

O BEM JURÍDICO DO TIPO TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE LEGAL ASSET OF TAX CRIME IN THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION

Glauco Maldonado Martins¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A legitimidade da pena está diretamente subordinada à prévia identificação do bem jurídico-penal tutelado, o qual funciona como ponto de partida da interpretação do tipo penal. A dogmática jurídico-penal permite inferir que o bem jurídico é considerado um pressuposto de incriminação. O bem jurídico continua indispensável com sua função crítica de limitar o poder de punir do Estado. O tipo penal tributário tutela um bem jurídico coletivo com a função de instrumento para promoção de direitos e garantias fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito. A pesquisa pretende identificar o conteúdo do bem jurídico do tipo penal tributário perante a Constituição de 1988.

Palavras-chave: Bem jurídico. Tipo tributário. Poder punitivo. Legitimidade. Constituição.

Abstract: The legitimacy of the punishment is directly subordinated to the prior identification of the legal-criminal asset protected, which serves as the starting point for the interpretation of the criminal type. Legal-criminal dogmatics allow us to infer that the legal interest is considered a presupposition of incrimination. The legal interest remains indispensable with its critical function of limiting the State's power to punish. The tax criminal type protects a collective legal asset with the function of an instrument to promote fundamental rights and guarantees in the Social and Democratic State of Law. The research aims to identify the content of the legal asset of the tax criminal type under the 1988 Constitution.

Keywords: Interest legal. Tax type. Punitive power. Legitimacy. Constitution.

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido é pedra angular para a interpretação do tipo tributário. O bem jurídico-penal continua indispensável com sua função crítica de limitar o poder de punir do Estado. O esclarecimento de qual seja o bem jurídico é uma das questões mais importantes da exegese do tipo penal em geral. Trata-se de uma análise que deve ser resolvida antes de qualquer outra, em especial no caso do injusto penal tributário, cuja tutela recai sobre bem jurídico coletivo.

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia desde 2005 e atual Coordenador do Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal (GAESF).



Nessa perspectiva, a investigação pretende enfrentar a seguinte pergunta de pesquisa: qual é o conteúdo do bem jurídico do tipo penal tributário perante a Constituição de 1988? A determinação do bem jurídico-penal é o meio idôneo para legitimar a tutela penal. A pena deve estar calcada em valores fundamentais da sociedade, enquanto pressupostos indispensáveis para a concretização da convivência pacífica. Por consequência, é fundamental que se possa identificar o critério científico apto a determinar o conteúdo do bem jurídico do tipo tributário.

Este critério variou entre estudiosos desde o Iluminismo. No entanto, até por ser um marco teórico importante dessa investigação, merecem destaques as concepções em que se apontam a relevância constitucional do bem jurídico. Isso porque é a Constituição que melhor estabelece a definição do conteúdo da tutela penal e orienta a função crítica de limitar o poder de punir.

A concepção constitucional do bem jurídico interessa a essa a investigação, seja porque é imanente ao sistema jurídico penal brasileiro, seja porque oferece um elemento material de bem jurídico com potencialidade vinculante. A propósito, é justamente nesse mesmo sentido que a concepção constitucional adquire uma importância ímpar de função crítica para a ciência jurídico-penal e representa um claro limite à atividade punitiva do Estado de Direito.

Nessa direção, dada à pergunta de pesquisa, o item 1 realizará a síntese evolutiva do bem jurídico. O item 2 analisará as concepções constitucionais do bem jurídico. No item seguinte será analisado o bem jurídico sob o enfoque da Constituição Federal de 1988. Por derradeiro, o item 4 será dedicado a identificar o conteúdo do bem jurídico do injusto penal tributário.

2. SÍNTESE EVOLUTIVA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

A categoria do bem jurídico guarda importância fundamental para a dogmática jurídico-penal moderna na medida em que legitima a aplicação da pena. Sobre a evolução da finalidade da pena, merece destaque o apontamento de Jimenez de Asúa, senão vejamos:

“As etapas da evolução da justiça punitiva podem ser assim resumidas em três fases: ‘a) Primeira época. Crimen é o atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. Crimen é uma agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. Crimen é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo Poder do Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.”¹

¹ JIMENEZ DE ASÚA, L. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1964. t. 1, p. 245.

Diante da importância para a presente investigação científica, o bem jurídico-penal será considerado durante toda a pesquisa do presente artigo como sendo um verdadeiro pressuposto da incriminação, conforme ensinamentos do Professor Juarez Tavares².

Segundo Muñoz Conde³, há muito tempo existe um acordo na doutrina de que o direito penal deve limitar-se à proteção dos bens jurídicos. O referido acordo se rompe totalmente, no entanto, quando se trata de determinar qual é o conteúdo do bem jurídico.

Nesse contexto, a raiz histórica da categoria bem jurídico pode ser encontrada na concepção de Feuerbach (1775-1833). Trata-se de concepção que foi construída durante o movimento iluminista para impor limites ao direito de punir em razão da arbitrariedade estatal⁴.

Antes da categoria bem jurídico surgir nas letras jurídicas, Feuerbach criou um conceito material de delito, segundo o qual consistiria necessariamente em lesão ao direito subjetivo. O “*teorema feuerbachiano*”⁵ pode ser representado pela seguinte fórmula jurídica: delito é igual a violação de um direito subjetivo. Para o autor, o objeto protegido não seria uma coisa ou a pessoa do mundo real, e sim a faculdade jurídica privada e constitutiva de um direito.

Muito embora a conduta socialmente danosa e a necessidade da pena também fossem consideradas fundamentos do delito desde aquela época, a existência de um direito subjetivo violado foi justamente o que singularizou a concepção de Feuerbach⁶.

Segundo as palavras do autor, “*aquele que viola a liberdade garantida pelo contrato social e pelas leis penais pratica um crime. Por fim, crime é, em sentido amplo, uma lesão prevista numa lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada na lei penal*”⁷.

Da perspectiva de uma dogmática jurídico-penal, a fragilidade da concepção em exame reside na constatação de que inúmeras realidades valoradas pelo legislador, como dignas de

² TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020. p. 236.

³ Em prólogo à obra de Hernán Hormazábal Malarée, **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal**. Barcelona: PPU. 1991. p. 1.

⁴ “*Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva*” (PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**, 2 ed., 2017, I, p. 57 e ss).

⁵ ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983. (Raccolta di studi di diritto penale, 32). p. 22

⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias). p. 32.

⁷ VON FEUERBACH, A. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. E. R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 64.

tutela penal, não têm qualquer relação direta com o conceito estrito de direito subjetivo, a exemplo do que ocorre com o meio ambiente, saúde pública e economia⁸.

Não obstante, o mérito de Feuerbach, como raiz histórica que antecedeu o bem jurídico, parece ter sido o atributo da função limitadora do poder punitivo do Estado, à medida que a exigência de direito subjetivo violado significava um elemento material do delito.

A despeito do inegável valor dessa concepção como antecedente histórico, a paternidade da teoria do bem jurídico é historicamente atribuída a Birnbaum (1792-1877). Em sua obra, Birnbaum demonstra que o delito lesionaria os bens, e não direitos subjetivos.

Isso porque o bem é justamente um objeto do direito de um sujeito, de modo que o despojamento do bem atingiria o mencionado objeto, o qual seria diminuído com a subtração ilícita, mas o direito do titular do bem subtraído permaneceria íntegro⁹.

O autor apresentou uma concepção que se afasta da ideologia iluminista, uma vez que emancipa a doutrina penal da influência das verdades metajurídicas. Inexistiria, assim, um conceito material do delito segundo Birnbaum, à medida que o bem é um valor totalmente livre e definido por decisão política de Estado. Tal concepção significava à época uma forma de instrumento “restaurativo” do Estado, ou seja, tinha um objetivo de incriminar condutas perturbadoras do movimento da “restauração” europeia entre 1814 e 1848¹⁰.

Independentemente dessa falta do conceito material do delito, importante apontar que Birnbaum tem o mérito de apresentar a primeira concepção do bem jurídico com alguma precisão técnica, a qual o desvincula da noção equivocada de violação do direito subjetivo.

Em momento posterior, Binding apresenta outra concepção de bem jurídico com importância histórica, pois transfere para a ciência jurídico-penal o método positivista que é tão característico das ciências naturais ou exatas. Do mesmo modo que as ciências exatas desprezam valores metafísicos, o método positivista do direito pressupõe fenômenos sociais como realidades existentes que deveriam ser explicadas, e não questionadas.

O objeto do método positivista relativamente à ciência jurídica é o direito positivo, o qual é observado acriticamente e sem análise axiológica-jurídica¹¹. Para Binding, enquanto

⁸ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico en el derecho penal**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974, p. 96.

¹⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal**. Barcelona: PPU. 1991 (Derecho y Estado), p. 32.

¹¹ HORMAZÁBAL M., H., op. cit. p. 32.

principal precursor do método positivista no direito penal, o delito seria uma lesão ao direito subjetivo público do Estado de ordenar e de ser obedecido por governados.

O bem jurídico seria, então, *“tudo o que em si mesmo não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção incólume e livre de perturbações tem ela, segundo seu pensamento, interesse, de forma que procura com suas normas defender-se da não desejada lesão ou perigo”*¹².

A delimitação do que é a condição da vida sã em comunidade, porém, nos parece ter uma característica muito aberta e corresponderia a um juízo de valor livre do legislador penal, que seria limitado apenas pela natureza das coisas e por exigências de lógica.

Segundo Hormazábal Malarée, *“do contexto de toda a teoria jurídico-penal de Binding, o que se depreende em essência é que, antes de mais nada, o delito importa uma infração ao dever de obediência que o cidadão tem frente ao Estado como titular de um direito subjetivo público: o poder de exigir dita obediência”*. De outro lado, completa-se a ideia de Binding quando, nas palavras Hormazábal Malarée, *“realça que o que se lesiona com o delito não é a norma nem o mencionado direito subjetivo, senão o bem jurídico, que expressa concreta, material e objetivamente o que realmente se lesiona ou põe em perigo pela ação delitiva”*¹³.

