

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tatiana Maria Badaró Baptista

**BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL:
novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**

Belo Horizonte
2016

Tatiana Maria Badaró Baptista

**BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL:
novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de estudo: Direito Penal Contemporâneo

Orientadora: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales

Belo Horizonte

2016

B222b Baptista, Tatiana Maria Badaró
 Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos
 desafios da teoria do bem jurídico / Tatiana Maria Badaró
 Baptista - 2016.

 Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales
 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de
 Minas Gerais, Faculdade de Direito.

 1. Direito penal - Teses 2. Bem juridico 3. Interesse
 transindividual I.Título

 CDU(1976) 343.2.01

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Tatiana Maria Badaró Baptista

**BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL:
novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: __/__/__

Orientador: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales

Professor Convidado:

Professor Membro:

Belo Horizonte, 11 de maio de 2016.

Para Vintão e Sinhana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Sheila Jorge Selim de Sales, pela zelosa orientação, pela paciência e solicitude.

Ao Professor Hermes Vilchez Guerrero, pelo incentivo ao ingresso no Mestrado e pelo exemplo profissional.

Aos professores Luís Augusto Sanzo Brodt, Daniela de Freitas Marques, Felipe Martins Pinto e Túlio Lima Vianna, pelos ensinamentos e pelas proveitosas discussões em sala de aula.

Ao Professor Carlos Henrique Borlido Haddad, pelas preciosas observações feitas durante a banca de qualificação.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação, pelo auxílio e atenção. Aos queridos antipenalistas, abolicionistas e demais companheiros da Linha de Pesquisa 1 (BBL), por tornarem essa jornada mais feliz. A amizade de vocês é o maior presente que a pós-graduação me deu!

A meus amados pais, a quem dedico este trabalho, por serem meu porto seguro.

A meus irmãos, pelo apoio e compreensão.

Ao Lucas, pelo afeto e por se aventurar comigo pelo mundo.

“Na parede de um botequim de Madri, um cartaz avisa: ‘Proibido cantar’. Na parede do aeroporto do Rio de Janeiro, um aviso informa: ‘É proibido brincar com os carrinhos porta-bagagem’. Ou seja: Ainda existe gente que canta, ainda existe gente que brinca.”
(GALEANO, Eduardo. *O Livro dos Abraços*)

RESUMO

O presente trabalho aborda os principais desafios impostos à dogmática penal a partir do protagonismo adquirido no debate jurídico por novos bens jurídicos supraindividuais típicos do Direito Penal moderno. A referência a bens jurídicos de titularidade não individual nem estatal aparece, pela primeira vez, na obra de Birnbaum, mantendo-se como tópico obrigatório de análise ao longo de todo o caminhar evolutivo da teoria do bem jurídico. Contudo, foram os processos de modernização, expansão e administrativização do Direito Penal que colocaram em destaque os crimes contra bens jurídicos supraindividuais. Tais crimes, em geral, recorrem às polêmicas estruturas delitivas de perigo abstrato, mais especificamente aos tipos de preparação e de acumulação. Esse contexto propiciou o atual momento de crise da função crítico-garantista do bem jurídico, marcado pela incerteza quanto à longevidade da teoria e pela divisão da doutrina contemporânea entre opositores e defensores da concepção. No escopo de restabelecer a capacidade da teoria do bem jurídico de limitar a atividade de criminalização, propõe-se abandonar uma concepção ideal de bem jurídico em prol de uma concepção real, a partir da qual a categoria é compreendida, à luz do princípio da ofensividade, como objeto de ofensa e não objeto de tutela e, por conseguinte, como algo passível de ser lesionado. O conceito de bem jurídico-penal, não obstante mantenha a Constituição como ponto de partida, encontra seu conteúdo material na teoria pessoal do bem jurídico, sendo definido como dado da realidade que serve ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Sob uma perspectiva monista-pessoal, os bens jurídicos supraindividuais também atendem a necessidades humanas essenciais, mas são, ainda, identificados com base em três critérios: 1) não exclusividade do uso; 2) não rivalidade do consumo regular e 3) não distributividade conceitual, fática ou jurídica. As condutas tipificadas como crimes de perigo abstrato contra bens jurídicos supraindividuais devem observar o requisito geral da possibilidade *ex ante* não insignificante de dano, bem como os requisitos específicos da conformidade com fins delituosos (crimes de preparação) e da possibilidade real e iminente de acumulação com potencial lesivo (crimes de acumulação).

Palavras-chave: Bem jurídico-penal supraindividual. Teoria pessoal do bem jurídico. Modernização do Direito Penal. Princípio da ofensividade. Crimes de perigo abstrato.

ABSTRACT

This paper addresses the main challenges imposed to criminal dogmatic since the major role acquired in the legal debate by the new supra-individual interests present in modern criminal law. The reference to non-individual nor statal ownership of legal interests appears for the first time in the work of Birnbaum, maintaining itself as a mandatory topic of analysis throughout the evolutionary journey of the theory of legal interest. However, the processes of modernization, expansion and administrativization of criminal law were the ones that highlighted crimes against supra-individual interests. Those crimes generally resort to controversial criminal structures of abstract danger, more specifically the types of preparation and accumulation. This context led to the current time of crisis of the critical-garantist function of the legal interest, marked by uncertainty about the longevity of the theory and division of contemporary doctrine between opponents and supporters of such conception. In the scope of restoring the capacity of the legal interest theory to limit the criminalization processes, it is proposed to give up on an ideal conception of legal interest in favor of a real one, from which the category is understood, according to the principle of offensiveness, as an object of offense and not object of tutelage and, therefore, as something that could be injured. The concept of legal-criminal interest, even though it holds the Constitution as a starting point, finds its material content in personal theory of the legal interest, being defined as a reality given that serves the free development of human personality. Under a personal-monistic perspective, the supra-individual legal interests also meet essential human needs, but are also identified based on three criteria: 1) non-exclusive use; 2) unrivaled regular consumption and 3) non-conceptual distributiveness, factual or legal. The behaviors typified as abstract danger crimes against supra-individual legal interests must meet the general requirement of the *ex ante* possibility of non-insignificant damage, as well as the specific requirements of compliance with criminal purposes (crimes of preparation) and the real and imminent possibility of accumulation with harmful potential (crimes of accumulation).

