

# DA DISPONIBILIDADE DO BEM JURÍDICO

FRANCISCO ILÍDIO FERREIRA ROCHA

Professor na Faculdade de Direito

do Alto Paranaíba

Mestrando em Direito Público pela UNIFRAN

## 1. Conceito de Bem Jurídico

O conceito de bem jurídico, criado por Birnbaum no Século XIX, surgiu dentro do princípio do Liberalismo Político, estabelecendo uma forma de vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário à leis formuladas *in abstractu* pelo órgão que mais se aproxima da base formadora da vontade geral<sup>1</sup>, o Legislativo, por entender que a pena, a mais dura ingerência Estatal na vida do indivíduo, deveria ser legitimada por pressupostos que emanem da instituição parlamentar. Estabelece-se assim, dentro de uma proposta contratualista, um limite ao poder punitivo do Estado, estabelecendo uma idéia de previsibilidade, proteção à confiança e a calculabilidade contra intromissões da autoridade pública na vida social.

Apesar de quase dois séculos ocupando posição privilegiada no âmbito do debate jurídico-penal, o conceito de bem jurídico não se encontra pacificado, até mesmo pelo fato de que é comum fazer uso do mesmo para estabelecer sistema dogmático justificador de instrumen-

---

<sup>1</sup> *"Rosseau estabelece uma distinção entre a VONTADE DE TODOS e a VONTADE GERAL, embora julgue que a vontade geral pode ser a somatória da vontade de todos; essa distinção precisa ser observada, portanto, ao calcular como a vontade geral promanada de todos. Rosseau acredita que haverá algumas diretrizes básicas às quais cada pessoa tem motivos idênticos para anuir – motivos idênticos porque estas diretrizes dizem respeito a defesa e proteção de interesses fundamentais, como a segurança pessoal, a garantia de meios de subsistência e a dignidade moral que todos compartilham. Esses interesses comuns dotam cada pessoa com uma razão para acolher favoravelmente tais diretrizes. Uma diretiva que favorece alguns mais prejudica outros indivíduos, por outra parte, não poderia oferecer aos prejudicados a mesma razão (ou, talvez, qualquer razão) para acolhê-la ou concordar com ela; embora os favorecidos pudessem sentir que tinham uma razão mais forte para aprová-la do que fosse uma diretiva que oferecesse a todos uma razão igual para anuir. Somente quando cada pessoa tem razão igual à de todas as outras para concordar com a diretiva é que, na opinião de Rosseau, essa diretiva pode ser corretamente considerada como sendo partida de todos de um modo igual e por motivos idênticos. Só nessas condições é que essa diretiva constitui a expressão de uma vontade propriamente geral".* N. J. H. DENT, Dicionário Rosseau, p. 216-217.

<sup>2</sup> *"Em cada um deles, o poder gerará, condicionará, fomentará, ou será inclinado a explicações ou versões da 'realidade' que, em forma de ideologias (sistema de idéias, isto é, com conteúdo não pejorativo) abarcarão também ideologias científicas. Toda a ciência é ideológica (por que qualquer saber é ideológico) e o poder, em cada caso, a manipulará segundo convenha a sua conservação, privilegiando uma ideologia e descartando (ou reprimindo, limitando o desenvolvimento ou ocultando) as que considere perigosas ou negativas para ela".* Eugenio Raul ZAFFARONI, Manual de derecho penal, parte general, p. 27.

tos de controle social dentro das sociedades modernas, se escusando práticas totalitárias através de um sistema científico<sup>2</sup>.

De modo a estabelecer um conceito útil para o prosseguimento do estudo, deve-se entender a complexidade do problema, visto existir uma enorme gama de conceitos, muitos dos quais ligados à visões individuais, portanto parciais.

