

**A DIGNIDADE DO BEM JURÍDICO ENQUANTO OBJETO DE TUTELA  
CONSTITUCIONAL: UM ENFOQUE AOS LIMITES DO PODER PUNITIVO  
ESTATAL EM FACE DA SUPREMACIA DOS DIREITOS HUMANOS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

*Maritana Copatti<sup>1</sup>  
Neida Terezinha Leal Floriano<sup>2</sup>*

Resumo: O presente artigo versa sobre a importância e a necessidade de valoração do bem jurídico e a perspectiva de proteção penal em um Estado Democrático de Direito, cuja matriz principiológica se assenta no princípio da dignidade da pessoa humana, destacando o papel da Constituição como fonte necessária de definição dos bens jurídicos penalmente tutelados. De igual forma, analisa a proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, que delimita a atuação do *jus puniendi* e oferece garantia a bens individuais e supraindividuais, mediante critérios de ponderação entre a ofensividade da conduta e o caráter fragmentário da tutela penal que resulta na dicotomia entre a proibição de excesso (*übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*).

Palavras-chave: bem jurídico, proteção, proporcionalidade, proibição de excesso; proibição de proteção deficiente

Summary: This article is about the importance and necessity of evaluating the legal protection and the prospect of a criminal in a democratic state, whose parent principiológica is based on the principle of human dignity, highlighting the role of the Constitution as a source of needed legal definition of property criminally clients. Similarly, examines the proportionality, as a constitutional principle, which defines the role of justice *puniendi* and offers security to individual goods and supraindividuais, by criteria of balance between the ofensividade of conduct and the fragmentary nature of criminal supervision that results in the dichotomy between the ban of excess (*übermassverbot*) and the prohibition of poor protection (*untermassverbot*).

Keywords: and legal, protection, proportionality, prohibition of excess; ban to protect poor

Sumário: Introdução. 1 A dignidade do bem jurídico e a perspectiva de proteção constitucional. 2 Bens penais fundamentais e proibições mínimas necessárias. 3 A proporcionalidade como critério delimitador do poder punitivo estatal: a dicotomia entre a proibição de excesso (*übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*). Conclusão. Referências Bibliográficas.

## **Introdução**

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito da Unisc. maritanacopatti@brturbo.com.br

<sup>2</sup> Advogada. Especialista em Ciências Penais e em Direito Penal Contemporâneo. Professora da URCAMP. Mestranda em Direito da UNISC. neidafloriano@terra.com.br

No modelo de Estado contemporâneo, centrado na idéia de valorização do ser humano, a Constituição brasileira de 1988, destaca-se como uma das Cartas constitucionais, de maior relevo na consolidação de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, enquanto valor supremo e fundamento do Estado Democrático de Direitos (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988) se impõe como núcleo essencial de todo ordenamento jurídico, como critério de informação e instrumento de valoração para orientar e construir a interpretação e compreensão do sistema constitucional. Dessa forma, o valor da dignidade da pessoa humana, da cidadania, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais constroem a principiologia constitucional que irá sustentar a estrutura jurídico-normativista de uma sociedade moderna. Essa concepção revela o Direito contemporâneo que afasta a idéia de um ordenamento jurídico sem valores éticos e recepciona a normatividade dos princípios, aproximando a ética e o Direito.

A necessidade de ser estabelecido um conceito, particularmente uma proposta acerca do conteúdo do bem jurídico, notadamente em matéria penal, torna-se fundamental dentro do Estado Democrático de Direito, porquanto se faz necessário delimitar a atuação do poder de punir do Estado a fim de evitar excessos e/ou frustrações no dever de proteção estatal.

Nessa esteira, o bem jurídico, como objeto de tutela é o instituto mais eficaz para esta função, exercendo papel garantidor do postulado da liberdade e dignidade da pessoa humana.

Preunciando estas formulações, pode-se dizer que bens jurídicos fundamentais à convivência pacífica em sociedade são aqueles valores fundamentais, extraídos do texto constitucional, de forma direta ou indireta, que tenham como raiz axiológica o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade.