Keywords: Supraindividual legal and criminal interest. Personal theory of legal interest. Modernization of criminal law. Principle of offensiveness. Abstract danger crimes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO:	
PANORAMA GERAL	13
2.1 Marco inicial: o Iluminismo.....	13
2.2 A tutela de direitos subjetivos em Feuerbach	15
2.3 A contribuição de Birnbaum: a noção de bem.....	18
2.4 Binding, a expressão “bem jurídico” e o positivismo legal	23
2.5 O positivismo sociológico de Liszt e os interesses juridicamente protegidos	29
2.6 Neokantismo e a concepção metodológico-teleológica de bem jurídico.....	33
2.7 A teoria do bem jurídico nos regimes totalitários do século XX	38
2.8 A proteção de valores ético-sociais em Welzel	43
2.9 Hassemer e a teoria pessoal do bem jurídico-penal.....	48
2.10 Teorias funcionalistas-sistêmicas: Jakobs e Amelung.....	55
2.11 As teorias constitucionais do bem jurídico-penal	64
3 A CRISE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL	
CONTEMPORÂNEO	72
3.1 Sociedade de risco, criminalidade moderna e modernização do Direito Penal	72
3.1.1 Expansão e “administrativização” do Direito Penal.....	76
3.1.2 Consequências da modernização para a teoria do bem jurídico	82
3.1.3 O papel protetivo do Direito Penal em xeque: a teoria “negativa” do bem jurídico	87
3.2 O esgotamento das teorias constitucionalmente orientadas	91
3.2.1 A questão da “obrigação” constitucional de criminalizar	92
3.1.2 A questão da (in)constitucionalidade da norma penal sem bem jurídico.....	101
3.3 “Crimes sem bem jurídico”: exceções ao dogma do bem jurídico?	108
4 O DEBATE A RESPEITO DA SOBREVIVÊNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO.....	116
4.1 Oposições à teoria do bem jurídico	116
4.2 Em defesa da teoria do bem jurídico	124
5 BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL: QUESTÕES	
CONTROVERSAS	134
5.1 Classificação dos bens jurídicos quanto à titularidade	134

5.2 As perspectivas monistas e dualistas.....	138
5.3 Bem, interesse ou valor supraindividual?.....	141
5.4 Bem jurídico-penal supraindividual, tipicidade e princípio da insignificância ...	147
5.5 Bem jurídico-penal supraindividual e causas de exclusão da ilicitude.....	153
5.6 “Falsos” bens jurídicos supraindividuais	159
5.7 Bens jurídicos imediatos e intermediários.....	164
5.8 Bem jurídico-penal supraindividual e funções.....	169
5.9 Bem jurídico-penal supraindividual e objeto material do delito.....	175
6 BEM JURÍDICO-PENAL SUPRANDIVIDUAL E CRIMES DE PERIGO	
ABSTRATO	183
6.1 Crimes de dano e crimes de perigo.....	183
<i>6.1.1 Crimes de perigo concreto</i>	<i>184</i>
<i>6.1.2 Crimes de perigo abstrato</i>	<i>185</i>
6.2 A polêmica envolvendo os crimes de perigo abstrato	187
6.3 Definindo perigo abstrato e perigo concreto: os juízos <i>ex post</i> e <i>ex ante</i>	191
6.4 Bem jurídico-penal supraindividual e estruturas delitivas de perigo abstrato....	197
<i>6.4.1 Crimes de ação concretamente perigosa.....</i>	<i>201</i>
<i>6.4.2 Crimes de preparação</i>	<i>205</i>
<i>6.4.3 Crimes de acumulação.....</i>	<i>211</i>
7 CONCLUSÕES.....	220
REFERÊNCIAS	228

1 INTRODUÇÃO

Conquanto o conceito de bem jurídico não possua relevância no debate dogmático-penal na França e no sistema anglo-americano¹, fato é que, na maioria dos países da tradição romano-germânica, a questão filosófica fundamental a respeito dos limites da criminalização legítima ainda é respondida, bem ou mal, com base na teoria do bem jurídico.

No entanto, a trajetória centenária da teoria do bem jurídico é marcada, inclusive nos sistemas jurídico-penais que a acolheram, por uma série de altos e baixos. Assim, se, por um lado, a teoria tocou o “fundo do poço” durante o regime totalitário nazista na Alemanha, por outro, alcançou seu auge no período pós-Segunda Guerra Mundial, logrando significativo sucesso na reforma do Direito Penal sexual alemão.

Na atualidade, a teoria do bem jurídico é tida, por alguns, como uma teoria “fora da moda” ou em seu “leito de morte”, sendo lugar-comum falar em crise da teoria do bem jurídico. Com efeito, é inegável que a noção de bem jurídico enfrenta uma crise no que diz respeito a sua função de controle crítico da atividade de incriminação do legislador penal. Apesar disso, a intensa produção doutrinária dos últimos anos, impulsionada pelos próprios opositores da teoria, constitui um indicativo de que ela está mais viva do que nunca.

Diante disso, observa-se que os bens jurídicos supraindividuais têm ocupado, nos últimos tempos, o centro das principais discussões doutrinárias. Isso porque os processos de modernização e expansão do Direito Penal, tão aprofundados nas sociedades de risco contemporâneas, colocaram em xeque a capacidade de rendimento da categoria liberal-individualista de bem jurídico, na forma tradicionalmente forjada pelo pensamento do iluminismo burguês. Afinal, é questionável se os bens de titularidade difusa e conteúdo abstrato, nebuloso e intangível – postulados pelo legislador penal como supostamente impactados pelas inovações tecnológicas e pela globalização econômico-financeira – são autênticos bens jurídico-penais ou invenções artificialmente criadas para justificar a incriminação.

Ademais, a multiplicação de bens jurídico-penais de titularidade supraindividual se faz acompanhar, como consequência do perfil espiritualizado desses novos bens, pela ampliação do recurso aos crimes de perigo abstrato. De forma geral, as diferentes estruturas delitivas contempladas pela ideia de perigo abstrato são criticadas sob o argumento de que

¹ Nos países do *Common Law*, o debate sobre a legitimidade das proibições penais se estrutura com base, principalmente, em princípio que desempenha, de forma paralela, uma função bastante próxima à da teoria do bem jurídico: o *harm principle* ou, na tradução, princípio do dano. Cf. FEINBERG, Joel. *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1.

reduzem o conceito de bem jurídico a mero expediente de interpretação sistemática do tipo penal, uma vez que dispensam a demonstração empírica do nexo de causalidade entre a conduta humana e o menoscabo ao objeto de tutela. Segundo essa visão, a escalada da técnica legislativa do perigo abstrato se relacionaria com a crise da função crítica da teoria do bem jurídico, pois sempre seria possível indicar, em abstrato, um bem legítimo como afetado pela conduta proibida, ainda que absolutamente inofensiva.

Dentro desse contexto, a crise da função crítico-garantista da teoria do bem jurídico se reflete tanto em iniciativas a favor de conferir maior elasticidade ao conceito – com o fim de suprimir obstáculos dogmáticos ao movimento de neocriminalização – quanto de abandoná-lo como pressuposto obrigatório para a criminalização de toda e qualquer conduta. Daí que se faz necessário retomar a investigação sobre os fundamentos que amparam a teoria do bem jurídico, suas potencialidades e limitações, no escopo de enfrentar os desafios dogmático-jurídicos apresentados pelo protagonismo adquirido na discussão pelos bens jurídicos supraindividuais. Esse é o principal propósito do presente trabalho.

Com essa finalidade, apresenta-se, ao longo do capítulo 2, um panorama geral da evolução histórica do conceito de bem jurídico-penal. O capítulo 3 trata da crise contemporânea da teoria do bem jurídico e sua relação com o fenômeno de modernização do Direito Penal sob o paradigma das sociedades de risco. O capítulo 4 apresenta os mais destacados posicionamentos doutrinários em oposição e em defesa da manutenção do dogma do bem jurídico. O capítulo 5 discute os principais pontos polêmicos relativos à categoria dos bens jurídico-penais supraindividuais, inclusive no tocante aos critérios para a sua identificação e delimitação. Por fim, o capítulo 6 aborda a questão das estruturas delitivas de perigo abstrato próprias dos crimes contra bens jurídicos supraindividuais.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO: PANORAMA GERAL

2.1 Marco inicial: o Iluminismo

A história evolutiva do conceito de bem jurídico-penal se entrelaça, em boa parte, à da concepção moderna de delito². Nesse diapasão, verifica-se que, antes de serem lançados no século XVIII os primeiros pressupostos para a elaboração da teoria do bem jurídico, predominou a confusão entre as noções de crime e pecado.