Portanto, a concepção de bem jurídico de Binding pressupõe um positivismo legalista que atribui primazia ao bem jurídico em vez do direito subjetivo do Estado à obediência do cidadão. Nesse sentido, o que se espera prevenir com a sanção penal não parece ser a desobediência, mas a destruição do bem jurídico gerador de grave danosidade social.

Porém, a teoria do renomado autor falha na medida em que não tem elemento material preciso para a dogmática jurídico-penal. Por consequência, referida concepção também não oferece a função de limitar o direito de punir ou função de criticar o direito penal positivo. O bem jurídico-penal, no caso específico, seria mais uma maneira de legitimar o poder repressivo do Estado, que pode cobrir com o manto da legalidade uma arbitrariedade estatal¹⁴.

De outro lado, a concepção de bem jurídico de Franz Von Liszt (1851-1919) considera que bens jurídicos são interesses humanos juridicamente protegidos¹⁵. Segundo o autor, os

¹² BINDING, Karl. **Compendio di diritto penale: parte generale**. Trad. Adelelmo Boretini. Roma: Athenaeum, MCMXXVII, p. 198.

¹³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democratico de derecho: el objeto protegido por la norma penal**. Barcelona: PPU. 1991 (Derecho y Estado), p. 42.

¹⁴ Ibidem, p. 46.

¹⁵ LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. 20. ed. alemã. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 2. Ed. Madrid: Reus, 1927, t. 2., p. 4.

interesses vitais preexistem ao Direito e são fatos da vida que se impõe. Os interesses são elevados à categoria de bens jurídicos após adquirirem proteção da lei penal. Por exemplo, a liberdade pessoal, o patrimônio privado e a inviolabilidade de domicílio já eram interesses vitais, antes de se tornarem bens jurídicos, com as garantias das constituições contrárias a medidas arbitrárias do Estado ou através de leis penais contrárias a ataques de indivíduos¹⁶.

O mérito de Liszt foi tentar romper com a concepção positivista e acrítica da teoria do bem jurídico de Binding, uma vez que inseriu um elemento material para a ideia do bem jurídico: lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma¹⁷. O atributo da referida concepção, portanto, foi oferecer limite ao poder punitivo do Estado. Ainda há, contudo, alguma fragilidade na ideia de Liszt, pois o interesse vital é um conceito muito aberto.

No começo do século XX, surge a concepção metodológica de bem jurídico, cujo principal expoente Honig o identificou em 1919 com a *ratio* da norma¹⁸. É do objeto da norma penal que se extrai a essência do bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, o bem jurídico derivaria exclusivamente dos limites da descrição da lei penal, sem, contudo, ter qualquer relação com a natureza dos bens ou valores pré-jurídicos que o determinaram.¹⁹

Como se percebe, a mencionada concepção preocupa-se apenas com os limites da descrição legal do tipo. Por consequência, despreza os valores que a determinaram. Ela não possui um elemento material do bem jurídico, pois não tem função de limitação do poder punitivo estatal, nem tem capacidade crítica da norma penal a partir do bem jurídico tutelado²⁰.

¹⁶ Segundo as próprias palavras de Franz Von Liszt, “*todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o da comunidade. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos. Pero los intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada em Estado, y vice-versa*” LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. 20. ed. alemana. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 2. Ed. Madrid: Reus, 1927, t. 2., p. 6.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. Ed. Ver. Ampl. São Paulo: RT, 1997, p. 33.

¹⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias), p. 64-65.

¹⁹ PRADO, L. R., op. cit. p. 35.

²⁰ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.

Segundo aponta Angioni, apesar da forte crítica de “*positivismo sem limites*” da concepção metodológica do bem jurídico, tal concepção teve o mérito de conferir maior técnica para a teoria da interpretação, especialmente sob a projeção do método teleológico²¹.

A concepção metodológica, que inspirou o nacional-socialismo na Alemanha nazista, parece ter significado o próprio esvaziamento do conceito de bem jurídico. A fonte do direito na Alemanha daquela época era representada pelo “espírito do povo”, que passou a ter um significado de entidade em si mesma e de elemento de coesão social.

Comentando a concepção em análise, Hormazábal Malarée enuncia que “*o delito já não podia estabelecer-se como uma lesão a interesses ou às condições de vida em comum, senão como uma traição à fidelidade que todo indivíduo deve ao povo alemão*”²².

Como visto, um conceito de bem jurídico capaz de limitar o poder punitivo do estado não parecia suficiente para assegurar a fidelidade ao espírito do povo, de modo que bastava uma função teleológica e destituída de algum elemento material ou de inspiração metafísica.

De qualquer modo, com o término da Segunda Guerra Mundial, houve a derrota dos regimes totalitários e o florescimento de diversos regimes democráticos. A história novamente cuidou de influenciar a delimitação de bem jurídico com novas concepções.

Nesse sentido, merecem destaques abordagens pós-guerras com escopo de delimitar o bem jurídico-penal a partir de fundamentos sociológicos e constitucionais.

Especificamente em relação a concepções sociológicas do bem jurídico, merecem destaques como representantes os estudos de Amelung, Habermas, Jakobs e Hassemer²³.

A teoria funcionalista da danosidade social de Amelung parte do pressuposto de que a sociedade é um complexo sistema de interações. Desse modo, o Direito é o instrumento para garantir a estabilidade necessária para a funcionalidade do sistema.²⁴

Portanto, quando ocorre um comportamento disfuncional, o Direito reage, por meio da sanção, para reafirmar as regras de convívio social. Referida estratégia torna possível manter a confiança em relação à própria funcionalidade do sistema social.

²¹ ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983. (Raccolta di studi di diritto penale, 32). p. 27

²² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democratico de derecho: el objeto protegido por la norma penal**. Barcelona: PPU. 1991 (Derecho y Estado), p. 42.

²³ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 33.

²⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias), p. 91.

Para Amelung, é possível substituir “bem jurídico” por uma nova categoria denominada “socialmente danoso” ou “comportamento disfuncional”, cujo sentido é representar aquilo que impede o sistema de superar problemas que obstam o progresso social. Dessa maneira, o direito penal atuaria para criminalizar a conduta disfuncional ou socialmente danosa, o que seria um conceito pré-jurídico indeterminado utilizado pelo legislador como juízo de valor.

A teoria funcionalista do sistema social de Amelung coloca em destaque a importância de sobrevivência do sistema diante de um comportamento disfuncional. Inclusive, para ele é admitida a funcionalização da pessoa, desde que necessário para garantir a estabilidade do sistema. Assim sendo, se a resolução do problema pressupõe um custo, é admitida a solução à custa da tutela da pessoa, ainda que signifique sacrifício do próprio cidadão.²⁵

Uma crítica contra a teoria da danosidade social de Amelung é de que parece haver uma neutralidade política. Isso porque a teoria retira do Direito todo o seu conteúdo e não explica aprioristicamente os valores que devam ser tutelados. Conforme a crítica, há o risco de qualquer ideologia se aproveitar da teoria da danosidade social, o que poderá refletir no modo como seria tratada a dignidade da pessoa humana, a depender do espectro ideológico dominante.²⁶

Além disso, a teoria em exame também não parece ter conseguido substituir o conceito de bem jurídico por danosidade social. Afinal, a definição do que é um comportamento disfuncional depende de um juízo de valor do legislador. Nesse sentido, o direito positivo ainda é o parâmetro do qual se infere o bem jurídico como objeto sobre o qual incide a danosidade social. Dito de outro modo, a danosidade social é, no limite, um pano de fundo que pode servir para complementar (e não substituir) o conceito de bem jurídico. Porém, o grande ponto que merece destaque está na crítica de que a teoria da danosidade social não oferece um elemento material concreto apto a indicar o que deva ser considerado punível pelo legislador penal.²⁷

Para Habermas, a definição do bem jurídico dependeria antes de um consenso social, que tenha origem em uma situação ideal de diálogo. Nesse sentido, o estudioso afirma que é necessário a procura por uma decisão racional, a qual deve ser qualificada pela mesma

²⁵ Ibidem, p. 93.

²⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias), p. 96.

²⁷ FIANDACA, Giovanni. **Il "bene giuridico" come problema teórico e come criterio di politica criminale**. Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 1982, p. 61.

oportunidade de participação de todos os interessados. Habermas proclama que o consenso racional seria a única forma apta a indicar quais interesses sociais devem ser criminalizados.²⁸

Por outro lado, Jakobs apresenta uma concepção diversa. Ele indica que o bem jurídico do Direito Penal corresponderia à proteção da própria vigência da norma. Isto é, o direito penal exerceria a função de resistência à defraudação de expectativas sociais. A garantia da coesão social pela aplicação da pena, segundo Jakobs, seria uma contribuição do direito penal.

Parece que a ausência de conteúdo axiológico claro das concepções sociológicas de Amelung, Habermas e de Jakobs originam uma mesma fragilidade, pois não possuem uma função crítica para a dogmática penal e muito menos limitadora do poder punitivo estatal.²⁹

Hassemer, por sua vez, analisou a insuficiência das teorias do bem jurídico anteriores para responder o porquê da criminalização de determinadas condutas, e não outras. A teoria do bem jurídico apresentada pelo autor, de outro lado, é pautada na realidade social. Isto é, considera a valoração que a sociedade atribui aos objetos merecedores da tutela penal.

A teoria em exame chega à conclusão de que o valor de um bem jurídico é fruto de um contexto histórico e cultural determinado, por isso não haveria um fundamento racional claro para a definição do aludido valor. O risco de arbitrariedade do legislador ao valorar o conteúdo do bem jurídico é repellido pelo autor, pois o arbítrio “*encontraria barreiras insuperáveis nas atitudes axiológicas correspondentes a todas as normativas sociais dominantes*”³⁰.

