

OBJETO DO CRIME

Heleno Cláudio Fragoso

SUMÁRIO: 1. *Importância da matéria.* 2. *Objeto material do crime.* 3. *Crime como ofensa a direito subjetivo.* 4. *Crime como ofensa a bem jurídico.* 5. *Enquadramento técnico da matéria.* 6. *Teoria do bem jurídico.* 7. *Conceituação.* 8. *Crítica.* 9. *Objeto formal do crime.* 10. *Crime como ofensa a direito geral de supremacia.* 11. *Caráter autônomo ou sancionatório do direito penal.* 12. *Conclusões.*

1. O estudo da objetividade jurídica do delito constitui indagação fundamental e importantíssima para determinação de seu conceito e de sua essência. Trata-se de saber qual o sentido substancial da ação delituosa; que é em última análise, atingido, através do fato punível, ou, ainda, qual o objeto da tutela jurídico-penal. Os clássicos não consideraram, a bem dizer, a questão, em seu enquadramento técnico, ao qual somente se começou a dar atenção na Alemanha, com a obra de OPPENHEIM¹, WAGNER², e HIRSCHBERG³, e, na Itália, com o trabalho notável de ARTURO ROCCO⁴. Modernamente, a doutrina dominante reconhece a importância do estudo da objetividade jurídica do delito, afirmando que constitui problema nuclear, em torno ao qual gravitam várias questões de suma transcendência, não só para a determinação do conceito de crime, como também para toda a elaboração sistemática da ciência do direito penal.

2. O objeto *jurídico* do crime não se confunde com seu objeto *material*. Este constitui o objeto corpóreo (coisa ou pessoa), incluído na definição do delito, sobre o qual recai a ação punível⁵. O objeto da ação acha-se, portanto, direta ou indiretamente

¹ OPPENHEIM, “Die Objekte des Verbrechens”, Basel, 1894.

² WAGNER, “Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens”, Darmstadt, 1897.

³ HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte der Verbrechen — Speziell untersucht an der Verbrechen gegen den Einzelnen”, Breslau, 1910.

⁴ ARTURO ROCCO, “L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale”, Turim, 1913. Republicado em 1932, como volume primeiro das “Opere Giuridiche” do autor. Esta última será a edição citada a seguir.

⁵ Em geral definem os autores o objeto material da ação de forma ampla, compreendendo a parcela do mundo exterior sobre a qual incide a conduta incriminada, o que pode dar lugar a incertezas. Exigindo expressamente que o objeto da ação seja parte integrante do tipo legal, MAX ERNST MAYR, “Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts”, 1923, pág. 98; MEZGER, “Tratado de Derecho Penal”, Madri, 1955, vol. I, pág. 385, e

indicado na figura legal: assim, por exemplo, a coisa móvel, no furto. Como é óbvio, nos crimes de simples atividade ou formais, pode não haver objeto material. Por outro lado, há crimes em que o sujeito passivo identifica-se com o objeto da ação, como, por exemplo, no homicídio⁶.

O conceito de objeto material da ação, contrariamente ao que supõem alguns autores⁷, é distinto do de *corpo de delito*, embora possam parcialmente coincidir. A conceituação do corpo de delito pertence ao direito processual, significando ele, na lição de JOÃO MENDES, “o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso”. O corpo de delito é constituído por todos os elementos materiais da conduta incriminada, inclusive meios ou instrumentos de que se sirva o criminoso. Uma peça do vestuário da vítima de um homicídio, contendo vestígios da agressão, integra o corpo de delito, mas não é objeto material da ação deste crime⁸.

3. Partindo, em geral, de pressupostos jusnaturalistas, afirmavam os clássicos que o crime se dirige necessariamente contra um *direito subjetivo*, variável conforme a espécie da infração. Quem o afirmou pela primeira vez foi FEUERBACH: “Crime é a ação que contradiz ao direito de outrem”⁹. Na Itália, CARMIGNANI e CARRARA¹⁰, igualmente, afirmavam que o crime somente pode constituir ofensa a direito público ou privado, tendo, pois, sua objetividade num direito protegido pela lei penal através da sanção. Esta doutrina difundiu-se largamente, encontrando muitos seguidores, na Alemanha¹¹, na Itália¹² e em França¹³. As críticas que lhe foram feitas

ASÚA, “Tratado de Derecho Penal”, Buenos Aires, 1951, vol. III, pág. 95. Entre outros, restringindo o conceito a objetos **corpóreos**, HIRSCHBERG, ob. cit., pág. 39.

⁶ Como se sabe, CARRARA, “Programa del curso de derecho criminal”, trad. SOLER, Buenos Aires, 1944, § 40, designava por **sujeito passivo**, “o homem ou a coisa sobre o qual recaem os atos materiais do culpado”, conceito também adotado, entre outros, por IMPALLOMENEI, “Istituzioni di Diritto Penale”, Turim, 1908, pág. 72. Trata-se, com é evidente, do objeto material da ação, sendo a discrepância puramente terminológica.

⁷ ROCCO, “L’oggetto del reato”, pág. 10, afirma: “**Objetto materiale del reato è, quindi, in altre parole, il corpus delicti**”. Adverte, porém, em seguida, que a noção de corpo de delito é mais lata, incluindo os meios materiais e instrumentos (**instrumenta sceleris**), empregados pelo agente, bem como o produto do crime.

⁸ Cf. JOÃO MENDES, “O Processo Criminal Brasileiro”, 1911, vol. II, pág. 6, e também ORTOLAN. “Eléments de Droit Pénal”, 1863, vol. I, pág. 484: “**L’ensemble complet des éléments matériels dont se forme le délit**”. Nosso processo penal, embora acolhendo o princípio da livre convicção, continua atribuindo importância fundamental ao exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios (**delicta facta permanentis**). É incensurável a observação de GRISPIGNI, “Diritto Penale Italiano”, 1959, vol. II, pág. 272: “**L’oggetto materiale attiene al reato-istituto giuridico, mentre il corpo de delito attiene al reato-fatto concreto**”.

⁹ FEUERBACH, “Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltigen peinlichen Rechts”, 1801 (16ª ed. Anotada por MITTERMAIER, 1847, página 45): “**Eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Recht eines andern widersprechende Handlung**”.

¹⁰ CARMIGNANI, “Elementi di Diritto criminale”, Nápoles, 1854, pág. 40; CARRARA, “Programa”, §§ 40 e 42.

¹¹ QUESTORP, ZACHARIAE, GROLMANN, MARTIN, MAREZOLL, JOHN, OSENBRUEGGER, LOENING, BERNER, BIERLING.

¹² IMPALLOMENEI, LUCCHINI, TUOZZI, STOPATO, CARNEVALE, CIVOLI, MAJNO, PUGLIA e BRUSA, entre outros. Esta concepção, expressando a opinião dominante, foi, aliás, acolhida na Exposição de Motivos ministerial, feita para o Projeto ZANARDELLI, de 1889 (“Relazione al progetto”, pág. XVIII): “**Cio che costituisce l’essenza di un reato è la violazione di um diritto. Dunque, a seconda della varietà del diritto**

afirmavam em geral o seu caráter formalístico e também que o crime não é necessariamente a ofensa de um direito subjetivo que varia com a espécie da conduta punível, pois ns crimes contra a sociedade (contra a paz pública, a incolumidade pública, a fé pública, etc.), não se pode certamente reconhecer a existência de um direito subjetivo, inclusive porque lhe faltaria titular¹⁴.

4. Opondo-se a FEUERBACH, já CUCUMUS observava que se o crime é ofensa a um direito, deve também ter um conteúdo material que ao mesmo corresponda¹⁵. Foi, todavia, com fundamento na teoria do bem jurídico (que nasceu por influência da escola de KRAUSE e seus seguidores, especialmente AHRENS), que a concepção de FEUERBACH sofreu oposição decisiva. Como observa OPPENHEIM, foi BIRNBAUM¹⁶ o primeiro a contrapor ao crime como ofensa a um direito, o crime como ofensa de bens. Afirmava-se assim que o crime é, em sua essência, lesão ou periclitização de um bem (do indivíduo ou do corpo social), garantido pelo Estado. Esta teoria é ainda hoje dominante, tendo sido objeto de uma elaboração dogmática mais ou menos perfeita.

5. Somente com a obra de OPPENHEIM foi o problema do objeto do crime colocado de forma clara e precisa, embora não soubesse aquele autor extrair as conseqüências da sistematização que realizou. Partiu OPPENHEIM do conceito lógico de objeto, referindo-o a um sujeito e concluindo que objeto é tudo aquilo que a consciência humana submete ou pode submeter a consideração¹⁷. WAGNER e HIRSCHBERG censuraram a OPPENHEIM a amplitude de sua noção, mostrando que ela, embora logicamente correta, permita enquadrar praticamente tudo, inclusive representações subjetivas, o que a tornava inaproveitável para os nossos fins¹⁸. Observo WAGNER, que o *objeto*, quando aparece junto a um genitivo, como em objeto do *crime*, dispensa a indagação sobre o sujeito. Objeto deriva de *obicere* ou *objectum* e quando indagamos qual é o objeto do crime, desejamos saber, como diz ROCCO¹⁹, que

leso, deve variar ela qualità del reato che ne risulta, come a seconda della sua maggiore o minore importanza deve variarne la quantità”.

¹³ ROSSI, VIDAL, ORTOLAN, ROSSI, “Traité de Droit Penal”, Paris, 1872, vol. I, pág. 249, embora afirmasse que o resultado do crime é sempre a lesão de um direito, entendia que a essência deste consiste na violação de um dever, idéia a que os modernos juristas retornaram, por outro caminhos (“**Pour nous l’élément essentiel du délit est la violation d’un devoir**”).

¹⁴ Cf. ROCCO, “L’oggetto del reato”, páginas 43 e segs. A concepção de que o crime é sempre ofensa a direito subjetivo, que varia com a espécie da infração, ressurge com a teoria do caráter sancionatório do direito penal, na forma como é exposta por certos autores, como GRISPIGNI. Cf. nº 13, **infra**.

¹⁵ CUCUMUS, “Ueber die Einteilung der Verbrechen und dir Folgerungen daraus fuer die Gesetzgebung”, in “Neues Archiv des Kriminalrechts”, vol. X, pág. 58.

¹⁶ BIRNBAUM, “Ueber das Erfordeniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens”, in “Archiv des Kriminalrechts”, 1834, pág. 175.

¹⁷ OPPENHEIM, “Die Objekte des Verbrechens”, pág. 77.

¹⁸ WAGNER, “Beitrag”, cit., pág. 13; HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte”, pág. 8.

¹⁹ ROCCO, “L’Oggetto del reato”, pág. 233.

coisa é esta “realidade” que aparece submetida à ofensa delituosa e em que consiste a relação entre uma e outra.