Nesse contexto, a Constituição, com seus princípios, explícitos e implícitos, particularmente àqueles relativos ao Estado de Direito nela delineados, deve ser o fundamento de um Direito Penal garantidor, liberal e, portanto, mínimo. A partir dessa concepção, tem-se as proibições mínimas necessárias, que devem orientar o legislador na seleção de condutas criminalizáveis, ficando “impedido” o legislador ordinário de deixar de observar a orientação constitucional principalmente em matéria penal.

O significado axiológico de limite ou garantia do conceito de bem jurídico reside em que, ao se afirmar que um determinado bem ou interesse é um bem jurídico-penal, equivale a expressar um juízo de valor penal, uma justificação de sua tutela mediante proibição ou punição de sua infração, o que gera várias questões em relação ao âmbito de operatividade deste conceito, bem como quanto aos parâmetros de legitimação jurídica e política das normas penais<sup>3</sup>.

## 1 A dignidade do bem jurídico e a perspectiva de proteção constitucional

O conceito de bem jurídico não pode girar em torno de valores não conectados com a realidade, dissociado da norma, do funcionamento social, da moral, de uma ideologia racional, de bens vitais à comunidade ou aos indivíduos, ou seja, de qualquer tipo de dever, senão, em virtude de uma concreta e determinada relação social, pois é por meio desta que a pessoa humana dotada de razão, dignidade e liberdade, se expressa na sociedade democrática.

Figueiredo Dias refere que a noção de bem jurídico,

não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.<sup>4</sup>

Os bens, objetos de proteção têm origem social, não sendo uma exclusiva decisão do legislador o elenco de tais bens, muito embora, por conta do princípio da legalidade, a ele cabe a expressa definição dos mesmos. Assim, entende-se que bem jurídico nada mais é do que a expressão normativa de uma relação social conflitiva, sendo, portanto, produto de uma realidade ontológica preexistente. Dessa forma, a vinculação entre norma e tipo penal é uma relação dialética de afirmação e negação concreta entre os sujeitos sociais.

---

<sup>3</sup> No mesmo sentido, JESCHECK, para quem "*el concepto del bien jurídico es hoy, ante todo, objeto de debate desde la perspectiva de la legitimación políticocriminal de los preceptos penales*". (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal-parte general*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 232.

<sup>4</sup> FIGUEIREDO DIAS *apud* BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 37. Ressalva o autor, todavia, que há um consenso bastante expressivo que gira em torno de um *núcleo central do conceito* de bem jurídico, podendo ser definido como: "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"(Idem, *ibidem*).

Nesse sentido, Juan Bustos Ramirez, afirma que "el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica"<sup>5</sup>. Assim, qualquer outra conceitualização de bem jurídico o converte em um conceito vazio e inútil. Prossegue, o mesmo autor, dizendo que o bem jurídico é por isso um conceito final político-jurídico, porque expressa a luta pela democracia e, portanto, a luta por um sistema jurídico-penal democrático, que luta por sua contínua superação e, por isso, é um conceito crítico do sistema social e do sistema jurídico-penal (deslegitimador).<sup>6</sup>

Independentemente das diferentes compreensões acerca do conceito de bem jurídico, verifica-se, também, um consenso doutrinário no sentido de que o bem jurídico representa o "conteúdo material de valor" do ilícito penal, todavia, esta concepção permanece, em tese, sem significado material preciso, pois não informa os elementos a serem considerados na seleção dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo direito penal.

Desta forma, as novas investigações a respeito do conceito de bem jurídico, deveriam reunir dois pressupostos essenciais: a natureza de conteúdo ampliada - para abarcar não só os bens clássicos individuais, como, também, os bens característicos da sociedade industrializada e tecnologicamente avançada (supraindividuais) - e o comando perante o legislador ordinário, fixando-lhe parâmetros precisos para evitar limites meramente utópicos ou puramente formais.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, a determinação dos valores fundamentais de coexistência pacífica em comunidade deve estar inserida na Constituição. Sob essa perspectiva cumpre ao legislador ordinário ter sempre presente as diretrizes traçadas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal.