De pronto excluiremos os conceitos que reduzam os bens jurídicos ao reflexo da moral dominante na sociedade, visto que a moral se refere à pautas comportamentais de cada indivíduo diretamente subordinada à consciência também individual, sendo portanto, uma questão de foro individual. Caso assim não entendido, pode ser aberto um perigoso precedente que levaria à ruína do Estado Democrático de Direito, reduzindo o mesmo à ditadura da maioria. Assim, o conceito de bem jurídico, como espelho da moral dominante, justificaria a punição de pessoas por mera conduta de vida, permitindo a perseguição à homossexuais, por exemplo, simplesmente pelo fato de que o grupo social majoritário não o aceita dentro de seu conceito de “normalidade”. Tal fato, além de não se ajustar aos preceitos expostos em nossa Constituição, ataca de maneira brutal o princípio da dignidade humana, demolindo as bases da liberdade, igualdade e tolerância sobre as quais se encontra fundado o Estado Democrático de Direito. Ressalva-se que a moral da maioria, enquanto sentimento de pudor valorado eticamente, pode ser considerado como bem jurídico, enquanto estabelece bases de convivência sociais. Utilizamos aqui o termo “ético”, como parâmetro comportamental valorado como positivo e útil para o convívio social.

Dentro da proposta deste trabalho, deve-se estabelecer desde já um norte para a busca conceitual do bem jurídico, seja ela, a total adequação do conceito ao Estado Democrático de Direito. *“Em sentido material, o princípio do Estado de Direito indica como há de se configurar o conteúdo do Direito Penal para corresponder o mais possível com a idéia de Estado justo. Aí se encontra em primeiro plano a salvaguarda do princípio da dignidade humana como norma básica*

<sup>2</sup> Hans-Heinrich JESCHECK, Tratado de derecho penal, parte general, p. 22.

<sup>4</sup> Claus ROXIN, Derecho penal, parte general. tomo I, p. 54.

*de todo o nosso sistema constitucional de valores. Deste se desprende para o Direito Penal, como garantia da liberdade geral de atuação, sua limitação às intervenções necessárias para assegurar a convivência das pessoas na comunidade”* <sup>3</sup>.

Assim, segue-se.

O conceito de bem jurídico de conteúdo meramente metodológico pode definir-se simplesmente como “*o sentido e o fim das concretas normas de Direito Penal*” <sup>4</sup>, este tipo de conceito, feito para suprir lacunas dentro da sistemática jurídico-penal, peca por diminuir, para não dizer esvaziar, o conteúdo material da definição de bem jurídico como limitador do *ius puniendi*, tornando-se mera ferramenta para fins de interpretação teleológica. “*De tal maneira, o bem jurídico está destinado a circunscrever mais exatamente, sempre, a função protetora de cada fato punível, e assim ele se apresenta como um meio extraordinariamente valioso e imprescindível para interpretar corretamente a essência íntima dos preceitos de Direito Penal. Em virtude do bem jurídico, se reconhece sempre, com clareza e evidência, qual é o interesse do indivíduo e da sociedade protegido pela lei, frente a uma situação determinada de relações sociais*” <sup>5</sup>.

Tendo em vista estabelecer uma visão crítica do conceito de bem jurídico, pode-se, desde já, delimitar algumas teorias úteis para desenvolvimento deste tópico. Identifica-se a teoria personalista, onde os bens jurídicos coletivos ou universais só possuem verdadeiros significados quando têm utilidade real para o desenvolvimento pessoal do indivíduo<sup>6</sup>. Estabelecendo um contraponto, destaca-se a teoria monista, de caráter universal ou coletivo que conduz a função do Direito Penal à proteção do sistema social, entendendo que os bens jurídicos individuais possuem relevância somente enquanto integrantes e úteis ao organismo social, isto é, entendendo estas atribuições valorativas como derivadas e integrantes indispensáveis do sistema social. Por outro lado, existem as chamadas teorias dualistas que

<sup>3</sup> Edmund MEZGER, Derecho penal, parte general, livro de estudio, p. 159.