Deste enquadramento lógico, chegou-se com facilidade à teoria do bem jurídico. Se a norma visa impedir o resultado de dano ou perigo que deriva de determinada ação ou omissão proibida ou imposta sob ameaça de pena, é claro que o crime aparece como ofensa ou ameaça, ou seja, como dano ou perigo de dano, isto é, atingindo a um bem ou interesse²⁰. Procura-se, com a teoria do bem jurídico, dar ao crime um conteúdo substancial, ou seja, um sentido material à conduta delituosa. Como é óbvio, tal teoria tem como pressuposto necessário a concepção de que a ordem jurídica tem por função a tutela de bens ou interesses, individuais e sociais, ou, de forma mais ampla, das condições de existência e conservação da sociedade.

6. A noção de bem jurídico adquiriu, assim, extraordinária relevância, sendo por VON LISZT considerada um dos conceitos fundamentais do direito²¹. Afirmava-se não só que a ofensa a um bem jurídico constituía o objeto jurídico do crime, e, pois, a sua substância ou seu aspecto de maior relevo, mas, também, que a indagação em torno ao bem jurídico é básica para a classificação dos crimes na parte especial e, sobretudo, para a interpretação da lei. A gravidade do delito seria, assim, estabelecida conforme a natureza do bem tutelado e conforme o resultado de lesão ou perigo, ou seja, conforme a ofensa ao mesmo causada.

Que se entende, porém, por bem ou interesse jurídico? Na clássica definição de IHERING²², *bem* é todo conteúdo de utilidade, ainda que não seja pecuniariamente apreciável, que constitua um bem para um sujeito, ou, tudo o que nos pode servir. Bem e interesse são para IHERING conceitos idênticos. Não cabe nos limites deste trabalho a exposição e discussão das várias definições de bem e interesse jurídico apresentadas pelos autores, bastando-nos apenas indicar as linhas mestras do pensamento doutrinário nesta matéria²³. Em sua formulação básica, o conceito de bem vai referido a um valor, representando assim tudo o que satisfaz a uma necessidade, tendo ou não existência material. *Interesse (quod inter est)* é, porém, um juízo de valor, uma apreciação subjetiva do bem como tal, ou seja, um juízo sobre a utilidade ou idoneidade do bem para satisfazer uma necessidade. Esta é a chamada *teoria subjetiva* (concepção

²⁰ Cf. ROCCO, “L’Oggetto del reato”, pág. 240.

²¹ Cf. LISZT-SCHMIDT, “Lehrbuch des deutschen Strafrechts”, 26ª ed., 1932, pág. 5: “**Rechtsgut und Norm sind die beiden Grundbegriffe des Rechts**”. Todo o direito penal é por LISZT concebido como um sistema de proteção de bens jurídicos (“Das Strafrecht als Rechtsgüterschutz”). Orienta-se no mesmo sentido o sistema de BETTIOL, “Diritto Penale”, Palermo, 1958, pág. 153.

²² IHERING, “Geist des römischen Rechts”, 1875, vol. III, pág. 329.

²³ Para exposição minuciosa do assunto, cf. ROCCO, “L’Oggetto del reato”, págs. 241 e segs., e VON HIPPEL, “Deutsches Strafrecht”, Allgemeine Grundlagen, Berlim, 1925, vol. II, págs. 11 e segs.

psicológica) do interesse, que é a dominante. Bem é, pois, uma coisa (em sentido amplo); interesse, porém, é uma relação entre a coisa e o sujeito. Deve-se a KESSLER²⁴ a observação de que bem e interesse constituem um único e mesmo conceito, encarado, apenas, pelo lado objetivo e pelo lado subjetivo. Vários autores, todavia, empregam indistintamente as expressões *bem* e *interesse*²⁵; outros afirmam precisamente que bem é o interesse protegido²⁶. Outros, ainda, defendem a diversidade conceitual de bem e interesse, afirmando, porém, a identidade de sua significação prática, pois se trata de conceitos correlativos²⁷, e a inutilidade, de todo debate²⁸. Há, ainda, os que entendem que objeto da tutela jurídica é apenas o *interesse*²⁹, ao passo que outros sustentam ser apenas o bem³⁰. O *bem* torna-se *jurídico* quando o direito o reconhece e protege através da norma jurídica. O bem jurídico não é um bem do direito, mas um bem da vida humana, que preexiste a toda qualificação jurídica³¹.

7. É antiga a crítica ao conceito de bem jurídico que deixamos estabelecido. Afirma-se em geral que é ele vago e impreciso, não passando de um esquema conceitual sem conteúdo³². Numa concepção ampla como a de OPENHEIM (pág. 184), grande diversidade de coisas podem integrar o conceito de bem jurídico (condições ou estados, sentimentos, direitos e deveres). HIRSCHBERG mostrou que definições como

²⁴ KESSLER, “Rechtsgut oder rechtlich geschuetzte Interesse oder subjektives Recht”, in “Gerichtssaal”. 1887, pág. 100, cit. por HIRSCHBERG, pág. 66.

²⁵ Cf., ENTRE OUTROS, manzini, “Trattato di diritto penale italiano”, Roma, 1950, vol. I, página 542.

²⁶ LISZT-SCHMIDT, “Lehrbuch”, pág. 4: “**Rechtsgut ist das rechtlich geschuetzte Interesse**”.

²⁷ ROCCO, “L’Oggetto del reato”, pág. 244.

²⁸ MEYED-ALLFELR, “Lehrbuch des deutschen Strafrechts”, 1922, pág. 17: “**Der Streit, ob Gueter und Interessen einander gleichzustellen sind, ist ein ganz unfruchtbar**”. V. HIPPEL, “Deutsches Strafrecht”, I, pág. 13.

²⁹ A concepção de **interesse** como objeto de proteção iniciou-se com HERTZ (“Das Unrecht ud die Allgemeinen Lehren des Strafrechts”, 1880, vol. I, pág. 15), encontrando seguidores em KESSLER, GEYER, STOOOS e VON BAR. No mesmo sentido, PETROCELLI, “Principii di diritto penale”, 1943, pág. 234, conquanto afirme que **bem** e **interesse** são expressões equivalentes. CARNELUTTI, “Il danno e il reato”, 1926, página 51, partindo da teoria objetiva do interesse, afirma que objeto da tutela penal é o **interesse**; objeto do crime, o **bem**. A teoria objetiva do interesse identifica-o na situação objetiva do sujeito em relação ao bem, na qual este seja idôneo para satisfazer uma necessidade. Além de CARNELUTTI, acolhem este conceito: PETROCELLI, “Principi”, pág. 232, e ANTOLISEI, “L’offesa e il danno nel reato”, 1930, pág. 35: “**Il diritto non protegge lê cose materiali o immateriali: protegge la disponibilità dei beni nei confronti di determinate persone. Non l’oggetto in sè è tutelato, ma la situazione in cui si trova uma persona rispetto all’oggetto: quella situazione che permette alla persona di godere in bene**”. Observe-se, porém, que o pensamento do autor grandemente evoluiu neste tema. Contra a teoria do interesse como único objeto da tutela, PISAPIA, “Introduzione allá parte speciale del diritto penale”, Milão, 1948, pág. 97. A teoria objetiva do interesse é inaceitável, pois interesse, como nota MEZGER, somente pode ser a participação da vontade em algo. Contra a distinção de CARNELUTTI, entre outros, ASÚA, “Tratado”, volume III, pág. 87, nota.

³⁰ BINDING, “Die Normen und ihre Uebertretungen”. 1890, vol. I, pág. 353; HELLMUTH MAYER, “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, 1953, página 53.

³¹ Precisamente, LISZT-SCHMIDT, “Lehrbuch”, pág. 4.

³² DEL VECCHIO, “Il concetto del diritto”, 1906, pág. 142, por exemplo, afirmava ser este conceito “**Fatalmente vago che non ci offre realmente alcun lume introno all’oggetto che si trata di definire e quase sfugge, per la sua stessa indeterminatazza, a um apprezzamento scientifico**”; HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte”, pág. 44: “**Der Begriff des Rechtsgueter als solches, genau wie der des Schutzobjektes, ein rein formalen und inhaltioses ist**”. Não faltam, aliás, autores que consideram o bem jurídico não uma realidade, mas um conceito.

a de BINDING³³, geralmente aceitas, são, em verdade, puramente tautológicas, porque não dizem que o legislador entende por socialmente valioso: bem jurídico é algo considerado valioso. O que? Qual o critério para identificação do bem jurídico? ROCCO³⁴, aliás, de forma amplíssima, afirma que bem jurídico pode ser um *objeto do mundo exterior*, como uma coisa ou uma pessoa; pode ser um *acontecimento natural*, ou uma *ação* ou *omissão* humana; uma ação própria ou uma ação alheia; um serviço pessoal ou qualquer *relação de fato*; um *estado individual* (físico ou moral), da pessoa ou de uma pluralidade de pessoas (vida, saúde, liberdade, etc.); pode ser um *estado de fato* (o silêncio noturno) ou o *estado de uma coisa* (o estado de uma carta em envelope fechado); pode ser um *sentimento* (piedade), uma *idéia* ou, em geral, um estado do mundo interior. Pode ser ainda um *direito* ou uma *relação jurídica*. Algo existe no presente, no passado ou no futuro. Daí classificar os bens em materiais ou físicos e imateriais ou morais; individuais ou coletivos.

Contra tal alegada indeterminação, surgiu a teoria do bem jurídico *como estado*, segundo a qual se afirma a identidade substancial do objeto de proteção, que se identifica no interesse na manutenção de determinado estado, ou seja, de determinada *ordem* visada pelo direito³⁵. Objeto do crime é, assim, o interesse na manutenção do estado. O bem jurídico tutelado nos crimes patrimoniais não seria, pois, o *direito subjetivo* correspondente à propriedade ou à posse, conforme o caso, mas, sim, determinado estado, ou seja, a correspondência entre a situação de fato e a situação jurídica do patrimônio³⁶.

³³ BINDING, “Die Normen”, vol. I, pág. 353: “Bem jurídico é tudo o que, sem ser em si mesmo direito, é, aos olhos do legislador, considerado valioso como condição de perfeita sobrevivência da ordem jurídica, em cuja subsistência não perturbada nem modificada, há, a seu ver, um interesse, e que, por isso, através de suas normas, visa assegurar contra a indesejada lesão ou periclitacão”. HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte”, pág. 62.

³⁴ ROCCO, “L’Oggetto del reato”, pág. 260 e segs.

