

BENS CONSTITUCIONAIS E CRIMINALIZAÇÃO

LUIZ LUISI

Prof. de Direito Penal das Faculdades de Direito da Univ. Federal do Rio Grande do Sul e da Univ. de Cruz Alta - RS, Brasil.

1 - Bem jurídico e direito penal.

2 - Criminalização e bens constitucionais. Teorias de caráter geral. Teorias de constitucionalidade estrita.

3 - As proibições constitucionais de criminalização.

4 - Seleção dos bens constitucionais visando a criminalização. O princípio da intervenção mínima.

5 - A postura político-jurídica do penalista contemporâneo. O sentido da opção constitucional na escolha dos bens jurídicos penais.

1 - O ideal dos iluministas de uma ordem jurídica de “poucas, claras e simples leis” e a prescrição do artigo 8º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, de que as penas devem ser tão somente as “estritas e evidentemente necessárias”, não vingou no RechtsStaats. Não haviam decorridos trinta anos da implantação do estado iluminista e já se falava na necessidade de disciplinar a atividade criminalizadora do legislador. Em um trabalho datado de 1819, Carl Joseph Anton Mittermaier enfatizava ser um dos erros fundamentais da legislação penal de seu tempo a excessiva extensão desta legislação, e que a criação

de um número avultado de crimes “era uma das formas em que se manifestava a decadência não só do direito criminal, mas da totalidade da ordem jurídica”.

(1)

A necessidade de conter os excessos criminalizadores dá origem ao entendimento de que o direito penal tem por objeto não a tutela de direitos subjetivos ⁽²⁾ mas a de bens jurídicos. E o pioneiro de tal enfoque Johann Michael Franz Birnbaum, em trabalho aparecido em 1834 ⁽³⁾ preconizou que a tutela penal devia ter por objeto bens jurídicos, e tão somente bens jurídicos materiais, a eles se limitando.

Todavia no correr do século XIX irá se sustentar que a proteção do direito penal se estende além dos bens de natureza corpórea, incluindo-se na sua área, também, bens imateriais. E no correr do século XX os chamados penalistas alemães neo-kantianos, - principalmente Richard Honig, irão confundir o bem jurídico com o fim da norma incriminadora. E deste modo frustrar os propósitos de fazer do bem jurídico um instrumento de disciplina e de contenção da atividade criminalizadora. ⁽⁴⁾

No segundo após guerra desse século, manifesta-se, por diversas razões, uma acentuada tendência no sentido de reformulação da legislação penal. E como consectário ressurgem o interesse em torno da temática do bem jurídico. Procura-se superar a perspectiva neo-kantiana, buscando um conteúdo definido para o bem jurídico. Surge então os enfoques funcionais e sistêmicos. Hans Welzel, em estudo datado de 1939 diz que “na realidade só há bens jurídicos na medida em que eles atuam na vida social, e sua ação está receptivamente na mesma. Vida, saúde, propriedade, etc., são relevantes para o direito penal mas enquanto consistem em um “ser em função”, ou seja, enquanto exercem efeitos sobre a coesão social, e dela recebem efeitos.

(5)

⁽¹⁾ C.J.A. Mittermaier, in “Über die Grundfehler der Behandlung des Criminal Rechts, in Lerh und Strafgesetzbuchem” (1819), in Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19 Jahrhunderts - Zwei Methodische Schriften, maio, 1968, pág. 146.

⁽²⁾ Nesse sentido, expressando a postura iluminista, Paul Johann Anselm Ritter Von Fenerbach, in “Tratado de Derecho Penal”, trad. esp., Ed. Hammurabi, Buenos Ayres, 1989, 2ª Ed., pág. 63: “Toda a pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservar os direitos externos de uma lesão jurídica”.

⁽³⁾ BIRNBAUM, Johann Michael Franz, “Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff des Ehrenkränkung”, em “Archiv des Criminalrechts”, Neue Folge, Bd. 15, Zweites Stück, Halle, 1834.

⁽⁴⁾ R. HONIG, “Die Einwilligung des Verletzten, Teili, Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage”, Bensheimer, Mannheim Berlin Leipzig, 1919, p. 62.

