

A VIDA COMO BEM JURÍDICO

FRANCISCO ILÍDIO FERREIRA ROCHA

*Mestre em Direito Público
Professor no UNLARAXÁ*

Resumo

Tradicionalmente, o Direito Penal considera o bem jurídico "vida" como o mais valioso e, por consequência, aquele que dispensa uma maior necessidade de proteção. Tal entendimento é, inclusive, ratificado pelo texto constitucional de 1988 que prescreve, em seu art. 5.º a inviolabilidade da garantia do direito à vida. A preocupação em proteger a vida humana, que já era enorme, vem ainda sendo incrementada pelo crescimento dos debates relacionados com o Biodireito, levantando novas questões e reanimando o debate de antigas. Entre elas, destaca-se neste trabalho a essência do que vem a ser, no Estado Democrático de Direito brasileiro, o conteúdo material do bem jurídico "vida". A análise de tal questão é elementar para o Direito Penal, visto que, o ordenamento jurídico protege, através da norma penal, bens jurídicos de lesões ou colocações em perigo que perturbam, intoleravelmente, a paz social e a coexistência harmônica entre os indivíduos componentes de uma dada sociedade, através da frustração das expectativas elementares para a vida em sociedade. A análise do conteúdo material do bem jurídico vida, suscita, por via reflexa, a necessidade de considerações, não somente sobre sua natureza, mas também, sobre sua disponibilidade e sobre o consentimento do titular e os limites sobre o qual tal consentimento pode ser exarado.

Palavras chave: Vida humana. Bem Jurídico. Proteção. Direito Penal.

Abstract

Traditionally, the Penal Right considers as the very juridical "life" as the most valuable and, for consequence, the one that dismissal a larger need to protection. Such understanding is, inclusive, ratified by the constitutional text of 1988 that prescribes, in your art. 5.th the inviolability of the warranty of the right to life. The preoccupation in protect the human life, which was already enormous, comes still being increased by the growth of the debates related with Biodireito, lifting new matters and reviving the debate of old. Among them, it highlights in this work the essence than becomes, in the Democratic State of Brazilian right, the material content of the very juridical "life". The analysis of such a matter is elementary for the Penal Right, since, ordenamento juridical protects, through the penal norm, juridical goods of lesions or placements in danger that disturb, intoleravelmente, the social peace and the harmonica coexistence among components individuals of one given society, through the frustration of the elementary expectations for life in society. The analysis of the material content of the very juridical life, raises, for way reflexa, the need to considerations, not only about your nature, but also, about your availability and about title-holder's consent and the limits about which such consent can be former.

Key-words: Human life. Very juridical. Protection. Penal right.

SUMÁRIO: Introdução. I - Evolução Histórica do Conceito de Bem Jurídico. II - As Modernas Teorias e os Conceitos de Bem Jurídico. III - Do Conceito de Bem Jurídico Adotado. IV - Implicações do Conceito de Bem Jurídico Adotado. V - Da Vida Enquanto Bem Jurídico. Bibliografia.

INTRODUÇÃO:

Na moderna ciência do Direito Penal, o bem jurídico se reveste de uma função liberal de limitação racional do *jus puniendi*, elegendo as condutas que devem ser tuteladas pelo Direito penal e, por outro lado, determinando os marcos desta intervenção, entre outras (função humanizadora, função exegética, função dogmática e função crítica)¹.

Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos implícitamente conlleva el reconocimiento de um axioma básico para la construcción y desarrollo de una sociedad democrática: la posición antinómica y desigual del ciudadano frente al poder².

Tendo como base tal concepção, determina-se, através do bem jurídico, um limite ao poder punitivo estatal, estabelecendo uma proteção à confiança de que toda ingerência da autoridade pública na vida pública de seus cidadãos se dará por critérios racionalmente identificáveis e previsíveis.

É inegável que o Direito penal deve ser compreendido como um sistema de controle social, entretanto, mesmo com a aceitação desta proposição inicial, restam importantes questionamentos a serem analisados. Quais objetos são protegidos pelo Direito penal? Qual o método de eleição dos objetos tutelados?

Quais os limites da proteção dos objetos tutelados? Tais questionamentos são de vital importância para a estruturação do sistema político-criminal, sua inserção no Estado e sua aplicabilidade na sociedade. As respostas delinearão a qualidade do próprio Estado, uma vez que determinadas formas e métodos de utilização do Direito penal como ferramenta de controle social podem afastar, por exemplo, a estrutura política do paradigma da democracia. Tendo sempre em pauta esta ressalva, determinar-se-á pela busca de um conceito moderno de bem jurídico que melhor se molde àquele Direito penal inserido em um Estado de Direito.

¹ LOPES, M. A. R. Teoria Constitucional do Direito Penal. Editora RT: São Paulo. 2000. p. 338-43.

² MALAREE, H. H. Bien Jurídico Y Estado Social Y Democrático de Derecho (El Objeto protegido por la norma penal). Editorial Jurídica Conosur. p. 139.

En sentido material, el principio del Estado de Derecho indica cómo há de configurarse el contenido del Derecho penal para corresponderse lo más posible com la idea de Estado justo. Ahí se encuentra, em primer plano, la salvaguardia de la dignidad humana como norma básica de todo nuestro sistema constitucional de valores. De ello se desprende para el Derecho penal, com la garantía de la libertad general de actuación, su limitación a las intervenciones necesarias para asegurar la convivencia de las personas em la comunidad³

O ensinamento do mestre alemão se formata perfeitamente ao modelo de Direito penal adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a eleição do respeito ao princípio do Estado de Direito se mostra elementar dentro de nossa ordem constitucional. *“El Estado de Derecho implica más que el mero Estado de legalidad. Su verdadero fin es la justicia material”*⁴.

É, pois, necessário se adequar à busca pelo conceito e conteúdo do bem jurídico a limites traçados pelo princípio do Estado de Direito e pelo princípio da dignidade humana, uma vez serem eles fundamentos postulados de nosso sistema normativo constitucional, dispostos no art. 1º e inciso III da Constituição Federal de 1988⁵. Assim, as questões relacionadas à VIDA, enquanto bem jurídico, por exemplo da eutanásia e de sua punição por um sistema jurídico-penal, devem, necessariamente, serem precedidas por uma discussão sobre qual o conteúdo jurídico da VIDA valorada e protegida pelo Direito, de modo a determinar a racionalidade da previsão de pena dentro de um sistema metodologicamente coerente perante a moderna dogmática do Direito penal no Estado Democrático de Direito e com total respeito pela dignidade da pessoa humana.

I - Evolução Histórica do Conceito de Bem Jurídico.

A história da evolução conceitual do bem jurídico está ligada à própria evolução do Direito penal e permite, por outro lado, a visualização da estreita identidade entre os sistemas punitivos e os modelos de controle social patrocinados pelas forças sociais, políticas e econômicas atuantes em dado

³ JESCHECK, H.-H. *Tratado de derecho penal, parte general*. p.22.

⁴ RÜDOLPH, H. J. *Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal*. ano 4. n 5 a 8. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975. p. 338.

⁵ “Art. 1o. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”.

Estado em um indicado momento histórico.

La definición de delito como vulneración de un derecho queda muy atrás y ya sólo interesa a los historiadores del Derecho penal. del delito como infracción de un deber sólo habla con la 'renovación del Derecho' nacionalsocialista. Hoy en día es predominante la definición del delito como lesión de un bien jurídico⁶.

Em se observando a Idade Média, devido a interação e colaboração entres as forças religiosas e o poder estatal, o Direito, especialmente o penal, revestiu-se de elementos que fundamentavam o poder real e a supremacia da Igreja na determinação dos valores sociais de comportamento. A progressiva centralização política, visualizada com muita clareza a partir do século XII, culmina com o absolutismo em várias nações européias. Encontra chancela no poder eclesiástico que, através de seu monopólio cultural, fundamenta e legitima o exercício do poder pelos monarcas.

Durante la Edad Media, especialmente desde el Código Criminalis Carolina, primer Código Penal alemán, hasta aproximadamente finales del Siglo XVIII, la monarquía absolutista vinculada a la Iglesia, monopolizaba el Poder Político y el Derecho; la tarea de determinar el área de lo punible la tenía el Estado-persona. El delito no tenía definición jurídica, quien infringe una norma atentá contra el Rey y la Iglesia, existía una concepción de delito-pecado revestido de caracteres éticos e morales⁷.

Existe, desta forma, no período medieval, uma congruência do conteúdo material do delito com o conteúdo do pecado e da lesa-majestade. Tudo aquilo que ofende ou prejudica o conteúdo valorativo de preceitos religiosos ou que contraria a própria vontade do monarca, permite uma resposta jurídica sob a forma de pena. O Direito penal tem aqui a clara missão de garantir a continuidade e perpetuação das estruturas sociais que garantem a perpetuação do poder nas mãos na Realeza e da Igreja às custas da população. Mais do que um sistema de controle social, o ordenamento jurídico se torna um sistema de opressão social.

Em resposta ao absolutismo, consolida-se, no século XVII, um movimento

⁶ GÜNTHER, K. *De la vulneración de un derecho de la infracción de un deber. ¿Um "cambio de paradigma" em el derecho penal?. La insostenible situación del derecho penal.* Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000. p. 489.

⁷ SÁNCHEZ, D. B. *El bien jurídico em el derecho penal.* revista peruana de ciencias penales. Año V. no 9. p. 645.

de contestação à arbitrariedade do poder real e das ingerências da Igreja na vida social. Afirmar-se, pois, o Iluminismo como principal crítico das estruturas sociais e jurídicas vigentes.

Em relação às ciências penais, destaca-se a crítica exposta por Cesare Beccaria. Este contrapõe ao modelo absolutista um novo padrão de política criminal, sendo ela norteada por princípios racionais de justiça e eficiência.