³⁵ Esta teoria é ardorosamente defendida por HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte”, pág. 72: “**Alle Rechtsgüter sind als Zustaende zu konstruieren. Das Schutzobjekte ist demnach der fuer sozial wertvoll erachtete, daher vom Recht geschuetzt Zustaende**”. Com a concepção do bem jurídico como estado concorda GERLAND, “Die Faelschungsdelikte des deutschen Strafgesetzbuchs”, in *Gerichtssaal*, vol. 59, pág. 81: Todo crime dirige-se contra o bem jurídico da ordem desejada pelo direito (**die vom Recht gewollte Ordnung**), a qual naturalmente entende-se como estado. Se a ação é modificação do mundo exterior, o crime é sempre alteração de um **estado**. Cf. OETKER, in “ZStW”, vol. 17, pág. 494 (1897); HONIG, “Die Einwilligung des Verletzten”, 1919, vol. I, pág. 77, Segundo o qual o verdadeiro fundador da teoria teria sido SCHUELZE (1869); HANKE, “Rechtsgüter bei Sittlichkeitsverbrechen”, 1926, pág. 11; MEZGER, “Tratado”, volume I, págs. 399 e 402: “Bem jurídico é o estado em que se acha o interesse médio que o direito toma em conta”. Esta teoria é hoje dominante na Alemanha. Cf., entre outros, WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, 1954, pág. 3: “Bem jurídico é todo estado social desejado, que o direito procura assegurar contra lesão”; HELLMUTH MAYER, “Strafrecht”, 1953, pág. 53: “**Das Rechtsgut ist ein besonderer werthafter Zustand der aeußeren Lebens wirklichkeit**”. Afirma, porém (pág. 52), que no crime de furto o bem jurídico é a propriedade como direito subjetivo. VON HIPPEL, “Deutsches Strafrecht”, vol. I, pág. 13, opõe-se ao conceito “incolor” de estado, e MEZGER supõe responder à objeção definindo interesse como participação da vontade na manutenção do estado (“Tratado”, vol. I, pág. 400, nota).

³⁶ HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte”, página 71.

Outra concepção largamente difundida é a que constitui a chamada *teoria metodológica*, que identifica o bem jurídico com o escopo da norma. Adquire, aqui, o bem jurídico caráter finalístico, surgindo através de uma indagação teleológica em torno da norma incriminadora. A concepção metodológica remonta à obra de HONIG, mas difundiu-se com os trabalhos de SCHWINGE e ZIMMERL, representantes do chamado Grupo de Marburgo³⁷. Através dela procura-se afirmar o caráter realista da dogmática penal, que encontra, assim, critério seguro para abrir caminho ao reflexo da realidade na interpretação da norma.

8. A teoria do bem jurídico como objeto do crime, com variações que não lhe alteravam o sentido fundamental, permaneceu dominante e incontestada até o advento da chamada Escola ou Tendência de Kiel (*Kieler Richtung*), em 1935. Como se sabe, esta corrente surgiu na Alemanha nazista, sob inspiração do nacional-socialismo. O direito penal da vontade (*Willensstrafrecht*), que esta Escola fundou, afirmava que a teoria do bem jurídico era consequência do liberalismo do século XIX, incabível num Estado autoritário, em que o crime é essencialmente violação de um dever de obediência ao Estado³⁸. Tratava-se de um processo de subjetivização do direito penal, no qual se atribuía à vontade a primazia na elaboração doutrinária, de sorte que o bem jurídico aparecia como um aspecto materialista, absolutamente secundário.

Não foi somente por parte da Escola de Kiel que a teoria do bem jurídico sofreu contestação séria. Na Itália, ANTOLISEI afirmava a necessidade de submeter a completa revisão a concepção dominante a respeito do objeto jurídico do crime, partindo de outras premissas. Para o insigne professor da Universidade de Turim, a

³⁷ HONIG, “Die Einwilligung des Verletzten”, vol. I, págs. 5, 83 e 94; SCHWINGE, “Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht”, 1930, págs. 27 e segs.; SCHWINGE-ZIMMERL, “Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken”. Na Itália, o mais importante seguidor desta teoria é BETTIOL, “Diritto Penale”, pág. 142, podendo ainda mencionar-se PETROCELLI, “Principi”, página 247, e PISAPIA, “Introduzione”, pág. 105. O próprio ROCCO, “L’Oggetto del reato”, página 577, parece ter admitido a identificação bem jurídico com o escopo: “**Accertare quale è il bene e l’interesse leso o minacciato da un reato, signific null’altro che accertare lo scopo che la legge penale si propone di raggiungere vietando sotto minaccia di pena una determinata azione o omissione**”. Contra esta concepção do bem jurídico insurgiu-se a Escola de Kiel, por motivos óbvios: cf. SCHAFFSTEIN, “Problematik der teleologischen Begriffsbildung”, 1934, página 15; *idem*, “Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft”, in “ZStW”, volume 57, pág. 23, observando que a teoria metodológica apenas designa com expressão diversa o fim da lei, ao qual nada acrescenta. H. MAYER, “Strafrecht”, pág. 59, nota, afirma que o conceito metodológico **volatiliza** a noção de bem jurídico. Apesar de sua opinião sobre o tema, ANTOLISEI, “Il problema del bene giuridico”, pág. 121, repele, igualmente, a teoria em questão: “**Si tratta di due concetti distinti e che perciò non devono in alcun modo essere confusi: il bene giuridico è una cosa, lo scopo della norma, un’altra**”.

³⁸ Vários importantes penalistas alemães aderiram ao direito penal autoritário que resultou do nazismo. Os principais representantes da “Kieler Schule”, porém, foram SCHAFFSTEIN, DAHM, KLEE, SIEWERT, GALLAS, HANS FRANK. Além dos trabalhos citados na nota anterior, destacam-se: SCHAFFSTEIN, “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, in “Grundlagen des neuen Rechtswissenschaft”; GALLAS, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung”, 1936; PESTALOZZA, “Rechtsgutverletzung oder Pflichtverletzung”, in “Deutsches Strafrecht”, 1938, pág. 107.

função da ordem jurídica não é apenas conservativa, ou seja, não é apenas a de *defesa* de determinados bens ou interesses, sendo inegável que no Estado moderno o direito tem também uma finalidade *propulsiva ou evolutiva*. Assim sendo, várias normas penais visam criar uma situação que o legislador considera desejável para o progresso da comunidade social. Nas contravenções, especialmente, a aplicação do critério do bem jurídico não passa de fantasia³⁹, pois muitas das contravenções não tendem a conservar a sociedade, mas a promover-lhe o progresso. Conclui ANTOLISEI que o conceito de bem jurídico não se estende a todo o direito penal, mas somente àquela zona, larguíssima embora, em que o direito mesmo tem função conservadora. E que nas normas de finalidade evolutiva não há objetividade jurídica. Nem seria possível falar de *objeto (objicere)* a propósito de algo que não existe⁴⁰, pois com isso se criaria uma entidade puramente verbal, sem qualquer base na natureza das coisas. A consequência lógica é a da existência de crimes sem ofensa (dano ou perigo), que surgem também nas hipóteses de erro do legislador⁴¹. Julga, destarte, o autor demonstrar que a doutrina dominante confunde o bem jurídico com o *motivo* da incriminação, ou seja, com o critério seguido pelo legislador para agrupar alguns fatos delituosos e que é necessário substituir o critério tradicional de objeto da tutela jurídica pelo de *escopo da norma*. Este sim é que é importante para a exegese. Por outro lado, mostra que certos bens jurídicos da doutrina dominante, tais como fé pública, incolumidade pública, moralidade pública, não têm qualquer consistência, sendo uma construção puramente vazia pretender afirmar um resultado de dano ou perigo em relação aos mesmos. Termina por afirmar do bem jurídico: “*il falso sovrano va detronizzato*”⁴².

Mais recentemente, na Alemanha, é, pode-se dizer, unânime, o entendimento da doutrina, de que a ofensa a um bem jurídico não esgota o conteúdo do desvalor existente na conduta delituosa, ou seja, de que o crime não é tão-somente ofensa a um

³⁹ PISAPIA, “Introduzione”, pág. 117, nota, sustenta que o critério da objetividade jurídica, em seu exato significado, não parece aplicável também às contravenções. Os clássicos, aliás, entendiam que nas contravenções não há necessariamente um dano, mas um possível detrimento à prosperidade, ou seja, apenas uma **possibilidade de perigo**, como observa ANTOLISEI, “Il problema del bene giuridico”, pág. 116, nota. Cf., sobre o assunto, ROCCO, “L’Oggetto del reato”, págs. 334 e segs.

⁴⁰ Um exemplo de norma de finalidade evolutiva, dentro da concepção de ANTOLISEI, poderia encontrar-se no crime de abandono intelectual, previsto no art. 246 do Cód. Penal brasileiro: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”.

⁴¹ O argumento evidentemente não impressiona, pois somente se cogita, nos crimes, de dano ou perigo que surge como consequência da ação delituosa, **a juízo do legislador**.

⁴² O trabalho em que ANTOLISEI melhor expôs seu pensamento sobre o assunto é o citado “Il problema del bene giuridico”, publicado pela primeira vez em 1940 e recolhido em seus “Scritti di Diritto Penale”, 1955, pág. 97. Em seu “Manuale di Diritto Penale”, 1955, pág. 123, manifesta-se com maior sobreidade, repetindo que a teoria do bem jurídico teve importância exagerada, pois não se trata de conceito decisivo na interpretação, pois em vários crimes é tutelado o mesmo bem. Que de maior valor é a indagação quanto ao **escopo** ou **ratio** da incriminação. Na valoração do crime outros elementos são considerados, inclusive a qualidade do dever violado. Afirma que a superavaliação do dano individual é expressão de tendências conservadoras da doutrina e que ainda mais deve diminuir a importância do bem jurídico no futuro.

bem jurídico (*Rechtsgutverletzung*), sendo também violação de um dever (*Pflichtverletzung*). Já BINDING⁴³ sustentava que, nos crimes de perigo abstrato, o aspecto da ofensa a um bem jurídico é secundário, pois tais crimes se exaurem na simples desobediência (*einfachen Ungehorsam*). Daí a divisão que fazia, entre crimes de simples desobediência (*Delikte einfachen Ungehorsam*) e crimes de agressão (*Angriffsdelikte*). Segundo MAURACH⁴⁴, a evolução nesse sentido processou-se por etapas. Primeiramente, com a descoberta dos elementos subjetivos do ilícito⁴⁵; depois, com a Escola de Kiel, que procurou desmaterializar o crime, introduzindo o elemento da violação de um dever. Em seguida, com a luta de HELLMUTH MAYER contra o dogma da causalidade (*Verursachungsdogma*) e a classificação de R. LANGE e VON WEBER dos crimes em fatos predominantemente finais e predominantemente causais⁴⁶. E, ultimamente, com a teoria finalista.