⁽⁵⁾ HANS WELZEL, in “ZSTW” 58, (1939), p. 409 e segs.

Hans Joachim Rudolphi, em conhecida monografia vai além de Hans Welzel afirmado que o bem jurídico não é “um ser em função”, mas a própria “função social em si”. Para Rudolphi “o substrato jurídico da propriedade”, por exemplo, está na “função da coisa em sua correspondência jurídica com o proprietário, que abre a este a possibilidade de um determinado domínio”. Daí serem os bens jurídicos para o mencionado Mestre tedesco “unidades funcionais constitutivos de nossa vida social”.⁽⁶⁾ Gunther Jakobs, por sua vez escreve que o bem jurídico consiste no uso e desfrute de uma situação valorada positivamente. Exemplo: o bem jurídico sobre o que recai a propriedade não é a coisa sobre o que recai a propriedade, mas a relação de possibilidade de uma utilização entre proprietário e coisa. Os bens jurídicos para o penalista alemão referido são “objeto em sua relação com as pessoas”, “unidades funcionais valiosas, potenciais ou participativas”, isto é, “condições de possibilidade de participar da interação social”.⁽⁷⁾

Outro e diferente enfoque é o de Knut Amelung. Partindo da concepção sistêmica, cujos formuladores mais notórios são o sociólogo. Parson e jusfilósofo Luhmann, a sociedade é entendida como sistema global ou de interações. Nesta o direito é um dos subsistemas, cuja tarefa fundamental é garantir a existência do sistema como um todo.

E o direito penal é o instrumento mais importante, no subsistema jurídico, pois através da pena assegura a conservação do sistema contra fatos de alta nocividade social. Partindo de uma concepção que vê a sociedade como um sistema de interações, onde o direito penal integrando o subsistema jurídico é o instrumento para debelar fatos gravemente nocivos que põe em perigo a funcionalidade do sistema, e a sua própria existência e conservação. Daí ser o delito para Knut Amelung um fenômeno que obstaculiza o funcionamento do sistema social. E, neste quadro os bens jurídicos seriam as funções necessárias para a conservação do sistema social.⁽⁸⁾

Outro e interessante repensamento da teoria do bem jurídico deve-se a Winfred Hassemer. Parte esse Mestre tedesco do fato de que certos

⁽⁶⁾ HANS JOACHIM RUDOLPHI, in “Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico”, (trad. esp.), in “Nuevo Pensamiento Penal”, vol. 4, p. 344.

⁽⁷⁾ GUNTHER JAKOBS, in “Derecho Penal - parte general”, (trad. esp.), ed. Marcial Pons, 1995, p. 560 e sgts.

⁽⁸⁾ KNUT AMELUNG, in “Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft”, 1972, pp. 346 ss.

comportamentos em uma determinada sociedade são considerados intoleráveis de moldes a merecer a repressão penal. Esta, pois, está vinculada a valorações que a sociedade faz dos objetos que os referidos comportamentos lesam ou põe em perigo. Estas valorações por sua vez são produtos de três fatores: a frequência destes comportamentos, a intensidade da necessidade de preservação do objeto merecedor da tutela e a intensidade da ameaça contra este. Estes fatores, no entanto, se apresentam diversamente, com nuances próprias em cada contexto social, e em cada momento histórico. Para a individualização do bem jurídico não é fundamental a posição objetiva do bem, mas “a sua valoração subjetiva, com as variantes dos contextos sociais no qual ele aparece”.⁽⁹⁾

Todos esses enfoques seja os que encaram o bem jurídico enquanto pré-existente à própria ordem jurídica, como os que acentuam a sua natureza funcional ou sistêmica primam pela carência de concretitude, posto que não definem conteúdos, ou seja, não dizem por ex: quais as unidades sociais de função ou quais das disfunções que afetam a conservação do sistema, e o quantum de nocividade social das mesmas. Em verdade como acentuou Ferrando Mantovani o bem jurídico tem sido reduzido a categoria formal que os diferentes Estados usam para tutelar os bens que entendem, na ótica ideológica de cada um, mais relevantes e necessários de preservação. Não exerce, por esta razão, a função limitadora da criminalização, para se tornar tudo o que o legislador pretende tutelar.⁽¹⁰⁾

2 - Para superar este quadro, e buscar o embasamento que permita uma determinação dos bens jurídicos merecedores da tutela penal, limitando inclusive essa ação tutelar, surgiu nestes últimos decênios o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. É nas Constituições que o direito penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E, o penalista assim deve orientar-se já que nas Constituições já está feita as valorizações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.