<sup>4</sup> “*Na sociedade civil cada um é o seu fim e tudo o que resta é para ele nada. Mas sem relações com os outros ele não pode alcançar o conjunto para os seus fins. Estes outros são, por consequência, meios para o fim particular. Mas o fim particular confere a si mesmo por meio da relação com os outros a forma de universalidade e satisfaz-se, satisfazendo ao mesmo tempo o bem-estar dos outros.*” Jürgen HABERMAS, O discurso filosófico da modernidade, p. 45-46.

estabelecem a busca de um equilíbrio entre os bens jurídicos individuais e coletivos, formando uma síntese entre a teoria personalista e a monista, de caráter universal, atacando o problema conceitual somente enquanto questão de ordem sistemática, mas ignorando que tal redução à síntese não estabelece uma base para a função do bem jurídico enquanto limitador do poder punitivo Estatal. A teoria monista de caráter universal, diluindo a importância da autodeterminação do indivíduo também pouco contribui para o estabelecimento da função limitadora do Direito Penal.

Uma freqüente crítica à teoria monista de caráter universal acentua que a paz social, garantida pela adequada ordem social ou estatal é também um bem jurídico do indivíduo, bem este indispensável para o livre desenvolvimento pessoal, constituindo-se, assim, em um bem jurídico individual. Pensar o contrário seria dar licença à perigosa possibilidade de que minorias dominantes (elites) tomassem para si a capacidade de determinar os pressupostos de ordem e atropelar garantias individuais em nome da paz social (uma vez entendido que esta é um bem jurídico de qualidade exclusivamente coletiva), estabelecendo, por exemplo, a censura política e uma proteção demasiadamente tendenciosa a bens jurídicos instrumentais, como a propriedade privada. Através de uma revisão histórica, pode-se observar que tais temores não são infundados, visto a enorme freqüência com que os mesmos são encontrados na história, não só do Brasil, mas na grande maioria dos Estados modernos.

O conteúdo conceitual de bem jurídico, portanto, como limitador do *ius puniendi*, deve abraçar a primazia do indivíduo e destacar a importância do princípio da dignidade humana como ponto central para o estabelecimento de um consenso. Portanto, visando preencher os requisitos necessários à busca conceitual, toma-se partido da teoria personalista.

Para se adequar ao dinamismo das relações sociais e responder de modo satisfatório às exigências Constitucionais de um Estado Democrático de Direito, dever-se-á dotá-lo de uma grande abertura a câmbios relativos a valores sociais, de modo a resguardar sua própria utilidade enquanto ferramenta científica em tempos em que o dinamismo cada vez mais se encontra patente no mundo moderno. Dentro desta linha, aceita-se aqui o seguinte conceito: os bens jurídi-

cos “são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”<sup>7</sup>. A utilização de um conceito aberto é uma evidente necessidade para transcender as meras formas temporais, presas a realidades especificamente localizadas em determinado lapso de tempo, que pecam por expor o Direito Penal a um descompasso com os avanços sociais nas relações interpessoais. O conceito aberto se constitui em um instrumento necessário para promulgar a verdadeira função do Direito, buscar a paz social pela distribuição de Justiça material.

## **2. Implicações do Conceito de Bem Jurídico Adotado**

A aceitação do conceito de bem jurídico, exposto anteriormente, nos leva à algumas implicações, sendo necessário expor as mais importantes para uma melhor compreensão conceitual e crítica do objeto.

Decorrem, portanto, do conceito aberto de bem jurídico, dentro da teoria personalista.

### **2.1. As Cominações Penais Arbitrárias não Protegem os Bens Jurídicos**

O estabelecimento de tipos penais que nada acrescentem à garantia da paz social e ao livre desenvolvimento da autodeterminação individual na sociedade, são aberrações penais de caráter arbitrário, produzindo uma desnecessária limitação à liberdade individual. Em todas as normas jurídico-penais devem ser encontrados juízos de valores positivos sobre bens jurídicos que são indispensáveis à convivência humana na comunidade. Normas arbitrárias “*não servem à liberdade do indivíduo no Estado liberal nem para a capacidade funcional de um sistema social baseado em tais princípios*”<sup>8</sup>. Visto a pena ser a mais gravosa intromissão Estatal na esfera individual, a arbitrariedade na produção de tipos penais se torna uma brutalidade intolerável em um sistema jurídico-penal moderno, inserido em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>7</sup> Francisco Muñoz CONDE, Mercedes García ARÁN, Derecho penal, parte general, p. 65.