A idéia central que aparece nos modernos penalistas alemães é a de que a norma penal apenas tutela um determinado bem jurídico parcialmente, isto é, tendo em vista a agressão que lhe é feita de certa forma e em especiais condições, e que ao lado dos crimes em que aparece predominantemente a ofensa a um bem jurídico (*Erfolgswerte*)⁴⁷. O direito penal protege valores elementares ou importantes da vida

⁴³ BINDING, “Die Normen”, vol. I, pág. 399.

⁴⁴ MAURACH, “Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil”, 1954, pág. 192.

⁴⁵ Teoria enunciada por FISCHER, “Die Rechtswidrigkeit”, 1911, desenvolvida por HEGLER, “Die Merkmale des Verbrechen”, in “ZStW”, vol. 36, pág. 31, e aperfeiçoada por MEZGER, “Die subjektiven Unrechtselemente”, in “Gerichtssaal”, vol. 89, pág. 214. Cf. MEZGER, “Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik”, 1950, pág. 22, e VON WEBER, “Zum Aufbau des Strafrechtssystems”, 1935, pág. 8.

⁴⁶ VON WEBER, “Zum Aufbau des Strafrechtssystems”, pág. 8: “O legislador tem, fundamentalmente, duas possibilidades de estabelecer a antijuridicidade de um comportamento humano. Pode estatuir a norma simplesmente com referência a um acontecimento externo e proibir um comportamento que dá causa a um resultado, ou pode tomar em consideração a vontade do agente e submeter a pena determinado comportamento dirigido a um resultado”. O elemento decisivo é, na primeira hipótese, a causação do resultado; na segunda, a direção da vontade a um resultado.

⁴⁷ GALLAS, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen”, cit., págs. 50 e segs., partindo das premissas em que se fundava a Escola de Kiel, já sustentava que o conceito de bem jurídico não mais satisfaz às exigências do vigente direito penal, porque na valoração complexiva da figura de delito concreta, aparecem frequentemente elementos pessoais que não se enquadram no ponto de vista do interesse protegido. Entende que nos crimes próprios a punibilidade ou a maior punibilidade não se pode explicar prescindindo do elemento subjetivo da violação de um dever. GALLAS não considera o bem jurídico como objeto do delito, reduzindo-o a simples índice do desvalor jurídico do fato, afirmando que, em sua essência, apresenta-se o crime como ação contrária à comunidade (*Gemeinschaftswidrig*). HELLMUTH MEYER, “Strafrecht”, pág. 54, observa que na maioria das figuras de delito não é indiferente o modo pelo qual foi causada a lesão ao objeto da tutela penal. Que o especial desvalor da conduta típica aparece predominante na forma e modo pelo qual o agente expressa a sua atitude psicológica na realização do fato. Na mesma ordem de idéias, MAURACH, “Deutsches Strafrecht”, pág. 182, ensina que não se pode supor que somente o resultado (*Erfolgswerte*) tem relação com o bem jurídico, porque entre este e sua ameaçada lesão interpõe-se a norma. WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, pág. 2, assinala que a proteção de bens jurídicos é garantida pelo direito penal, somente contra determinadas formas de agressão (“*Rechtsguterschutz gewahrt das Strafrecht nur gegen bestimmtgeartete Angriffe*”). PETROCELLI, “Principi”, pág. 243, criticando o entendimento que vimos expondo, afirma que a consideração dos critérios de qualidade e modalidade da ação na é coisa nova. “*Essa è stata infatti sempre implicita in ogni sistema, scientifico e legislativo, che la gravità del reato abbia desunta, anche in parte dalla qualità e gravità dell’azione; ed è da ritenersi implicita nella stessa classica idea del danno mediato*”. Veja-se ainda a crítica de BETTIOL, “Diritto Penale”, pág. 155.

social, através da proibição e punição de ações dirigidas à ofensa daqueles bens. Há, portanto, uma valoração de determinadas condutas, valoração que é relativamente independente do valor das coisas a que se refere⁴⁸. Punível somente pode ser uma ação proibida e não a lesão de um bem jurídico como tal⁴⁹, de sorte que o desvalor da conduta delituosa manifesta-se com a expressão exterior da vontade do indivíduo dirigindo-se contra a ordem jurídica⁵⁰. Observa, aliás, ARMIN KAUFMANN que, quando o objeto da valoração é um ato em que o dolo não dirige a um bem jurídico, mas, sim, um ato em que a intenção é, a tal respeito, “neutra”⁵¹, a referência da ação a um bem jurídico é puramente um critério de sua valoração (*Kriterium der Bewertung*). Não é o caso, portanto, da ação incriminada dirigir-se efetivamente para atingir um bem jurídico, o que nos traz de volta aos crimes de simples desobediência, de BINDING⁵², transformando o bem jurídico em simples índice da anti-sociabilidade da conduta.

Reconhece-se, assim, que o crime não é só ofensa a um bem jurídico, embora esta continue sendo o núcleo material da ação delituosa. Mesmo os partidários da teoria finalista entendem que o desvalor da ação permanece referido ao bem jurídico, porque de regra a atividade finalista da ação traz consigo lesão ou periclitación de um bem jurídico.

9. Não terminam aqui as divergências doutrinárias a que dá lugar a indagação em torno ao objeto jurídico do delito. Como se sabe, ROCCO dividia o objeto do crime em substancial e formal. Por *objeto substancial* entendia aquilo que o direito penal, mediante seus preceitos e suas sanções, juridicamente, protege, e o crime, efetivamente, lesa ou expõe a perigo, ou seja, o bem ou interesse humano tutelado pela norma⁵³. O *objeto formal* do crime seria constituído pelo direito do Estado às ações ou omissões impostas sob ameaça de pena, ou seja, o direito subjetivo público estatal à obediência ou observância dos preceitos penais.

O *objeto substancial* subdividia-se em:

⁴⁸ Cf. WELZEL, “Das Deutsche Strafrecht”, pág. 3: “Der Aktwert ist relativ unabhaengig vom Sachverhaltswert”.

⁴⁹ MAURACH, “Deutsches Strafrecht”, página 192: “Bestraft werden kann nu reine verbotene Handlung, nicht eine Gutverletzung als solche”. Se a ameaça penal se referisse imediatamente à inviolabilidade do bem jurídico, deveria apenas toda lesão ou periclitación do bem e não apenas determinadas condutas que o atingem.

⁵⁰ HELLMUTH MAYER, “Strafrecht”, página 54; RICHARD BUSCH, “Moderne Wandlung der Verbrechenslehre”, 1949, pág. 36.

⁵¹ Seria um exemplo o crime de falsidade documental perante nossa lei, no qual o dolo não se refere à fé pública (vontade dirigida à ofensa à fé pública).

⁵² ARMIN KAUFMANN, “Lebendiges und Totes im Bindigs Normentheorie”, 1954, página 72. Contra a existência de crimes de pura desobediência, MORO, “L’Antigiuridicità Penale”, nº 24.

⁵³ ROCCO, “L’Oggetto del reato”, págs. 552 e segs.

a) *genérico* — comum a todos os crimes, constituído pelo interesse do Estado à segurança das condições de vida em comum, ou seja, à segurança da própria existência ou da própria conservação;

b) *específico* — variável, na sua qualidade, conforme a espécie do crime, sendo constituído sempre por um bem ou interesse próprio da pessoa diretamente atingida pelo crime (sujeito passivo).

Apresentam-se, assim, várias questões importantes, que cumpre esclarecer.

O objeto substancial específico, indicado nesta classificação é, como se vê, o bem ou interesse jurídico, conceitos cuja evolução doutrinária já estudamos. Basta neste ponto assinalar que ROCCO entendia que cada crime tutela um bem jurídico específico, isto é, que há uma objetividade jurídica específica e própria a cada figura de delito. Esta concepção encontrou seguidores, mas não é, geralmente, aceita pelos tratadistas⁵⁴.

A outra consideração que ainda ocorre fazer a propósito do objeto substancial específico, diz respeito ao titular do bem jurídico. ROCCO, com a doutrina dominante, entende que titular do bem jurídico tutelado tanto pode ser o indivíduo como a coletividade, dividindo, por esta mesma razão, ditos bens em individuais e coletivos. Desde IHERING e BINDING, porém, vários autores têm afirmado que os bens jurídicos que a lei penal tutela são sempre da coletividade, embora muitos deles, aparentemente, pertençam ao indivíduo⁵⁵. O bem jurídico, sem dúvida, pode ser do

⁵⁴ LEONE, “Del reato abituale, continuato e permanente”, 1933, pág. 332: “**Sarebbe strano ed illogico e costituirebbe un grave e palese difetto di un problema legislativo, che il medesimo bene o interesse giuridico, nella idêntica estensione e costituzione, formasse l’oggetto di due distinte incriminazioni. Ogni reato, pertanto, há um oggetto specifico**”. Seria fácil responder ao insigne autor assinalando que o crime não é apenas ofensa a um bem jurídico. PISAPIA, “Introduzione”, págs. 84, 87 e 94, entende que as modalidades de ação previstas pelo legislador na definição do crime integram a noção de bem jurídico, entendida normativamente e que todos os elementos constitutivos do delito concorrem para formar-lhe a objetividade jurídica. Cf., ainda, MANZINI, “Trattato”, vol. I, pág. 542. Contra a existência de uma objetividade jurídica específica, afirmando que vários crimes ofendem o mesmo bem jurídico, variando apenas as circunstâncias da ação incriminada, cf., entre outros, MAURACH, “Deutsches Strafrecht”, pág. 192: “O mesmo bem jurídico está sujeito a diversos valores de violação ilícita” (“**verschiedener Unrechtsgehalt bei gleichbleibendem Rechtsgut**”) e ANTOLISEI, “Manuale”, pág. 123: “**Le norme giuridiche non tutelano sempre dei beni diversi, ma spesso il medesimo bene**”. No mesmo sentido, ainda, SANTORO, “Diritto Penale”, pág. 76. Este entendimento está implícito no sistema de vários autores.

⁵⁵ BINDING, “Die Normen”, vol. I, pág. 358: “**Das Rechtsgut ist stets Rechtsgut der Gesamtheit, mag e scheinbar noch individuell sein**”. No mesmo sentido, SCHOENKE-SCHROEDER, “Kommentar”, 1954, pág. 14: “**Die Rechts gueter sind, wenn bisweilen nur mittelbar, solche der Allgemeinheit**”; HELLMUTH MAYER, “Strafrecht”, pág. 52; MANZINI, “Trattato”, vol. I, página 543: “**L’oggetto giuridico del reato è sempre un bene-interesse pubblico, anche quando il soggetto passivo particolare della lesione à um privato. Il diritto penale, mediante lê sue incriminazioni, apport ala própria tutela bensì anche ad interessi**

indivíduo ou da coletividade. É importante, porém, notar, como diz MAURACH, que a idéia do bem jurídico se transforma em pálida abstração (*blutleeren Abstraktion*) se for encarada apenas em relação ao seu titular. Com o interesse na proteção do bem, deve ser confundido o interesse na continuação da ordem jurídica, de sorte que o bem jurídico se resolve no conceito geral da ordem jurídica⁵⁶. O direito penal não tutela o interesse individual senão pelo interesse público na sua preservação.