⁽⁹⁾ WINFRIED HASSEMER, in “Fundamentos Del Derecho Penal”, p. 36 e segts.

⁽¹⁰⁾ FERRANDO MANTOVANI, in “Diritto Penale”, 3º ed., p. 203 e segts.

Este endereço é hoje dominante, notoriamente na doutrina jurídico penal alemã e italiana. Espelha bem essa situação a definição dada por Franco Bricola ao delito. Ou seja: “um fato lesivo de um valor constitucional, cuja significação se reflete sobre a medida da pena”.⁽¹¹⁾ Esta constitucionalização do bem jurídico tem se apresentado, com diversas nuances, que se podem agrupar em duas correntes.⁽¹²⁾

Uma de caráter geral, vinculado a criação do tipo penal aos princípios fundamentais presentes na organização do Estado, como previstos nas Constituições. Expressa bem esta orientação a posição de Rudolphi, quando ensina que a busca dos bens jurídicos há de partir de uma precisa determinação da sociedade estatal como se desenvolve no marco da Constituição, assim como também de uma profunda análise da vida social, dentro da Constituição, que deve proteger-se de danos e perturbações. Destarte, segundo o penalista alemão, “a tarefa do direito penal, desde o ponto de vista da decisão valorativa contida na Constituição, consiste em proteger as funções sociais, e os mecanismos eficazes necessários para manter a sociedade em face dos danos e perturbações que a podem ameaçar”.⁽¹³⁾ Como conseqüência, conclui o Mestre de Bonn todos os comportamentos que não perturbam as funções, e, pois, não exercem um efeito nocivo sobre os organismos sociais ficam fora das proibições jurídico penais.

Outras, ditas teorias constitucionais estritas, entendem que o legislador penal encontra nas Constituições prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem recebidos na ordem jurídico penal. É a linha adotada notadamente na doutrina italiana e que tem em Franco Bricola, o seu mais autorizado representante.⁽¹⁴⁾

3 - A limitação da busca dos bens jurídicos passíveis de criminalização

⁽¹¹⁾ FRANCO BRICOLA, in “Teoria Generale del reato”, no “NUEVO DIGESTO ITALIANO”, 1973.

⁽¹²⁾ LUIZ RÉGIS PRADO, in “Bem Jurídico e Constituição”, p. 43 e sgts. Registre-se que a monografia do Mestre de Maringá representa uma preciosa colaboração no enfrentamento da problemática do bem jurídico e a Constituição.

⁽¹³⁾ HANS JOACHIN RUDOLPHI, ob. cit., pág. 345.

⁽¹⁴⁾ FRANCO BRICOLA, ob. cit., FRANCESCO ANGIONI, in BENI COSTITUZIONALI E CRITERI ORIENTATIVI SULL AREA DELL'ILLECITO PENALE, ENZO MUSCO, in BENE GIURIDICO e TUTELA DELL'ONORE, FRANCESCO PALAZZO, in “PRINCIPI COSTITUZIONALI, BENI GIURIDICI e SCELTE DI CRIMINALIZZAZIONE, e in VALORE COSTITUZIONALI e DIRITTO PENALE, EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI, in “CONSTITUZIONE e POLITICA DEI BENI GIURIDICI”.

no âmbito dos bens constitucionais tem suscitado algumas objeções. Têm-se arguido que podem aparecer, após a edição dos textos constitucionais, novos bens que pela sua relevância estão a exigir a proteção penal. É realmente uma situação ocorrente. Na Itália e na Alemanha, cujas Constituições datam de 1947 e 1948, não foram previstos, nas referidas Constituições, uma série de bens que ganharam importância como decorrência, entre outras causas, do trepidante progresso tecnológico da segunda metade do século. Bens como o meio ambiente, a privacidade pessoal, mercê de uma desordenada industrialização e da invenção e aperfeiçoamento de aparelhos eletrônicos, foram e vêm sendo, alvo de agressões a exigir a tutela penal. E tais bens não estão presentes nas Constituições italiana e alemã.