Hassemer, ademais, tem o mérito de dilatar o horizonte da cognoscibilidade do bem jurídico, pois exige a compreensão de condições empíricas retiradas da realidade social e que podem ser orientadas axiologicamente pela Constituição do Estado.

Em síntese, qualquer concepção sociológica do bem jurídico “*mostra uma vez mais a incapacidade de delimitar o ius puniendi estatal através da substituição do conceito de bem jurídico, que não permite nenhuma restrição do poder de atuação estatal, além de facilitar o aprofundamento na consciência social do valor moral, mediante a interiorização coletiva da fidelidade normativa ao esquema de reprodução dos valores vigentes. Ao mesmo tempo, reflete a decadência de um dos princípios políticos chaves do liberalismo moderno, a separação entre Direito e Moral, já que a ideia consistente em que o Direito Penal não deve impor determinada*

²⁸ CUNHA, M. C. F. op. cit. p. 97-8.

²⁹ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

³⁰ FIANDACA, Giovanni. **Il "bene giuridico" come problema teórico e come criterio di politica criminale**. Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 1982, p. 62.

*moralidade, é basicamente destruída por uma tese como esta, que conduz, como afirma Ferrajoli, a 'naturalizar o direito positivo e a obviar integralmente o problema filosófico-político de sua justificação externa e de seus limites e funções'*³¹.

Como se percebe, as concepções sociológicas não vinculam o legislador penal por ocasião da escolha dos tipos penais, bem como não impõem nenhuma possibilidade de impedir ou dificultar o arbítrio do intérprete na busca dos objetos de tutela³².

3. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO BEM JURÍDICO

No presente item serão analisadas concepções do bem jurídico que retiram da Constituição de um Estado o fundamento para delimitar o conteúdo da tutela penal.

As concepções podem ser divididas em dois grupos, de acordo com a maior ou menor vinculação entre o conteúdo do bem jurídico e os valores constitucionais.

Nessa perspectiva, há *concepções de fundamento constitucional de caráter geral ou amplo*, que pressupõem vinculação menor entre tutela penal e valores constitucionais, indicando uma seleção mais aberta do que é o conteúdo do bem jurídico.

De outro lado, coexistem *concepções de fundamento constitucional de caráter estrito*, que propõem maior vinculação entre os valores constitucionais e a tutela penal, com imposição de limitação rigorosa ao direito de punir do Estado. O legislador penal não é tão livre para escolher o conteúdo do bem jurídico e está condicionado a refletir nos tipos penais valores concretos delimitados expressamente ou implicitamente da Constituição Federal.³³

A análise da concepção de caráter geral permite inferir que se parte da ideia de que a Constituição oferece um quadro de referência com princípios gerais, os quais representam uma unidade de sentido jurídico de determinado Estado. Assumindo referido pressuposto teórico, o legislador penal poderia criminalizar comportamentos, desde que com alguns limites. Por exemplo, a via criminalizadora não poderia contrariar os princípios gerais da Constituição. De acordo com Cunha, “*é a posição assumida pela maioria da atual doutrina alemã*”³⁴.

³¹ PORTILLA CONTRERAS, G. **Princípio de Intervención mínima y bienes jurídicos colectivos**. CPC, 39, 1989, p. 733.

³² ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983. (Raccolta di studi di diritto penale, 32), p. 138-139.

³³ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

³⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias), p. 129.

Dentre as concepções constitucionais de caráter geral ou amplo, merecem destaque como principais representantes autores como Walter Sax, Claus Roxin, Mir Puig, Polaine Navarrete, Giovanni Findaca, Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci.

Para Walter Von Sax, o direito penal é a *ultima ratio* do sistema jurídico, pois a sanção penal é a forma mais grave de restrição de direitos. Nesse sentido, o sistema de valores constitucionais representa um limite do poder de punir do estado, de modo que o legislador não poderia contrariar referidos valores. No entanto, Sax defende que isso não significa que somente os valores constitucionais poderiam receber tutela penal, pois “*o catálogo de bens penalmente protegidos é mais amplo do que aquele dos valores constitucionalmente relevantes.*”³⁵

De outro lado, Claus Roxin discute o bem jurídico a partir da finalidade da pena estabelecida dentro da concepção de Estado de Direito na Lei Fundamental alemã. Para ele, o Estado tem a função de “*garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos.*”³⁶

O estudioso alemão afirma que o Estado utiliza o direito penal como meio para garantir os bens jurídicos fundamentais da sociedade. Ele concebe os bens jurídicos como “*condições valiosas em que se concretizam os pressupostos da vida em comum.*”³⁷ Além disso, o conceito de bem jurídico de Roxin é de que seriam “*circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sob a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.*”³⁸

Como se percebe, embora discuta o bem jurídico a partir da finalidade da pena, Roxin não chega a apresentar um conceito material de bem jurídico minimamente apto a distingui-lo, mediante processo lógico-dedutivo, como objeto concreto de tutela penal.

Todavia, parece importante registrar que Roxin aceita como bem jurídico as condições valiosas para o desenvolvimento da personalidade do cidadão, inclusive as prestações de caráter público com origem constitucional, as quais subordinam referido desenvolvimento da pessoa humana, convergindo com uma concepção constitucional de Estado com função social³⁹.

³⁵ FIANDACA, Giovanni. **Il "bene giuridico" come problema teórico e come criterio di politica criminale.** Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 1982, p. 62. p. 46.

³⁶ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** Trad. A. P. S.L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo, M. F. Palma. Lisboa: Veja, s.d., p. 27.

³⁷ Ibidem, p. 27.

³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Trad. de la 2 ed. Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicene Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1. p. 56.

³⁹ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

O autor alemão salienta duas conclusões importantes: (a) o direito penal tem natureza subsidiária, pois opera somente quando outros ramos do direito forem insuficientes para garantir condições valiosas da vida em comum, bem como (b) o legislador não tem autorização para criminalizar comportamentos imorais. Roxin explica a existência da dupla função de proteção do bem jurídico quanto ao cidadão: “*através do direito penal e ante o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que pretende combater*”.⁴⁰

Na lição de Mir Puig, o direito penal do Estado Social e Democrático tem objetivo de proteger, mediante prevenção de delitos, todos os indivíduos. Prossegue o autor apontando que o bem jurídico tem por atributos: (a) sua distinção dos valores morais na medida em que a tolerância à diversidade moral é essencial para a democracia, (b) exigência de que tais bens constituam condições fundamentais para o próprio funcionamento do sistema social, (c) exigência de que tais bens representem concreta possibilidade ao desenvolvimento do indivíduo; (d) suficiência da importância social e (e) necessidade da pena⁴¹.

Quanto ao atributo da suficiência da importância social, Mir Puig salienta que ela se infere diretamente do reconhecimento da relevância constitucional, que pode servir de critério para definir se o bem é fundamental a ponto de reclamar proteção penal.

Não obstante, Mir Puig afirma que aludido critério não é suficiente porque: (a) a função primária da Constituição não é regular o comportamento, pois sua principal função é estabelecer os fundamentos do exercício do poder político, (b) a Constituição não realiza ponderação expressa de interesses, embora assegure o dever de respeitar os direitos fundamentais e autorize o sancionamento de condutas que os vilipendiar, (c) nem sempre o reconhecimento constitucional de um bem será suficiente, uma vez que afrontaria o princípio da proporcionalidade a proteção de um ataque irrelevante para o bem.

Por sua vez, a posição de Polaino Navarrete sobre bem jurídico pressupõe que a norma punitiva é estabelecida em função de bem com relevância ético-social. A intervenção punitiva do Estado atenderia exigência de garantia dos princípios da vida humana em sociedade, em conformidade com a proteção jurídica das pessoas na dimensão individual e social⁴².

⁴⁰ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. A. P. S.L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo, M. F. Palma. Lisboa: Veja, s.d., p. 28.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p. 37.

⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico en el derecho penal**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974, p. 89.

O conceito de bem jurídico, para Navarrete, fundamenta-se na relevância axiológica de um bem ou valor concreto, o qual é vital para a esfera de desenvolvimento da personalidade humana. Nesse sentido, a seleção dos bens jurídicos deve obedecer a postulados éticos-sociais, às condições mínimas de respeito à dignidade humana e às demais prescrições constitucionais.

O mencionado autor, quando discorre sobre a característica normativa do bem jurídico, afirma, ainda, que um “objeto” não é um bem jurídico simplesmente porque o legislador o protege com sanção penal. Em sentido oposto, o “objeto” do delito deve ser credor de proteção pré-jurídica em razão de uma valoração jurídico-normativa de essência metafísica⁴³.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que são características do bem jurídico de acordo com Polaino Navarrete: a) objetiva: entendida como um conceito de existência material na realidade do mundo exterior que precede à apreciação subjetiva⁴⁴; b) normativo: entendida como a necessidade de valoração jurídico-normativa do bem com existência material⁴⁵; c) relativa (dinâmica): entendida como mutabilidade das circunstâncias sociais e culturais associadas à valoração do bem⁴⁶; d) supramaterial (espiritual): o conceito de bem jurídico traduz o valor que “algo” possui para o particular e para a coletividade, e não este “algo” em si mesmo considerado⁴⁷; e) transpessoal (supra-individual): a tutela não se limita a bens jurídicos individuais, mas se estende aos bens jurídicos supra-individuais⁴⁸.

Ainda a respeito de concepções de fundamento constitucional de caráter geral, importa destacar a percepção de Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci. Os mencionados autores italianos afirmam que a proteção do bem jurídico na Itália assume a função de princípio constitucional, de modo que o direito penal serve como instrumento de proteção de bens jurídicos⁴⁹.

Dolcini e Marinucci apontam, no entanto, que o modelo não define o conteúdo das normas incriminadoras. Desse modo, considerando a experiência italiana com o fascismo em que existiram normas penais com conteúdo claramente iliberais, surge a indagação: afinal, a Constituição italiana definiu limites ao conteúdo de normas penais?

⁴³ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico en el derecho penal**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974, p. 272.

⁴⁵ Ibidem, p. 273.