10. Com referência ao chamado *objeto substancial genérico*, o qual seria comum a todas as infrações penais, sendo constituído pelo interesse do Estado na manutenção da vida em comum, ou seja, na própria existência a conservação, algumas objeções mais ou menos sérias foram formuladas. CARNELUTTI, insurgindo-se contra a existência de um tal objeto genérico, afirma que o interesse do Estado à própria conservação não é um interesse protegido pela lei, mas, sim, a *razão* pela qual se estabelecem o preceito e a sanção. O Estado protege determinados bens *porque* isto é necessário para assegurar as condições de vida em comum: não protege o interesse à observância dos comandos. Este interesse constitui o *prius* de toda norma jurídica, e, precisamente porque *prius*, não pode logicamente ser considerado como objeto de tutela, dado que a norma não pode tutelar o interesse à tutela, e, em definitiva, tutelar a si própria⁵⁷.

Existem aqui efetivamente duas questões: a primeira diz com o interesse do Estado à própria conservação; a segunda, com o interesse na observância da norma. Ora, o fato de ser o interesse do Estado na própria conservação *motivo* ou *razão* de ser da tutela penal, não excluiria, em princípio, que o bem a que se refere tal interesse pudesse constituir objeto da tutela jurídica, e, depois, objeto do crime. Parece-nos, todavia, que não há este objeto genérico e indeterminado, independente das figuras de delito específicas previstas em lei. Há, sem dúvida, um interesse do Estado na própria conservação, ou seja, na manutenção das condições de sadia existência e desenvolvimento da vida social, mas tal interesse somente encontra expressão jurídica através das normas que o direito positivo estabelece. Tais normas não exercem uma dupla tutela (bem imediatamente atingido e interesse geral do Estado), mas uma única tutela de um bem ou interesse público diretamente atingido pela ação delituosa. Na tutela do particular bem tutelado expressa-se o interesse público, pois o bem individual

individuali, ma in quanto sono, o possono essere, interessi di tutti". AINDA, BATTAGLINI, "Diritto Penale", 1949, pág. 141, é PANNAIN, "Manuale", pág. 27.

⁵⁶ MAURACH, "Deutsches Strafrecht", página 181.

⁵⁷ CARNELUTTI, "Il danno e il reato", Pádua, 1926, pág. 51; DELITALA, "Il fatto nella teoria generale del reato", Pádua, 1930, pág. 218; FLORIAN, "Parte Generale del Diritto Penale", 1934, pág. 395, nega, igualmente, que um interesse geral constante possa também considerar-se objeto nel reato", 1930, pág. 75, e "Manuale", pág. 122) a objeção de CARNELUTTI parece insuperável, afirmando que nenhuma resposta convincente lhe foi dada.

só é objeto de proteção enquanto sua preservação constitui interesse da coletividade ou do Estado. A questão tem, aliás, escasso relevo, considerando-se que a tutela ao bem jurídico confunde-se com o interesse geral do Estado na manutenção da ordem jurídica⁵⁸.

À segunda parte da objeção de CARNELUTTI, que desvinculamos da primeira, não temos dúvida em dar acolhida. A norma é posta como *meio* para tutela de um bem ou interesse que se situa logicamente em plano distinto do interesse existente na observância da mesma norma. É outra questão a de saber-se se com a existência da norma surge um direito subjetivo do Estado e se o crime envolve sempre a violação desse direito.

11. Este é o problema que se apresenta com o chamado objeto formal do crime, que se refere, em última análise, à existência de um direito de punir, ou seja, de um direito público subjetivo do Estado à imposição da pena ou à observância do preceito penal.

Os primeiros a darem importância ao conceito de direito subjetivo de punir, partindo do direito positivo, e, pois, de uma colocação técnica da matéria, foram, na Alemanha, LOENING e BINDING, e, na Itália, ARTURO ROCCO⁵⁹. Os autores do século passado afirmaram sempre, em regra, a existência de um direito de punir (*jus puniendi*), sem lhe atribuir relevância prática, seja na Alemanha (FEUERBACH, TITTMANN, GROLMANN, MARTIN, HAELSCHNER, WAECHTER, GEYER, BERNER), seja na Itália (BECCARI, ROMAGNOSI, PAGANO, CARMIGNANI, CARRARA, PESSINA), fundados na teoria do contrato social e no direito natural⁶⁰. Buscavam, assim, uma fundamentação doutrinária para o poder punitivo do Estado, fundamentação que encontravam fora do campo do direito e que era, portanto, meta jurídica.

⁵⁸ PETROCELLI, “Principi”, pág. 239, entende que a posição do objeto genérico com referência ao objeto específico é a do todo com respeito à parte: **“Gli interessi colpiti dal reato sono due, ciascuno avente il próprio soggetto (Stato e singolo); ma l’um interesse è parte dell’altro”**. ROCCO afirmava a **coincidência** dos dois interesses. Tanto há um objeto genérico, diz PETROCELLI (pág. 241), que há infrações penais sem objeto específico, ou seja, um interesse particular, além do interesse geral do Estado (exemplos: incitação ao crime, porte de armas, embriaguez, crueldade contra animais, etc.). Mantendo, igualmente, o conceito de objeto genérico, GRISPIGNI, “Diritto Penale Italiano”, 1950, vol. I, pág. 281, e “Introduzione all’ Sociologia Criminale”, Turim, 1928, pág. 173.

⁵⁹ LOENING, “Grundriss zur Vorlesungen ueber deutsch Strafrecht”, 1885, §16; BINDING, “Handbuch des deutschen Strafrechts”, 1885, páginas 187 e segs.; ROCCO, “Sul concetto del diritto subiettivo di punier”, Prato, 1905, reproduzido em suas “Opere Giuridiche”, 1932, volume III, págs. 127 e segs. Só se Começou a dar importância ao assunto depois da obra de BINDING.

⁶⁰ Para minuciosa exposição histórica das teorias clássicas sobre o direito de punir, cf. ROCCO, “Appunti storici sul a dottrina del diritto soggettivi in matéria penale e del rapporti di diritto penale”, in “Opere Giuridiche”, 1932, volume III, págs. 351 e segs.

Modernamente, a controvérsia que sobre o assunto se estabelece, é radical: ao lado dos que afirmam a existência de um direito penal subjetivo, situam-se outros que lhe negam totalmente a existência; ao lado dos que afirmam tratar-se de conceito fundamental e básico para o direito punitivo⁶¹, outros entendem constituir ele questão secundária e sem importância prática, repetindo, assim, a crítica que já no século passado era por SCHUTZE formulada⁶².

A doutrina dominante é a que sustenta a subjetivização da norma penal. Poucos são, porém, os autores que admitem a existência de um direito de punir penal⁶³. Evidentemente, no momento anterior ao direito positivo, o poder do Estado de editar a norma penal é apenas atributo da soberania, que é seu único possível fundamento jurídico. Trata-se de exercício do *jus imperii*, ou seja, de faculdade compreendida no poder político de imperar ou de dominação do Estado.

Com o aparecimento da norma jurídica, porém, afirma-se, surge necessariamente o direito subjetivo e a correspondente obrigação de dever jurídico. Argumenta-se, em geral, com a bilateralidade da norma jurídica, entendendo-se que o conteúdo desta relação jurídica é o direito do Estado à obediência ou observância dos preceitos penais e o correlativo dever de abstenção dos súditos em violá-los⁶⁴. Contra este entendimento opuseram-se numerosos autores, afirmando que a subjetivização da norma penal é uma concepção estreita, inspirada pelo direito privado, que de forma alguma se ajusta à realidade da justiça punitiva, onde apenas se manifesta o poder de dominação ou a soberania do Estado e um aspecto da sujeição geral dos súditos⁶⁵. Por outro lado, afirma-se que não pode haver um direito subjetivo onde há, não só uma

⁶¹ ROCCO, “Appunti”, pág. 357, e Sul concetto”, pág. 29: **“Per noi chi nega l’esistenza de um diritto subjettivo di punire dello Stato, si chiude la via a capire i fondamenti di tutto il sistema del diritto penale”**.

⁶² SCHUTZE, “Lehrbuch des deutschen Strafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuch”, 1872, pág. 2.

⁶³ LISZT-SCHMIDT, “Lehrbuch”, pág. 1, admitem, por parte do Estado, **“das Recht Strafe anzudrohen, sowie im Einzelfall sie zu Verhaengen und zu vollstrecken”**. Concepção zmpla aparece também em FLORIAN, “Parte Generale”, vol. I, pág. 15, e em PAOLI, “Il diritto penale Italiano”, 1936, pág. 85. Como diz GRISPIGNI, “Diritto Penale Italiano”, vol. I, pág. 277, o direito subjetivo antes da existência da norma penal constitui indagação de ordem filosófica, entrando no problema do fundamento racional, dos fins e dos limites do Estado e dela se ocupa a filosofia do direito.

⁶⁴ ROCCO, “L’Ogetto”, pág. 99; MASSARI, “La norma penale”, 1913, pág. 97; BINDING, “Die Normen”, vol. I, §§ 55 e 56; MERKEL, “Juristische Encyclopaedie”, §§ 159-170: **idem**, “Lehrbuch”, pág. 54; FINGER, “Lehrbuch”, pág. 1; SANTORO, “Fondamenti della esecuzione penale”, 1931, pág. 44; ANGELLOTTI, “La pretesa giuridica”, 1934, pág. 93; KELSEN, “Teoria general del derecho y del Estado”, trad., 1949, páginas 87 e 211, além de outros autores, alguns dos quais serão citados a seguir.

⁶⁵ Assim, MANZINI, “Trattato”, vol. I, página 81; BAUMGARTEN, “Der Aufbau der Verbrechenlehre”, 1913, pág. 32; ZÁNOBINI, “Sui apporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale”, in “Studi Senesi”, 1922, pág. 196; VASSALI, “La potestà punitiva”, 1942; ANTOLISEI, “Manuale”, pág. 37; CARNELUTTI, “Il danno e il reato”, págs. 98 e segs.; MAGGIORE, “Principi”, vol. II, pág. 353; SABATINI, “Istituzioni”, vol. I, pág. 163; DELITALA, “Il fatto”, pág. 216, e FERRI, “Principios de derecho criminal”, trad. Madri, 1933, pág. 113, afirmando que o direito de punir é concepção grotesca e que se ele existisse, o Estado apareceria como parte e juiz ao mesmo tempo. Entre nós, no mesmo sentido, ANIBAL BRUNO, “Direito Penal”, 1956, vol. I, págs. 32 e segs.

faculdade, mas também, um dever ou obrigação de punir⁶⁶, e que, conseqüentemente, na relação jurídica que surge com a norma penal, à obrigação jurídica de respeitar o preceito contrapõe-se um simples interesse protegido, não havendo também, por parte do réu, obrigação de submeter-se à pena⁶⁷.