Na Antiguidade, a visão cosmológica de mundo interpretava o delito como uma transgressão da ordem natural das coisas, cuja imutabilidade decorria do cosmos, ou seja, do universo. Já na sociedade feudal da Idade Média, sob o paradigma teológico, o crime foi compreendido como um atentado contra a divindade, sendo que a pena servia para castigar o mal e expiar a culpa.³

Observa-se que, pelo menos até a emergência do mercantilismo, no século XIII, o conceito de crime conservou o caráter de conflito privado, do qual a vítima ainda não fora completamente expropriada⁴, conforme se depreende da presença de práticas como a composição do dano, o duelo e a vingança de sangue.

O período do absolutismo depurou o delito desse aspecto remanescente de lesão a outro ser humano, passando todo e qualquer crime a consistir em desobediência à vontade do soberano⁵. Por outro lado, a identificação entre crime e pecado ainda persistia, porquanto o Rei, com base em teorias absolutistas como a de Bossuet, era tido como o representante terreno de Deus⁶.

É somente com o Iluminismo que se opera a mudança para uma noção de crime antropologicamente fundamentada⁷. O movimento iluminista, produto do embate entre o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês⁸, encontrou nas teorias do contrato social de Locke e Rousseau o subsídio necessário para defender a secularização do Direito, apartando-o

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 374.

³ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 30-35.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 230-231.

⁵ *Ib.*, p. 235-236.

⁶ Cf. BOSSUET, Jacques-Bénigne. Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte. (1709, oeuvre posthume). In: HACQUARD, Georges (org.). *L'oeuvre de Bossuet: extraits*. Paris: Hachette, 1953.

⁷ PELARIN, *op. cit.*, p. 37.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28.

tanto da Moral quanto da Religião. Assim, o pensamento da época desvincula da ideia de delito a de pecado e, por conseguinte, deflagra a incessante busca pela construção de um conceito material de crime. Segundo Prado:

Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva.

A tendência da época (secularismo/humanização) era de favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas, em base social. Desse modo, o delito inicia uma vida plena de fluxos e de refluxos na procura de um sentido material.⁹

O conceito material de crime, em oposição ao conceito formal de crime, é dado previamente ao legislador e constitui um padrão crítico tanto do Direito vigente como do Direito a construir. Segundo Dias, “a autonomização do conceito material face ao conceito formal de crime é uma necessidade científica já sentida desde os tempos de Beccaria” e, “a partir de então, não mais ela foi estranha ao labor dos penalistas, dos cultores da política criminal e da criminologia”¹⁰.

De fato, no bojo da filosofia política das luzes, Cesare de Bonesana, o marquês de Beccaria, ocupou-se da separação entre pecado e crime, estabelecendo que cumpre aos teólogos a determinação do primeiro, segundo a maldade ou a bondade interiores da ação, e ao legislador a do segundo, conforme o bem ou mal que a ação cause à sociedade¹¹. Em sua célebre obra, “Dos delitos e das penas”, Beccaria sintetiza a doutrina iluminista referente aos limites da ingerência da lei penal na liberdade individual:

As leis são as condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem em contínuo estado de guerra e de gozarem uma liberdade tornada inútil pela incerteza de poderem conservá-la. Eles sacrificaram uma parte dessa liberdade para gozar-lhe o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação; e o soberano é o legítimo depositário e administrador deles. Porém não bastava formar esse depósito. Era necessário defendê-lo das privadas usurpações de cada homem em particular, que procuravam sempre retirar do depósito não só a própria porção, como ainda usurpar a dos outros.

Foi, pois, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade; é certo, portanto, que cada um queira colocar no depósito público a mínima porção possível da mesma liberdade, aquela que somente seja suficiente a

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28-29.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

¹¹ BECCARIA, Cesare Bonesana, *marchese di. Dos delitos e das penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 34.

induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Todo o direito a mais é abuso, e não justiça; é fato, já não é direito. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por natureza; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança, e é maior a liberdade que o soberano proporciona aos súditos.¹²

Portanto, a origem da noção de bem jurídico-penal coincide com a derrocada do *Ancien Régime* e o surgimento do Estado de Direito. Nesse momento, os esforços da filosofia política se concentram em limitar a atividade do legislador por meio de um conceito pré-jurídico de crime, capaz de impor às leis penais padrões de racionalidade. Os primeiros esboços de um conceito desse tipo foram permeados pela noção de danosidade social, oriunda da substituição da ordem divina pela ordem humana como referência para a identificação do fato delituoso.

2.2 A tutela de direitos subjetivos em Feuerbach

Por influência das doutrinas contratualista e jusnaturalista e impulsionados pelo momento de ruptura com os arquétipos do período anterior, os autores pioneiros da ciência penal moderna, sobretudo na Alemanha e na Itália, definiram crime como agressão a um dos bens fundamentais da pessoa para cuja tutela o Estado é criado (vida, liberdade, integridade física, patrimônio etc.).¹³

Em fins do século XVIII, Feuerbach ensaiou o que se considera o primeiro conceito material de crime da modernidade. O objetivo era construir uma noção de crime transcendente e crítica face ao Direito Penal vigente¹⁴, que assegurasse ao indivíduo uma posição de preeminência em relação à organização social, fazendo dele um fim em si mesmo e não um instrumento a serviço da coletividade, do soberano ou da Igreja¹⁵.

Para Feuerbach, a lei penal somente poderia punir agressões a direito subjetivo alheio. Tal concepção possuía inegável viés privatista, pois considerava como núcleo do delito a violação a alguma faculdade jurídica inerente à liberdade garantida pelo contrato social. A própria compreensão de direito subjetivo é transportada do âmbito civil para o penal.

¹² BECCARIA, Cesare Bonesana, *marchese di. Dos delitos e das penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 38-39.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 374.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 43.

¹⁵ DALBORA, José Luis Guzmán. Estudio preliminar. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010. p. 15-16.

O Direito, por conseguinte, é visto como um conjunto de direitos e não de proibições, sendo que o crime é o desrespeito aos limites da liberdade legalmente assegurada.¹⁶

No entanto, na doutrina clássica de Feuerbach, podem ser apenados atentados não somente a direitos subjetivos dos cidadãos, mas também a direitos subjetivos do Estado. Daí a divisão entre crimes privados, que atingem direitos dos particulares, e crimes públicos, cuja afronta alcança os direitos subjetivos estatais¹⁷.