Nesse sentido, pode-se dizer que é na norma constitucional que se encontram as diretrizes substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. Significa dizer que o fundamento inicial de tipificação de condutas possui sua matriz no texto constitucional.

---

<sup>5</sup> BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ariel s/a, 1989.

<sup>6</sup> BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Op. Cit.*, p. 55.

A partir da idéia de exclusiva proteção de bens jurídicos como sendo uma das fundamentais garantias do Direito Penal do Estado Constitucional e Democrático de Direito, refletida no princípio da ofensividade, é redesenhado o modelo conceitual de crime, recepcionado na atual Constituição Federal. No entanto, este modelo não vincula de forma restrita o legislador na eleição dos bens jurídicos que necessariamente devem sofrer “juízo de dignidade penal”, posto que as normas penais incriminadoras, ao mesmo tempo em que podem ser criadas de acordo com a liberalidade acerca da ofensa a bens jurídicos, podem, de igual forma, apresentar “conteúdos manifestamente antiliberais”, contrariando, por inteiro, a essência do Estado Democrático de Direito.<sup>7</sup>

Nesse contexto, pode-se enunciar que um dos elementos que integram o conceito de bem jurídico-penal está vinculado à representação de um valor amparado constitucionalmente. Não obstante, deverá o hermenauta questionar se tal valor possui capacidade para sublimar o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a criminalização de condutas se traduz numa violência institucional contra estes valores, em detrimento de outro valor relevante para a harmoniosa convivência em sociedade.

É preciso dizer, ainda, que a Constituição, por ser considerada o ente de desenvolvimento de política criminal do Estado contemporâneo se apresenta como referencial teórico-normativo aos fatos sujeitos à penalização, todavia, esse entendimento esbarra no caráter exclusivista de tal argumentação, não sendo previsível o exaurimento dessa discussão, diante da multiplicidade de condutas ainda não criminalizadas em uma sociedade pluralista e complexa.

Entretanto, as condutas criminalizáveis contidas de forma expressa na legislação infraconstitucional elevam diretamente os bens jurídicos à condição de bens jurídico-penais, cuja punição deve ficar restrita à obediência aos princípios constitucionais.

O problema constitucional de proteção dos bens jurídico-penais é explicado a partir de um questionamento acerca da existência ou não de limites internos de garantias de determinados bens e quais são os bens cuja tutela estão vinculadas às leis penais. As duas questões dizem respeito às condições de legitimidade interna ou jurídica das normas penais, que não devem ser apreciadas mediante juízos de valor, mas, sim, pela análise criteriosa das

---

<sup>7</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45-6.

leis positivas em consonância com a Constituição, admitindo, dessa forma, soluções diversas, desde que, em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

## **2 Bens penais fundamentais e proibições mínimas necessárias**

A partir da noção de Estado de Direito Democrático impõe-se a distinção entre valores jurídicos e metajurídicos<sup>8</sup> e a localização dos bens dignos de tutela penal no âmbito social, porém, voltada para o individual. Essa formulação serve para estabelecer “a matéria do juridicamente tutelável, e o Direito Penal deve oferecer a substância básica do que for por ele protegível”, ou seja, “o interesse social relevante para o indivíduo deve ser elevado à categoria de bem digno de tutela jurídico-penal”.<sup>9</sup>

A hipertrofia punitiva tem múltiplos fatores<sup>10</sup>, no entanto, a base comum dessa expansão, repousa na indeterminabilidade conceitual do bem jurídico, o que teria provocado sua própria perversão. A determinação dos bens jurídicos a proteger supõe uma valoração, que está condicionada historicamente, porquanto estes valores dependem não apenas das necessidades sociais concretas, mas também (e talvez em primeiro plano), das concepções morais dominantes na sociedade, o que leva a considerar como bem jurídico, interesses de grupos ou classes dominantes, que não têm valor fundamental para os demais membros da comunidade.<sup>11</sup>

Tudo isso reconduz à assertiva de que, até agora, a teoria do bem jurídico não conseguiu cumprir seu principal papel de limite ao *ius puniendi* ou de materializar um conceito garantista de delito, mas, em face à dependência de uma valoração historicamente condicionada, resultou instrumentalizada nas mãos das camadas sociais dirigentes da coletividade estatal.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Entende-se por valores jurídicos aqueles cujo titular é o indivíduo e por valores metajurídicos aqueles que têm por característica uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa).