⁴⁶ Ibidem, p. 277.

⁴⁷ Ibidem, p. 279.

⁴⁸ Ibidem, p. 280.

⁴⁹ DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos**. Trad. J. F. Costa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, a. 4, v. 2, 1994, p. 152.

Sobre a questão, os autores indicam que a Constituição italiana tem conteúdo liberal, pois reconhece diversas liberdades civis. O fato representa um claro limite para o legislador, que não pode converter em delito o puro exercício de um direito constitucional. Ademais, os autores discorrem que princípios constitucionais são limites para o legislador, que não poderia escolher para imposição de pena “*bens incompatíveis com a Constituição*”⁵⁰.

Superada a primeira questão, surge outra provocação pelos autores: o legislador estaria vinculado a criminalizar somente condutas lesivas ou ameaçadoras a bens dotados de relevância constitucional? A resposta de Dolcini e Marinucci é negativa, pois historicamente há bens de grande relevância social que sempre receberam tutela penal, porém não estão referidos expressamente ou sequer estariam ligados indiretamente a um valor constitucional.⁵¹

Após admitirem que existem limites de cariz liberal para o legislador proibindo incriminações na Constituição italiana, os autores concluem que a Constituição pouco contribui para definir o conteúdo das normas incriminadoras, especialmente diante da inexistência de vinculação de conteúdo com relação a bens com relevância constitucional.

A concepção de Giovanni Fiandaca, de outro lado, aponta que o conteúdo de bem jurídico implica inferi-lo de “*diretivas programáticas constitucionalmente orientadas*”, que são extraídas de princípios constitucionais de fundo liberal e de fundo social⁵².

A matriz liberal reflete princípios constitucionais conservadores, que limitam o objeto de escolha do legislador sobre o que é penalmente punível. Por exemplo, não seria constitucional a criação pelo legislador de tipos penais que correspondessem ao mero exercício de liberdades fundamentais, salvo quando houver conflito com os denominados “interesses-limites”, os quais igualmente são dotados de relevância constitucional.⁵³

Com relação aos princípios constitucionais de fundo social, Fiandaca enfatiza o papel deles na delimitação dos bens coletivos merecedores de tutela penal. O autor indica que referidos princípios podem operar com uma função propulsora do Direito Penal, em conformidade com objetivos de promoção social delineados na Constituição.⁵⁴

⁵⁰ Ibidem, p. 164.

⁵¹ Ibidem, p. 169-170.

⁵² FIANDACA, Giovanni. **Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale.** Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 1982, p. 65.

⁵³ Nessa esteira, é perfeitamente legítimo estabelecer como “interesse-limite” a liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) frente a tutela penal da normalidade e legitimidade das eleições (CF, art. 14, §9º), mediante cominação de pena para a propaganda eleitoral de fato sabidamente inverídico (Código Eleitoral, art. 323).

⁵⁴ FIANDACA, Giovanni. **Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale.** Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 1982, p. 67-8.

Além disso, Giovanni Fiandaca repele a ideia de que a promoção social do Direito Penal se transformaria em “instrumento de governo”, pois ele defende um equilíbrio entre a função conservadora e a função propulsora do Direito Penal. O autor parte do pressuposto de que o equilíbrio pode ser encontrado na proteção de valores coletivos, cuja consciência social desejaria uma tutela mais intensa, por exemplo como a saúde, o meio ambiente e as prestações necessárias para a formação dos recursos públicos, dentre outros.⁵⁵

Segundo Fiandaca, a função propulsora não significaria impor ao cidadão uma orientação cultural através de um Direito Penal autoritário, o que seria até contrário à sua verdadeira função de proteger as liberdades fundamentais. Em sentido oposto, o autor salienta que a função propulsora de promoção social do Direito Penal implicaria apenas “*reforçar e confirmar orientações de valor já difusas na consciência social*”.⁵⁶

A função propulsora atuaria no plano da proteção de uma dimensão coletiva, que potencializa a autonomia individual em vez de se contrapor a ela. Segundo a concepção em tela, a ideia é garantir a coexistência de espaços de liberdade individual que hoje exigem como pressuposto o respeito a regras comuns fundamentais de convivência.⁵⁷

Assim, os bens coletivos são considerados por Fiandaca como verdadeiros instrumentos orientados para a realização concreta de interesses importantes do indivíduo. A tutela da saúde pública, por exemplo, não é completamente autônoma da tutela da saúde individual, na medida em que a primeira somente é concretizada se a segunda estiver garantida.

De outro lado, Fiandaca pondera que não haveria obrigação para o legislador de criar tipos penais sempre que houvesse bens de relevância constitucional inspirados em princípios constitucionais de fundo liberal ou social. A decisão de recorrer à tutela penal dependeria, ainda, da constatação da necessidade da pena e do merecimento da pena, a saber:

“Se a pena é a arma mais forte de que o Estado dispõe para limitar a liberdade individual, e se tal liberdade tem um alto reconhecimento na Constituição, disso deriva que o recurso à pena estatal é legítimo somente quando resulta ‘racional’, e isto quer dizer, conforme aos princípios da ‘necessidade’ e da ‘conformidade de escopo’.”⁵⁸

⁵⁵ Ibidem, p. 69.

⁵⁶ Ibidem, p. 70.

⁵⁷ Ibidem, p. 70.

⁵⁸ FIANDACA, Giovanni. **Il “bene giuridico” come problema teórico e come criterio di politica criminale.** Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 1982, p. 74.

Na esteira da doutrina moderna, Giovanni Fiandaca enfatiza que a necessidade da pena deve ser verificada pelo legislador a partir de estudos sociocriminológicos aptos a oferecerem dados empíricos com objetivo de avaliar tanto a danosidade social de cada comportamento, como também a falha da proteção do bem por meio de sanções extrapenais.

Sobre o merecimento da pena, o autor salienta que “*a sanção penal deve ser aplicada não em presença de qualquer ataque a um bem digno de tutela, mas sim somente nos casos nos quais a agressão atinja um tal nível de gravidade que resulte intolerável*”.⁵⁹ Os critérios para aferir a gravidade têm origem constitucional, conforme ponderação de Giovanni Fiandaca:

*“Quanto mais alto é o nível do bem no interior da escala hierárquica acolhida na Constituição, tanto mais justificado resultará afirmar o merecimento de pena dos comportamentos que lesam ou põem em perigo tal bem. Vice-versa, quanto mais baixo é o valor do bem no interior da escala hierárquica, tanto mais justificado mostrar-se-á limitar a reação penal a formas particularmente graves de agressão”*⁶⁰.

De outro ângulo, a análise de concepções de caráter constitucional estrito será enfatizada a partir do presente momento. Nesse contexto, as concepções teóricas que serão apresentadas têm em comum uma proposta de maior vinculação entre valores constitucionais e a tutela penal com o fim de estabelecer um limite mais rígido do direito de punir do Estado.

As concepções de caráter estrito exigem a harmonização absoluta entre valores constitucionais e valores dignos de tutela penal, de maneira que é proibida aplicação de pena para condutas que não criem lesões ou perigos para valores constitucionais. As referidas concepções são majoritariamente adotadas pela doutrina italiana e portuguesa⁶¹.

A respeito das concepções constitucionais de caráter estrito, destaca-se os principais representantes: os italianos Bricola e Angioni, os portugueses Jorge Figueiredo Dias e Maria da Conceição Ferreira da Cunha e, no Brasil, Luiz Regis Prado.

Na Itália, a principal concepção constitucional estrita do bem jurídico é de Bricola⁶², o qual estabelece uma necessária harmonização entre os valores tutelados pelo Direito Penal e aqueles previstos expressamente ou implicitamente na Constituição do Estado.

⁵⁹ Ibidem, p. 77.

⁶⁰ Ibidem, p. 77.

⁶¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias), p. 130.

⁶² BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato**. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Turim: Utet, 1973. V. 19, p. 14.

O autor defende que é possível extrair da Constituição limites do Direito Penal, de modo que o delito representaria “*fato lesivo de um valor constitucionalmente relevante cujo significado é elemento condicionante da medida abstrata da pena criminal*”⁶³.

A concepção do autor deflui da observação que faz a partir de três características da Constituição italiana. A primeira é de que ela tem caráter rígido. A segunda reside na relevância das normas constitucionais em matéria penal. A terceira está na preeminência indiscutível atribuída no âmbito dos valores constitucionais à liberdade pessoal.

O caráter rígido da Constituição italiana implica reconhecer que o legislador não está livre para escolher o bem digno de tutela penal. Ao contrário, há uma vinculação a ser observada pelo legislador, que deriva dos valores constitucionais emergentes. Por essa razão, o legislador não poderá criminalizar o mero exercício de direito constitucional e, quando muito, somente poderá incriminar fatos lesivos a bens reconhecidos na Constituição do Estado.

Além disso, o conjunto de normas constitucionais em matéria penal na Itália demonstra, de acordo com Bricola, que o objetivo do legislador constituinte era limitar a matéria proibida da norma penal. Nesse sentido, a norma constitucional da reserva de lei em matéria penal⁶⁴ enuncia a ideia de uma redução do campo de ilicitude penal, pois pressupõe que compete exclusivamente ao Poder Legislativo a função de editar normas penais. De igual maneira, a norma constitucional da responsabilidade penal pessoal⁶⁵ seria um limite constitucional em matéria penal imposto ao legislador. Há, ainda, a norma constitucional que estabelece a função reeducadora da pena⁶⁶ que limita igualmente a seleção de bens jurídicos.

Não obstante, o principal argumento de Bricola sobre o critério para a seleção de bens dignos de tutela penal nasce da constatação de que a Constituição italiana atribui valor preeminente à liberdade pessoal quando afirma a sua inviolabilidade⁶⁷.

⁶³ BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato**. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Turim: Utet, 1973. V. 19, p. 17.

⁶⁴ Constituição Italiana, art. 25, §2º: “*Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei que tenha entrado em vigor antes de cometido o fato*”.