Na mesma linha que Feuerbach, Carrara afirmou que “*Objeto* do delito não pode ser senão *um direito* a que a *lei* tenha expressamente outorgado a sua tutela por meio de uma proibição e uma sanção”¹⁸ (itálico no original). O direito violado pelo delito poderia ter base real, tratando-se de direitos naturais inatos do homem, preexistentes à sociedade civil, ou ideal, como ocorre nos direitos civis e políticos. Os direitos subjetivos reais e ideias encontram sua fonte legitimadora no contrato social, mas são dados pelo direito positivo, cujo conteúdo, no primeiro caso, deve coincidir com o do direito natural.¹⁹

O teor liberal da tese de Feuerbach se evidencia na preocupação em rechaçar a noção autoritária de delito como simples desobediência ao dever perante o Estado. Conforme explicitado por Tavares:

Na idéia de FEUERBACH, o delito como violação de direito subjetivo significava, em vez de uma lesão de dever para com o Estado, uma lesão ao direito individual do ofendido de exercer sua própria liberdade em face da ação de outrem, quer dizer, então, que o delito pressupunha, antes de tudo, um estado de igualdade de direitos de liberdade entre seu autor e a vítima, igualdade esta que se via quebrada com a execução desse delito, de forma que uma das partes envolvidas no conflito não mais a pudesse exercer. Com isto, subordinava-se o conceito de delito a um princípio material – a preservação da liberdade individual – independentemente dos propósitos políticos do Estado, dando lugar, também, à possibilidade de se ver no delito uma própria lesão de bens materiais e não simplesmente uma violação de dever.²⁰

Logo, o conceito material de crime formulado por Feuerbach tinha o mérito de restringir o arbítrio estatal na incriminação de condutas²¹, reconduzindo a vítima ao plano

¹⁶ FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hegemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 55.

¹⁷ *Ibid.*, p. 56-57. Em sentido semelhante, Hommel compreendeu o crime como “aquilo que de forma direta ou imediata priva de algo o indivíduo ou a república” (*apud* ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro). In: VÁRIOS. *Problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1. p. 391. (Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários)).

¹⁸ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal*. Parte geral. Trad. José Luiz V. De A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1. § 42, p. 60.

¹⁹ RAMACCI, Fabrizio. Principi costituzionali e interpretazione della legge penale. In: RAMACCI, Fabrizio. *Corso de Diritto Penale I*. Torino: G. Giappichelli, 1991. p. 26-27.

²⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 183.

²¹ *Ibid.*, p. 183.

central da discussão acerca do que pode ou não configurar crime. Com efeito, ao lançar mão do direito subjetivo na construção do conceito de delito, Feuerbach fez dele a referência para a demonstração do dano social que se exigia que fosse exteriorizado pelo comportamento passível de proibição penal.²²

Por outro lado, influenciada pelo idealismo kantiano, a doutrina de Feuerbach preconiza a separação entre Direito, moral e religião, negando legitimidade à persecução de qualquer finalidade transcendente pelo Direito Penal²³. Tal ideal foi por ele aplicado ao Código da Baviera, de 1813, o qual deixou de criminalizar condutas como a heresia, a blasfêmia, a incredulidade, a sodomia e a prostituição. Contudo, conforme registra Costa Andrade, o incesto, o adultério e a bigamia continuaram a ser incriminados, sendo artificialmente estruturados como crimes privados, ou seja, violações a direitos de terceiros²⁴.

Além disso, muitas das práticas descriminalizadas foram deslocadas para o campo das contravenções de polícia. Dessa forma, diante da dificuldade em adaptar uma noção tão restrita de crime às normas penais então existentes, Feuerbach acabou por admitir a existência, ao lado do conceito restrito de delito, de um conceito amplo: o delito de polícia²⁵. Para Hassemer e Muñoz Conde, a consequência dessa tentativa de salvar o conceito material de crime, aceitando soluções de compromisso com a realidade, foi a perda da sua eficiência prática²⁶.

Assim, o abandono da teoria clássica que vê o conteúdo material do injusto típico na lesão ou colocação em perigo de direitos subjetivos pode ser atribuído, em parte, à impossibilidade de identificar um direito subjetivo em cada crime do novo código. Nesse sentido, a crítica de Mezger, para quem a existência real de inúmeras normas penais que não tutelavam direitos subjetivos, sem que ninguém ousasse advogar sua revogação, conduziu,

²² A respeito desse propósito restritivo da criminalização encontrado em Feuerbach, Tavares noticia a dura crítica dirigida por ele ao projeto de código penal da Baviera, no tocante ao crime de alta traição. O projeto de Kleinschrod definia referido delito como a mera ação dolosa orientada no sentido de alterar a Constituição vigente. Na visão de Feuerbach, para evitar que qualquer ação dolosa, ainda que lícita, fosse enquadrada como alta traição, o crime “só poderia subsistir se, efetivamente, ocorresse um ato concreto que viesse a violar a estabilidade do Estado, no sentido de um dano social” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 184).

²³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 45.

²⁴ *Ibid.*, p. 47-48.

²⁵ O Código Penal da Baviera definia as infrações de polícia como ações ou omissões que não são antijurídicas em si mesmas, pois não lesam direitos do Estado ou do cidadão, mas que são proibidas por colocarem em perigo a segurança e a ordem jurídica. Assim, tais condutas são proibidas por questões de utilidade e não de justiça. Além disso, a infração de polícia se diferencia do crime, que seria universal e intemporal, por sua relatividade espaço-temporal.

²⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 106.

mais uma vez, a uma concepção somente formal de crime. Isso porque, nesse contexto, o direito subjetivo acabava por ser entendido como mera emanção do direito objetivo, o que nada diz sobre o seu conteúdo material.²⁷

Além disso, é notória a dificuldade em acomodar nos estreitos limites da noção de “direito subjetivo” toda uma gama de direitos cuja titularidade não pode ser atribuída ao indivíduo isolado nem ao Estado – os direitos coletivos –, cuja necessidade de reconhecimento e sistematização se fará sentir décadas mais tarde, por ocasião da crise do paradigma liberal e advento do Estado Social.

Apesar disso, há que se reconhecer na presente teoria o mais importante antecedente da noção de bem jurídico, não constituindo ainda, em si mesma, uma teoria do bem jurídico. O momento histórico subsequente, marcado pela restauração de regimes monárquicos na Europa e pelo declínio da ideologia individualista própria do Direito burguês, representou um passo além na formulação do conceito material de crime.

2.3 A contribuição de Birnbaum: a noção de bem

No momento em que Savigny estabelecia o conceito de direito subjetivo, conjuntamente ao de relação jurídica, como a coluna vertebral do Direito Civil moderno, essa noção era abandonada pelo Direito Penal. Segundo Günther, o Direito privado, preocupado unicamente com as transações econômicas, ainda podia admitir um direito subjetivo à ampla liberdade, mas o Direito Público tinha que lidar com as tensões entre a liberdade do cidadão e o poder estatal. Como consequência, o direito subjetivo vulnerado foi substituído pelo bem lesionado no papel de elemento definidor do delito.²⁸

Em 1834, o estudo *Ueber das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, de Birnbaum, é publicado. Nessa obra, pela primeira vez, o crime é compreendido como uma ofensa a bens e não a direitos. Dessa maneira, o que seria, inicialmente, apenas um trabalho sobre o conteúdo material dos delitos contra a honra converteu-se, com o passar do tempo, na mais importante crítica à concepção feuerbachiana de crime como lesão de direitos subjetivos.

²⁷ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I. p. 399.