<sup>9</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

<sup>10</sup> Como fatores ou causas da expansão do Direito Penal: a instrumentalização política do Direito Penal; a prioritária proteção dos bens jurídicos supra-individuais; predomínio da idéia de prevenção; aparecimento de novos riscos; a sensação social de insegurança; o descrédito de outras instâncias de proteção, etc. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-36).

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal - parte general*. Valencia: Tiant lo Blanch, 1996, p. 59-60.

<sup>12</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002, p.57.

Neste contexto, a dignidade penal do bem jurídico será reconhecida, em sentido político criminal, mediante juízo valorativo da importância social. Essa valoração deve ser conexa ao requisito de necessidade de proteção penal do bem, ou seja, não basta que determinado bem possua relevância social para vir a ser tutelado pelo direito penal; é necessário que outros meios de defesa, menos lesivos, não sejam suficientes para a adequada proteção<sup>13</sup>. Também deve ser analisado se a ofensa causada provocou abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal.

Com efeito, a noção de bem jurídico está vinculada, precipuamente, a um juízo de valor positivo acerca de determinado bem ou situação fática e sua importância para o desenvolvimento pacífico do ser humano em sociedade. Nesse contexto, Feldens citando Dolcini e Marinucci refere que “No âmbito do direito penal contemporâneo, a noção de bem jurídico segue desempenhando um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo na diagramação –definição das fontes e dos limites – do *jus puniendi*”<sup>14</sup>

Luiz Regis Prado ao citar Barbosa de Melo menciona que no pensamento democrático,

a eminente dignidade da pessoa humana aparece desenvolvida, numa primeira explicitação, através dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O primeiro – a liberdade – traduz a autonomia da razão pessoal existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência de sua própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade. O segundo – a igualdade – reconhece como inerente a todo ser humano a mesma dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente, proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica [...]. Finalmente, a fraternidade – princípio sistematicamente ignorado pelo individualismo – afirma o sentido essencialmente dialógico e convivente do ser humano e prescreve a solidariedade de todas as pessoas no gozo das vantagens e na partilha dos riscos produzidos na vida em comunidade.<sup>15</sup>

No que diz respeito aos valores constitucionais que são tutelados pelo direito penal, indispensável se proceder um processo de identificação, ainda que de forma meramente indicativa, porquanto, a seleção de bens jurídicos fundamentais passíveis de tutela penal não pode ser realizada de forma taxativa.

---

<sup>13</sup> MIR PUIG *apud* PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>14</sup> FELDENS, Luciano. *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>15</sup> BARBOSA DE MELO *apud* PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 82-3.

Neste particular, importante salientar, que a seleção de bens jurídicos fundamentais deve, necessariamente, coincidir com uma seleção de valores constitucionais, todavia, esses valores, não estão obrigados exclusivamente ao elenco daqueles bens considerados fundamentais. Desse modo, a escolha de bens jurídicos tutelados deve ser pautada em um critério de ponderação vinculado à influência da Constituição sobre o sistema jurídico-penal, devendo ser o mais abrangente possível, para fins de garantir a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, a necessidade de tutela constitucional dos bens jurídico-penais emerge da insuficiente definição acerca dos bens passíveis de tutela penal, bem como da ausência de limites de intervenção do Direito Penal, os quais são estabelecidos, materialmente, pela Constituição Federal, ao mesmo tempo em que lhe é garantido o desenvolvimento dogmático mediante estruturas valorativas que lhe são inerentes.

Não obstante, as imposições expressas de criminalização, encontra-se no texto constitucional alguns comandos implícitos, cujo valor constitucional não é menos relevante que aquele determinado expressamente. Neste particular, cabe, ao legislador, em um primeiro momento, o juízo de valoração das condutas criminalizáveis, que tem por objeto a proteção de um bem jurídico, representativo de um valor constitucional relevante e, se, oportunamente, revela-se adequada a utilização da tutela penal daquele bem jurídico.