⁶⁵ Constituição Italiana, art. 25, §1º: “*A responsabilidade penal é pessoal*”.

⁶⁶ Constituição Italiana, art. 27, §3º: “*As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem orientar-se à reeducação do condenado*”.

⁶⁷ Constituição Italiana, art. 13: “*A liberdade pessoal é inviolável. Não é permitida forma alguma de detenção, inspeção ou busca pessoal, nem qualquer outra restrição da liberdade pessoal, senão por ato motivado da autoridade judiciária e somente nos casos e modos previstos pela lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados taxativamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar providimentos provisórios, que devem ser comunicados dentro de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se nesta não os convalida nas quarenta e oito horas sucessivas, entendem-se revogados e privados de qualquer efeito. É punida toda violência física e moral sobre pessoas de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade.*”

Disso resulta que “a máxima restrição da liberdade pessoal, que é aquela que se opera a título efetivo ou potencial através da sanção penal, não pode ser efetuada senão como ‘*extrema ratio*’⁶⁸. Portanto, a incriminação de conduta humana apenas seria admitida em virtude da lesão de bem de igual valor ao que é sacrificado (liberdade pessoal) ou, ao menos, quando houver lesão a bens dotados de semelhante relevância constitucional.

Ademais, o constituinte italiano previu restrições à liberdade pessoal (art. 13 e 16)⁶⁹, justamente para viabilizar a tutela de valores constitucionais, por essa razão a mesma ideia deve valer para a forma mais grave de restrição como é a sanção penal⁷⁰.

Além de defender a locução ‘relevância constitucional’ do bem como um critério vinculante do legislador em relação à seleção da matéria de proibição da norma penal, Bricola aponta que a restrição de liberdade deverá ser crescente de acordo com a importância do bem jurídico na escala de hierarquia de valores constitucionais⁷¹.

Por sua vez, Francesco Angioni é outro grande estudioso que representa a concepção constitucional de caráter estrito. O autor defende um conceito de bem jurídico fundado na Constituição⁷², com aptidão de exercer com precisão a função crítica e dogmática⁷³.

Entre as funções do bem jurídico, o autor destaca as funções dogmáticas e crítica “*para poder estabelecer qual é de fato (função dogmática) e qual pode ser legitimamente ser (função crítica) o limite da relação com a ofensa (lesão ou colocação em perigo)*”⁷⁴.

A função dogmática apresenta caráter indutivo, uma vez que consiste em extrair do conjunto de normas vigentes o objeto da tutela penal. Por outro lado, a função crítica segue um caráter dedutivo, pois primeiro preocupa-se em estabelecer quais valores podem ser legitimamente objeto de tutela e somente depois persegue-se a ligação entre os valores superiores e os tipos penais efetivamente vigentes em um certo ordenamento.

⁶⁸ BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato**. In: Novissimo Digesto Italiano. Turim: Utet, 1973. V. 19, p. 15.

⁶⁹ Constituição Italiana, art. 13 citado supra. O art. 16 tem a seguinte redação: “*Todo cidadão pode circular e permanecer livremente em qualquer parte do território nacional, salvo as limitações que a lei estabelece de modo geral por razões de saúde ou de segurança. Nenhuma restrição pode ser determinada por razões políticas. Todo cidadão é livre para deixar o território da República e a ele retornar, ressalvadas as obrigações legais*”.

⁷⁰ BRICOLA, F., op. cit., p. 16.

⁷¹ BRICOLA, F., op. cit., p. 18.

⁷² ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983. (Raccolta di studi di diritto penale, 32).

⁷³ As funções clássicas do bem jurídico são: classificatória, sistemática, exegética, dogmática e crítica.

⁷⁴ ANGIONI, F., op. cit. p. 6.

Para Angioni, a concepção tradicional⁷⁵ do bem jurídico e de suas funções falha por não estabelecer vínculos de direito positivo sobre o que o legislador pode escolher para tutela em tipos penais incriminadores e para fixar as prescrições sancionatórias. Por consequência disso, a ausência de um critério para determinar o bem jurídico-penal não é capaz de eliminar o arbítrio do próprio intérprete na operação exegética de definir o objeto da tutela.

Somente a concepção constitucional do bem jurídico seria capaz de fixar os limites do legislador penal e de eliminar o arbítrio do intérprete da lei, porquanto os valores constitucionais estabelecidos têm caráter de direito positivo e potencial vinculante⁷⁶. Mas Angioni fez questão de distinguir que a existência do bem jurídico constitucional não basta por si só para justificar uma tutela penal, pois haveria que estar configurada ainda a necessidade da tutela extrema.

Em Portugal, a concepção de Jorge Figueiredo Dias sobre bem jurídico foi por ele definida como sendo a *“expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”*⁷⁷. Dentro de uma concepção constitucional de caráter estrito, o autor português anota que os bens jurídicos dignos de tutela penal se concretizam através da ordenação axiológica jurídico-constitucional.

O bem deve estar, portanto, refletido em algum valor do ordenamento jurídico-constitucional que preexiste ao ordenamento jurídico-penal. A correspondência se infere do quadro obrigatório de referência da ordem jurídico-constitucional. Nesse sentido, há limitação para o legislador penal e há função crítica subjacente, pois os bens jurídicos protegidos pelo direito penal são obrigatoriamente valores expressos ou implícitos da Constituição.

A principal consequência que se infere da concepção de Jorge Figueiredo Dias talvez seja a ideia de inconstitucionalidade da lei penal quando inexistente o bem jurídico:

“toda norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por materialmente inconstitucional, e

⁷⁵ A perspectiva tradicional prescinde do sistema normativo de nível constitucional para análise do conceito e das funções do bem jurídico e foi analisada detidamente por Angioni na primeira parte da obra (idem, p. 11 a 101).

⁷⁶ E esta a diferença de qualquer outra elaboração, que ou não tinha de fato finalidade crítica – como a concepção do bem jurídico cultural – ou não tem, definitivamente, alcance crítico relevante – como a concepção liberal tradicional do bem jurídico – ou possui sim finalidade e relevância críticas, mas é fundada sobre bases metajurídicas não acolhidas no ordenamento jurídico, e por isso é ineficaz e não vinculante, como a teoria iluminista e a hodierna teoria sociológica dos fatos socialmente danosos” (idem, p. 153/5).

⁷⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 63.

*como tal deve ser declarado pelos tribunais constitucionais ou pelos tribunais ordinários aos quais compita aferir da constitucionalidade das leis ordinárias*⁷⁸.

Além do próprio ensinamento Jorge Figueiredo Dias anteriormente citado, cabe destacar em Portugal a posição de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, que tratou exaustivamente a relação entre o Direito Penal e a Constituição.

Nessa senda, Cunha aponta que a ordem constitucional portuguesa tem determinação expressa de que a tutela penal limitar-se-á a bens jurídicos com relevância constitucional, conforme art. 18, n. 2: *“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”*.

A lei penal é essencialmente restritiva de direitos, liberdades e garantias, bem como sua aplicação em Portugal é limitada a bens com relevância constitucional. Ressai a conclusão de que é irrefutável uma obrigatória relação de mútua referência entre a ordem axiológica constitucional portuguesa e a ordem legal de bens tutelados penalmente, por essa razão é ilegítima a proteção penal de um valor sem relevo constitucional.⁷⁹

A propósito, a relevância constitucional não necessita obrigatoriamente ser expressa na Constituição, pois é admissível a tutela penal de valor implícito, conforme afirma Cunha:

*“Será apenas de salientar que, sendo a Constituição Portuguesa bastante exaustiva na consagração expressa de princípios, direitos e valores fundamentais para a ordem jurídica, será menos necessário o recurso a valores implícitos e a relação de pressuposição, muito embora não se possa excluir esta possibilidade e esta necessidade, tendo em conta, até, a contínua evolução da sociedade e suas carências, que poderão vir a exigir uma adaptação de valores, ou uma consideração de valores não explícitos, ainda consentida pelo espírito da Constituição; no fundo, ainda englobados no conceito de Constituição material”*⁸⁰.

Importante anotar que a relevância constitucional do bem jurídico não é suficiente e precisa, ainda, estar acompanhada de outro requisito para legitimar uma norma penal incriminadora. Vimos que a dignidade penal ou merecimento da pena reflete a própria relevância constitucional, de modo que se caracteriza como *“ofensa a um bem com o seu reflexo*

⁷⁸ Ibidem, p. 75-7.

⁷⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias), p. 203.

⁸⁰ CUNHA, M. C. F. op. cit., p. 208. O conceito material de Constituição para Cunha é definido como: *“conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, atentando ainda à própria realidade constitucional, mesmo que não estejam expressamente positivados no texto constitucional”* (ibidem, p. 116).

em princípio ou valores constitucionais”⁸¹. A necessidade da pena ou carência de tutela penal é, no entanto, mais um requisito indispensável para legitimar uma incriminação, sendo caracterizado pelo respeito ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo⁸².

Portanto, a necessidade da pena tem a legitimidade subordinada à comprovação da adequação, indispensabilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse último aspecto, exige-se uma justa medida entre os meios legais restritivos e os fins obtidos, de modo que resta proibido qualquer excesso estatal das medidas restritivas. Aplicando a ideia para norma penal incriminadora, é vedada uma desproporção entre a restrição penal de direitos e a finalidade da tutela a alcançar, sob pena de atingir o núcleo essencial do direito.⁸³

Segundo Cunha, há uma tendência de hierarquização dos bens jurídicos com relevância constitucional, a qual deve orientar o legislador quanto ao grau de antecipação da tutela penal, vejamos: “*o princípio da proporcionalidade pressupõe uma certa comparação entre o bem atingido e o bem protegido, assim como a própria coerência da ordem jurídico-penal por referência com a ordem valorativa constitucional, uma certa comparação entre os bens protegidos nos diferentes tipos legais e as respectivas penas.*”⁸⁴

A hierarquização dos valores constitucionais tem como pressuposto basilar um princípio que irradia primazia em todas as constituições democráticas liberais: a dignidade da pessoa humana. Os valores constitucionais mais intimamente ligados com a dignidade humana justificam maior grau de antecipação da tutela e medida da pena mais intensa na comparação⁸⁵. A partir do núcleo fundante da dignidade humana, podemos individualizar o grau de importância dos valores da sociedade. Nesse sentido, são exemplos de valores com maior estabilidade de proteção na esfera penal: vida, liberdade, integridade física, honra e propriedade.