Ao centro desta disputa situa-se o conceito altamente debatido de direito subjetivo, que não pertence ao direito privado (onde, porém, foi objeto de cuidadosa elaboração), mas à teoria geral do direito. Refoge aos nossos fins a análise deste difícil conceito, bastando-nos fixar o seu sentido fundamental, para examiná-lo em face da norma penal⁶⁸. Em sua essência o direito subjetivo é poder de exigir a realização da

⁶⁶ Vários autores negam que possam coexistir direito subjetivo e obrigação jurídica. Cf. HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte”, pág. 53; PETROCELLI, “Principi”, pág. 210: **“Dal riconoscere che nel diritto di punire sai incluso anche un dovere deriva l’esciudere in toto gli elementi che sono propri del diritto soggettivo”**. Estes elementos seriam três: interesse juridicamente protegido; poder da vontade para o desenvolvimento e a tutela desse interesse; autonomia de tal poder, isto é, livre disponibilidade do bem e da tutela. Este parece ser também o entendimento de THON, “Norma giuridica e diritto soggettivo”, trad., 1951, pág. 133. Cf., ainda, CARNELUTTI, “Lezioni di diritto processuale”, vol. I, pág. 102, e “Il danno e il reato”, 1926, pág. 101. ANTOLISEI, “Manuale”, pág. 37, não considera esta objeção decisiva, pois entende não ser absoluta a inconciliabilidade de direito subjetivo e dever, especialmente no campo do direito público. A doutrina dominante, realmente, reconhece que ao direito subjetivo é essencial o **poder** de exigir, não a **liberdade**. Cf. GRISPIGNI, “Diritto Penale Italiano”, vol. I, pág. 282, nota; VANNI, “Filosofia del derecho”, trad., 1941, página 112; BATTAGLINI, “Diritto Penale”, página 536; FLORIAN, “Parte Generale”, pág. 10; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Curso”, vol. I, pág. 119.

⁶⁷ PETROCELLI, “Principi”, págs. 208-211; MANZINI, “Trattato”, vol. I, pág. 81.

⁶⁸ A expressão **direito subjetivo** tem sentidos e aspectos diferentes, sendo este, de certa forma, um conceito poliédrico. A noção tradicional, que remonta ao direito romano, é a de que ele consiste numa **facultas agendi**, concepção de que surgiu a **teoria da vontade**, que o define como puro poder ou possibilidade jurídica de querer (HEGEL, WINDSCHEID). A está teoria objetou-se que a existência do direito independe da vontade e pode ocorrer, inclusive, contra ela (direitos irrenunciáveis), objeção a que WINDSCHEID respondeu: “A vontade imperante no direito subjetivo é apenas a vontade da ordem jurídica, não a do titular”. Uma outra teoria, chamada do **interesse** (IHERING), define o direito subjetivo com um interesse juridicamente protegido. Cedendo às críticas formuladas contra esta concepção, o próprio IHERING a modificou, para expressar que o direito subjetivo exige uma faculdade ou pretensão referida a um determinado interesse tutelado. Surgiu, assim, uma teoria que combina a vontade e o interesse, noções que se completam, já que a vontade sempre se exerce no sentido de um escôo, ou seja, da realização de um interesse. Este, por outro lado, envolve sempre um momento subjetivo ou psicológico. Esta teoria mista é largamente difundida. Vamos encontrá-la em JELLINEK, “System”, pág. 44: “Direito subjetivo é o bem ou interesse protegido pelo reconhecimento do poder volitivo humano” (**“das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschuetzte Guto der Interesse”**); em VANNI, “Filosofia del derecho”, pág. 111: “Direito em sentido subjetivo é a faculdade dos indivíduos ou dos entes coletivos, de obrar conforme à norma que garante seus fins e interesses, e de exigir dos demais o que é devido por razão da mesma norma”; em ROCCO, “L’oggetto del reato”, pág. 568: **“Facoltà o il potere, dato da una norma giuridica ad um soggetto, individualmente determinato, di volere o dia gire per la soddisfazione di um suo interesse e di imporre la sua volontà allá volontà di uno o di più altri soggetti**; em ENNECERUS, “Lehrbuch des bürgerlichen Rechts”, 1952, vol. I, §72: “O direito subjetivo é, conceitualmente, o poder outorgado pela ordem jurídica ao indivíduo, de conformidade com seus fins, como meio para satisfação de interesses humanos”. DEL VECCHIO, “Lezioni di filosofia del diritto”, 1946, pág. 257, todavia, opõe-se à introdução do elemento “interesse” na definição de direito subjetivo, pois existem interesses tutelados pela lei aos quais não correspondem direitos subjetivos. Interesse é o objeto da vontade. Todavia, como o objeto da vontade não é a vontade, assim também o interesse não é o direito. Direito subjetivo é **“la facoltà di volere e di pretendere attribuita a um soggetto, cui corrisponde um’obbligazione da parte d’altrui”**, THON, “Norma giuridica e diritto soggettivo”, pág. 207, aliás, criticando a IHERING, observava que o direito não é um interesse protegido, mas, precisamente, o meio de proteção de um interesse. Esta era, também, a concepção de BINDING. Ultimamente, por influência da obra de KELSEN (“Hauptprobleme der Staatsrechtslehre”), tem-se difundido uma concepção de maior rigor científico, segundo a qual devem ser desprezados os elementos estranhos à estrutura normativa. Seguindo neste passo a THON, KELSEN, “Teoria general del derecho y del Estado”, pág. 82, ensina que definir o direito subjetivo como interesse protegido e como vontade reconhecida pela lei, é

disposição contida na norma e a capacidade de determinar um comportamento nos sujeitos por ela obrigados. Neste segundo momento, aparece com elemento básico a *pretensão* à ação ou omissão alheia, que se funda na relação, que surge com a bilateralidade da norma jurídica. À pretensão corresponde sempre uma obrigação jurídica, pois da norma surge sempre uma relação entre duas ou mais pessoas: poder e dever são os termos necessariamente correlativos desta relação. O dever *jurídico* é exigível e implica logicamente na existência de um poder que o possa exigir. Não há dúvida, pois, de que com a norma penal surge também uma relação jurídica, e, conseqüentemente, direito subjetivo e obrigação ou dever jurídico.

Como observa ROCCO, em sua origem e em parte de seu desenvolvimento histórico, o direito de punir se apresenta mais como um assenhoreamento de fato do que como um poder de direito: a submissão ao Estado da pessoa do réu era completa, chegando até ao aniquilamento de sua personalidade. A impossibilidade de um direito de punir como direito absoluto do Estado sobre a pessoa do réu, surgiu com a afirmação no direito positivo da dignidade da pessoa e da qualidade de sujeito jurídico de todo homem como tal. Assim sendo, aquele poder político penal (*Strafgewalt*), originariamente absoluto e ilimitado, sendo juridicamente regulado, limitado e disciplinado, converte-se em *poder jurídico*, ou seja, em faculdade ou possibilidade jurídica de querer e de agir para realização de um fim⁶⁹. O direito de punir aparece, assim, como uma limitação jurídica ao poder punitivo do Estado⁷⁰, pois no Estado moderno, o exercício da soberania está subordinado ao direito. Eis porque a norma penal igualmente estabelece a limitação do direito subjetivo de liberdade do cidadão, que somente pode ser punido nos casos expressamente previstos.

A mais acabada sistematização das relações jurídicas que surgem com a norma penal e sua transgressão, é a realizada por GRISPIGNI⁷¹, que considerou vários momentos: *a)* anterior à existência da norma penal; *b)* posterior à existência da norma penal e antes que seja o crime praticado; *c)* posterior ao cometimento do crime; *d)* verificação jurisdicional penal; *e)* execução da pena. No primeiro momento (anterior à

igualmente incorreto. Tem-se direito ainda quando se não o queira exercitar e ainda quando não se reconheça o interesse a que ele se refere. O direito subjetivo consiste não em interesse presumido, mas na proteção jurídica, constituindo-se, assim, pela mesma norma jurídica, em relação ao indivíduo que deve expressar sua vontade, para o efeito de que a sanção seja executada. À mesma conclusão chega, por outros caminhos, RECASÉNS SICHES, “Vida humana, sociedad y derecho”, 1952, pág. 227, concebendo o direito subjetivo como uma referência da norma a determinadas situações pessoais, que se traduzem na possibilidade de fazer valer coativamente o dever jurídico.

⁶⁹ ROCCO, “Sul concetto”, págs. 132, 137 e 138.

⁷⁰ LISZT-SCHMIDT, “Lehrbuch”, pág. 1: “**Das Staatliche Recht zu strafen (ist) die rechtliche begrenzte Strafgewalt des Staates**”.

⁷¹ GRISPIGNI, “Diritto Penale Italiano”, páginas 275 e segs. O assunto foi também objeto de estudo especial por parte de MORO, “La subiettivizzazione della norma penale”, 1942, e SCARANO, “Il rapporti di diritto penale”, 1942.

existência da norma penal), não há direito subjetivo de punir, pois, como já vimos, o poder de estabelecer a norma é puramente um atributo da soberania ou do *imperium*. No segundo momento (posterior à existência da norma e anterior à prática do crime), surge uma relação jurídica, com a obrigação para os súditos de observarem determinada conduta, constituindo dever jurídico de abstenção do crime, que é de natureza pública e não passa de uma forma geral do dever de obediência aos preceitos jurídicos. A tal dever corresponde para o Estado a faculdade de exigir a abstenção do crime. No terceiro momento (posterior à prática do crime), a relação que surge é regulada pelo preceito secundário (sanção), ou seja, o direito público subjetivo do Estado, de punir, que consiste na faculdade de infligir a pena ao autor do fato e de exigir deste que se submeta à diminuição de bens jurídicos determinada pelos órgãos da jurisdição, nos limites fixados pelo direito objetivo. A obrigação do réu consiste num *aliquid pati*, ou seja, na tolerância das conseqüências do crime, com o dever de abster-se de resistência. O direito que aqui surge é transformação do direito à omissão do crime; não é direito absoluto (*erga omnes*), existindo apenas em relação aos violadores da norma penal. No quarto momento (verificação jurisdicional), surge uma relação processual penal, em que o direito de ação é independente do direito subjetivo de punir. Finalmente, após a condenação, no momento de execução da pena, a relação que se estabelece é fundada na norma e na sentença, que estabelece a extensão e condições de aplicação da pena⁷².