Ao realizar esta tarefa deve o legislador se orientar pelas necessidades mínimas de intervenção penal, demonstrando, dessa forma, o respeito aos princípios fundadores do Estado Democrático de Direito, em especial, aos princípios constitucionais implícitos, cuja função é oferecer as garantias mínimas do indivíduo, no âmbito da tutela penal, destacando-se que é na esfera da liberdade que irá se operar a intervenção do Estado ao criminalizar condutas.

Em essência, a liberdade se materializa mediante a concreção de vários bens e interesses que representam a sua exteriorização e o Direito, por ser o regulador da coexistência pacífica dessas liberdades, conduz o Direito Penal a uma função primordial de proteção desses bens e interesses, designando-os por tais razões de bens *jurídicos*.

Este critério valorativo realizado pelo legislador representa um limite à criminalização e se traduz em um limite à formação de novos tipos penais, ou seja, na operacionalização do direito penal.

Além dos argumentos textuais, impende destacar que a Constituição somente pode admitir privações de bens constitucionalmente relevantes, tais como, a liberdade pessoal, no sentido de prevenir lesões de bens de categoria igualmente constitucional. Também aqui, se verifica que o critério de comparação, mediante juízos de valor, entre o custo das penas e dos delitos por elas tutelados têm, por conseguinte, um fundamento constitucional.

### **3 A proporcionalidade como critério delimitador do poder punitivo estatal: a dicotomia entre a proibição de excesso (übermassverbot) e a proibição de proteção deficiente (untermassverbot)**

Os críticos mais contundentes<sup>16</sup> dizem que o conceito de bem jurídico não cumpre a sua função de limite do *ius puniendi*, convertendo-se facilmente em instrumento de manobra nas mãos do legislador, independentemente de sua linha ideológica, tendência democrática ou totalitária, minimalista ou intervencionista, o que leva, muitas vezes, a cumprir um papel oposto, ou seja, de autorizar e incentivar a hipertrofia ou expansão do Direito Penal.

Devido à maleabilidade e vulnerabilidade do conceito de bem jurídico, praticamente tudo pode ser convertido em *bem jurídico-penal* e passar a contar com esse tipo de proteção normativa, sem nenhuma preocupação com o caráter fragmentário e subsidiário exigível nesse nível de tutela.<sup>17</sup>

Ocorre que na moderna doutrina<sup>18</sup>, o princípio da proporcionalidade<sup>19</sup>, como referência constitucional, vem sendo concebido como critério de limitação dos excessos do

---

<sup>16</sup> Conforme Luiz Flávio Gomes, destacam-se Aguado Correa (*El principio de proporcionalidad em derecho penal*), Hassemmer e Muñoz Conde (*La responsabilidad por el producto en derecho penal*) e Silva Sánchez (*La expansión del derecho penal*)(GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit.*, p. 56).

<sup>17</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>18</sup> Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>19</sup> O princípio da proporcionalidade surge delineado por Beccaria em sua célebre obra “Dos Delitos e Das Penas”, ao debater o direito pré-iluminista. Embora de origem suíça, o princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) encontrou na Alemanha sua maior aplicabilidade, tendo sido reconhecido pela primeira vez, de forma sistemática, na decisão do Tribunal Constitucional Alemão, no caso *Elfes* (Elfes X Urteil): “As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem como o axioma da estabilidade jurídica e o princípio do Estado Social”. (BONAVIDES, Paulo *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*.

*jus puniendi* do Estado e se traduz em verdadeira garantia no âmbito da ciência jurídico-penal. Com efeito, o Estado, em busca da efetivação de seu dever de proteção pode, por vezes, afetar de modo desproporcional um direito fundamental.