A exigência de coerência penal na tutela de valores constitucionais, cuja centralidade é baseada na dignidade da pessoa humana, explica a ilegitimidade de tutela mais severa dos crimes contra o patrimônio do que os crimes contra as pessoas. A ordem axiológica constitucional coloca o homem no centro do sistema, de modo que a hipótese feriria a proporcionalidade estabelecida no art. 18, n. 2, da Constituição de Portugal⁸⁶.

⁸¹ Ibidem, p. 219-220.

⁸² Ibidem, p. 211.

⁸³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias), p. 213.

⁸⁴ Ibidem, p. 213.

⁸⁵ Ibidem, p. 318.

⁸⁶ Ibidem, p. 213-4.

Para Cunha, a evolução social revela paulatinamente novas formas de ameaças a valores constitucionais, a exemplo do que ocorre com o progresso científico e tecnológico, cujo mal uso ameaça aspectos da dignidade da pessoa humana. As condutas relativas à genética, por exemplo, ameaçam a vida e a integridade física, assim como as condutas associadas à informática atualmente ameaçam valores como a honra e a vida privada.

Dito isso, o destaque mais apropriado para a presente investigação recai sobre o valor coletivo da economia, com sua projeção específica para a ordem tributária, que assumiu “*maior importância no âmbito de um Estado que superou de há muito o laissez-faire e que, assim, intervém, no sentido de promover interesses sociais.*”⁸⁷ Os bens de domínio econômico-social são expressões da dimensão solidária das atuais Constituições, cuja finalidade é instrumental de promoção da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, Luiz Regis Prado publicou obra seminal em que assume a defesa firme de uma concepção constitucional estrita do bem jurídico, orientada por prescrições constitucionais específicas (explícitas e implícitas), de modo a impor ao legislador infraconstitucional limites precisos em relação à seleção de valores constitucionais como objetos da tutela penal⁸⁸.

Em conclusão, as concepções constitucionais de bem jurídico de caráter geral e de caráter estrito têm em comum o pressuposto de um Estado Democrático e Social de Direito, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Referido princípio é o valor fundamental da sociedade liberal, por isso as Constituições modernas estabelecem direitos fundamentais individuais e sociais. Em relação à dimensão coletiva dos direitos fundamentais, o mencionado modelo de Estado deve, ainda, promover prestações socioeconômicas, que são verdadeiras molas propulsoras de direitos individuais ligados à dignidade da pessoa humana.

Esse modelo de Estado Democrático e Social de Direito pressupõe um direito penal limitado a tutelar exclusivamente bens constitucionais, porém de modo subsidiário e fragmentário, na medida em que adota a pena, enquanto consequência mais severa do sistema jurídico, pois significa restrições à dignidade e à liberdade da pessoa humana.

A organização política desse modelo de Estado exige correspondência entre os valores constitucionais e os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Nesse sentido, os bens

⁸⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografias), p. 323.

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8. Ed. Ver. Ampl. São Paulo: RT, 2019, p. 63.

jurídicos derivam de diretivas programáticas constitucionalmente orientadas, as quais são extraídas de um conjunto de princípios de características liberal e social.

No seio do Estado Democrático e Social de Direito, as mencionadas concepções constitucionais, tanto de caráter geral como de caráter restrito, guardam o consenso de que a Constituição estabelece um limite negativo para a criação de tipo incriminadores, vale dizer, é proibido ao legislador criminalizar o exercício de liberdades fundamentais ou criminalizar comportamentos que tutelem interesses incompatíveis com as normas constitucionais.

Os defensores da concepção constitucional de caráter geral ou amplo, no entanto, sustentam que a natureza vinculante das normas constitucionais, relativamente ao conteúdo dos bens jurídicos, se esgotaria nos apontados limites negativos. Com essa ressalva, o legislador infraconstitucional estaria livre para selecionar os valores dignos de tutela penal, independentemente de existir previsão expressa ou implícita na Constituição.

Os partidários de concepções constitucionais de caráter estrito, por outro lado, afirmam que, além dos referidos limites negativos, existem também limites positivos para o legislador, que somente pode criminalizar a ofensa a valores constitucionais⁸⁹. Portanto, a Constituição Federal passa a determinar os possíveis conteúdos das normas incriminadoras, de modo que o bem jurídico passa a ter a função de limitar o direito de punir do Estado.

Heloísa Estellita Salomão defende que as duas concepções constitucionais do bem jurídico (estricta e geral) se complementam em vez de conflitarem. A jurista sustenta que o Estado Democrático e Social de Direito pressupõe um Direito Penal com a função de tutelar exclusivamente os bens jurídicos. Em seguida, a autora afirma que os limites da tutela penal quanto ao conteúdo das normas são negativos para impedir a tutela de bens incompatíveis com a Constituição. Mas a jurista portuguesa continua afirmando que os limites podem ser positivos por ser exigido uma relação de mútua referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens tutelados penalmente. Por fim, a estudiosa conclui que os bens jurídicos devem ter relevância constitucional explícita ou implícita⁹⁰.

⁸⁹ Como visto anteriormente, a relevância constitucional é indicadora do merecimento da tutela penal, mas não é suficiente, por si só, para justificar a pena, pois é fundamental, ainda, a configuração da necessidade da pena.

⁹⁰ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 85.

4. BEM JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Brasil, o modelo atual de Estado que está previsto na Constituição Federal de 1988 é o Estado Democrático e Social de Direito. O mencionado modelo de Estado tem por fundamentos da República a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (CF, art. 1º).

Além disso, nesse modelo aglutinam-se os objetivos fundamentais da República, sendo eles: (a) construir uma sociedade livre, justa e solidária, (b) garantir o desenvolvimento nacional, (c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (d) promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º).

Todos os modelos de Estado Democrático e Social de Direito têm a característica comum do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se concretiza no primado da liberdade e da justiça social. No modelo brasileiro, segundo a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é colocada justamente como maior fundamento do Estado e, por consequência, implica na máxima proteção de direitos individuais e sociais.

Com relação aos direitos sociais, eles traduzem a dimensão coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que colima assegurar condições sociais que favoreçam o desenvolvimento da pessoa humana dentro da sociedade. Portanto, resta claro que o nosso constituinte optou por uma democracia providencialista, com característica econômica e social, na qual predomina o valor da liberdade individual, inclusive através da intervenção estatal quando necessário, à míngua da qual a liberdade seria mera aparência.⁹¹

É nesse sentido que se deve interpretar o objetivo da República correspondente a uma sociedade livre e solidária (CF, art. 3º, I), o qual corrobora, na expressão “solidária”, os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (CF, art. 6º).

São essas normas constitucionais que nos permitem inferir, com segurança, que o Brasil escolheu o modelo de Estado Democrático e Social de Direito. Mas é importante anotar que as garantias e os direitos individuais têm valor preeminente e sobrepõem-se aos direitos e garantias

⁹¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 42.

sociais. Isso pode ser verificado a partir das cláusulas pétreas da Constituição de 1988, as quais vedam a abolição dos direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º, IV).

A principal consequência dessa sobreposição significa que nenhum direito social ou coletivo poderia justificar a abolição de direitos e garantias individuais, mas isso não significa dizer que é vedada a restrição do direito individual para justificar a tutela do direito coletivo. Abolir não é sinônimo de restringir. A Constituição placita a conclusão quando prevê a pena privativa de liberdade como sanção penal (CF, art. 5º, XLVI), o que é legítimo para a tutela penal, inclusive, dos próprios direitos sociais elencados acima.

O principal aspecto desse modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988, porém, é a conformação das concepções constitucionais do bem jurídico, isto é, o direito penal tem por escopo a proteção exclusiva de bens jurídicos dotados de relevância constitucional, especialmente porque a pena significa uma grave restrição ao primado da liberdade.

Sabemos que a ordem constitucional brasileira se classifica como analítica, vale dizer, tem conteúdo extenso que trata de matérias muito além da organização básica do Estado.

Por consequência, o sistema constitucional no Brasil deve orientar, obrigatoriamente, os limites quanto ao conteúdo das normas incriminadoras. O limite negativo é aplicável ao legislador que está proibido de tutelar valores incompatíveis com a Constituição. O limite positivo é assegurado à medida que se exige, no mínimo, uma relação de mútua referência entre a ordem axiológica-jurídica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos-penais. Este limite positivo equivale dizer que bens jurídicos tuteláveis devem ter relevância constitucional.

Nesse contexto, o fundamento republicano do pluralismo político e o regime democrático previsto no art. 1º da Constituição de 1988 influencia o Direito Penal brasileiro, porquanto evidencia a vocação para a tolerância de ideias e para a participação política. Por isso, a tutela penal de fins éticos, morais e religiosos é incompatível com a ordem constitucional, assim como a incriminação da pura e simples infração do dever de obediência à norma.

O Brasil possui uma ordem constitucional que adota claramente uma posição axiológica conectada com a defesa da dignidade pessoa humana projetada nos direitos fundamentais, de maneira que a restrição dos direitos constitucionais em razão da pena somente será legítima para assegurar a justa medida de tutela das condições necessárias à existência e consecução de outros direitos fundamentais equivalentes na esfera individual e social.⁹²

⁹² Nesse sentido, destaca com acerto L. Luisi que “*buscar nas constituições os bens tutelar e a sujeição de criminalização aos limites impostos pelas constituições têm um sentido bem profundo. Constituem uma*

Nesse contexto, o modelo de Estado na Constituição de 1988 previu a pena como a sanção jurídica mais grave, pois atinge justamente a dignidade, a liberdade e o patrimônio da pessoa humana. É o que se infere da disciplina constitucional da sanção penal contida no art. 5º, inciso XLVI, que estabelece como pena a privação da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos.