²⁸ GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <<cambio de paradigma>> en el derecho penal? In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 493-494.

A crítica de Birnbaum a Feuerbach parte do que ele denomina conceito “natural” de lesão. Segundo o autor, com base no uso comum do idioma e em ideias concretas, define-se “lesão” como a perda ou diminuição de algo que concebemos como nosso e que consideramos um bem²⁹. Da mesma forma, evitando-se uma linguagem meramente metafórica, o perigo de lesão pode ser definido como um estado em que recebemos a perda de algo ou a privação de um bem³⁰.

A posição de Feuerbach, para Birnbaum, contraria a natureza das coisas, uma vez que, diferentemente da lesão, do perigo e do bem, os direitos não são realidades do mundo exterior. Por isso, os direitos não são passíveis de lesão ou ameaça, mas os bens, que são os objetos dos direitos, sim.³¹

Com efeito, o crime afeta o bem, mas mantém inalterável o direito: o furto, por exemplo, subtrai ou diminui a coisa, mas não subtrai ou diminui o direito ao patrimônio em si³². Portanto, caso se pretenda tratar o crime como uma lesão ou uma ameaça de lesão, a lesão ou ameaça deve ser referida a bens e não a direitos. Nas palavras de Birnbaum:

Se perdemos algo ou se nos privam de uma coisa que é o *objeto de nosso direito*, se nos subtraem ou danificam um *bem* que nos compete juridicamente, isso, sem dúvida, não diminui nem suprime nosso *direito*. [...]

Falar em lesões à vida, às forças humanas, à honra, à liberdade pessoal, ao patrimônio, é natural e conforme a representações também naturais, já que todos os bens mencionados estão expostos a uma *perda* ou *diminuição* devido a ações de outros sujeitos, assim como cabe considerá-los como objetos de nossos direitos.³³ (itálico no original, tradução nossa).

Falar em lesão ou ameaça de lesão a bens e não direitos, na visão de Birnbaum, também concede precisão à distinção entre consumação e tentativa. Para ele, não há como argumentar que a tentativa de homicídio, por exemplo, desrespeita menos o direito à vida do

²⁹ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010. p. 35.

³⁰ *Ibid.*, p. 53.

³¹ *Ibid.*, p. 53-54.

³² Há quem entenda que o crime de homicídio é uma exceção à regra, pois, com a morte da vítima, tanto o bem quanto o direito à vida são suprimidos.

³³ No original: “Que perdamos algo o se nos prive de una cosa que es el *objeto de nuestro derecho*, que se nos sustraiga o merme un *bien* que nos compete juridicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro *derecho*. [...] Que se habla de lesiones a la vida, las fuerzas humanas, el honor, la libertad personal, el patrimonio, es natural y conforme a representaciones también naturales, ya que todos os bienes mencionados están expuestos a una *pérdida* o *disminución* debida a acciones de otros sujetos, así como cabe considerarlos como objetos de nuestros derechos” (BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 53-54; 60-61).

que o homicídio consumado. Por outro lado, não resta dúvida de que apenas o homicídio consumado – e não o tentado – subtrai o bem vida, o que justifica a diferença na punição.³⁴

Na presente teoria, afirma-se que os bens são dados pela natureza ou, quando resultantes do desenvolvimento social e da associação civil, pela sociedade. Logo, para Birnbaum, os bens não são criações do Direito nem do Estado.³⁵

Os bens podem, ainda, ser divididos em individuais e coletivos, sendo que, dentre esses últimos, Birnbaum inclui a moral e a religião. Além disso, o autor prefere falar em crimes contra o bem-estar comum, em lugar de crimes contra o Estado, categoria proposta por Feuerbach. Assim, distancia-se da teoria clássica tanto por reconhecer a existência de bens da coletividade e, conseqüentemente, de delitos contra a coletividade quanto pela expressa aceitação de crimes contra a moral e a religião³⁶.

Segundo Prado, o conceito birnbaumiano de bem, introduzido no contexto jurídico-penal em substituição ao de direito subjetivo, tornou “decisivo para tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva”³⁷. Todavia, há que se esclarecer que Birnbaum não exige que todo bem possua um substrato natural, mas apenas que mantenha uma conexão com a realidade social. Daí que a honra é reconhecida como bem pelo autor, uma vez que, malgrado seu substrato seja ideal, também pode sofrer perda ou diminuição.³⁸

Ressalta-se que, em Birnbaum, o crime não é violação de direitos, tampouco violação de deveres. Por recusar a suposta existência de um direito estatal à obediência, Birnbaum critica duramente a categoria de infrações de polícia do sistema feuerbachiano. Nesse sentido, o autor rechaça a concepção de que os homens existem apenas para a perpetuação do Estado,

³⁴ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010. p. 62-63.

³⁵ *Ibid.*, p. 58.

³⁶ “[...] no hay duda de que entre aquellas acciones que en todos los Estados se acostumbra a castigar como delitos, algunas son tales que mediante ellas se *lesiona*, ante todo, a *personas determinadas* en uno de los bienes que el poder público ha de garantizar a cada quien, y otras son tales que la acción *priva, disminuye o pone en peligro* derechamente a la colectividad en uno de esos bienes. De esta manera, esto es, según los diversos alcances de la lesión o del peligro en su referencia al inmediatamente lesionado o amenazado, o lo que viene a ser lo mismo, según la índole del bien que la que la acción disminuye o pone en riesgo de preferencia, es factible, además, establecer la clasificación de los delitos en general, distinguiendo naturalmente delitos contra el bien-estar común y delitos contra los individuos [...]. Asimismo, conforme a ello es factible precisar, con plena corrección, el criterio según el cual hay que enjuiciar las acciones inmorales o irreligiosas, en tanto que éstas puedan ser punibles en general” (*Ibid.*, p. 62-63).

³⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32.

³⁷ BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 63.

posicionando-se em favor da visão de que o Estado deve servir aos interesses humanos, que são a causa de sua existência³⁹.

A teoria de Birnbaum sofreu as mais diversas influências, situando-se em um período de transição, no qual se entrecruzavam as principais correntes de pensamento da primeira metade do século XIX: o jusnaturalismo, o iluminismo, o hegelianismo, o historicismo e o positivismo.⁴⁰ Sobre a equivocidade do pensamento de Birnbaum, Costa Andrade assinala que: a) a divisão dos bens em naturais e sociais representa uma atitude de compromisso entre o jusnaturalismo e o historicismo; b) a identificação de bens do indivíduo e da sociedade decorre da procura por um ponto de equilíbrio na tensão entre as referências sistêmico-social e individual-pessoal e c) sua concepção material de crime transaciona entre a perspectiva transistemática e crítica do iluminismo e a postura intrassistemática e metodológica do positivismo legal.⁴¹

Ainda a respeito do tema, Guzmán Dalbora anota que a influência da Escola Histórica no pensamento de Birnbaum se manifesta pela preocupação em adequar a terminologia jurídica à linguagem natural, no intento de ajustar a dogmática jurídica à cultura e aos costumes da sociedade da época e na aceitação do caráter mutável de, pelo menos, parte dos bens protegidos pelo Estado, os bens ditos sociais.⁴² O estudioso chileno também chama atenção para o fato de que Birnbaum se afasta da Escola Clássica ao substituir o conceito lógico-abstrato de delito, derivado do direito natural racionalista, por um conceito lógico concreto, fundamentado na natureza das coisas. Apesar disso, conclui o autor, não cabe dizer que Birnbaum já se alinhava ao positivismo.⁴³

Há notável polêmica sobre se a obra de Birnbaum guardaria uma relação de continuidade com a teoria de Feuerbach ou se, pelo contrário, marcaria uma ruptura com as bases do pensamento iluminista, já antecipando o positivismo de Binding. Nesse quadro, Ferreira da Cunha entende que Birnbaum operou verdadeira ruptura com os postulados anteriores, uma vez que “ao pensamento individualista contrapõe-se a referência sistêmico-social e a uma referência espiritual, uma outra, empírico-naturalista; ao jusnaturalismo, o

³⁹ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010. p. 60.

