima em serviço de transporte de valores, subtração de veículo a ser levado para outro Estado ou para o exterior e, por fim, restrição da liberdade da vítima). Assim, os julgadores passaram a aplicar o mínimo do aumento (um terço) caso haja apenas uma majorante no caso concreto, três oitavos caso haja duas majorantes, cinco doze avos caso haja três majorantes, onze vinte e quatro avos caso haja quatro majorantes e o máximo do aumento (metade), caso todas as majorantes estejam presentes no caso concreto. Nesse sentido, veja-se STJ, HC 200500404806, 5ª Turma, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, DJu 10.10.2005.

80 Nesse sentido, veja-se STJ, HC 24589/RJ, Relator Min. Hamilton Carvalhido, DJu 17.03.2003.

circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Veja-se que, ao rejeitar a fundamentação com base exclusiva em dados quantitativos e exigir análises qualitativas, os Tribunais Superiores reforçam o que se está aqui a sugerir: que há necessidade de analisar qualitativamente o bem jurídico violado na prática do crime como forma de se dimensionar a sanção imposta, ou, em outras palavras, que o bem jurídico é *uma das chaves interpretativas* capaz de subsidiar a análise qualitativa que os Tribunais Superiores acertadamente impõem.

3. Exemplos concretos de utilização da concepção procedimental do bem jurídico na dosimetria da pena

A análise de sentenças condenatórias evidencia a irracionalidade que marca, hoje e há tempo, o Poder Judiciário. Isso porque a sentença não deixa de ser, no fundo, uma vivência e, como tal, possui algo de irracional.

Certo que se pretende por vezes verifica-la logicamente pela sua referência à norma geral e abstracta. Mas nem por isso se pode pensar que a decisão deriva da lei, porque aquele controlo não é afinal vinculativo e o que em última análise decide é a intuição, a que se mistura o sentimento de justiça e utilidade. A experiência ensinaria – escreve Schwinge, resumindo o pensamento de Isay – que na prática a decisão só complementarmente “é racionalizada”, isto é, fundamentada de acordo com os preceitos legais. Neste momento, porém, se o julgador verifica que a lei conduz a resultados diferentes daqueles a que irracionalmente chegou, afasta a disposição perturbadora por meio da “construção”, quer dando à norma um sentido que exclui do seu âmbito o caso *sub-judice* – na interpretação da norma não haveria limites determináveis racionalmente –, quer arquitectando na situação de facto circunstâncias que tornem possível a aplicação de outro preceito.⁸¹

Veja-se que tal constatação conduz a duas distintas questões. A primeira, reconhecer a impossibilidade de uma dosimetria penal integralmente racional –

81 CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. A teoria do Concurso em Direito Criminal: 1 – Unidade e Pluralidade de Infrações: II – Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz. Almedina: Coimbra, 1953, p. 53.

o que não obsta, porém, a tentativa de um *afastamento da irracionalidade* e a *aproximação da efetiva racionalidade*. A segunda, justificar como é possível que um mesmo fundamento sirva, num caso e para um magistrado, para incrementar a pena e, noutro caso e para julgador distinto, para minorar a sanção.

A pena é aparentemente calculada, em primeiro plano, pela intuição, pelo sentimento de justiça e de utilidade que permeiam o juiz e, posteriormente, toques de racionalidade são buscados na legislação e conferem ar de legitimidade à fundamentação. É só o que explica incrementos na pena em razão “do crime ter sido cometido durante a noite” e, na vara ao lado, incrementos na pena em razão “do crime ter sido cometido à luz do dia”.

Do mesmo modo, há punição exacerbada em decorrência do fato ter ocorrido “em via pública” e, no gabinete ao lado, em decorrência do fato ter ocorrido “em propriedade privada”. Enquanto um magistrado exagera na pena porque o crime ocorreu “em local ermo”, outro julgador exaspera a reprimenda porque o delito aconteceu “em local público, repleto de gente”. Outro possível exemplo é aquele que envolve a idade da vítima. Um magistrado incrementa a pena afirmando que “a vítima era nova e tinha a vida toda pela frente”, enquanto o magistrado do gabinete em frente incrementa a sanção em razão da “vítima ser já idosa e ter toda uma história digna de ser respeitada”.

Tais incongruências evidenciam a insuficiência e a irracionalidade das fundamentações, posto que situações opostas podem ser utilizadas para conduzir exatamente à mesma conclusão. Tal fundamentação é irracional e despreza a concepção procedimental do bem jurídico, bem como aquilo que o circunda, uma vez que, embora o bem jurídico não possa proporcionar toda a fundamentação material de justificação da pena, incumbe ao julgador apresentar uma motivação que justifique uma determinação de pena racionalmente aceitável.

Mir Puig, ao tratar da determinação judicial da pena, reconhece a

discricionariedade, mas jamais como sinônimo de arbitrariedade. Por isso, afirma o autor, a discricionariedade tem de vir guiada por princípios que podem estar expressos na legislação, mas que também podem ser implícitos e relacionados aos *fins do direito penal*⁸². Prossegue ele afirmando que há situações em que o tratamento legal é simplesmente inexistente e, em outras, é existente, mas produz contradições. Nesses casos, entram em cena princípios como humanidade, culpabilidade, proporcionalidade e *proteção de bens jurídicos*.