Sobre a sanção penal e a Constituição Federal de 1988, Helena Estellita Salomão vaticina que “*interferindo com direitos que, depois do direito à vida, são os mais caros ao Estado de Direito Democrático e Social, a pena somente poderá ter como ponto de partida (fundamento) e como ponto de chegada (finalidade) a dignidade da pessoa humana, submetendo-se, em qualquer caso, ao princípio da proporcionalidade em sua tríplice vertente da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*”.⁹³

A sanção penal atinge a dignidade humana, por essa razão o fundamento da pena deve ser exclusivamente a proteção de bens jurídicos, assim entendidos como valores constitucionais axiologicamente equivalentes àqueles atingidos pela pena (liberdade e patrimônio).

O merecimento da pena emerge da proteção de bens ou valores constitucionais definidos de modo expresso ou implícito. A gravidade da pena, porém, exige mais do que dignidade penal ou merecimento da pena. É preciso, ainda, verificar a necessidade da pena, mediante comprovação da insuficiência de outras sanções extrapenais, perante uma danosidade social, caracterizada por relevância acentuada ao ataque a um bem jurídico.

Dito isso, a posição adotada na presente investigação científica é de que os bens jurídicos, enquanto valores essenciais definidos na Constituição de 1988, são os únicos fundamentos aptos a legitimar a dignidade penal, pois são condições essenciais com relevo constitucional e sempre reconduzíveis à tutela da dignidade da pessoa humana.

A recondução à dignidade da pessoa humana não significa, contudo, afirmar que somente valores individuais poderão ser objeto de tutela penal. Os valores coletivos, de igual maneira, poderão receber tutela penal, eis que também permitem citada recondução.

Nessa direção, o bem jurídico estará sempre associado ao merecimento da pena diante da ofensa a valor fundamental identificado no seio da Constituição Federal de 1988. No Brasil,

garantia de que é possível, e far-se-á um Direito Penal respeitoso da dignidade humana” (LUIZI, Luiz. **Bens constitucionais e criminalização**. Revista do Centro de Estudos Judiciários, v. 4, 1998, p. 107).

⁹³ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.

a característica analítica da Constituição antecipou a previsão detalhada de diversos valores fundamentais do homem, com perspectivas tanto individual como coletiva.

Os valores fundamentais individuais e coletivos da Constituição Federal de 1988 são um referencial completo e juridicamente seguro. Por esse motivo, não é aplicável para a realidade brasileira o argumento de que Constituições não se revelariam úteis como referencial valorativo para o Direito Penal, eis que sintéticas e destinadas apenas a estabelecer a organização política de um Estado, com omissão de valores fundamentais da sociedade.

Desse modo, o marco teórico da pesquisa é de que bens jurídicos são apenas aqueles com relevância constitucional. Nesse sentido, Dotti propõe que “*opções axiológicas constitucionais devem ser respeitadas pelos textos penais e orientar a interpretação*”⁹⁴.

O princípio da exclusiva proteção do bem jurídico está implícito na Constituição (CF, art. 5º, §2º) e, segundo Alberto Silva Franco, o bem jurídico deve estar previsto, de modo expresso ou implícito, no quadro referencial de direitos e deveres fundamentais.⁹⁵

A doutrina de Luiz Régis Prado, por sua vez, teoriza que o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que está situada no centro do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o legislador penal deve observar os valores consagrados na Constituição para identificar o conteúdo dos bens jurídicos, de modo que o fundamento de legitimação da pena deita suas raízes no texto constitucional.⁹⁶

O primado axiológico da liberdade pessoal e da dignidade do homem denota, portanto, que a Constituição de 1988 limita o conteúdo do injusto penal. Os referidos pilares ético-sociais somente podem ser restringidos quando houver ataque a bens de análoga dignidade e com relevância compatível no texto constitucional. Há necessidade, evidentemente, de uma congruência entre o bem penalmente tutelado e os valores constitucionais tutelados.

A mencionada congruência deriva da ordem jurídico-constitucional brasileira constituir o quadro obrigatório de referência e, por consequência, o critério regulador da atividade punitiva do Estado. É nesta acepção teórica que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem ser considerados concretizações de valores constitucionais expressos ou implícitos

⁹⁴ DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, p. 335.

⁹⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 61/62.

⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8. Ed. Ver. Ampl. São Paulo: RT, 2019, p. 63.

ligados aos direitos e deveres fundamentais. É somente por essa via que os bens jurídicos se ‘qualificam’ em bens dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal.⁹⁷

No modelo de Estado Democrático e Social de Direito previsto na Constituição Federal de 1988, a concepção constitucional estrita do bem jurídico deita a legitimidade da sanção penal nos requisitos do merecimento da pena diante da relevância constitucional do valor tutelado, bem como na necessidade da pena diante da ineficácia de outras sanções extrapenais.

5. BEM JURÍDICO DO TIPO PENAL TRIBUTÁRIO

Após análise dos pressupostos necessários para afirmar que um valor constitui bem jurídico-penal, isto é, cujas qualificações o tornam digno ou merecedor de tutela penal, cabe, agora, investigar o núcleo axiológico tutelado pelo crime contra a ordem tributária.

Segundo Bernd Schünemann, a determinação do conteúdo do bem jurídico protegido e da estrutura do delito dele dependente são premissas fundamentais da exegese para fixar a matéria de proibição da norma penal⁹⁸. Para o mencionado autor alemão, portanto, o princípio da proteção do bem jurídico sempre será o ponto de partida da interpretação do tipo.

Por sua vez, H.H. Jescheck leciona que o bem jurídico constitui a base fundante de toda a estrutura do delito, por essa razão cabe àquele orientar a interpretação dos tipos penais. Desse modo, o bem jurídico é, por definição, essencial para a exegese do tipo. Por meio dele é que devem ser interpretados os elementos objetivos e subjetivos do ilícito.⁹⁹

Dito isso, interessa para esta pesquisa científica, especialmente, o bem jurídico supra individual ou coletivo, cujas características foram apontadas no item anterior: (i) relevância constitucional, (ii) instrumentalidade com relação ao bem jurídico individual e (iii) condutibilidade à dignidade da pessoa humana por uma relação teleológica.

O crime contra a ordem tributário tutela bem jurídico coletivo. No entanto, a *ordem tributária* é conceito muito vago e indeterminado, por essa razão não é suficiente e adequado

⁹⁷ DIAS, José Figueiredo, **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**, São Paulo: RT, 1999, p. 75.

⁹⁸ Nesse sentido, o doutrinador Bernd Schünemann chega a apontar a indispensabilidade da categoria do bem jurídico para a interpretação do tipo, o que é não apenas reconhecido, como destacado por seus mais agudos críticos. SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos**. In *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* GRECO, Luis et al (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 25-26.

⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. Ed. Tradução de Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 234

para se qualificar como bem jurídico¹⁰⁰. Dessa maneira, será necessário encetar investigação que possibilite identificar o bem jurídico relacionado com um valor fundamental, determinado, concreto e, sobretudo, reconduzível à dignidade da pessoa humana. Investiga-se um bem jurídico tutelado pela Lei 8.137/1990 que seja apto a exercer a função crítica de limitar o poder punitivo do legislador e o arbítrio do intérprete do sistema positivo de tutela penal-tributária.

Nesse contexto, antes de identificar o bem jurídico da Lei 8.137/1990, deve ser esclarecido que a atividade financeira do Estado é composta pela obtenção de receita, pela gestão da receita e pela aplicação da receita para a consecução dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º). As receitas, por seu turno, têm origem diversas e são classificadas, segundo Celso Ribeiro Bastos, em receitas patrimoniais, tributárias e creditícias¹⁰¹.

A receita patrimonial é aquela proveniente da exploração do patrimônio do Estado e realizada segundo as regras do direito privado. A receita tributária tem origem na exação tributária, sendo denominada receita derivada¹⁰², além de ser reconhecida como a receita mais importante do Estado moderno, até em razão da impossibilidade de o Estado participar da economia. A receita creditícia é o resultado da participação do Estado no mercado financeiro para a obtenção de fundos condicionados ao dever de restituição.

O sistema tributário nacional, por seu turno, é estruturado normativamente somente em torno da atividade financeira ligada à obtenção de receita tributária, de modo que as atividades de gestão e aplicação de receitas escapam ao domínio do citado sistema.

O tributo é o instrumento por excelência para a obtenção de receita pelo Estado. Ao redor da categoria jurídica do tributo, existe um sistema tributário nacional estabelecido no art. 145 e seguintes, no Título VI, da Constituição Federal de 1988. Sob esse enfoque, o fundamento constitucional primário para justificar a imposição tributária pode, então, ser encontrado no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, o qual estabelece os objetivos fundamentais do Estado, inclusive com destaque para a construção de uma sociedade solidária.

¹⁰⁰ Em sentido oposto, Cesar Roberto Bitencourt aponta que “*a ordem tributária é o bem jurídico protegido diante das condutas incriminadas pela Lei n. 8.137/90*”, bem como segue o autor com uma explicação de que, “*o objeto jurídico dessa proteção consiste, materialmente, no patrimônio administrado pela Fazenda Pública na sua faceta de ingressos e gastos públicos*”. (BITENCOURT, Cesar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36).

¹⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 5. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45.

¹⁰² É a denominação adotada por Ruy Barbosa Nogueira: “*O direito de tributar do Estado decorre do seu poder de império pelo qual pode fazer ‘derivar’ para seus cofres uma parcela do patrimônio das pessoas sujeitas à sua jurisdição e que são chamadas ‘receitas derivadas’ ou tributos*” (NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**, 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 29).