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 52.

⁴¹ *Ibid.*, p. 53.

⁴² DALBORA, José Luis Guzmán. Estudio preliminar. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010. p. 20.

⁴³ *Ibid.*, p. 22.

positivismo e, assim, a uma função crítica do direito existente, uma função legitimadora das leis”⁴⁴.

Fiandaca e Musco também acentuam a ambiguidade da presente teorização. Por um lado, menos rigorosa do que a posição de Feuerbach, a tese de Birnbaum acaba por reconhecer um catálogo mais amplo de legítimos objetos de tutela penal. Por outro, preserva a exigência iluminista de que o conteúdo material do crime se ancore em bens ou interesses percebidos como merecedores de atenção especial na comunidade.⁴⁵

Para Hassemer e Muñoz Conde, a definição de bem não foi suficientemente precisada por Birnbaum, e sua polêmica com Feuerbach visava mais a uma estratégia pragmática do que a uma verdadeira conceituação jurídica⁴⁶. No mesmo sentido, Tavares salienta que, com sua elaboração, Birnbaum tinha o propósito de adequar a teoria jurídica do delito às normas do Direito Penal vigente, sobretudo no tocante aos crimes contra a religião. Ademais, prossegue Tavares, a introdução do conceito de bem e sua identificação com a de bem material, sucedâneo da noção de mercadoria, relaciona-se com o contexto de desenvolvimento do capitalismo industrial, crescimento da produção e incremento do consumo.⁴⁷

Segundo Pelarin, a teoria de Birnbaum lançou as bases para as construções de Liszt e Binding, “bem como as sementes para a radicalização normativa do conceito, devido à referência sistêmico-social e à visão intra-sistemática, que acabará por aniquilar o seu sentido e, com isso, os contributos liberais da limitação do poder punitivo”⁴⁸. Com efeito, o próprio Birnbaum admitia que a finalidade de seu trabalho era interpretativa e sistemática, o que não significa, por óbvio, que estivesse revestida de neutralidade político-criminal⁴⁹.

Cumprir realizar uma releitura da obra de Birnbaum, tendo em vista que, independente de quais fossem suas motivações, o autor forneceu contribuições reais para a construção de uma teoria do bem jurídico restritiva do poder punitivo. Afinal, deve-se à Birnbaum a busca pelo estabelecimento de uma base ontológica sólida para o objeto jurídico do crime, o qual deveria ser passível de lesão. Além disso, é perceptível em sua doutrina a

⁴⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 44.

⁴⁵ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995. p. 7.

⁴⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanche, 1989. p. 106.

⁴⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 184-186.

⁴⁸ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 57.

⁴⁹ DALBORA, José Luis Guzmán. Estudio preliminar. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010. p. 21.

preocupação com um enfoque no indivíduo e suas relações sociais em concreto, em oposição ao individualismo abstrato de Feuerbach.

Diante disso, o recurso à ideia de bem, em lugar da ideia de direito subjetivo, representou mais do que trivial cambio terminológico, mas verdadeira “viragem”, principalmente no tocante à referência aos bens de titularidade coletiva:

Em vez de apelar para a disfuncionalidade das perturbações ou frustrações a nível da intersubjetividade, privilegiada pela compreensão do crime como lesão de um direito subjetivo, a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objetivo de que preferentemente relevam as “coisas” valoradas como *bens jurídicos*. A introdução do “conceito do bem jurídico – sublinha SINA – significa uma viragem ou, talvez melhor, uma deslocação de tónica. Até ali eram os direitos que estavam no centro da discussão suscitada pelo crime. Noutros termos: eram principalmente os homens e as suas relações, reconhecidas pelo direito, que, como direitos, pertenciam à esfera do espírito. A partir de então são os *bens* que passam a constituir o essencial. Bens que seguramente *nos pertencem*: o que implica a persistência da relação com o homem, mas não prejudica a acentuação do carácter concreto, objetivo e positivo”. A invocação do bem jurídico, prossegue SINA, corresponde à “intervenção de uma momento empírico-naturalístico”, contraposto ao “momento espiritual”, até então predominante.⁵⁰

Entretanto, em fins do século XIX, a teoria de Feuerbach ainda resistia, sendo que, até o início do século XX é possível identificar tentativas de construção de um conceito subjetivista de crime⁵¹. Apenas na década de 1870, diante da maior influência do positivismo e por ocasião da publicação do Código Penal do Império Germânico e do primeiro volume da obra *Die Normen*, de Binding, consagra-se a doutrina de Birnbaum.

2.4 Binding, a expressão “bem jurídico” e o positivismo legal

A primeira metade do século XIX assistiu à emergência da doutrina positivista do francês Augusto Comte, que, opondo-se radicalmente à teologia e à metafísica, sustentou o método científico como vocacionado à obtenção da verdade. Nessa concepção, a ciência era o único caminho para o conhecimento e imprescindível para o progresso humano.⁵²

No final do século XIX, tal mentalidade científicista baseada na experimentação empírica ganhou a Europa. Na Alemanha, por exemplo, o positivismo científico encontrou

⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 51-52.

⁵¹ *Ibid.*, p. 60-61. Kessler, segundo registra Costa Andrade, via no crime a violação de um interesse, concebido como uma relação psicológica entre sujeito e objeto.

⁵² DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1972. p. 285-286. Comte é considerado o fundador do positivismo, mas, segundo Del Vecchio, já é possível encontrar alguns de seus rasgos em Galileu e Bacon.

terreno fértil, tendo em vista o esgotamento do espírito alemão em razão do exagero especulativo próprio do pensamento hegeliano⁵³. Conforme salienta Ferreira da Cunha, a redução do existente ao empiricamente observável, operada pelo positivismo, “actuou em sintonia com a descrença em valores metafísicos e conduziu a um profundo relativismo ou nihilismo axiológico”⁵⁴.

A necessidade de superar a metafísica também se fez sentir no âmbito do Direito, que lutava, então, por se reconhecer como ciência. Assim, o método indutivo das ciências naturais foi transportado para o conhecimento jurídico, em substituição ao método dedutivo herdado do jusnaturalismo. Isso significava que, em vez de extrair regras particulares das verdades naturais imutáveis, a “ciência jurídica” deveria elaborar regras gerais a partir da observação dos fatos sociais.