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos seus súditos⁸.

Neste momento, inicia-se a resolução de que o poder de punir do Estado deve, necessariamente, estar condicionado a limites claros, previsíveis e racionais, de forma a garantir o indivíduo contra usurpações e arbitrariedades perpetradas pelo Estado e seus representantes.

Para Beccaria, o delito é a ação reprovável que atenta contra a salvação pública e, por isso, é merecedor de resposta penal sobre forma de punição proporcional ao dano causado. Esta concepção se desliga do estalão anterior, superando a identidade delito-pecado ao se pautar por elementos racionais para determinação da identificação de condutas merecedoras de persecução penal.

Entretanto, sem desmerecimento ao grande avanço, a teoria do mestre italiano não expõe critérios claros para a criminalização de condutas, apesar de anotar claramente a necessidade de estabelecê-los. A simples determinação do delito como a figura comportamental que fere o contrato social é insuficiente para esta tarefa. Por outro lado, se tais critérios fossem estabelecidos pela idéia de vontade geral⁹ derivada de J.J. Rousseau ainda seria duvidoso que tais limites, aptos a garantir a segurança e justiça necessária

⁸ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Edipro. São Paulo. 1993. p.18.

⁹ "Rousseau estabelece uma distinção entre VONTADE DE TODOS e 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 é promanada de todos. Rousseau acredita que haverá algumas diretrizes básicas às quais cada pessoa têm motivos idênticos para anuir – motivos idênticos porque estas diretivas dizem respeito à 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 de uma razão para acolher favoravelmente tais diretivas. Uma diretiva que favorecesse alguns, mas prejudicasse 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 linham uma razão mais forte para aprová-la do que fosse uma diretiva que oferecesse a todos uma razão para anuir. Somente quando cada pessoa tem razão igual a todas as outras para concordar com a diretiva é que, na opinião de Rousseau, essa diretiva tem de ser corretamente considerada como sendo partida de todos de um modo igual e por motivos idênticos. Somente nestas condições é que essa diretiva constitui uma expressão de uma vontade geral propriamente dita". N.J.H. Dent. Dicionário Rousseau. P. 216-217.

para critérios racionais, pautem limites ao poder punitivo estatal.

Buscando a determinação dos limites lógicos ao conteúdo material do delito, os pensadores do direito afirmam, em um momento posterior, que o delito é sempre um atentado contra um direito subjetivo, podendo este pertencer ao Estado ou à pessoa. “O Direito penal desse período se expressou na doutrina jurídica privatista de Feuerbach: lesão de um direito subjetivo (...). O objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito”¹⁰. Apesar do esforço para a delimitação de critérios materiais para a determinação do delito, tal idéia pouco contribuiu para tal propósito, visto o conceito de “direitos subjetivos” expostos, ser por demais amplo, podendo, com um pouco de imaginação, abarcar uma infinidade de valores, de cunho meramente moral ou religioso inclusive.

O termo “bem jurídico” surge no universo jurídico em 1834, com a exposição crítica de Birnbaum às idéias anteriormente expostas por Feuerbach.

Cabe mencionar al menos tres razones por las que BIRBAUM em el año de 1834 elimina del Derecho penal la vulneración del derecho como elemento definidor de delito y la sustituye por el ‘bien’ lesionado. Por un lado, que la teoría de la vulneración del derecho era equívoca y no suficientemente concreta, pues según la comprensión natural no se pueden lesionar derechos, sino sólo los ‘bienes’ sujetos a aquéllos. Por otro, que, debido a su pretensión filosófica, estaba orientada de modo primario a la legislación, pero no a las necesidades del aplicador del Derecho, que há de partir do derecho positivo y, por ello, necessita de elementos generales por los cuales pueda reconocerse qué es lo que lo Estado quiere saber que se contempla como delito. Además, que el Derecho positivo contiene normas que no se pueden reconducir sistemáticamente a um derecho subjetivo, entre ellas sobre todo las infracciones de policía. Calificarlas como ‘delitos’, pero no definir las como ‘vulneración de um derecho’ sería contradictório. Em fin, tradicionalmente han pertenecido siempre al Derecho penal positivo normas que se oponem a uma recondución a derechos individuales de libertad: así, los delitos relativos a la religión y la moralidad. Pues bien, su protección jurídico-penal sólo se puede justificar, si religión y moralidad son entendidas como ‘bien común del pueblo’.¹¹

¹⁰ PRADO, L. R. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2. ed. Editoria Revista dos Tribunais. São Paulo. 1997. p. 27-8.

¹¹ GUNTHER, K. *De la vulneración de um derecho de la infracción de um deber. ¿Um “cambio de paradigma” em el derecho penal?. La insostenible situación del derecho penal*. Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada. 2000. p. 495.

Apesar do avanço em relação aos seus antecessores, a teoria do bem jurídico em Birnbaum padece de críticas severas. Primeiramente o autor não esclarece o conceito de bem jurídico; ao invés, disso, prefere delimitar os marcos de seu conteúdo através de rol exemplificativo, citando assim a vida, o patrimônio, a liberdade, a honra e a integridade física. Tal rol não encontra limites de inclusão, visto o autor determinar que qualquer objeto relevante para o indivíduo, para o Estado ou para a comunidade pode ser qualificado como bem jurídico. A propósito, ainda inclui a moral e a religião como bens jurídicos, qualificando-os como bens comuns.

Lo positivo de esta tese es que com ella se propugna el respecto del principio de legalidad, se determina lo protegible por el Derecho penal y exige que el delito signifique um peligro o lesión a um concreto bien (material o imaterial); y lo negativo es que introduce como bienes protegibles a la moral y la religión, al establecer tres categorías de bienes jurídicos: individuales, del Estado y el bien común, y sobre esta última base situó a la sociedad, dando carta blanca para penalizar conductas meramente inmorales o contra la religión a las que denominó delitos de peligro común¹².

Atenta-se que o problema marcante da concepção de bem jurídico na teoria de Birnbaum é o a exposição da moral e da religião como bens jurídicos. Tal proposta demole as barreiras entre o delito, a imoralidade e o pecado, permitindo uma ingerência intolerável na esfera de autodeterminação do indivíduo em sociedade. Tal posicionamento encontra-se historicamente relacionado a sombrios períodos na história da humanidade, bastando, exemplificativamente, citar a perseguição aos homossexuais em diversos Estados passados e, infelizmente, ainda na atualidade.

El Estado tendría, entonces, el derecho de coaccionar, sin más, mediante la pena a las minorías que no comparten las concepciones morales generales, para que adecuen sus acciones a patrones valorativos que ellos no han elegido, a pesar de tales acciones no sean em absoluto socialmente dañosas¹³.

Desta forma, qualquer teoria do bem jurídico que não se proponha a estabelecer limites rígidos entre o delito, a imoralidade e o pecado, pouca ou nenhuma relevância possui para o cumprimento de sua função, indicadora da necessidade de tutela penal e limitadora da própria tutela.

¹² SANCHEZ, D. B. *El bien jurídico em el derecho penal*. revista peruana de ciencias penales. Año V. no 9. p. 647.

¹³ RUDOLPH, H. J. *Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Nuevo pensamiento penal. ano 4. n 5 a 8. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975. p. 340.

Posteriormente à contribuição de Birnbaum, surgem os posicionamentos críticos de Binding e Von Liszt.

Em 1872, Binding escrevia que ‘só a norma penal elevava um objeto à categoria de bem jurídico’. Já Von Liszt, em 1888, falava das ‘condições vitais da comunidade estatal’ que o legislador penal transforma em ‘real objeto de tutela’, mas que, por outro lado, ele pode pecar por defeito e por excesso¹⁴.

Tais posicionamentos inseridos dentro do pensamento positivista, pouco ou nada contribuem para a construção de uma política criminal mais liberal. Na concepção de Binding, o bem jurídico é todo aquele bem eleito pelo Estado como tal. Além de pouco esclarecedora quanto ao conceito, uma vez que bem jurídico é todo aquele que o ordenamento jurídico determina que seja, esta percepção não possui em si nenhuma utilidade como instrumento de construção de políticas criminais liberais, uma vez que não evidencia nenhuma condição de eleição, salvo o arbítrio dos titulares do poder legislativo. Na concepção de Franz V. Lizst, por outro lado, ele, a princípio, tenta sanar o problema do conceito de Binding, propondo que somente “as condições vitais da comunidade estatal” devem ser protegidas.

El punto de partida de su teoría lo constituye la tesis de que el derecho existe por voluntad humana y que por lo tanto el fin de todo derecho penal sería solamente la protección de intereses humanos vitales. Estos intereses vitales que Liszt llama bienes jurídicos cuando son protegidos jurídicamente, no son para él un producto del orden jurídica, sino de la vida y por lo tanto están dados a él previamente¹⁵.

Em síntese, LIZST considera que das relações humanas brotam naturalmente os interesses que reclamarão a intervenção penal (em outras palavras, a vida cria e o direito vem atrás para normatizar), em razão da necessidade desta proteção. Na medida em que passam a contar com a proteção do direito penal, tais interesses são elevados a categoria de bens jurídicos¹⁶. Tal idéia não é suficiente, por si só, para criar uma delimitação clara de marcos limites, visto a indeterminação de seu conteúdo.

¹⁴ BARATTA, A. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*. lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais. Ano 2. n. 5. janeiro-março. 1994. p. 6.

¹⁵ RUDOLPH, H. J. *Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Nuevo pensamiento penal. ano 4. n. 5 a 8. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975. p. 334.

¹⁶ PELARIN, E. *Bem jurídico penal. um debate sobre a descriminalização*. IBCCrim. São Paulo. 2002. p. 58-9.