## 2.2. As Finalidades Puramente Ideológicas não Protegem os Bens Jurídicos

Dentro de uma sociedade pluralista é inaceitável a imposição de posturas de fundo meramente ideológicas, desprovidas de finalidade, ou com finalidade diversa da busca da autodeterminação do indivíduo e da busca da paz social, visto se constituírem uma terrível face do poder estatal instrumentalizado que, não raras vezes, desemboca no estabelecimento de métodos de controle social totalitários. Exemplo é o anti-semitismo, estabelecido no ordenamento jurídico alemão, quando da ascensão do regime nacional socialista (nazista) nas décadas de 30 e 40. *“Justo é assimilar que a verdade não pode expressar-se por inteiro em seus conceitos, simplesmente por que a verdade é infinita e a sua conceituação – isto é, a ideologia – é um recurso finito. Portanto, toda a referência ideológica à verdade, inevitavelmente, sempre é parcial. Trata-se de um limite inerente à natureza mesma da ideologia. Quando se pretende superá-la, afirmando ideologicamente ‘a’ verdade absoluta, excede-se o marco das possibilidades humanas, de maneira nem sempre intencional. A única forma de não cair neste erro é a humildade, ou seja, o reconhecimento da parcialidade do conhecimento<sup>9</sup>”*. Portanto, qualquer cominação de caráter meramente ideológico seria uma negação do ambiente de pluralidade social sobre o qual se assenta grande parte dos fundamentos basilares da estruturação de uma democracia.

## 2.3. As Meras Imoralidades não Lesionam Bens Jurídicos

*“Não há, pois, um limite absolutamente válido entre o comportamento simplesmente imoral, por uma lado, e lesão de bens jurídicos, não-cumprimento de deveres especiais e perturbação da paz social, por outro; entretanto, se pode determinar o limite relativamente para uma sociedade de características determinadas<sup>10</sup>”*. Ora, o princípio do mundo moderno (ocidental) é em geral a liberdade da subjetividade, onde a peculiaridade infinitamente particular pode fazer valer suas

<sup>8</sup> Claus ROXIN, Derecho penal, parte general, tomo I, p. 56.

<sup>9</sup> Eugenio Raul ZAFFARONI, Manual de derecho penal, parte general, p. 28.

<sup>10</sup> Günther JAKOBS, Derecho penal, parte general, p. 55.

pretensões. Assim, de modo a resguardar a liberdade da subjetividade, necessário se faz retirar do ordenamento qualquer cominação que produza conflitos sociais desnecessários, devido a produção de uma estigmatização à pessoas socialmente integradas, como homossexuais, por exemplo.

No entanto, deve-se ressaltar que o fato da mera imoralidade ser estranha ao Direito Penal, não o é o sentimento coletivo de pudor. Todas as pessoas têm direito à livre determinação de suas aspirações morais, no entanto, estas, em respeito à paz social devem ser compartilhadas com outras pessoas somente mediante comum acordo entre o grupo. Logo, não há o que se falar de atentado ao pudor em uma praia de nudismo, visto as pessoas que ali se encontram estarem de acordo com a deliberação de permanecerem nus no ambiente em questão. Entretanto, permanecer nu em um via pública, de alto movimento, caracteriza tal delito, uma vez que o constrangimento, fruto do desrespeito a uma regra da convivência social, foi afetada de modo unilateral, andar vestido. Temos, assim, que não se pune as imoralidades, mas o ataque ao sentimento público de pudor.