Face a procedência das objeções têm se sustentado, que, embora possam emergir da realidade social bens não valorados nas Constituições, e supervenientes à data do início de vigência das mesmas, e que estão a exigir a proteção penal, esta há de fazer-se sem conflito com os princípios constitucionais. É de sustentar-se também que a criminalização desses bens não previstos nas Constituições, não só não podem entrar em conflito com Estas, como nelas encontram para a criminalização, limitações insuperáveis. E isto porque nos textos constitucionais a criminalização encontra proibições expressas, bem como vedações implícitas. Nesse sentido é a lição de Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci. Como acentuam esses Mestres de Milão a criminalização encontra fronteiras insuperáveis nos princípios fundamentais da Constituição que a mesma enumera ora na “base de disposições de âmbito geral”, bem como “em normas relativas a específicos setores e áreas”.⁽¹⁵⁾

As Constituições, portanto, não apenas são o repositório principal dos bens passíveis de criminalização, mas também contém princípios relevantíssimos que modelam a vida da comunidade, e que, para usar a linguagem dos constitucionalistas, constituem cláusulas pétreas, embaixadoras do sistema constitucional, insucetíveis de serem revistas. E a presença destas cláusulas, e dos direitos que elas consagram e delas derivam, marcam limites que o legislador ordinário, principalmente em matéria penal, não pode transpor.

A criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens

⁽¹⁵⁾ EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI, in “COSTITUZIONE E POLITICA DEI BENI GIURIDICI”, na RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE, 1994, pág. 343.

constitucionais, ou seja, aqueles que passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da Comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos das constituições.

Destarte é nas constituições que a criminalização há de encontrar preponderantemente os bens que lhe cabe tutelar. Mas, ainda quando protege com suas sanções bens não constitucionais não o pode fazer em conflito com os princípios constitucionais, neles encontrando uma definitiva fronteira. As Constituições, portanto, são para as criminalizações sua base e seu limite.

4 - Como já foi acentuado o legislador penal não encontra nos textos constitucionais um elenco definido e organizado dos bens que lhe cabe tutelar. Incumbe-lhe a tarefa de seleção, dentre os bens constitucionais daqueles que deve proteger com suas sanções. É seu mister, nesta tarefa, definir os critérios que devem orientá-lo. De um lado necessária se fez uma valoração da relevância do bem, ou seja, sua significação e importância. De outro lado, há de ter presente as variadas formas com que podem ocorrer as lesões a tais bens, selecionando as mais graves. E dentre estas as em que necessária se faz a intervenção penal por insuficientes as outras sanções que a ordem jurídica dispõe para uma adequada tutela. O critério básico, portanto, desse processo de escolha há de guiar-se pelo princípio da “última ratio” que partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessária a intervenção penal.

Convém enfatizar que inquestionavelmente estão a merecer a tutela penal os bens ditos primários, indispensáveis a própria existência da sociedade, tais como, a vida, a integridade corporal, a segurança e similares. E ainda outras cuja inviolabilidade as Constituições democráticas consagram, por constituírem as bases da estrutura jurídica urdida pelo perfil ideológico que fundamenta tais Constituições. É o caso de bens como a liberdade, a propriedade, e semelhantes.