A ausência de conteúdo valorativo do conceito positivista de bem jurídico foi objeto de forte crítica do penalistas neokantianos. Estes defendiam que “*los preceptos del derecho penal son valoraciones humanas hechas por el legislador competente, que el jurista, en su trabajo exegético, en su carácter de intérprete d'ela ley, tiene de continuar y terminar, para aplicarlos a los casos prácticos de la vida*”¹⁷. O bem jurídico na concepção neokantiana possui como conteúdo a remissão a um valor metajurídico encontrado através de uma investigação subjetiva da realidade espiritual.

Com o neokantismo, porém, se inaugura já uma outra fase de evolução política, onde a medida individual cede lugar a posições ou situações preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um juízo puramente normativo, aparentemente neutro, ma em geral, de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem, pelo de valores ético-sociais¹⁸.

Tal compreensão acaba por distanciar a base fundamental do Direito penal da realidade social, que é, fundamentalmente, seu âmbito de aplicação elementar.

Neste momento, o bem jurídico, apesar de ainda ser um conceito em construção, já passa a integrar a base do todo o Direito penal.

El gran proceso de transformación de la dogmática jurídicopenal em los años veinte de nuestro siglo [XX] condujo a que el bien jurídico dejara de ser entendido en el sentido de un interés concreto previo a la norma; el bien jurídico se convirtió (...), em ‘abreviatura de la idea del fin’¹⁹.

O conceito de bem jurídico se transfere do patamar pré-jurídico de condição material de validade da norma, para a missão de determinar qual o fim da lei penal. O fim da norma penal passa a ser a proteção dos bens jurídicos e o conceito deste passa a ser o norteador da missão do Direito penal. Com o advento do Finalismo, tal compreensão se fortalece e passa a influenciar vários ordenamentos jurídicos, em especial o brasileiro. “*Misión del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementares valores de acción ético-sociales*”²⁰. O principal problema desta teoria defendida por Hans Welzel, foi anotar que os bens jurídicos são protegidos através da garantia

¹⁷ MEZGER, E. *Derecho penal, parte general. libro de estudio*. 6. ed. Editorial Bibliografica Argentina. 1955. p. 44.

¹⁸ TAVARES, J. *Teoria do Injusto Penal*. Del Rey. Belo Horizonte. 2000. p. 177-8.

¹⁹ JESCHECK, H-H. *Tratado de derecho penal, parte general*. p.232.

²⁰ WELZEL, H. *Derecho penal aleman*. Editorial Jurídica de Chilc. 4. ed. Santiago. 1997. p. 5.

aos valores éticos-sociais fundamentais da sociedade. Primeiramente, esta colocação inverte a ordem lógica de fundamentação. Um dado valor ético é protegido se existe um bem jurídico que fundamente e determine a sua relevância para o Direito penal. Por outro lado, identificar o bem jurídico com os valores éticos de uma sociedade faz ruir perigosamente as paredes divisórias entre a moral e o Direito, problema recorrente da maior parte dos conceitos observados anteriormente.

Em resposta ao movimento democrático e ao avanço de políticas liberais no âmbito do Direito penal na Alemanha pós-guerra, o nacional-socialismo alemão passa à ofensiva, determinando um novo fundamento do ordenamento jurídico-penal. No lugar do bem jurídico como fundamento e de sua proteção como fim da lei penal, passa a se compreender que o fundamento é na verdade a infração de um dever. *“La exagerada crítica de la escuela de Kiel a la fundamentación supuestamente ‘materialista’ del concepto de bien jurídico produjo un cambio de acento de la concepción básica del delito, desde la lesión del bien jurídico a la lesión de un deber”²¹*.

O Direito penal passa a ser compreendido como um instrumento de resposta ao comportamento de um dado indivíduo que trai a fidelidade da Pátria.

Assim, é dever do cidadão comportar-se segundo “o sadio sentimento do povo alemão”, sendo os desvios, como o comunismo e o homossexualismo, punidos como infrações de um dever comportamental²². É desnecessário dizer das conseqüências da mudança de norte na política criminal.

II - As Modernas Teorias e os Conceitos de Bem Jurídico.

Dentre as principais teorias modernas, destacaremos as idéias defendidas por Hassemer, Jakobs e Roxin.

Para Hassemer, o bem jurídico se presta, fundamentalmente, como uma primeira barreira racional, para a determinação de uma política criminal verdadeiramente respeitosa à dignidade humana, impondo limites racionais à produção legislativa de modo a impossibilitar ou dificultar que o Direito penal seja transformado em instrumento de uma política criminal demagógica ou atrelado a interesses particulares. Tal função se reveste de enorme importância no contexto atual quando vislumbrado o panorama do Direito penal no mundo contemporâneo que vem sendo paulatinamente reduzido a uma ferramenta de cruzadas morais sendo, por isso, utilizado somente como um propagador de condutas socialmente positivas.

²¹ JESCHECK, H-H. *Tratado de derecho penal*, parte general. p.232.

²² SANCHEZ, D. B. *El bien jurídico em el derecho penal*. revista peruana de ciencias penales. Ano V. no 9. p. 652.

Quando se analiza el fenómeno norteamericano de la Prohibición encontramos aspectos como los ‘empresarios morales’ y ‘cruzadas simbólicas’ (...) tras éste existen valores culturales y morales que simbolizan um determinado estilo de vida, y que son colonizados por medio de la prohibición penal²³.

Dentro desta perspectiva, o conceito de bem jurídico formulado por Hassemer visa à criação de um meio eficaz para limitar a instrumentalização do Direito penal como uma ferramenta para cruzadas morais. Para este, o conceito deve ser desenvolvido a partir do próprio indivíduo que vive em sociedade, de modo a respeitar a dignidade inata do ser humano e protegê-lo contra abusos e arbitrariedades; assim os bens jurídicos “*son intereses humanos que requieren protección penal. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de a posibilidad de protección de la persona*”²⁴. O bem jurídico, nesta idéia, se faz uma valor tutelado pelo ordenamento jurídico, entretanto, o fim do Direito penal não é a salvaguarda do valor em si, mas a proteção da pessoa que necessita deste valor para a determinação de sua vida em sociedade. “Embora com outro fundamento, na órbita de sua proteção, também neste sentido põe-se a observação de HASSEMER: ‘... bens jurídicos universais somente requerem proteção como condição da possibilidade de proteção de bens jurídicos individuais, os quais, por isso, possuem uma função orientadora. Deste modo, o fim de proteção dos bens jurídicos é a realização da pessoa individual, sendo o interesse geral apenas uma etapa deste rumo’”²⁵.

A grande crítica ao conceito pessoal de bem jurídico de Hassemer reside na fundamentação dos bens jurídicos coletivos. Nesta teoria, não se nega, em absoluto, a existência de bens jurídicos coletivos, porém, assinala-se que os mesmos existem somente em função do indivíduo.

Esta crítica se debe a que niega la autonomía de los bienes jurídicos universales ou colectivos, los crítica; no rechaza su presencia em los ordenamientos punitivos, pero los funcionaliza desde la persona, los acepta solamente em cuanto brindan la posibilidad de servir a los intereses del hombre²⁶.

²³ HASSEMER, W. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado. N. 1. 1991. Septiembre-Diciembre. P. 24.

²⁴ Idem. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina Penal. ano 12. n. 45 a 48. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989. p. 232.

²⁵ TAVARES, J. *Teoría do Injusto Penal*. Del Rey. Belo Horizonte. 2000. p. 180.

²⁶ SANCHEZ, D. B. *El bien jurídico em el derecho penal*. revista peruana de ciencias penales. Ano V. no 9. p. 661.

Tal projeto deixa sem resposta a busca por elementos de fixação de marcos limitadores bem definidos à capacidade de autodeterminação e de liberdade do indivíduo perante a sociedade, deixando sem resposta qual o limite aos bens jurídicos pessoais.

Na concepção de Günther Jakobs, *“Bien jurídico es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respecto a los bienes, los roles y la paz jurídica”*²⁷. A pena é a confirmação de que Direito segue válido como norte de prognósticos mesmo após a verificação de uma prévia violação. O delito é uma obra de uma pessoa capaz de participar da vida social no plano da comunicação que merece uma reprimenda tal que restabeleça a confiança na norma. A pena é, desta forma, uma resposta ao delito, negando-o e, por via reflexa, afirmando a validade de padrões comportamentais descritos pela norma. Nesta concepção teórica, o Direito penal não protege “bens jurídicos”, com mais acerto, o verdadeiro objeto de proteção do ordenamento jurídico são as expectativas fundamentais à conservação de uma especial configuração social. A pena expressa um diálogo comunicativo, determinando a validade do direito e a necessidade de segui-lo como parâmetro comportamental de modo a assegurar a configuração elementar característica de uma sociedade.

Assim, pode-se demonstrar a valoração positiva de determinada situação (“expectativa”) em relação ao titular, mas tal valor, por si só, não é o suficiente para se determinar que tal deve ser elevado à posição de proteção jurídico-penal. A validez fática é assunto tanto do autor como da vítima; o autor deve respeitar a norma, a vítima deve estar segura de sua expectativa de que a norma vai ser respeitada, podendo assim orientar sua conduta por esta idéia.