### **3. Da Disponibilidade do Bem Jurídico**

Adotando-se, pois, a teoria personalista do bem jurídico, temos a observação de que um dos pontos centrais da mesma reside na capacidade do titular dispor sobre estes bens jurídicos que lhe são consagrados, a fim de garantir o livre desenvolvimento de sua personalidade. É a capacidade de disponibilidade que efetiva a instrumentalização dos bens jurídicos como pressupostos essenciais à vida coletiva. Se assim não o fosse, se o indivíduo não pudesse dispor dos mesmos, por que tê-los? Se os bens jurídicos se constituem apenas em ideais, sem nenhum sentido instrumental, eles de nada valem como garantia ao convívio social, pois lhes faltariam utilidade e instrumentalidade. Para evitar tal situação, “disponibilidade” tem aqui, a conotação de implementação, de instrumentalização, enfim, de uso.

Dizer, então, por exemplo, que a “integridade física” se constitui em um bem jurídico, não é, propriamente, uma incorreção, mas sim,

um termo incompleto. O estritamente correto seria afirmar que a disponibilidade da integridade física é, isso sim, um bem jurídico. Deste modo, o cirurgião plástico, quando de uma operação essencialmente estética, não comete uma lesão corporal, visto que a sua paciente, concedeu a necessária anuência para o procedimento cirúrgico. Claro que a integridade física da paciente foi afetada, afinal, é normal, neste caso, a feitura de incisões, extrações de tecidos e fratura de ossos, no entanto, esta afetação se deu dentro da esfera de disponibilidade do bem jurídico pelo seu titular, *nulla iniura est, quae in volentem fiat*<sup>11</sup>. Não se causa dano a quem o deseja, mesmo que este dano seja para a maioria “imoral”, como por muitos segmentos da população são consideradas as práticas sádicas e masoquistas, por exemplo. O Direito reserva o “direito” da pessoa conduzir sua vida da maneira que lhe for mais condizente com seus anseios.

Prosseguindo acerca da disponibilidade, ressaltando a utilização deste termo no sentido de “uso”, em relação à “vida”, podemos afirmar de pronto, que a mesma se constitui no mais disponível dos bens jurídicos. A todo momento, o indivíduo escolhe, da maneira que lhe convir, como usá-la. Tendo em vista o convívio em uma sociedade permeada pelo constante risco na utilização do espaço físico, bem como no desenvolvimento das relações sociais, a vida acaba por se constituir em um emaranhado de escolhas que desembocam na aceitação de situações perigosas, tanto ao patrimônio, quanto à integridade física, bem como, à própria sobrevivência. Observamos exemplos assim, ao participar do conjunto que forma o trânsito automotivo, a pessoa imediatamente se coloca em uma posição de incremento do risco de sofrer um dano físico e até a própria morte em um acidente. Ao pular de pára-quadras, o risco de morrer é incrementado pelo próprio indivíduo, de maneira que, se continuasse com os pés plantados no chão possuiria mais chances de viver por um tempo consideravelmente mais prolongado. A pessoa que salta de um avião, no entanto, o faz em busca de satisfação pessoal, mesmo que o custo desta satisfação seja potencializar um perigo mortal. Proibir toda e qualquer escolha que aceite o aumento de um risco é uma ficção,

<sup>11</sup> O que se realiza com a vontade do lesionado não se constitui em injusto.

<sup>12</sup> Michel FOUCAULT, *Vigiar e punir*. p. 118.

GUSTIN, Miracy B. S.. *Das necessidades humanas aos direitos, ensaio de sociologia e filosofia do direito*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso da modernidade*. trad. Ana Maria Bernardo, José Meireles Pereira, Manuel Simões Loureiro, Maria Antónia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. 2. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote S.A.. 1998.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. trad. Joaquim Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*. trad. José Luís Manzanares Samaniego. 4. ed. rev. cor. aum. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal, parte geral, 1º volume*. 19. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1995.

LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Coordenador da trad. Javier Torres Nafarrate. 1ª ed. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal, parte general, livro de estudio*. trad. Conrado A. Finzi. 4. ed. Buenos Aires: Pellegrini impresores, 1959.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. e prefácios L. Cabral Moncada. 6. ed. rev. aum. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 1ª ed. Madri: Editorial Civitas, 1997.

VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão. revista e prefaciada L. Cabral Moncada. atualizada Anselmo de Castro. 5ª ed. rev. ampl. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal, parte general*. 6. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1996.