Nessa perspectiva, adotamos a posição de Heloisa Estellita Salomão, a qual defende que a *arrecadação tributária* é o bem jurídico do crime contra a ordem tributária¹⁰³. Dito isso, a atividade estatal para obtenção de receita derivada do tributo é um valor concreto, determinado e com insofismável relevância constitucional, cuja instrumentalidade para a consecução de objetivos da República a tornam reconduzível ao princípio da dignidade humana.

Nessa direção, a autora brasileira afirma que há interesse coletivo na arrecadação tributária axiologicamente orientada segundo valores constitucionais (CF, art. 145 e ss), sobretudo porque é verificável uma relação de instrumentalidade entre a arrecadação tributária e a promoção de direitos fundamentais ligados ao princípio da dignidade humana¹⁰⁴.

Nos alinhamos, novamente, com a posição de Heloisa Estellita Salomão, a qual sustenta que, por outro lado, não se pode identificar o patrimônio público como sendo o bem jurídico tutelável no seio do atual sistema constitucional tributário. O principal argumento para essa conclusão está no fato de que o patrimônio público não é formado somente por receita tributária, especialmente porque ela é apenas uma dentre as receitas que financiam o Estado¹⁰⁵.

Embora não refira expressamente à arrecadação tributária, Andreas Eisele parece ter idêntica posição de bem jurídico, pois “*nos crimes contra a ordem tributária, o bem jurídico tutelado pela norma é a relação de disponibilidade (no momento e dimensão material juridicamente discriminados) existente entre o sujeito passivo imediato do crime e a receita tributária que configura expressão do patrimônio público*”¹⁰⁶. Como se vê, o autor define o bem jurídico como sendo a receita tributária, enquanto expressão de parte do patrimônio público, o que entendemos traduzir justamente a ideia de arrecadação tributária.

De maneira semelhante, Pedro Roberto Decomain define o bem jurídico do crime contra a ordem tributária como sendo o patrimônio público, porém na perspectiva da receita tributária ou crédito tributário, o que é definido por ele como a arrecadação de tributos¹⁰⁷.

Leandro Pausen parece partilhar da mesma ideia de que a arrecadação tributária é o bem jurídico, uma vez que salienta ser “*legítimo tutelar a arrecadação enquanto patrimônio do ente público, porquanto, num Estado de Direito, o Estado também é parte nas relações jurídicas,*

¹⁰³ SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 184.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 184.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 184.

¹⁰⁶ EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 49.

¹⁰⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 80.

titular de direitos e obrigações, devendo ser protegido contra a falsidade, a fraude, enfim, contra as manobras ilícitas que violam substancialmente seus direitos”¹⁰⁸.

No direito espanhol, Luis Gracia Martín acentua, de igual modo, que o bem jurídico tutelado é a arrecadação tributária, o que para o autor espanhol compreende a “*a efetiva realização das previsões de arrecadação tributárias de acordo com a normativa reguladora identificando de cada tributo individual integrante do sistema tributário.*”¹⁰⁹

O autor aponta que o conceito de patrimônio público não é suficiente nem adequado para captar a dimensão do injusto dos delitos tributários. Segundo ele, se o patrimônio público fosse o bem jurídico, não haveria necessidade de injusto penal específico e bastaria encontrar adequação típica no mesmo rol de crimes contra o patrimônio do Código Penal. Desse modo, Luis Gracia Martín argumenta que o bem jurídico patrimônio público não está apto a cumprir a função de critério dogmático-jurídico para a interpretação do ilícito penal tributário.¹¹⁰

Por sua vez, Ignacio Ayala Gomes afirma que o bem jurídico do delito tributário, que é capaz de limitar o poder punitivo estatal e de criticar o direito positivo espanhol, deve ser identificado a partir da Constituição espanhola. Em seguida, conclui que a arrecadação tributária é o bem jurídico-penal “*na medida em que está representado pelo interesse da Fazenda Pública, na percepção de tributos, de modo completo e exato*”¹¹¹.

De outro lado, partindo de classificação de bem jurídico imediato e mediato, Carlos Martínez Buján Perez tem posição semelhante com os demais autores espanhóis, pois identifica como bem jurídico imediato do delito tributário o *patrimônio público com conteúdo tributário*, o que se aproxima daquilo que aqui denominamos *arrecadação tributária*.¹¹²

O conceito de bem jurídico-penal exige um valor concreto, determinado e com relevância constitucional, o que são características indispensáveis para uma função crítica do direito positivo, com aptidão de limitação da atividade punitiva do Estado.

As referidas características iminentes do bem jurídico-penal não estão claramente identificadas com a expressão *ordem tributária*, cujo conceito ainda é vago, abstrato e indeterminado. Em sentido oposto, a arrecadação tributária, entendida como instrumento de

¹⁰⁸ PAULSEN, Leandro. **Tratado de direito penal tributário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 27.

¹⁰⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. **Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal**. Madrid: Trivium, 1990, p. 78.

¹¹⁰ GRACIA MARTÍN, L., op. cit. p. p. 50-5.

¹¹¹ AYALA GOMES, Ignacio. **El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal**. Madrid: Civitas, 1988 (Civitas Monografias), p. 114.

¹¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal econômico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 370.

formação da receita pública por tributos e de consecução de metas socioeconômicas, representa um valor coletivo concreto, determinado, com relevância constitucional (CF, art. 145 e ss) e, indiretamente, reconduzível ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A tutela da arrecadação tributária tem dignidade penal ou merecimento de pena como valor constitucional, por essa razão é um bem jurídico-penal capaz de captar as potencialidades estáticas e dinâmicas do valor atribuído ao sistema constitucional tributário. As potencialidades estáticas são relativas à proteção de parcela do patrimônio público, sob o enfoque específico da receita tributária vital para consecução de metas socioeconômicas. As potencialidades dinâmicas referem-se à incidência extrafiscal da exação tributária, que é igualmente orientada para o alcance das metas socioeconômicas do Estado.

Sob esse prisma, o crime contra a ordem tributária tem como bem jurídico-penal a *arrecadação tributária* essencial ao Estado Democrático e Social de Direito, o que representa um bem concreto, determinado, com relevância constitucional e, sobretudo, apto a exercer as funções de limite do poder punitivo e de instrumento crítico do direito penal positivo¹¹³.

6. CONCLUSÃO

A pesquisa percorreu uma linha mestra muito clara de indispensabilidade da análise do bem jurídico e da estrutura do delito para a interpretação correta de qualquer injusto penal, de maneira que referido modelo de exegese é fundamental para o crime contra a ordem tributária.

A concepção constitucional de caráter estrito do bem jurídico amplia sua dimensão de cognoscibilidade na comparação relativa ao sentido literal da lei. A pesquisa concluiu que o bem jurídico de qualquer tipo tributário é a arrecadação tributária. Isso porque se trata de um valor concreto, determinado, com relevância constitucional e indispensável para a consecução dos objetivos fundamentais da república que estão ligados a direitos individuais e sociais.

A relação de mútua referência entre a ordem axiológica-jurídica constitucional e a ordem legal de bens tutelados penalmente torna ilegítima a proteção penal de valor sem relevo constitucional. Ademais, a função crítica do núcleo axiológico da arrecadação tributária, cuja

¹¹³ No Brasil, boa parte da doutrina parece adotar uma posição de que o bem jurídico é o patrimônio público sem, contudo, distinguir se é ou não o patrimônio limitado à receita derivada da arrecadação tributária (v.g. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico. V.1, p. 680; BALTAZAR JÚNIOR, Crimes Federais, p. 798; PRADO, Luiz Régis. Direito Penal Econômico, 6ª ed. São Paulo: RT 2014, p. 267; HARADA, Kioshi. Crimes Contra a Ordem Tributária, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 215; VELOSO, Roberto Carvalho. Crimes Tributários. São Paulo: Quatier Latin, 2011, p. 74).

função fiscal e extrafiscal é vital para o Estado Democrático e Social de Direito, deve orientar a interpretação dos diversos tipos penais tributários vigentes no Brasil.

7. REFERÊNCIAS

ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983. (Raccolta di studi di diritto penale, 32).

AYALA GOMES, Ignacio. **El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal**. Madrid: Civitas, 1988 (Civitas Monografias).

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 5. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BINDING, Karl. **Compendio di diritto penale: parte generale**. Trad. Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, MCMXXvii.

BITENCOURT, Cesar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 320 p.

BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato**. In: Novissimo Digesto Italiano. Turim: Utet, 1973. V. 19, p. 14.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Potuguesa, 1995 (Estudos e Monografias).

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos**. Trad. J. F. Costa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, a. 4, v. 2, 1994

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Florense, p. 335.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FIANDACA, Giovanni. **Il “benne giuridico” come problema teórico e come critério di politica criminale**. Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 1982.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2000

GRACIA MARTÍN, Luis. **Las infracciones de deberes contables y registrales tributários em derecho penal**. Madrid: Trivium, 1990, p. 50-5.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Henán. **Bien jurídico y estado social y democratico de derecho: el objeto protegido por la norma penal**. Barcelona: PPU. 1991 (Derecho y Estado).

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. Ed. Tradução de Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JIMENEZ DE ASÚA, L. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1964. t. 1.

LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. 20. ed. alemã. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 2. Ed. Madrid: Reus, 1927.

LUIZI, Luiz. **Bens constitucionais e criminalização**. Revista do Centro de Estudos Judiciários, v. 4, 1998.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal econômico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal em el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**, 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PAULSEN, Leandro. **Tratado de direito penal tributário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2022.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico em el derecho penal**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974.

PORTILLA CONTRERAS, G. **Princípio de Intervención mínima y bienes jurídicos colectivos**. CPC, 39, 1989, p. 733.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. Ed. Ver. Ampl. São Paulo: RT, 2019.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos**. In O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? GRECO, Luis et al (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Trad. de la 2 ed. Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicene Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. A. P. S.L. Natscheradetz, A. I. Figueiredo, M. F. Palma. Lisboa: Veja, s.d

TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 4. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

VON FEURBACH, A. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. E. R. Zaffaroni e Irmã Hagemeir. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.