No entendimento de Arthur Kaufmann, o positivismo jurídico “foi a reacção necessária à arbitrariedade na jurisprudência suscitada pelo pensamento jusracionalista”, em especial no âmbito penal. Isso porque, durante a vigência da *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, o juiz, quando não conseguia subsumir o caso concreto a uma previsão normativa, decidia de acordo com o seu “juízo razoável”, aplicando penas sem amparo legal. Com o desenvolvimento econômico do século XIX, tal situação se tornou insustentável, pois o processo de acumulação capitalista demandava maior previsibilidade jurídica.⁵⁵

Assim, o repúdio à metafísica na reflexão do jurista decorria do estado de insegurança jurídica do século XVIII. Nesse cenário, a Escola da Exegese, praticante da literalidade e do método gramatical na compreensão da lei, é considerada uma das primeiras escolas juspositivas e o principal marco da mudança de paradigma do direito pressuposto para o direito posto, uma vez que identifica as noções de Direito e Lei⁵⁶. A referida escola conheceu seu apogeu com o movimento das Codificações no século XIX, impulsionado pelo Código Napoleônico de 1810, que tinha como peculiaridade a crença na univocidade da lei e a

⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 61.

⁵⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 53.

⁵⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Rev. e coord. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 114. Nota-se que o pensamento de Feuerbach está inserido nesse mesmo contexto, sendo que a postura de Binding pode ser considerada uma exacerbação do processo de valorização da lei. Kaufmann chega a classificar o sistema de Feuerbach de positivista, o qual se diferencia do positivismo legalista de Binding por manter o direito natural como fonte do direito positivo (*Idem, ibidem*, p. 115).

⁵⁶ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 63-64.

negação da necessidade de qualquer atividade hermenêutica, chegando, inclusive, a proibir a interpretação⁵⁷.

A ideia fundamental por trás do positivismo jurídico era a de que a norma jurídica deveria ser o objeto empírico do estudo do Direito. Por isso, além de uma reação ao pensamento jusracionalista, o positivismo penal foi, principalmente na Itália, uma tentativa de depurar o fenômeno jurídico da influência de outros saberes científicos (antropologia, sociologia, biologia etc.), promovida pelas correntes do positivismo criminológico, a partir de autores como Lombroso, Garofalo e Ferri.

Diante disso, no que diz respeito à ciência penal, o objetivo do pensamento positivista era encontrar o antecedente causal de cada norma incriminadora. Esse antecedente, para o positivismo legal de Binding, era a vontade do Estado ou da autoridade⁵⁸. De fato, é a partir de Binding que o conceito de bem jurídico passa a ser analisado em função do direito positivo, contrapondo à concepção metapositiva e transcendente do iluminismo penal uma concepção juspositiva e imanentista⁵⁹.

Muito se discute sobre a “paternidade” da expressão “bem jurídico”. Costa Andrade afirma que Binding, no primeiro volume da obra *Die Normen*, foi o primeiro a falar em bem jurídico (*Rechtsgut*), no sentido de “bem-do-direito”, uma vez que Birnbaum usou apenas os termos bem e bem protegido (*Rechtliche Gut*). Contudo, o autor português esclarece que, com o tempo, a expressão bem jurídico sofreu na doutrina alemã uma “evolução semântica e política-criminal que a emanciparia dos limites que lhe foram consignados pelos primeiros textos de Binding”, reaproximando-se do sentido proposto por Birnbaum.⁶⁰

Segundo a teoria de Binding, o crime não é violação da lei penal, mas da norma que lhe serve de fundamento, a qual é derivada do preceito legal. O crime, explica o autor, é a realização da tipicidade estabelecida em lei e não contrariedade ao texto legal⁶¹. As normas penais criam, concomitantemente, um dever de sujeição para os destinatários e um direito subjetivo à obediência para a autoridade estatal. Assim, para Binding, a violação ao direito subjetivo do Estado à obediência é elemento essencial de todo e qualquer crime⁶².

⁵⁷ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 64.

⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 187.

⁵⁹ SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 424.

⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 64-65.

⁶¹ BINDING, Karl. *Die Normen apud KAUFMANN, Armin. Teoria da norma jurídica*. Rio: Editora Rio, 1976. p. 17-20.

⁶² *Ibid.*, p. 26.

As normas penais são divididas por Binding, conforme o objetivo a que visam, em: 1) proibições de ofensas, que proíbem condutas que produzam uma “mudança indesejável no mundo jurídico”; 2) proibições de risco, que proíbem condutas que constituem, em si, o perigo de causar determinado resultado e 3) proibições puras e simples, que proíbem condutas que, geralmente, “encerram um perigo para determinados bens”.⁶³ Cada subdivisão corresponde, respectivamente, aos crimes de dano, perigo concreto e perigo abstrato.

Nessa teoria, as normas penais exercem função protetiva, na medida em que resguardam os bens jurídicos de ataques futuros. O autor define bem jurídico como “tudo aquilo que, embora por si não constitua um direito, aos olhos do legislador se reveste de certo valor como pressuposto duma vida sadia da comunidade jurídica, por cuja preservação e funcionamento imperturbado ele manifesta um certo interesse”⁶⁴. Contudo, ainda que toda norma penal aspire à proteção de um bem jurídico, nem todo crime ofende bens jurídicos. No caso dos crimes de perigo abstrato, por exemplo, o conteúdo do injusto se exaure com a mera desobediência⁶⁵ (vide item 3 da classificação *supra*).

Na visão de Armin Kaufmann, Binding “foi quem criou foros de cidadania para a concepção de ‘bem jurídico’ na dogmática do direito penal”⁶⁶. Segundo o referido autor, a teoria bindinguiana de bem jurídico abrange objetos, mas também valores éticos ou situacionais e valores procedimentais⁶⁷. Dessa forma, Binding considera bens jurídicos “A realização do princípio de que cada indivíduo mantém um único matrimônio”, “A exclusividade das relações sexuais entre os cônjuges”, “A exclusão do intercâmbio sexual entre parentes de sangue próximos” e “A sexualidade exclusivamente inter-humana do gênero humano”⁶⁸.

Kaufmann esclarece que, na doutrina de Binding, um bem é protegido em razão do valor social que assume para a vida comunitária e que “Por isso não se deve encarar os bens jurídicos sob um ângulo individualista, nem estabelecer uma distinção nítida entre bens jurídicos individuais e coletivos”⁶⁹. Logo, a teoria de Binding assume uma postura monista coletivista, porquanto compreende bem jurídico como as “condições fáticas de uma vida comunitária sã”, atribuindo a titularidade de todos os bens, inclusive daqueles essencialmente individuais, à comunidade.

⁶³ BINDING, Karl. *Die Normen. apud* KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio: Editora Rio, 1976. p. 23.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 27-28 e 103.

⁶⁶ KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio: Editora Rio, 1976. p. 99.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 99.

⁶⁸ BINDING, Karl. *Die Normen apud* KAUFMANN, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁹ KAUFMANN, *op. cit.*, p. 27.

Em sentido semelhante, Manzini entende que o objeto jurídico do delito – o bem jurídico – é sempre e necessariamente um interesse público, pois, ainda quando a tutela penal se dirige a interesses individuais, esses são protegidos como interesses coletivos acolhidos pelo Estado, em relação aos quais o indivíduo não tem reconhecido qualquer poder jurídico-penal.⁷⁰ Da mesma forma, Battaglini enuncia que, no campo penal, o único interesse protegido pela lei é o coletivo, que absorve o individual, sendo que “Mesmo quando o interesse parece apresentar direção individual (vida, propriedade, etc.), na realidade é sempre público”⁷¹.