A segurança da esfera de expectativas da vítima pode ser atacada sem infringir, propriamente, a norma, p.e., fingindo ante ela que a norma não está vigente ou – que na prática é mais importante – que em breve será infringida, ou criando, de outro modo, condições que produzam dúvidas na vítima sobre a base cognoscitiva da segurança de suas expectativas. “Quem viola a norma, antes de destruir o bem jurídico, antes de eliminar uma vida ou destruir o patrimônio alheio, exterioriza um ‘esboço do mundo’, de um mundo no qual a norma não vige. Esta visão de mundo do delinquente desafia a visão dos demais membros da sociedade que se vêem inseguros, desorientados quanto a qual das visões realmente prevalece”²⁸. As relações entre agentes e vítimas

²⁷ JAKOBS, G. *Derecho penal. parte general. fundamentos y teoria de la imputación*. Marcial Pons. Madrid. 1997. pág. 58.

²⁸ GRECO, L. e ROXIN, C. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Renovar. Rio de Janeiro: 2002. p. 121-2.

no Direito penal dão-se na relação funcional das expectativas de um dado sistema social garantido pela norma penal, verificando-se nele o valor de danosidade que fundamenta a relevância desta expectativa e de sua proteção pelo sistema jurídico. *“Las normas son la estructura de la sociedad, dicho de outro modo, son la regulación del contenido de aquellas relaciones entre personas que pueden ser esperadas y com cuyo contrario no hay que contar”*²⁹. Tal teoria retira o bem jurídico do centro gravitacional de fundamentação do Direito penal, entendendo que os conceitos de ação, bem jurídico e causalidade não podem ser construídos em um âmbito anterior ao próprio Direito penal, o que de fato ocorre em se observando tais como dados essencialmente pré-jurídicos ou meta-jurídicos.

Deve-se, por outro lado, o fim da pena ser estabelecido a partir dos próprios fins e funções do Direito penal. Desta forma, o Direito penal protege as expectativas fundamentais para a estrutura básica da sociedade, comunicando através da pena que as normas seguem como padrão comportamental apto a nortear as ações e comunicar que as expectativas seguem válidas.

Tal concepção não é isenta de críticas. Inicialmente, a tese funcionalista de Jakobs, tem como ponto principal de sua teoria a legitimação do sistema normativo, não somente de um Estado democrático, mas de qualquer Estado, podendo muito bem ser adaptada às necessidades de um regime totalitário.

Ainda há de se destacar que a subordinação do indivíduo como relevante, somente enquanto inserido nas relações funcionais de um certo sistema social, dilui a importância da individualidade em prol da obediência das expectativas sociais enunciadas pelo Estado como valiosas. Assim, *“em la teoría de sistemas está latente la posibilidad de instrumentalizar a las personas, sin ningún tipo de discusión, com el único fin de estalitzar el sistema a las expectativas sociales, sistema cuya bondad está em razón y función del mismo per se”*³⁰. Desta forma, o bem jurídico funcionalista de Jakobs não é suficiente para a determinação de um limite bem determinado para o âmbito de punição penal em face da garantia do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado.

No exposto por Claus Roxin *“bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su livre desarrollo em el marco de um sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”*³¹. O doutrinador alemão deriva seu conceito

²⁹ JAKOBS, G. *Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. El sistema funcionalista de Derecho*. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000). Grijley. Lima: 2000. p. 57.

³⁰ PERDOMO, A. P. *Fundamentación material del injusto. Entre el derecho penal protectos de bienes jurídicos y el derecho penal defensor de la vigencia de la norma*. Actualidad Penal. Revista semandal tecnico-jurídica de derecho penal. La Ley-actualidad. N. 21. (25 a 31 de maio. 1998). Pág. 417.

³¹ ROXIN, C. *Derecho penal. parte general. tomo I*. civitas. Madri. 1997. p. 56.

das liberdades essenciais plasmadas no texto constitucional, resgatando a função liberal do Direito penal como limitador do poder punitivo estatal. Sua principal qualidade, entretanto, se dá no âmbito de que o próprio conceito faz-se aberto, possibilitando que o câmbio das estruturas históricas informadoras do sistema jurídico seja absorvido sem ruptura do modelo normativo. Ainda pode-se destacar a relação dialética entre o indivíduo e o sistema social, sendo ambos pólos em constante interação. Desta forma, não somente o indivíduo em sua busca por autodeterminação é levado em conta para a eleição dos bens jurídicos, mas também a relação entre ele e o sistema social, visto desta relação brotarem novos bens jurídicos relevantes (p.e., o meio ambiente) e por outro lado, proporcionar limites recíprocos à interpretação dos bens jurídicos. Os bens jurídicos derivados do indivíduo encontram seus limites fundamentados na garantia da paz social e na necessidade de convivência social.

III - Do Conceito de Bem Jurídico Adotado

Uma vez exposto, de modo sintético, a evolução conceitual do conceito de bem jurídico no tempo, suas críticas, elege-se como conceito de bem jurídico a ser adotado: considerar-se-á bem jurídico toda expectativa protegida por norma penal, que se faça elementar para assegurar ao indivíduo sua autodeterminação e suas expectativas em sociedade, possuindo, como limites objetivos, as condições materiais essenciais para a proteção da paz social, da coexistência harmônica entre os indivíduos e do Estado democrático de Direito.

Tal conceito cumpre todas as funções elementares exigidas, a saber: função de garantia, teleológica, individualizadora, sistemática³² e crítica³³.

Cumprindo função de garantia visto informar que somente bens jurídicos relevantes podem ser eleitos para informar tipos penais, barrando a ingerência estatal na transformação de valores sociais, uma vez que toda norma penal deve garantir algum aspecto materialmente relevante para a vida do indivíduo em sociedade. Neste conceito, elege-se como ponto central o próprio indivíduo e suas necessidades e determina-se como fundamento básico de eleição do desvalor de uma conduta o efetivo prejuízo para a pessoa e sua autodeterminação na vida social. “Em um Estado de Direito democrático e

³² LOPES, M. A. R. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. Editora RT: São Paulo. 1999. p. 106.

³³ MALAREE, H. H. *Bien Jurídico Y Estado Social Y Democrático de Derecho (El Objeto protegido por la norma penal)*. Editorial Jurídica Conosur. p. 140.

social, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”³⁴. Assim, o Estado somente pode criar tipos penais que efetivamente perturbem as expectativas basilares da vida em sociedade.

Ressalta-se ainda o princípio da ofensividade ou da lesividade.

El principio da lesividad, que há marcado históricamente el paso de una antijuridicidad meramente formal e otra material y que se suele plasmar em la idea de la dañosidad social. (...). Debe tratarse de um comportamiento que afecte las necesidades del sistema social em su conjunto, superando por tanto o mero conflicto entre autor e víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas em la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales³⁵.

Portanto, somente pode-se punir a conduta de um indivíduo, particularmente considerada, se a mesma puder ser qualificada como um agir que provoque lesão ou perigo ao bem jurídico. O merecimento de pena de uma determinada conduta humana está diretamente ligada à necessidade concreta de preservação de uma dada relação social (bem jurídico), sendo que este juízo é determinante para resolver se uma conduta é ou não merecedora de submetida à criminalização³⁶.

Desenvolve em seu conceito a função teleológica, desempenhando funções interpretativas de modo a delimitar o alcance do tipo penal através da verificação de sua finalidade a partir do conteúdo do bem jurídico. “Em especial não se pode esquecer da função do bem jurídico como instrumento limitador do *ius puniendi* estatal, que, como assinala MIR PUIG, converte-o em pedra angular para a interpretação da norma penal, dirigida em sua última *ratio* a proteger a sociedade”³⁷. Assim, o conceito ora exposto, por se balizar na própria realidade social e em valores constitucionais, permite a instrumentalização do bem jurídico como uma ferramenta verdadeiramente informadora da verdadeira essência do tipo penal e de seu derradeiro âmbito de proteção.

(...) la vinculación que debe mediar entre norma penal y una norma constitucional se limita a las características básicas del Estado, em este caso – como hemos advertido – Social y Democrático de Derecho; atendiendo a ello la carta magna debe servir de referencia

³⁴ PRADO, L. R. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2 ed. Editoria Revista

³⁵ RIDOPOLLÉS, J. L. D. *La contextualización del bien jurídico protegido em un derecho penal garantista*. Ciencias penales. Año 10. n. 15. Dezembro, 1998. p. 18.

³⁶ MALAREE, H. H. *Bien Jurídico Y Estado Social Y Democrático de Derecho (El Objeto protegido por la norma penal)*. Editorial Jurídica Conosur. p. 161.

³⁷ LOPES, M. A. R. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. Editora RT: São Paulo. 2000. p. 342.

obligada al legislador penal em la configuración de bienes jurídicos, lo que a nuestro entender resulta nada novedoso, la norma penal debe ser elaborada imperativamente em atención a la concepción que sobre el Estado adopte el cuerpo social em su ordenamento constitucional, hacerlo de distinta manera implicaría em inconstitucional la norma penal que no siga dichos criterios, el ordenamento penal debe ser elaborado luego de um exame ex ante de la Constitución, el respeto a la concepción de Estado que adopta una sociedad em plano constitucional se torna inmanente para el orden jurídico-penal³⁸.

Da mesma forma que possibilita elementos de interpretação, possibilita também elementos de individualização concreta da pena, uma vez que opõe ao juiz a medida do dano ou perigo efetivamente observável na realidade social como padrão básico para a graduação da pena, bem como função sistemática, permitindo a organização dos tipos penais em categorias decorrentes da espécie de bem jurídico e ordenados a partir de seu grau de ofensa ao indivíduo e as suas expectativas em sociedade.

Por fim desempenha função crítica. *“Estas concepciones, señala HASEMER [sic], en la medida que posibilitan cotejar la realidad social con la realidad normativa, ponen em evidencia los desequilibrios entre uma y outra realidad y dan fundamento a los movimientos de reforma penal”*³⁹. Assim, conectando a realidade jurídica a uma realidade social materialmente observável, é possível verificar a validade da justiça aplicada a partir do sistema jurídico-penal em situações concretas, possibilitando o desenvolvimento de uma crítica racionalmente fundada nas necessidades de reforma a partir dos paradigmas da democracia e da dignidade da pessoa humana.