Em conclusão, pode afirmar-se que o crime é sempre ofensa ao direito subjetivo que surge com o estabelecimento da norma penal, direito que pode ser considerado *objeto formal* do delito.

12. BINDING afirmava que o crime constitui sempre ofensa a um direito geral de supremacia ou de obediência (*Notmaessigkeitsrecht*), que, juntamente com os direitos subjetivos individuais, integra a categoria de direitos subjetivos⁷³. Tal direito seria de conteúdo indeterminado, surgindo normas de direito público. ROCCO, porém, bem demonstrou que somente é possível conceber um direito de supremacia *especial*, ou seja, um particular direito à obediência que se funda nas normas penais (comandos e

⁷² A elaboração de GRISPIGNI, em seus pontos fundamentais, é acolhida por PANNAIN, “Manuale”, pág. 32; SANTORO, “Diritto Penale”, pág. 33; BETTIOL, “Diritto Penale”, pág. 139; RANIERI, “Diritto Penale”, 1945, pág. 25, e pelo nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Curso de Direito Penal”, 1954, voll. I, pág. 116. Em sua “Introduzione alla Sociologia Criminale”, 1928, pág. 172, porém, GRISPIGNI entendia que não é exato caracterizar o crime como violação do direito do Estado à omissão do fato delituoso.

⁷³ BINDING, “Die Normen”, vol. I, pág. 96, Cf. KAUFMANN, “Lebendiges und Totes”, páginas 268 e segs.

proibições), tendo por conteúdo o direito a determinada ação ou omissão que o direito penal proíbe ou impõe⁷⁴. Um direito genérico de obediência, sem conteúdo, não existe.

13. Importa, ainda, verificar se o crime constitui também, em todos os casos, ofensa a outro direito subjetivo, corresponde à violação concomitante de um direito extrapenal, como afirmam os partidários do caráter sancionatório do direito penal.

A indagação em torno ao caráter sancionatório ou autônomo e constitutivo do direito penal divide a doutrina. Trata-se de saber se os preceitos do direito penal são próprios do direito punitivo e estabelecidos pelas normas penais, ou se já se encontram em outros ramos do direito, sendo função do direito penal reforçar, com as próprias sanções e preceitos, as sanções que já se contêm em outras disposições da ordem jurídica.

Nem sempre os partidários do direito penal sancionatório se servem dos mesmos argumentos. Uma concepção antiga (HOBBS, PUFFENDORF, ROUSSEAU, BENTHAM) entendia que o direito penal se distingue dos outros ramos do direito pela natureza de sua sanção e que seus preceitos pertencem ao direito privado ou ao direito público extrapenal, de sorte que o direito penal os incorpora com uma função puramente sancionatória.

BINDING, fundado em sua famosa teoria das normas, afirmava também, por outras razões, o caráter sancionatório do direito penal. Como se sabe, a teoria das normas parte da distinção conceitual entre *norma e lei penal*: a norma cria o ilícito; a lei, o crime (*die Norm schafft die rechtswidrige, das Strafgesetz die verbrecherische Handlung*). A conduta delituosa viola a norma, mas não a lei penal, cuja prescrição realiza (em relação ao homicídio, a norma dispõe: “não matar”; a lei penal, “o que matar, será punido...”). As *normas* são normas jurídicas, mas não pertencem ao direito penal, correspondendo quase todas a outros ramos do direito, embora sejam sempre de direito público⁷⁵, constituindo um imperativo puro imotivado (*ein reiner, unmotivierter, insbesondere nich durch Strafandrohung motivierter Befehl*). Contra a teoria das normas objetou-se especialmente que a indeterminação da natureza destas é

⁷⁴ ROCCO, “L’oggett del reato”, pág. 99; BETTIOL, “Diritto Penale”, pág. 140; GRISPIGNI, “Introduzione”, pág. 171, BATTAGLINI, “Diritto Penale”, pág. 140, entende que um direito do Estado à obediência, em si e por si, é inviolável por falta de conteúdo.

⁷⁵ Cf. BINDING, “Die Normen”, vol. I, páginas 4 e segs. Admitindo o caráter sancionatório do direito penal, partindo da teoria das normas: LISZT-SCHMIDT, “Lehrbuch”, pág. 106 (não, porém, nas primeiras edições); MEYER-ALLFELD, “Lehrbuch”, pág. 72; KOHLER, “Deutsches Strafrecht”, 1917, pág. 94; FRANK, “Kommentar”, 1931, pág. 8. Veja-se ainda os autores citados por MEYER-ALLFELD (pág. 73, nº 11) e FRANK, loc. Cit. Mais recentemente, no mesmo sentido, GRAF ZU DOHNA, “Aufbau der Verbrechenslehre”, 1950, pág. 10.

inconcebível, pois elas se situam além do campo do direito⁷⁶, e, ademais, que a norma jurídica é uma só, estando implícita na descrição legal, que é formulada de forma positiva apenas por questão de técnica legislativa⁷⁷. Por outro lado, KELSEN demonstrou que o sistema de BINDING leva a crer que a sanção não é essencial à norma jurídica⁷⁸.

Finalmente, uma última corrente, mais prestigiosa, inaugurada por GRISPIGNI, afirma que todos os bens tutelados pelo direito penal já aparecem tutelados por outras normas jurídicas, e que, assim, os preceitos penais pressupõem preceitos não penais, de que são apenas reforço. A precedência, porém, não é histórica, mas lógico-funcional (a tutela penal, sendo mais grave é logicamente posterior). Assim sendo, o direito penal é *ulteriormente* sancionatório, o que não importa em negar sua autonomia⁷⁹. Esta teoria não teve qualquer repercussão na Alemanha, e ainda que fosse verdadeira, seria manifesta sua inutilidade. Parte de um pressuposto hoje seriamente posto em dúvida, qual seja o de que o crime é unicamente ofensa a um bem jurídico, e não conseguiu, apesar das acrobacias dialéticas de GRISPIGNI, responder ao argumento fundamental de ROCCO: há fatos ilícitos que somente produzem conseqüências penais. Se se afirma a independência e autonomia dos preceitos penais, nenhum sentido e nenhuma relevância tem a circunstância de ocorrer concomitantemente a violação de um direito extrapenal, público ou privado, com a realização do fato delituoso. Nem é preciso recorrer a esta teoria para explicar a exclusão da antijuridicidade da ação pelo exercício de um direito exclui a antijuridicidade da conduta porque não teria qualquer sentido que a ordem jurídica de um lado permitisse e de outro proibisse determinada ação. Neste ponto, como em muitos outros, há uma interpenetração de disposições pertencentes a diversos campos do direito, todas integrando a ordem jurídica, que é uma só e não dividida em compartimentos.

A teoria de GRISPIGNI encontrou vários seguidores⁸⁰ e não poucos opositores⁸¹.

⁷⁶ Cf. BINDER, “Rechtsnorm und Rechtspflicht”, 1912, pág. 37. A teoria das normas de cultura de MAX ERNST MAYER (“Rechtsnormen und Kulturnormen”, 1903) constitui igualmente uma fundação meta-jurídica da norma.

⁷⁷ ROCCO, “L’oggetto del reato”, pág. 74; *idem*, “Sul cosiddetto carattere sanzionatorio de diritto penale”, in “Giurisprudenza Italiana”, volume 56.

⁷⁸ KELSEN, “Hauptprobleme der Staatsrechtslehre”, 1911, págs. 226 e segs. Para exposição e análise das críticas mais importantes (KELSEN, BINDER, VON HIPPEL, RUDOLF LAUN), cf. ARMIN KAUFMANN, “Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie”, págs. 41 e segs. Cf., ainda, ASÚA, “Tratado”, vol. II, página 268, e PETROCELLI, “L’Antigiuridicità”, 1951, pág. 19.

⁷⁹ A GRISPIGNI se deve o ressurgimento da teoria do caráter sancionatório do direito penal, totalmente abandonada após a obra de ROCCO. Seu primeiro trabalho a respeito foi “Il carattere sanzionatorio del diritto penale”, publicado na “scuola Positiva”, 1920. Veja-se também seu “Corso di Diritto Penale”, vol. I, páginas 26 e segs., e, especialmente, seu “Diritto Penale Italiano”, vol. I, págs. 232 e segs., onde procura desenvolver cerradíssima argumentação em favor de sua tese.

⁸⁰ CARNELUTTI, “Il danno e il reato”, páginas 57, 82 e 89; SANTORO, “Fondamenti della esecuzione penale”, pág. 35; FROSALI, “Reato, danno e sanzioni”, 1932, págs. 160 e segs.; SOLER, “Derecho Penal Argentino”, vol.

O direito penal somente tem caráter sancionatório quando, sem estabelecer preceitos, fornece a sanção a preceitos extrapenais. Mesmo nos casos em que o direito penal tutela bens ou interesses que já são objeto de proteção jurídica através de outros ramos do direito, as disposições penais, os conceitos e as características estabelecidas pela norma penal são inteiramente independentes e formuladas segundo critérios próprios. Bastaria isto para afirmar a inutilidade da teoria impugnada.

O crime não é, pois, necessariamente, também, ilícito extrapenal e ofensa a direito subjetivo público ou privado que deriva de norma extrapenal. Afirma-se, assim, o caráter normativo, autônomo e constitutivo do direito que nossa disciplina estuda.

14. Cumpre rever o longo caminho percorrido e estabelecer conclusões, muitas das quais já deixamos antecipadas na exposição doutrinária que realizamos. Como vimos, o estudo do objeto do crime diz respeito a várias questões de irrecusável transcendência para a dogmática jurídico-penal, permitindo estabelecer as bases para a construção sistemática da teoria do delito, e, especialmente, proporcionando visão mais perfeita e mais clara sobre o conceito substancial do fato punível.

I — Aceitamos a nomenclatura de ROCCO, afirmando que existe um *objeto formal* do crime, constituído pela ofensa sempre irrogada pela ação delituosa, ao direito público subjetivo do Estado à observância do preceito penal. A existência de direitos públicos subjetivos, posto que contestada, é uma afirmação inegável diante da bilateralidade da norma jurídica. Não há porque admitir a existência de simples interesses protegidos, em contraposição a obrigações jurídicas, se a teoria geral do direito nos fornece, com o direito subjetivo, os elementos para estabelecer, a disciplina científica dos direitos e deveres, das obrigações e faculdades que surgem ou decorrem do estabelecimento da norma penal. Nem há como, diante de uma obrigação ou de um dever *jurídico*, negar a existência de um correspondente direito ou pretensão, já que o dever, sendo jurídico, é necessariamente *exigível*, pressupondo o poder e a faculdade de exigi-lo.