Nesse contexto, o Estado poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente, ou até mesmo, deixando de atuar. A problemática, primeiramente, se situa na necessidade de identificar “se” um determinado direito (bem) fundamental é detentor de proteção penal, para, posteriormente, superada, de forma positiva, essa etapa ser equacionado o “modo” como essa proteção deveria ser exercida, sem prejuízo do mínimo de proteção exigido constitucionalmente. Isto significa dizer que não é qualquer espécie de bem jurídico que merece proteção jurídico-penal. O imperativo de tutela penal depende da espécie de intervenção contra ele intentada, elementar valorativa a partir da qual será avaliada a hipótese de incidência ou não da norma penal.

O princípio da proporcionalidade, também identificado como princípio da proibição do excesso<sup>20</sup> ou da razoabilidade<sup>21</sup> se revela em um princípio implícito à ordem constitucional brasileira, pois deriva de uma determinada ordem de princípios (valores) inserida no texto constitucional e se constitui em um instrumento hermenêutico engajado ao processo decisório, com capacidade suficiente a sindicarem certa medida adotada para a realização de um fim específico.

Nesta ótica, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade, advém da essência do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido constitucionalmente como fundamento do Estado Democrático de Direito, porquanto se revela em norma (princípio e valor) fundamental para a ordem jurídico-constitucional de um país. Assim, verifica-se que o dispositivo constitucional no qual se encontra expressa a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inc. III, da Constituição da República do Brasil de 1988) contém não apenas o fundamento de normas definidoras de direito e garantias, mas, também, de deveres fundamentais.

---

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 273). A partir desta decisão a comunidade jurídica européia reconheceu o “status” constitucional ao princípio da proporcionalidade. Andrei Schmidt define o princípio da proporcionalidade “como o vínculo constitucional capaz de limitar os *finis* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 275).

<sup>20</sup> Denominação utilizada pelo direito alemão.

<sup>21</sup> Denominação utilizada pelo direito anglo-americano, para a configuração do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

É justamente nesse contexto que Ingo Sarlet concebe,

“a dupla função defensiva e prestacional da dignidade, de tal sorte que o dispositivo (texto) que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade), mas que também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo.”<sup>22</sup>

Assim, à luz da interpretação do texto constitucional, se pode deduzir que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa dos poderes do Estado e se manifesta em uma dupla função; ora como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas, ora como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar com elemento limitador de tais direitos.

Para Ingo Sarlet, “a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais”.<sup>23</sup>

É certo dizer que trata-se de uma análise voltada para o direito ou interesse que sofre com a ação legiferante. Logo, sob a ótica da *proibição de excesso*, deve ser realizada em detrimento do bem jurídico limitado pela norma penal incriminadora: via de regra, a liberdade. Todavia, sob a ótica da *proibição de proteção deficiente* se altera o foco de análise, porquanto, deve ser observado se uma eventual medida despenalizadora, mesmo que adequada ao fim desejado, não confronta com o imperativo de tutela que sobrepõe o direito fundamental à proteção, do qual a lei penal incriminadora já tenha sido estabelecida anteriormente.

Lenio Streck explica que a *proibição de proteção deficiente* é uma das vertentes da regra da proporcionalidade, que se junta a sua face mais conhecida: a *proibição de excessos* cometidos pelo Estado. Assim é que “[...] a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios [...]” ou, por outro lado, “[...] a

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 72.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 119.

inconstitucionalidade [pode] advir de proteção insuficiente de um direito fundamental social[...]”.<sup>24</sup>

No âmbito do Direito Penal evidencia-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, como *proibição de excesso*, quando invocado o princípio da insignificância, porquanto a ofensividade da conduta, a fim de justificar a intervenção penal, deve ser graduada, sendo que um nível inferior, insignificante mesmo, deslegitima a atuação estatal.

O princípio da proporcionalidade atua, neste plano, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Todavia, cumpre ressaltar que a valoração acerca da dignidade penal do bem jurídico não é pressuposto da necessidade ou da desnecessidade de intervenção jurídico-penal, devendo, sempre, ser analisado o grau de intensidade da lesão produzida.