IV - Implicações do Conceito de Bem Jurídico Adotado

Uma vez enunciado o conceito aqui adotado de bem jurídico, cabe a exposição das implicações derivadas desta escolha. A princípio, podemos afirmar quatro principais derivações elementares: a) leis penais arbitrárias não protegem os bens jurídicos; b) leis penais de conteúdo meramente

³⁸ ALFARO, L. M. R. *Sobre el contenido material del bien jurídico-penal*. Estudos jurídicos. Homenagem ao Promotor Cléber José Rodrigues. Revisra da Associação Mineira de Estudos da Justiça Criminal. N. 1 -- Ano. 1. Janeiro/Julho 2000. p. 17-18.
dos Tribunais. São Paulo. 1997. p. 59-60.

³⁹ MALAREE, H. H. *Bien Jurídico Y Estado Social Y Democrático de Derecho (El Objeto protegido por la norma penal)*. Editorial Jurídica Conosur. p. 161.

ideológico não protegem os bens jurídicos; c) leis penais de conteúdo meramente moral não protegem os bens jurídicos⁴⁰; e d) leis penais de conteúdo meramente religioso não protegem os bens jurídicos.

Leis penais arbitrárias não protegem os bens jurídicos uma vez que, devido ao seu conteúdo material, não possuem como objeto de proteção nenhuma situação apta a proteger o âmbito de autodeterminação do indivíduo em sociedade e a paz social, mas sim a interesses específicos de certos grupos dominantes que instrumentalizam o Direito penal como forma de preservação do *status quo*.

Ahora bien, esta realidad indiscutible lleva a considerar también como 'bien jurídico' los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una 'perversión' del concepto de bien jurídico⁴¹.

A norma penal que se fundamenta, não na necessidade de proteção de bens jurídicos, mas na busca por meios de controle social que efetivem a hegemonia de um grupo social ou de uma visão social dominante e minoritária sobre uma dada população, deixa de ser Direito e passa a ser, de fato, somente um instrumento para o mais forte legitimar sua forma de compreensão da sociedade ou mesmo de coagir psicologicamente e fisicamente todos os indivíduos para que assimilem valores comportamentais impostos verticalmente. A norma penal deve ser fundamentada por um dado bem jurídico, que por definição, é o valor de uma dada situação concreta indispensável à vida do indivíduo em sociedade. De tal forma, o bem jurídico é um fundamento racional de eleição de normas aptas para a proteção da configuração básica da sociedade e do indivíduo nela inserido. Neste caso, o conceito de bem jurídico possui funções político-criminais, evidenciando interesses humanos que necessitem, devido a sua relevância, de proteção por parte do ordenamento jurídico-penal, justificando, portanto, a intervenção punitiva do Estado em caso de uma ofensa contra tal bem jurídico, bem como, servido como uma bússola para o legislador determinar limites à própria criminalização de certas condutas.

Deve, pois, o legislador, no exercício de sua atividade elementar, analisar se a norma a ser criada, de fato, é relevante para a proteção de um dado bem jurídico. Caso a resposta seja negativa, a norma penal não passa de uma norma

⁴⁰ ROXIN, C. *Derecho penal. parte general. tomo I. civitas*. Madri. 1997. p. 56.

⁴¹ CONDE, F. M. ARÁN, M. G. *Derecho Penal. Parte General*. 3. 3d. Tirant lo blanch, v. 1, 1998. p. 66.

arbitrária, visto não estar pautada pela necessidade racional de proteção de um bem jurídico, mas tão somente no mero capricho de um dado grupo social com poderes de influir no processo legislativo.

Desta forma, uma norma arbitrária não protege bens jurídicos, visto o fundamento racional da mesma estar centrado simplesmente no despotismo de uma dada pessoa ou grupo, e não nas necessidades fáticas de regulamentação jurídica derivadas da análise do tecido social de um dado período histórico e do indivíduo neste inserido e dele indissociável.

Leis penais de caráter meramente ideológico⁴² não protegem os bens jurídicos tutelados por um Estado de Direito social e democrático. A própria noção de democracia encontra-se indissociavelmente ligada a determinadas liberdades essenciais que possibilitam ao cidadão o desenvolvimento pleno de sua identidade na esfera política de uma dada ordem político-jurídica, tais como liberdade de associação e liberdade de expressão. Evidentemente, mesmo tais liberdades possuem limitações de ordem racional, p. e., é livre a criação de partidos políticos desde que sua formação não atente contra a soberania nacional⁴³. No caso, é inadmissível a fundação de um partido que esteja subordinado a governo estrangeiro⁴⁴. Tal limitação é racionalmente fundada, pois a mera possibilidade de um partido, como tal, ascender a escada de poder rumo a uma condição altamente influente na política nacional pode, evidentemente, causar um sério risco à soberania nacional. Assim, as limitações de qualquer liberdade ou direito, produzidas por lei penal, devem, obrigatoriamente, serem racionalmente fundamentadas como necessárias para a proteção da configuração elementar da ordem política, social e jurídica de um determinado Estado.

(...) el fundamento de esta exigencia de política jurídica que em una estructura estatal que agrupe hombres de diversas maneras de pensar, de sentir y diferentes ideologías, sólo puede decidir la sanción de normas penales un criterio estrictamente racional; a saber, el criterio de la defensa frente a peligros, que todos los hombres para los que la ley rige comprenden en la misma medida, con prescindencia de su religión, sus convicciones éticas o ideológicas y del círculo de vida social a que pertenecen⁴⁵.

O conceito de bem jurídico, considerado em sua função liberal, tem o

⁴² Como significado de Ideologia compreende-se: "um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos". Norberto Bobbio. Dicionário de Política. V. 1. p. 585.

⁴³ Art. 17, *caput*, Constituição Federal de 1988.

⁴⁴ Art. 17, II, Constituição Federal de 1988.

⁴⁵ RUDOLPH, H. J. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal.* Revista de Derecho y Ciencias Penales. Año 4. N. 5-8. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975. p. 335.

condão de estabelecer um marco racional para a criação de tipos penais, dirigindo-se ao legislador, exigindo deste que toda norma penal tenha como fundamento primeiro a missão de proteger bens jurídicos.

Resulta necesario determinar em cada norma penal el objeto realmente protegido. Se trata de superar el discurso ideológico y ver la realidad de la relación social concreta protegida para que el proceso de discusión democrático puede desarrollarse sin interferencias ideológicas que conducir a proteger uma realidad distinta que seja incompatible com los fines del Estado Democrático⁴⁶.

Tal missão não pode ser substituída pela proteção de uma dada ideologia. Se, por outro lado, a missão do Direito penal é distorcida a tal ponto de o mesmo transformar-se em mera ferramenta de propaganda ideológica, os antecedentes históricos de tal situação nos apontam um cenário desolador que envolve perseguição política em níveis tão assombrosos que podem ser qualificados como um “holocausto político”, como observamos nos países nazistas, fascistas e stalinistas no século XX. Isto se dá devido ao fato de uma ideologia compreender unicamente uma visão parcial da paisagem política, geralmente produzida de maneira tendenciosa, sendo pouco permeável à argumentação racional. A ideologia orienta uma crítica do passado e do presente de uma dada sociedade e toma para si a função de guia rumo a um dado modelo a ser concretizado no futuro. Admitir a criação de normas penais meramente ideológicas é, justamente, possibilitar o esfacelamento da própria idéia de pluralismo político, sem o qual, torna-se vazio o conceito de Democracia.

Normas penais que orientem seu âmbito de proteção por elementos exclusivamente morais não protegem de maneira alguma, bens jurídicos. Além disso, tais normas encontram-se em conflito direto com a idéia de pluralidade e liberdade de convicção que orienta o Estado Democrático de Direito. A moral constitui-se por uma multiplicidade de princípios comportamentais cuja organização hierárquica não se faz única para todas as pessoas componentes de uma dada sociedade, bem como, não é uniforme a seleção de critérios de interpretação valorativa dos conteúdos enunciados nas máximas morais. As diferenças de hierarquia e de interpretação são derivadas da extrema multiplicidade das experiências sociais que cada individuo percebe em sua existência. “*Como la codificación del lenguaje, también el código moral de bien y mal, si*

⁴⁶ MALREE, H. H. *Bien Jurídico Y Estado Social Y Democrático de Derecho (El Objeto protegido por la norma penal)*. Editorial Jurídica Conosur. p. 150.

*emplea em la praxis comunicativa, produce una estructura de condicionamientos muy compleja*⁴⁷.

A formação moral de uma pessoa é indissociavelmente relacionada com as experiências adquiridas em sua vida social. Citando José Ortega Y Gasset: *“yo soy yo y mi circunstancia”*. Deste modo, devido às diferenças derivadas das incontáveis variantes hierárquicas e interpretativas, será possível verificar a existência de tantas compreensões valorativas sobre dado comportamento quantos forem as pessoas individualmente consideradas em uma dada sociedade.

Quando se afirma que o princípio supremo da moral é não infligir sofrimento sem necessidade – mesmo que se logre precisar quando há sofrimento e quais são os seres que não se deve fazer sofrer – seria preciso uma biblioteca de comentários, em geral controversos, para decidir quando há ou não necessidade que justifique o sofrimento⁴⁸.