É de ressaltar-se que a tutela de tais bens é feita na legislação penal de forma direta, mas também de forma indireta, e mesmo preventiva. Esta última se impõe através da punição de fatos que constituem uma atividade prefacial a agressão ao bem jurídico relevante, e que se não forem contidos

tornam inócua a tutela do bem jurídico, pois se inexistentes estas criminalizações de tutela prévia resultaria inviável a proteção efetiva dos bens jurídicos relevantes. A proteção penal, pois, se faz pela criminalização protetora do bem jurídico constitucional, tutelando-o não só diretamente, mas, às vezes, por necessário, penalizando condutas preparatórias, que se não enfrentadas tornariam inócua a proteção do bem jurídico fim. Neste caso a proteção penal se antecipa, criminalizando situações que põem em perigo o bem jurídico.

Francesco Palazzo, colaciona como critérios dentre outros, que devem orientar o legislador na criminalização dos bens jurídicos constitucionais, a fragmentariedade e a proporcionalidade. Tais critérios em verdade deduzem-se do princípio da última ratio. Limitando este, a criminalização somente a proteção de bens relevantíssimos, os ilícitos penais não abrangem a totalidade da área da ilicitude, constituindo apenas fragmentos da mesma. E sendo a reação penal a “última ratio”, ela não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime. Há de ser proporcional, ou seja, estrita e evidentemente necessária. Ou, em outros termos: o direito penal é fragmentário e proporcional porque somente se justifica a sua tutela quando se verifica a sua estrita necessidade. ⁽¹⁶⁾

5 - Esta preocupação de disciplina da criminalização, bem como da descriminalização, por parte dos penalistas de nossos dias, deu margem a que se falasse na existência de um “idílio” entre a drogâmica e a política criminal. ⁽¹⁷⁾

A rigor esta “invasão” dos penalistas no domínio do “jure condendo”, é um imperativo decorrente da crise da ordem jurídica.

O universo normativo vigente, particularmente o penal, está a exigir um excepcional esforço para se ajustar às necessidades emergentes do trepidante progresso científico e tecnológico que marca o dia a dia do mundo contemporâneo. E esse imperativo fez com que o jurista, especialmente o penalista, deixasse de ser apenas um interprete da lei, e passasse a dar sua contribuição para a renovação da ordem legal. Para usarmos linguagem de

⁽¹⁶⁾ FRANCESCO PALAZZO, in “PRINCIPI COSTITUZIONALI, BENI GIURIDICI E SCELTE DI CRIMINALIZZAZIONE”, nos STUDI IN MEMORIA DI PIETRO NUVOLONE, 1º vol.

⁽¹⁷⁾ FRANCESCO PALAZZO, ob. cit., pág. 377

Manoel Rivacoba Y Rivacoba a análise dogmática encontra-se “em repouso”, e o criminalista assume cada vez mais uma postura político jurídico. O jurista, notoriamente o penalista está deixando de ser, como enfatiza Paolo Grossi ⁽¹⁸⁾ uma personagem passiva, mero analista do direito positivo existente, simples intermediário entre a lei já elaborada e eses usuários. Está preferencialmente empenhado em desempenhar uma missão criadora, ou seja, em colaborar na feitura de um renovado sistema penal. Está para usarmos uma bela frase de Miguel Reale, fazendo com que as inquietações do “*jus condendum*” prevaleçam sobre as tranquilas ponderações do “*jus conditum*”. ⁽¹⁹⁾

E extraordinariamente auspicioso é que se busque realizar essa renovação, com o embasamento nas Constituições. E isto porque um direito penal respaldado nos textos constitucionais será certamente um direito penal imune a uma regressão as kalendas pré-beccarianas. O buscar nas Constituições os bens a tutelar, e a sujeição da criminalização aos limites impostos pelas Constituições, tem um sentido bem profundo. Constitui uma garantia de que é possível, e se fará, um direito penal respeitoso da dignidade humana.

⁽¹⁸⁾ PAOLO GROSSI, in “ABSOLUTISMO GURÍDICO E DERECHO PRIVADO NEL SIGLO XX”. Discurso pronunciado pelo Mestre fiorentino ao receber o título de “Doutor Honoris Causa”, na Universidade de Barcelona.

⁽¹⁹⁾ MIGUEL REALE, in “TEORJA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO”, 4 ed., pág. 7.