Anteriormente ao surgimento da norma penal, não há falar em direito subjetivo do Estado. Somente seria possível cogitar aqui de direitos, recorrendo-se às teorias nebulosas do direito natural: o poder do Estado de estabelecer a norma jurídica e a

I, pág. 44; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Curso”, vol. I, pág. 14; MAGGIORE, “Diritto Penale”, pág. 28; ASÚA, “La ley y el delito”, 1945, pág. 19.

⁸¹ Contra o caráter sancionatório do direito penal, além de ROCCO, especialmente, PAOLI, “Il diritto penale

norma jurídico-penal é puramente atributo do poder político de dominação, fundado na soberania.

Com o aparecimento da *norma agendi* surge necessariamente a relação jurídica que se estabelece entre o Estado e os destinatários da norma, relação que tem como conteúdo o direito subjetivo do Estado à observância dos preceitos penais, com o poder ou a faculdade de exigir a abstenção da prática de ações delituosas. A tal direito corresponde o dever de observância do comando ou da proibição contido na norma. Titular de tal direito é sempre o Estado-Administração.

À obrigação de respeitar a norma sucede a obrigação de submeter-se às conseqüências jurídicas de sua transgressão. Com a violação da norma penal, ou seja, com a prática do crime, ocorre uma transformação do direito que surge com a norma, aparecendo a pretensão punitiva do Estado. O conteúdo desta relação jurídica é constituído pelo direito subjetivo do Estado à imposição da pena, com a correspondente obrigação jurídica do réu, de a ela sujeitar-se (*servitus poenae*). O direito que aqui surge é, evidentemente, contra o violador da norma.

II — Por que a norma penal impõe um dever, o crime constitui sempre violação desse dever imposto pela norma. Trata-se de uma decorrência lógica da bilateralidade da norma jurídica, que, por um lado, confere um direito; e, por outro, estabelece um dever. Ainda aqui estamos diante de um aspecto formal, pois a conduta delituosa, se possui um conteúdo material, somente pode realizar-se pela transgressão de um comando ou de um imperativo, do qual surge o *dever jurídico* de obediência. Este aspecto é sumamente importante em face da normatividade do direito, mas não é o único objeto jurídico do crime, nem o de maior relevância. Evidentemente, o estabelecimento ou a imposição de um dever jurídico, que surge com a norma penal, não significa que tal dever seja um fim em si: a violação de um dever é, por assim dizer, o modo de ser da infração penal, que somente adquire sentido como meio para obtenção de uma conduta socialmente útil, vale dizer, com meio de tutela de um valor social⁸².

III — Objeto do crime é aquilo que a ação delituosa atinge; é o conteúdo material ou realístico da norma penal. Para que se chegue a conhecer esta *realidade* que a ação incriminada atinge, é indispensável, sem dúvida, partir de um exame do sentido da ordem jurídica em geral, e da ordem jurídico-penal em particular. Parece inegável que o legislador, ao ameaçar com a imposição de pena certa conduta, ou seja,

⁸² Analogamente, HOLD VON FERNECK, “Die Rechtswidrigkeit”, 1903, pág. 75.

ao estabelecer uma proibição ou um comando, visa determinar nos destinatários da norma um comportamento oposto àquele que incrimina. Como já se disse, com grande propriedade, o preceito jurídico não visa pôr à prova a obediência dos súditos, mas, evitar o que é proibido ou conseguir o que é imposto⁸³. A norma jurídica é apenas *meio* para determinado fim, que, a *juízo do legislador*, constitui um bem ou interesse da coletividade. Se determinada ação ou omissão é punível, é porque corresponde a um *desvalor* da vida social, constituindo um fato que lesa ou expõe a perigo interesses importantes da vida coletiva, cuja tutela supõe-se exigir a ameaça da pena criminal. É importante, porém, observar, desde logo, que o momento fundamental do crime é sua antijuridicidade, isto é, sua violação ou contrariedade ao direito. O crime é, em primeiro lugar, o contraste entre determinada conduta e as exigências do direito. Daí poder afirmar-se que a efetiva causação de dano ou perigo não é característica lógica necessária do conceito de crime⁸⁴, desde que é possível conceber a incriminação de um fato que nenhum dano ou perigo efetivo acarreta ao objeto da tutela jurídica. Impõe-se, assim, este esclarecimento preliminar indispensável: o *desvalor* da ação punível é aquele que o legislador reconhece como tal, não se excluindo que possa haver erro nesse juízo de valor realizado por quem estabelece a norma.

Qual o conteúdo desse *desvalor*? Em sua essência, a conduta incriminada é ofensa a um *bem jurídico* suposto pelo legislador. O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma *realidade* contemplada pelo direito. Bem jurídico é um *bem* protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica. Não é possível afirmar *a priori* que o bem jurídico é sempre um estado ou uma condição, e muito menos a identidade substancial do objeto de proteção: este será, conforme seja a norma, realmente, um estado (como a integridade corporal), mas pode também ser um sentido (como a honra ou o respeito aos mortos), um direito subjetivo (como a propriedade), enfim, um bem corpóreo ou incorpóreo. Só é possível afirmar que o bem jurídico é sempre um *estado*, se se admite constituir o bem o estado de integridade ou tranqüilidade em que se acha a realidade que o crime ofende, como seja, a honra, a paz pública, o patrimônio, a fé pública, etc. estado que se refere a um sentimento, à condição de um objeto, ao imperturbável exercício de um direito, etc. Nesse sentido, não há objeção à teoria do bem jurídico como estado.

⁸³ THON, “Norma giuridica e diritto soggettivo”, 1951, pág. 13; ROCCO, “L’oggetto del reato”, pág. 238.

⁸⁴ HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte”, página 4.

Certos conceitos, como o de fé pública, moral pública, saúde pública e outros, relativos a crimes contra a coletividade, são necessariamente menos precisos, porque correspondem a bens ou valores abstratos ou ideativos, representando um sentimento, um estado ou interesse coletivo. Nem por isso, todavia, deixam de referir-se a concreta realidade social. Bem não é o interesse protegido. Objeto da tutela é o bem, não o interesse, mas nada impede que a este se refira o intérprete, pois se trata, tão-somente, de um aspecto subjetivo ou de um juízo de valor sobre o bem como tal. Inaceitável é o conceito objetivo de interesse, pois este denota sempre uma atitude mental⁸⁵. Não é possível afirmar que existe um interesse, sem um juízo ou uma opinião sobre a capacidade ou idoneidade do bem para satisfazer uma necessidade.

O bem jurídico não se confunde com o escopo da norma. Fim e objeto são categorias logicamente distintas, embora não haja escopo sem objeto. O fim da norma é a tutela de um valor social, que não se compõe exclusivamente de um bem jurídico: o desvalor da conduta delituosa não é dado apenas pela ofensa a um bem jurídico. Quando mais não fosse, bastaria isto para excluir que escopo da norma e bem jurídico possam ser a mesma coisa. O escopo da norma, porém, é o mais valioso elemento para identificação do bem jurídico, pois a este somente é possível chegar através da interpretação da norma. E nesta é o escopo de capital importância (método teleológico). Servirá, assim, ao intérprete, a constatação do fim visado pelo legislador ou da motivação da norma, sua classificação no sistema legal a que pertence, considerando-se os títulos, capítulos ou seções, bem como as rubricas laterais, embora a colocação na lei não seja decisiva⁸⁶, e também a natureza do evento resultante da conduta incriminada. É na base do bem jurídico tutelado que se faz a classificação dos crimes na parte especial do Código, sendo sua identificação de grande valor prático na aplicação da lei penal.

IV — A ofensa a um bem jurídico não esgota o conteúdo do desvalor existente na conduta delituosa. Punível não é a violação do bem jurídico como tal, mas determinada ação ou omissão que a lei penal incrimina. E se tal conduta causa um resultado de dano ou perigo a um bem jurídico, é certo que o desvalor da conduta, que o legislador considera ao efetuar a incriminação do fato, relaciona-se com vários outros fatores de grande relevância, e por vezes mais importantes do que a simples causação do evento. Baste considerar que geralmente não se pune toda e qualquer ofensa ao bem jurídico, mas somente aquela que é praticada de certa forma, ou por certos meios, ou

⁸⁵ E. F. CAMUNS, “Filosofia Jurídica”, 1948, pág. 269.

⁸⁶ BINDING, “Lehrbuch”, vol. I, pág. 5; HIRSCHBERG, “Die Schutzobjekte”, pág. 78.

por certas pessoas (crimes próprios), e, em qualquer caso, havendo um determinado conteúdo psicológico na ação (culpabilidade). Há grande diferença entre as penas cominadas ao homicídio doloso e ao homicídio culposo, o que significa que a ofensa ao mesmo bem jurídico tem, num e noutro caso, um desvalor social diverso, que se relaciona com a valoração da conduta e não do resultado. O não pagamento de uma dívida de um milhão de cruzeiros constitui ofensa ao patrimônio incomparavelmente mais grave do que a subtração furtiva de poucos cruzeiros. Não obstante a lesão muitíssimo maior, do bem jurídico, com o primeiro fato, somente o segundo é punível. É claro que o dano ou o perigo para os interesses da vida coletiva são maiores com a subtração, mas este perigo ou este dano advém da *modalidade do fato* e não do resultado de dano ao patrimônio. Há crimes em que o legislador *presume* o resultado de perigo (crimes de perigo abstrato), os quais constituem fatos em que a referência ao bem jurídico é puramente nominal, sendo este simples motivo ou critério para afirmação do desvalor da conduta, que em si mesma não é, ou pode não ser, ofensa ao bem tutelado. Em tais casos, o conteúdo material da infração passa a um plano secundário, surgindo de forma preponderante a violação do dever jurídico. Não é possível dividir os fatos puníveis em duas categorias destacadas, conforme prepondere a ofensa ao bem jurídico ou o desvalor da ação, como violação de um dever, pelas dificuldades que este critério de classificação apresenta. Trata-se de aspectos que na maioria dos casos se completam e se conjugam para um só efeito.

Surge, assim, o crime, como realização de um desvalor social, que o direito penal procura evitar cominando a sanção criminal para a violação da norma, visando, pois, por parte dos destinatários da mesma, uma conduta que se ajuste aos princípios éticos dominantes e seja socialmente valiosa. Tal desvalor expressa-se com a ofensa a um bem jurídico, por um lado, tendo-se em vista o dano ou perigo que o crime causa a um bem particular da vida humana ou da coletividade, e, por outro, com a valoração da conduta em si, ou seja, com a afirmação do desvalor da ação através da imposição de um dever jurídico que o fato punível viola.

(*) Publicado na Revista Forense, e, posteriormente, como capítulo do livro Direito Penal e Direitos Humanos, ed. Forense, 1977.