Conclui-se que a moral é formada, dentro do âmbito de convicção pessoal de cada indivíduo, através da relação do homem em um complexo sistema social e de inúmeras variáveis comunicativas, produzindo, assim, um sistema personalíssimo de estima e desestima. Se várias pessoas forem conclamadas a julgar e fundamentar a moralidade ou imoralidade de uma dada ação, como a eutanásia, partindo de um mesmo princípio moral, ainda teríamos uma grande multiplicidade de argumentações, visto todos os indivíduos se entendem como capazes de exarar um julgamento moral como autoridade superior ou inferior baseada em elementos de vivência experimentados por aquele que avalia. Ora, se cada pessoa tem, devido às suas particulares experiências de vida, um padrão de moral diverso de cada um dos outros membros de uma sociedade, temos que normas de conteúdo moral acabariam por acarretar uma terrível insegurança quanto ao conteúdo de determinada lei, insegurança esta incompatível como as necessidades elementares de qualquer sistema normativo moderno. Mesmo afastando-se a moral como pedra basilar do Direito, não se nega a necessidade de proteção do sentimento de pudor coletivo.

Sólo en este sentido de sentimiento de pudor puede halarse de la ‘moral’ como bien jurídico y com en la medida en que el sujeto pasivo experimente esse sentimiento y no haya consentido en la ofensa. El concurre a presenciar un espectáculo pornográfico sabiéndolo, no puede luego argumentar que se lesionó en su sentimiento de pudor⁴⁹.

⁴⁷ LUHMANN, N. GEORGI, R. *Teoria de la sociedad*. 7 ed. 1995. Tipomozna. Milão. Itália. p. 101.

⁴⁸ PERELMAN, C. *Ética e Direito*. p. 291.

⁴⁹ ZAFFARONI, E. R. *Manual de derecho penal*. p. 392.

Desta forma, somente de diz da proteção da moral enquanto sentimento de pudor, isto é, enquanto proteção à orientação de vida moral concebida por dado cidadão para si, não podendo ser esta imposta a quem não está em acordo nem mesmo ser afrontada sem prévio consentimento.

Sendo assim, existindo sobre a moral uma diversidade tal de possibilidades valorativas equivalentes ao número de indivíduos pertencentes à uma dada sociedade, uma norma penal que possua seu conteúdo orientado simplesmente para a proteção de um dado valor moral nada mais é do que a expressão de uma dada concepção moralista imposta por uma dada pessoa ou grupo aos demais membros de uma sociedade.

El hecho de que los intereses que aquí se consideran fundamentales adquieran su legitimación de la moralidad referida a personas no debe llevar en absoluto a la errónea conclusión de que al Derecho penal le sea legítimo incriminar la lesión de cualquier interés moral, ni de que su tarea primordial sea imponer la moralidad por la fuerza⁵⁰.

Se existe uma variedade tal de espécies de moral quantos indivíduos membros de uma sociedade, como escolher, em um Estado Democrático de Direito qual sistema moral será imposto como padrão à sociedade? Poder-se-ia argumentar que tal escolha seria pautada pela vontade da maioria. Entretanto, tal resposta ainda restaria problemática, visto que a imposição de uma limitação ao âmbito de livre determinação do indivíduo que não possua qualquer motivação calcada na necessidade de conservação da integridade do tecido social, mesmo que imposta pela maioria, ainda restaria contrária aos princípios elementares componentes do conceito de Democracia.

Neste caso, a imposição de um padrão comportamental por uma maioria a uma minoria não é uma prática democrática, antes disso é tão somente um exemplo da ditadura das maiorias.

Dicho de outro modo: un legislador que no esté perseguiendo la opresión de los ciudadanos – y com otros modos no se puede hablar – nunca protegerá a moral per se, sino, en todo caso, determinados contenidos cuando la sociedad los necesite para su mantenimiento o lo crea necesitar, pudiéndose decir sin que ello sea forzado – por razón de esa necesidad – que esos contenidos son un bien⁵¹.

⁵⁰ KARGL, W. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. La insostenible situación del derecho penal*. Área de derecho penal de la universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000. P. 55-6.

⁵¹ JAKOBS, G. MELIÁ, M. C. *El sistema funcionalista del derecho penal*. Ponencias presentadas em el II curso internacional de derecho penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000). Grijley. Lima. 2000. p. 51.

Assim, a fundamentação de uma norma penal não é estabelecida pela identidade desta com um certo princípio moral. Tal identidade é irrelevante.

A norma penal é fundamentada pela necessidade da mesma para garantir a integridade do tecido social. A norma exige uma limitação da liberdade do agente, determinando que ele não pratique determinada conduta, não pelo fato de se constituir em uma imoralidade, mas sim, com correção, por ser tal ato uma ação nociva à vida em sociedade.

Esta exigencia cobra especial importancia precisamente en los sistemas democráticos, donde todas y cada una de las limitaciones de las libertades – todos los delitos y las penas – han de estar justificadas de forma aceptable, al menos, para los grupos mayoritarios⁵².

Desta forma, toda e qualquer limitação à liberdade individual em um Estado Democrático de Direito, deve estar racionalmente fundamentada em uma necessidade verificável, e não em um plano metafísico. A função do Direito atua na realidade externa dos indivíduos de onde deriva sua necessidade de intervenção. Meras imoralidades não lesionam o bem jurídico, uma vez que tais ações são inócuas para a manutenção da ordem jurídica e social.

Normas penais que protegem meramente preceitos religiosos não protegem os bens jurídicos. *“Puros procesos internos y formas de comportamiento, pensamientos, sentimientos, opiniones, conviccions religiosas, simpatías y antipatías que por su naturaleza no son adecuados para una regulación jurídica”*⁵³.

As normas penais não devem versar sobre convicções religiosas pelo fato de as mesmas se compreenderem dentro do conjunto de processos internos que interessam somente o eleitor de dada religião. Somente interessa ao Direito a conduta exterior pela qual um agente lesiona ou coloca em perigo um bem jurídico. Assim, não se podem incriminar processos que unicamente se verificam dentro do âmbito interno de cada indivíduo, da mesma forma, não se pode incriminar uma ação externa motivada religiosamente se a mesma não lesiona ou coloca em perigo nenhum bem jurídico penalmente tutelado.

Em síntese, uma ação não poder ser condenada penalmente em um Estado Democrático de Direito pelo simples fato de não acordar com os preceitos religiosos dominantes. Assim, quando um Estado elege preceitos de uma dada

⁵² AGUADO, P. M. C. *Norma primaria y bien jurídico: su incidencia em la configuración del injusto*. Revista de derecho penal y criminología. Universidad nacional de educación a distancia. Facultad de derecho. Madri. 1996. n. 6. p. 155.

⁵³ HIRSCH, H. J. H. *Derecho penal. Obras completas. Libro homenaje*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. p. 90.

religião como importantes e necessários de proteção penal, elege, por consequência, uma dada religião como oficial, ou mesmo não de modo expresse. Comunica aos indivíduos, através do Direito, que a orientação espiritual de cada um deles deve ser pautada por padrões estabelecidos por uma dada visão religiosa, desconsiderando a validade de todas as outras. Fundamentar o Direito a partir de bases dogmáticas religiosas acaba por evidenciar três grandes problemas.

Primeiramente, pode-se dizer do fato de a religião ser constituída a partir de um sistema impermeável a argumentações formais estranhas ao sistema axiomático interno ao seu âmbito teológico. Desta forma, os sistemas religiosos tornam-se imunes ao contraste de seus valores com a realidade social. Inexiste qualquer possibilidade de argumentar contra os dogmas religiosos, visto serem os mesmos considerados como mistérios fechados a qualquer possibilidade de compreensão que não àquela dita oficial pelos sacerdotes. A base dos grandes sistemas religiosos é a fé e não a razão, por mais que existam grandes e relevantes tentativas de racionalizar seus fundamentos, tais são fundamentadas em dogmas ou mistérios da fé. O que nenhuma razão fundamenta, nenhuma razão pode derrubar. Toda argumentação que lograr impor uma contradição de um dado preceito religioso como outro dentro do sistema teológico de uma dada religião, acabará por ser rechaçado com argumentos que apontam que a mente humana não pode compreender a extensão dos desígnios divinos. Tal fato torna a fundamentação do Direito em preceitos religiosos incompatível com o Estado Democrático de Direito, visto aniquilar qualquer possibilidade de debate racional sobre a validade ou não de uma norma por pessoas que não estão localizadas em patamares privilegiados da organização sacerdotal. Segundo, pode-se dizer ainda que a aceitação de preceitos religiosos como fundamentadores de normas penais acarretaria a declaração de identidade entre o delito e o pecado. Tal fato já aconteceu na história da humanidade com nefastos efeitos, sendo exemplificado tal fato com o advento da inquisição e das cruzadas. Observa-se que durante a Idade Média

(...) la monarquía absolutista vinculada a la Iglesia, monopolizaba el Poder político y el Derecho; la tarea de determinar el área de lo punible la tenía el Estado-persona, el delito no tenía definición jurídica, uien infringe una norma atenta contra el Rey e la Iglesia, existía una concepción de delito-pecado o delito maldad revestido de caracteres éticos y morales⁵⁴.

A transformação do pecado em delito atuaria na sociedade como um

⁵⁴ SÁNCHEZ, D. B. *El bien jurídico en Derecho penal*. Revista peruana de ciencias penales. Ano V. n. 9. p. 644-5.

reduzidor de possibilidades de escolha demarcando injustificadamente um novo âmbito de autodeterminação do indivíduo atrelado a determinados padrões de virtude enunciados pelo cânone oficial. A transformação do pecado em delito ainda abriria o perigoso precedente de possibilitar punição sem ação, visto ser perfeitamente aceitável pecar em pensamento. Por fim, a base elementar dos sistemas religiosos constitui-se de uma negação da comunicação através da criação de barreiras à argumentação por meio da enunciação de tabus e à exaltação de segredos dogmáticos fechados a qualquer tentativa de compreensão perpetrada por não iniciados. Por conseguinte, “(...) onde nem a intuição empírica, nem a intuição pura mantêm a razão em um caminho bem visível, são maiores a tentação da duplicidade e do erro”⁵⁵. Desta forma exerce, sobre a forma de rituais, uma comunicação com o escopo de restringir toda e qualquer crítica possível, garantindo tal situação pela seleção de escolhidos e iniciados autorizados a exarar juízos valorativos adequados.