Externando a Constituição brasileira, de maneira explícita ou implícita, um catálogo de deveres (ainda que mínimos) cuja essencialidade resulta da própria necessidade de manutenção de valores albergados pela mesma ordem constitucional, imperioso o reconhecimento dessa categoria jurídica de deveres fundamentais um relevante e legítimo paradigma para o exercício (positivo e negativo) da atividade legislativa incriminadora.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado não apenas para o garantismo negativo<sup>25</sup> (proteção dos excessos), mas, também, para o garantismo positivo<sup>26</sup> (proteção insuficiente) quando o Estado não protege de forma suficiente determinado direito fundamental, traduzido como proibição de proteção deficiente. Nessa perspectiva, a proporcionalidade deve ser compreendida em dupla dimensão: como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Por ser a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico-penal, enquanto parâmetro de referência dos fatos passíveis de criminalização, mais do que um “paradigma garantístico” (sistema de proteção jurídico-penal) deve ser encarada como fundamento dos direitos inerentes à natureza humana.

---

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n.2, 2004, p. 254.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 250.

<sup>26</sup> *Idem*, *ibidem*.

## **Conclusão**

A ofensa aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, fundamentais na estrutura do Estado Democrático de Direito, significa ofensa direta à Constituição.

No que diz respeito ao critério de aferição valorativa de bens jurídicos tem-se que o mais adequado é o texto constitucional, porquanto a Constituição é a principal fonte de tais valores. Dessa forma, a Constituição vincula a atividade do legislador ordinário e sujeita o intérprete à incidência de aplicação da norma; logo, a tutela penal de um bem jurídico deve ter como fonte de legitimação e limite de aplicação o texto constitucional, enquanto fonte formal e material do sistema penal.

Nesse sentido, mais do que um limite à Constituição, a tutela penal deve ser vista como fundamento da pena e do direito penal. Assim, a proteção de bens fundamentais deve ser valorada proporcionalmente de acordo com a extensão e a intensidade da lesão do bem jurídico, ou seja, necessária uma ponderação para que não haja a proibição de excesso (übermassverbot), tampouco, incida a proibição de proteção deficiente (untermassverbot).

Significa dizer que, a dignidade do bem jurídico enquanto objeto de tutela penal não é suficiente para impor proteção do Direito Penal, sendo necessário a análise acerca da ofensividade da conduta e do caráter fragmentário da tutela penal. Assim, pode o bem possuir dignidade penal, mas não estar justificada a proteção penal, em razão da insignificância da lesão por ele sofrida, ou ainda, pode haver significação na ofensividade, no entanto, tal ofensa ser tolerável no âmbito do Direito Penal.

Em síntese apertada, inegável que a Constituição constitui um limite de referência à atividade legislativa e garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos, todavia, não se pode afirmar taxativamente qual é o conteúdo do bem jurídico-penal, sendo possível, somente, admitir que o bem jurídico-penal não pode ultrapassar os limites axiológicos e proibitivos que provêm do legislador constituinte.

Desse modo, dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito incumbe exclusivamente ao legislador penal estabelecer a hierarquia de bens valorados penalmente de modo a promover um modelo de política criminal adequada e proporcional aos interesses de toda a coletividade. Todavia, essa liberdade de legislar não é absoluta, porquanto o legislador está sujeito ao texto constitucional que proíbe a transposição dos

limites de proteção superior (proibição de excesso) e inferior (proibição de proteção deficiente) de acordo com o princípio da proporcionalidade consectário da dignidade da pessoa humana. É neste plano, com efeito, que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos deve cumprir a função de garantia ou de limite à atividade sancionadora do Estado, cuja “raiz autoritária” é histórica e remonta o Iluminismo.

### **Referências Bibliográficas**

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Ariel S/A, 1989.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003,

CUNHA LUNA, Everardo da. Bem Jurídico. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, Volume 10.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Minimo y Bienes Juridicos Fundamentales. In: *Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Marzo-Junio, 1992, Año 4, n.º5.

\_\_\_\_\_. *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESCHECH, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal - Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha: Publicaciones de la Universidad, 1974.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, A. 12, mar-abr. 2004.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenker. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-induatriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n.2, 2004, p. 254.