Ou seja, além da óbvia observância aos princípios penais, também deve a pena ser calculada observando a proteção dos bens jurídicos. O que se está a afirmar é: a concepção procedimental do bem jurídico não tem sua utilidade encerrada quando da criação do tipo e da análise da (in)existência do delito. *Constatado que há ato criminoso, também a dosimetria da pena – e sua fundamentação – está submetida a tal concepção*. Isso porque, há de se ter em conta que os efeitos e os fins da pena, o modelo de Estado e os elementos do delito não são independentes, mas se condicionam mutuamente⁸³.

Assim, para que as presentes linhas não se encerrem em apontamentos que revelam equívocos, também importa trazer apontamentos de análises acertadas. O magistrado que, ao calcular a reprimenda de uma tentativa de homicídio, incrementa a sanção “em razão da vítima ter ficado paraplégica” ou “em razão da vítima ter ficado internada, entre a vida e a morte, por tempo significativo”, age acertadamente, conduzindo à determinação da pena racionalmente válida. Isso porque a pena (em abstrato) imposta à tentativa de homicídio é a mesma *seja a tentativa branca ou tenha decorrido grave consequência à vítima*, razão pela qual o magistrado pode distinguir tais sanções casuisticamente, com base na concepção procedimental do bem jurídico.

⁸² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – parte general*. 8a ed. Barcelona: Ed. Reppetor, 2010, p. 730.

⁸³ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2a ed. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016, p. 25.

Do mesmo modo, aceitável o incremento da pena nos crimes sexuais quando, em razão da violência praticada, a vítima desenvolve sintomas que conduzem à futura infertilidade; ou no caso em que, por força do crime patrimonial perpetrado em desfavor de um estabelecimento comercial, a vítima não suporta os prejuízos e decreta falência.

Para que não fiquemos tão somente nos exemplos envolvendo consequências concretas ao bem jurídico, também há que se apontar o acerto de fundamentações que incrementam a pena no crime de tráfico de drogas quando o delito foi realizado, por exemplo, dentro de uma escola de ensino fundamental, em razão, primeiro, do universo de crianças e adolescentes que ali circulam e, segundo, por ser local em que, supostamente, tais crianças e adolescentes estariam seguras e desenvolvendo suas capacidades cognitivas. E, nesse caso, mesmo na hipótese em que haja apreensão do total da droga.

V. Conclusões

Se se admite, seja por experiência teórica ou prática, que as primitivas ilusões envolvendo o bem jurídico foram desfeitas, também se admite que sua noção ainda hoje é imprescindível, seja como elemento que limita a tipificação ou guia a interpretação. A verdade é que a noção de bem jurídico, como usualmente ocorre coá as conceituações, vem se reinventando.

No presente estudo pretendeu-se demonstrar que o bem jurídico ainda possui capacidade de rendimento quando compreendido sob uma concepção procedimental. Mas, mais do que isso, se pretendeu revelar que a importância da noção do bem jurídico não está restrita à política criminal ou à teoria do delito, mas também guarda importante – e pouco explorada - função junto à teoria da pena.

Assim, se as linhas acima traçadas contribuíram, de algum modo, para demonstrar que a *concepção procedimental do bem jurídico* serve – e deve servir

- de *filtro interpretativo* para uma *determinação da pena racionalmente válida*, já valeu cada palavra. Por estar consciente de que a concepção procedimental do bem jurídico possui capacidade de rendimento em cada distinto momento da determinação (racional) da pena – incidindo, por exemplo, nas três fases da dosimetria - é que o presente artigo não pretende encerrar com o usual *ponto final*. Pretende, isso sim, significar tão somente *uma vírgula* num texto que clama por acréscimos e desenvolvimentos. Que o leitor se anime em também realizá-los.

VI. Referências

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral*. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. A teoria do Concurso em Direito Criminal: 1 – Unidade e Pluralidade de Infrações: II – Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz. Almedina: Coimbra, 1953.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2a ed. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016.

D'ávila, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do A.dvogado, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8 ed. Bari: Laterza, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte Generale*. 9 ed. Padova: CEDAM, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 151; CUERDA ARNAU, María Luisa. “Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal: análise de um conflito”, *In Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, pp. 43 e ss., jul./dez. 2014, Curitiba: FAE. Trad. Rodrigo Cavagnari.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – parte general*. 8a ed. Barcelona: Ed. Reppetor, 2010.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1976.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

NIÑO, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. 2 ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Bernd Schunemann; coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VALLDECABREZ ORTIZ María Isabel. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVÉS ANTÓN, Tomás S. *La Libertad como Pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. *In Revista Lusíada*, n. 4/5 (2007), Lisboa: Universidade Lusíada.

VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU. Estado autoritario y adelantamiento de la <<línea de defensa penal>>, *In* MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.). *O Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016.