A aceitação de normas penais de conteúdo meramente religiosos é um retrocesso na luta democrática, visto a consolidação do Estado laico e a separação do Estado em relação a Igreja, apontar como uma das grandes vitórias do Iluminismo e das Revoluções Liberais do século XVIII. O que se expõe, em conclusão, é o fato de que a religião pode ser a informadora dos fundamentos jurídicos e políticos de um dado Estado, exemplos não são raros, como o Irã e o Vaticano. O que é negado é a possibilidade de a mesma orientar a criação de normas penais em um Estado Democrático de Direito, salvo se tal norma versar particularmente sobre a proteção da liberdade de escolha e prática religiosa, estabelecendo-se como garantia e motivação à criação e manutenção de uma ambiente de tolerância recíproca entre as diversas crenças existentes.

V - Da Vida Enquanto Bem Jurídico

Uma vez exposto o conceito de bem jurídico como toda situação ou garantia, protegida por norma penal, que se faça elementar para assegurar ao indivíduo sua autodeterminação e suas expectativas em sociedade, possuindo como limites objetivos às condições materiais essenciais para a proteção da paz social e do Estado democrático de Direito, e expostas implicações elementares da escolha de tal conceito, segue-se, agora, a determinação do que, efetivamente, deve ser protegido através da tutela do bem jurídico “vida”.

⁵⁵ SAINT-SERMIN, B. A razão no século XX. P. 15.

A busca pela determinação do que é protegido pelas normas penais que garantem o bem jurídico vida pode ser, didaticamente, iniciada pela análise da hierarquia de bens jurídicos. É amplamente aceito nos círculos acadêmicos que a vida situa-se no cume da pirâmide hierárquica dos bens jurídicos. Assim, pode-se dizer que, nesta compreensão, a vida é o bem jurídico mais valioso do que, por exemplo, a integridade física, a honra, a liberdade, entre outros bens. Tal concepção pode ser facilmente visualizada quando analisada o instituto do “estado de necessidade”. Por meio deste instituto declara-se que, em uma situação de perigo grave, real e atual (ou iminente), uma pessoa pode sacrificar um bem jurídico de menor ou igual valor, de modo a proteger outro de maior ou igual valor. Assim, pode-se observar que na moderna teoria geral do delito brasileira ocorre a existência de uma hierarquia de bens jurídicos.

Em se analisando a ponderação de bens jurídicos na solução de situações de estado de necessidade, propõe-se o seguinte caso hipotético: Em um determinado acidente, um João se vê em uma situação que impõe somente duas ações. A primeira é suficiente para salvar unicamente sua pessoa, porém, com a mesma, acaba por condenar outra dez que se encontram ao seu redor.

A segunda, tem o condão de salvar todos os dez indivíduos, entretanto, irremediavelmente o condena à morte. Nesta situação, o agente pode agir heroicamente, abrindo mão de sua vida para salvar um número considerável de pessoa, ou, por outro lado, pautar sua conduta pelo instinto natural de auto-conservação. Tanto em uma como em outra ação, não podemos dizer da reprovação de João. “Existem dois direitos – ambos com iguais razões para subsistirem. Encontram-se, porém, em choque; um não pode continuar a existir, se o outro sobreviver. Para que um permaneça é necessário que o outro sucumba”⁵⁶. Nesta presente situação, João possui duas escolhas: salvar sua própria vida ou salvar a vida de dez pessoas, sendo que as escolhas se excluem mutuamente. Neste caso, como procede o Direito? Neste caso, o ordenamento jurídico entende a existência de dois direitos igualmente lícitos e que ambos têm razões para subsistir, sendo assim, qualquer que seja a ação de João, ela se constituirá em uma conduta lícita e conforme o Direito. Pode-se afirmar que João é livre para decidir motivar sua conduta por interesses altruísticos ou por motivos egoísticos. Ele pode escolher viver, ou, morrer para salvar a vida de outras pessoas, de qualquer forma, pode-se dizer que o ordenamento jurídico garante a João a liberdade de escolher entre duas motivações. O Direito, neste caso, não se pergunta da moralidade da ação,

⁵⁶ GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I. Tomo I. 3. ed. Max Limonad. São Paulo. p. 291.

questionando, utilitaristamente, que se João fosse uma boa pessoa ele deveria sacrificar sua vida em prol da maioria, pelo contrário, o Direito entrega a João a liberdade de valorar a conduta mais adequada. Nesta situação, pode João optar pela sua própria morte, por razões também próprias como, por exemplo, entender que não conseguiria viver com a culpa, sendo preferível sucumbir. Pode, inclusive, nem ventilar a hipótese de salvar os demais, somente pensando em si mesmo. O que vem ao caso é que João tem liberdade de conduzir ou terminar com sua vida nesta situação.

Evidentemente, o estado de necessidade é uma situação limite para escolha, mas como tal é bastante esclarecedora. A vida, enquanto bem jurídico protegido pelo Direito, não é idêntica à vida biológica protegida pela Medicina. A existência do bem jurídico vida não é promovida por meio de um estetoscópio ou da constatação da continuidade da respiração, ela deve ser produto de um estudo mais detido e apurado. A mera respiração ou funcionamento biológico do corpo é mera pré-condição indispensável para a existência de uma vida juridicamente protegida, sendo que a relação entre eles termina neste ponto.

Se a vida biológica se identificasse com o bem jurídico vida, dever-se-ia resolver o problema do estado de necessidade anteriormente exposto de maneira diferente. Várias vidas deveriam ser salvas ao invés de uma somente. Vários corpos deveriam continuar animados em oposição a somente um único. Reduzir a importância da vida à mera constatação de respiração é reduzir o indivíduo a uma identidade plena com sua carne.

Destaca-se que a separação entre vida biológica e vida jurídica se encontra-se enunciada desde a Antigüidade Clássica Grega.

Os gregos não possuíam um termo único para exprimir o que nós queremos dizer com a palavra *vida*. Serviam-se de dois termos, semântica e morfologicamente distintos, ainda que reportáveis a um étimo comum: *zoe*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíos*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo. Quando Platão, no *Filebo*, menciona três gêneros de vida e Aristóteles, na *Ethica nicomachea*, distingue a vida contemplativa do filósofo (*bíos theoreticós*) da vida de prazer (*bíos apolauticós*) e da vida política (*bíos politicós*), eles jamais poderiam ter empregado o termo *zoe* (que, significativamente, em grego carece de plural) pelo simples fato de que para ambos não estava em questão, de modo algum, a simples vida natural, mas uma vida qualificada, um modo particular de vida⁵⁷.

⁵⁷ AGAMBEN, G. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p.9.

Assim, como se constata, determina-se uma separação entre uma dita vida biológica (*zoe*), qualidade esta comum a todos os seres e uma outra, exclusiva aos seres humanos (*bios*). Tal se fundamenta na enorme valoração da importância do homem enquanto um ser que vive em sociedade (*biós políticos*), diferenciando-o de outras formas de vida (superiores ou inferiores). Ao Estado, nesta visão grega, cabe interagir e tutelar a vida do indivíduo somente em um de seus aspectos, a saber, a vida política, relevante para todos, visto que, necessariamente pressupõe relações interpessoais. O Estado não se preocupa com assuntos que fogem a sua esfera de poder, não podendo assim tutelar a vida biológica, porque sobre esta as leis dos homens não têm validade, sendo observadas somente as leis da natureza. Nem por isso a importância do Estado se faz diminuta, uma vez que, uma enorme e importante parcela da vida do indivíduo dá-se dentro da *polis* e, portanto, dentro da vida política.

A compreensão de que o protegido pelo Direito Penal é a vida biológica abre caminho a um Estado totalmente utilitarista no trato de seus cidadãos, promovendo *“ao mesmo tempo uma redução materialista da alma e uma teoria do adestramento, no centro dos quais reina a noção de ‘docilidade’ que une o corpo analisável ao corpo manipulável”*⁵⁸. O Estado que assim protege a vida, não o faz por zelo para com os cidadãos, mas sim por medo de perder braços e pernas úteis na produção e na guerra. As vidas humanas, desta forma, entendidas pelo Estado como mera respiração e constatação de movimentos autônomos, se reduzem ao derradeiro ato de aniquilamento do indivíduo enquanto ser único e fim em si próprio.

A vida biológica é pré-condição elementar para a existência do indivíduo sujeito de direito e deveres, mas não é, *per se*, a essência do bem jurídico vida.

O essencial da vida biológica é o próprio suporte vital do corpo humano, o essencial para o bem jurídico vida é a liberdade de se viver. Em se imaginando um pára-quedaista. Todos seus saltos possuem, intrinsecamente, um risco potencial à própria vida. Por outro lado, um delito é toda ação ou omissão que de alguma forma lesione ou coloque em perigo um bem jurídico. Ora, deveria ser o comportamento do pára-quedaista proibido pelo Direito? Evidentemente não. A todo momento, consciente ou inconscientemente, o ser humano se coloca em uma situação de risco de vida, ao pular de uma avião por diversão, ao sair no tráfego viário, ou mesmo, simplesmente, sair de sua casa em horas avançadas da noite. O Direito não pode e nem deve proibir tais condutas. Se o ordenamento jurídico buscasse a proteção da vida biológica

⁵⁸ FOUCAULT, M. Vigiar e Punir. p. 118.

através da instituição do bem jurídico, acabaria, por via reflexa, declarando sua própria irracionalidade, tentando, inutilmente, proteger o indivíduo de uma vida digna de ser vivida, aniquilando, por conseqüência, a própria autodeterminação do ser humano em sociedade.

A vida protegida enquanto bem jurídico é um misto de dignidade e liberdade, sendo estabelecida como uma estrutura funcional para a integração do homem ao meio natural e social em que se encontra inserido.

Compõe-se do elemento dignidade enquanto exige para sua efetiva constatação um binômio formado por uma condição formal e outras condições materiais basilares para que se afirme como tal uma vida humana.

Da condição formal pode-se dizer do fundamento kantiano exposto como “princípio da dignidade” e segunda fórmula do imperativo categórico: “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”⁵⁹.

A vida humana possui, pois, um valor intrínseco imensurável que não permite comparações ou juízos de equivalência, seja quantitativa ou qualitativamente.

O homem não pode ser reduzido a um meio ou à condição de objeto sem perder, nesta transformação, a condição elementar de ser humano. O ser humano, entendido como objeto, como tantas vezes foi entendido por Estados presentes e passados, passa a ser compreendido como uma *res*, e como qualquer *res*, substituída quando a conveniência assim ordena. Tal indivíduo, despido de sua dignidade, perde, pois, a vida digna de ser assim declarada.

Das condições materiais pode-se, brevemente, dizer, por exemplo, das necessidades elementares de alimentação. É duvidoso que uma pessoa afilta e morta pela fome aguda somente teve sua vida aviltada quando do último suspiro. A própria condição de fome é, por si, um fator que afronta o bem jurídico vida por reduzir um dado indivíduo à uma condição subumana. Evidentemente outras necessidades compõem o substrato das condições materiais de dignidade, entretanto, não nos prolongaremos nos restringindo à uma exposição breve e exemplificativa.

Quanto à dita liberdade, é, pois, justamente ela que garante ao indivíduo a dignidade elementar da própria condição humana, ou seja, sua singularidade totalmente intrínseca a sua natureza. “A própria palavra ‘indivíduo’ apenas alude à indivisão: vem do latim *in-dividuum*, como a lembrar que é parte do todo divisível e anterior – ao grupo”⁶⁰. Através da liberdade que lhe é inata, o

⁵⁹ KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 68.

⁶⁰ MIRANDA, P. *Democracia, Liberdade, Igualdade – Os três caminhos*. Bookseller: Campinas São Paulo. 2002. p.323.

homem autodetermina-se no tecido social e, apesar de seguir as regras que são próprias à vida em sociedade, pratica tais de modo a exarar um manifesto de identidade. A liberdade como componente do conceito de vida jurídica justifica-se pelo fato de que uma vez despindo o indivíduo de tal qualidade, a vida de tal aproxima-se mais da vida de um membro de um rebanho de animais do que de um membro de uma sociedade democrática organizada segundo o princípio da dignidade humana. O ser humano sem liberdade é um mero animal que, sem o poder de autodeterminar-se, ficou impedido de se tornar especial e único, e assim, acabou afastado, de modo irremediável, de sua dignidade inata.

De modo a especificar o conteúdo da liberdade que integra o núcleo conceitual da vida jurídica faz-se necessário, neste momento, uma maior especificação de sua natureza ôntica. A liberdade aqui deve ser compreendida, tão somente, como a elementar capacidade de o indivíduo autodeterminar-se dentro da vida social na qual se encontra inserido. Tal ponto de vista, em um primeiro momento, pode abrir a possibilidade de uma crítica severa: Considerar a autodeterminação do indivíduo em sociedade como ponto elementar do próprio conceito de bem jurídico seria desprezar os valores sociais, valores estes verdadeiramente indispensáveis para a vida em sociedade. Entretanto, esta possível crítica não procede. “Na sociedade civil, cada um é o seu fim e tudo o que resta para ele é 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”⁶¹. A auto-determinação do ser humano em sociedade é, desta forma, somente a princípio uma ratificação do individualismo que permeia a sociedade ocidental. Porém, uma análise mais detida, coloca-o em um patamar mais elevado, pois, garantir a auto-determinação a pessoas, individualmente consideradas, é garantir os meios para que as mesmas busquem a felicidade ou satisfação de seus fins. Protegendo o indivíduo, todos eles igualmente, garante-se à sociedade uma condição material de bem-estar.

O bem jurídico vida, desta forma, fica restringido somente à vida jurídica, afastando a tutela da vida natural pelo fato de que o Estado não tem como proteger o indivíduo do fim desta vida, biologicamente compreendida. Determina-se como conteúdo elementar da vida juridicamente considerada: a dignidade (formal e material) e a garantia de autodeterminação.

⁶¹ HABERMAS, J. *O discurso filosófico da modernidade*. P. 45-6.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, G. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AGUADO, P. M. C. **Norma primaria y bien jurídico: su incidencia em la configuración del injusto**. Revista de derecho penal y criminología. Universidad nacional de educación a distancia. Facultad de derecho. Madri. 1996. n. 6.

ALFARO, L. M. R. **Sobre el contenido material del bien jurídico-penal. Homenagem ao promotor Cléber José Rodrigues**. Revista da Associação Mineira de Estudos da Justiça Criminal. N. 1 – Ano. 1. Janeiro/Julho 2000.

BARATTA, A. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais. Ano 2. n. 5. janeiro-março. 1994.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Edipro. São Paulo. 1993.

BOBBIO, N. **Dicionário de política**. V. 1. Universidade de Brasília. São Paulo: 2001.

CONDE, F. M. ARÁN, M. G. **Derecho penal. Parte general**. 3d. Tirant lo blanch, valência , 1998.

FÔUCAULT, M. **Vigiar e punir**. 19 ed. Ed. Vozes. Petrópolis: 1987.

GARCIA, B. G. **Instituições de direito penal**. Vol. I. Tomo I. 3. ed. Max Limonad. São Paulo. [s.d.]

GRECO, L. ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Renovar. Rio de Janeiro: 2002.

GÜNTHER, K. **De la vulneración de um derecho de la infracción de um deber. Um “câmbio de paradigma” em el derecho penal? La insostenible situación del derecho penal**. Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada. 2000.

HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade**. Dom Quixote. Lisboa: 1998.

HASSEMER, W. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado**. N. 1. 1991. Septiembre-Diciembre.

_____. **Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. Doctrina penal**. ano 12. n. 45 a 48. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989.

HIRSCH, H. J. **Derecho penal. Obras completas. Libro homenaje**. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. [s.d.]

JAKOBS, G. **Derecho penal. parte general. fundamentos y teoría de la imputación.** Marcial Pons. Madrid. 1997.

_____. **Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? El sistema funcionalista de derecho.** Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000). Grijley. Lima: 2000.

JAKOBS, G. MELLÁ, M. C. **El sistema funcionalista del derecho penal.** Ponencias presentadas en el II curso internacional de derecho penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000). Grijley. Lima. 2000.

JESCHECK, H.-H. **Tratado de derecho penal, parte general.** Comares. Granada: 1993.

KANT, I. K. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Edições 70. Lisboa: 1992.

KARGL, W. **Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. La insostenible situación del derecho penal.** Área de derecho penal de la universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000.

LOPES, M. A. R. **Princípios políticos do direito penal.** 2. ed. Editora RT: São Paulo. 1999.

_____. **Teoria constitucional do direito penal.** Editora RT: São Paulo. 2000.

LUHMANN, N. GEORGI, R. **Teoría de la sociedad.** 7 ed. Tipomozna. Milão. Itália. 1995.

MALAREE, H. H. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (El Objeto protegido por la norma penal).** Editorial Jurídica Conosur. [s.d.]

MEZGER, E. **Derecho penal, parte general. Livro de estudio.** 6. ed. Editorial Bibliografica Argentina. 1955.

MIRANDA, P. **Democracia, liberdade, igualdade – os três caminhos.** Bookseller: Campinas São Paulo. 2002.

PELARIN, E. **Bem jurídico penal. Um debate sobre a descriminalização.** IBCCrim. São Paulo. 2002.

PERDOMO, A. P. **Fundamentación material del injusto. Entre el derecho penal protectos de bienes jurídicos y el derecho penal defensor de la vigencia de la norma.** Actualidad Penal. Revista semandal tecnico-jurídica de derecho penal. La Ley-actualidad. N. 21. (25 a 31 de maio. 1998).

PERELMAN, C. **Ética e direito.** Martins Fontes. São Paulo: 1998.

PRADO, L. R. **Bem jurídico penal e constituição.** 2 ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1997.

RIPOLLÉS, J. L. D. **La contextualización del bien jurídico protegido em um derecho penal garantista.** Ciencias penales. Año 10. n. 15. Dezembro, 1998.

ROUSSEAU, N.J.H. D. **Dicionário Rousseau.** Jorge Zancar Editor. Rio de Janeiro: 1993.

ROXIN, C. **Derecho penal. Parte general.** tomo I. civitas. Madri. 1997.

RUDOLPHI, H. J. **Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal.** Revista de Derecho y Ciencias Penales. Año 4. N. 5-8. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975.

SAINT-SERNIN, B. **A razão no século XX.** [s.d.]

SÁNCHEZ, D. B. **El bien jurídico em el derecho penal.** Revista peruana de ciencias penales. Año V. n. 9.

TAVARES, J. **Teoria do injusto penal.** Del Rey. Belo Horizonte. 2000.

WELZEL, H. **Derecho penal aleman.** Editorial Juridica de Chile. 4. ed. Santiago. 1997.

ZAFFARONI, E. R. **Manual de derecho penal.** Ediar. Buenos Aires: 1987.