É inegável o caráter autoritário dessa perspectiva, que remete ao positivismo jurídico, mas também está presente em teorizações mais recentes como a de Jakobs, porquanto despreza a fundamentação antropológica do Estado e do Direito.

Além de criticável por negar autonomia aos bens jurídicos individuais, a presente teoria confunde os conceitos material e formal de crime. Afinal, em Binding, para que uma conduta configure crime, dela não se exige qualquer característica especial, bastando que o legislador assim o queira e disponha em lei. Conforme apontado por Dias, nessa concepção, o problema da legitimidade material da proibição penal se restringe à mera observância ao procedimento legislativo⁷².

O pensamento bindinguiano compartilha, portanto, do mito liberal de que a legalidade é suficiente para garantir a segurança jurídica. Contudo, na célebre análise de Benjamin Constant, ainda que seja certo que não há liberdade quando as pessoas não podem fazer o que a lei não proíbe, não é menos certo que também não há liberdade quando as leis podem proibir qualquer coisa⁷³.

Do confronto entre as teorias de Birnbaum e Binding, verifica-se que a primeira parte do princípio de que o legislador não cria os bens, mas os encontra na realidade concreta. Em Binding, por outro lado, à lei se destina, com exclusividade, a tarefa de identificar os bens jurídicos, vedando-se ao jurista intervir⁷⁴.

⁷⁰ MANZINI, Vincenzo. *Primera Parte. Teorias Generales* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948. *Primera Parte. Teorias Generales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948. (Tratado de Derecho Penal; II).

⁷¹ BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: USP, 1973. v. 1. p. 157-158.

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 54-55.

⁷³ CONSTANT, Benjamin. *Cours de Droit Constitutionnel*. apud ROJAS, Ricardo Manuel. Una visión económica del tema: la protección de los derechos frente al crimen, considerada como un bien público. In: ROJAS, Ricardo Manuel. *Las contradicciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 89.

⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 65.

Com efeito, Binding “fechou o direito penal sobre si, como um espaço normativo autossuficiente e hermético, deixando-o à mercê da onipotência da vontade estatal”⁷⁵ (tradução nossa). Nesse contexto, a obsessão por encontrar um bem jurídico em cada tipo do Código Penal conduziu a processo congênere ao que hoje se denomina “espiritualização” ou “evaporação” do bem jurídico.

No entanto, há que se admitir que Binding estabeleceu um único limite relevante à atividade criativa de bens jurídicos pela lei. Fora as próprias considerações valorativas do legislador – as quais não representam, em essência, limite algum –, o autor admitiu a existência de restrições impostas pelas estruturas lógico-objetivas. Daí que, em suas palavras, “o direito positivo não pode reconhecer como susceptível de lesão o que não pode ser lesado nem destruído, não podendo igualmente produzir um nexo de causalidade onde ele não existe”⁷⁶.

Outrossim, deve-se à influência de Binding a difusão da teoria do bem jurídico para além das fronteiras da Alemanha. Uma demonstração disso é a obra *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, do expoente da Escola Técnico-Jurídica, Arturo Rocco, publicada em 1913, a qual Binding inspirou. Nesse trabalho, Rocco rechaça a pretensão de construir uma noção pré-jurídica ou material de bem jurídico, com potencial para vincular a atividade do legislador penal.

Para o autor italiano, o objeto jurídico do crime – terminologia por ele adotada para se referir ao bem jurídico – não pode prescindir da valoração normativa incumbida ao legislador, sendo definido como o objeto de tutela de uma norma penal já positivada.⁷⁷ A teoria de Rocco se tornou conhecida pela tríplice distinção entre: 1) objeto jurídico formal do crime, consistente no direito do Estado à obediência dos cidadãos às normas; 2) objeto jurídico substancial genérico do crime, consistente no interesse do Estado na sua própria conservação e 3) objeto jurídico substancial específico do crime, consistente no bem ou interesse do sujeito passivo de cada delito⁷⁸.

⁷⁵ No original: “[...] cerró el Derecho penal sobre si, como un espacio normativo autosuficiente y hermético, dejándolo a merced de la omnipotencia de la voluntad estatal” (DALBORA, José Luis Guzmán. Estudio preliminar. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010. p. 25).

⁷⁶ BINDING, Karl. *Die Normen*. apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 66.

⁷⁷ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995. p. 9.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 9. No Brasil, a diferenciação entre objeto jurídico formal e substancial do crime pode ser encontrada, dentre outros, em Fragoso (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 327-333). Discordando em parte da classificação feita por Rocco, Battaglini afirma que o objeto substancial do delito é constituído pelo interesse que a norma protege, o qual

Noutro giro, Binding tem, sem dúvida, o mérito de ter reformulado toda a dogmática, postulando o conceito de bem jurídico como núcleo do injusto penal⁷⁹. A bem da verdade, o apego excessivo de Binding à interpretação e sistematização dos tipos penais possibilitou o desenvolvimento da Teoria do Delito e do estudo da Parte Especial⁸⁰.

Entretanto, no afã de submeter o juiz ao primado da lei, Binding deu carta branca ao legislador para criminalizar o que bem entendesse. Eis o paradoxo da teoria bindinguiana: a despeito de sua pertinência ao ideário liberal, o extremado positivismo e o caráter supraindividual assinalado a todos os bens jurídicos tornavam inexorável o risco de abuso e arbitrariedade:

O primeiro, porquanto permitia ao legislador penal actuar a descoberto de toda a legitimação material e, por isso, à margem de qualquer lastro ou limitação ético-jurídica. O segundo, porque abria a porta a um direito penal vocacionado para sacrificar no altar de um Estado transpersonalista, holisticamente organizado em torno da absolutização dos seus próprios valores, programas e metas. Não deverá, assim, imputar-se ao acaso a simpatia e a autoridade de que BINDING viria a gozar entre os defensores – com destaque para SCHWINGE e ZIMMERL – do conceito e do princípio do bem jurídico no contexto de um direito penal de obediência mais ou menos ortodoxo aos cânones do nazismo.⁸¹

Por conseguinte, não causa estranheza o fato de que a teoria bindinguiana do bem jurídico abriu as portas para o esvaziamento do conceito, nos moldes posteriormente utilizados pela corrente metodológica dos neokantistas e pelos penalistas da Escola Marburgo, expoentes do Direito Penal do nacional-socialismo alemão.

2.5 O positivismo sociológico de Liszt e os interesses juridicamente protegidos

Em oposição à concepção positivista legalista, procurou-se estabelecer um conceito material de crime a partir de uma perspectiva sociológica. Por essa via, propõe-se “divisar, atrás da multiplicidade das manifestações legais de crime, aquilo que em termos de objetividade e universalidade pudesse, à luz da realidade social, ser como tal considerado”⁸².

não assume o caráter de direito subjetivo, já que o crime atinge um bem objetivamente tutelado (BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal...*, Trad. Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: USP, 1973. v. 1. p. 158).

⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

⁸⁰ DALBORA, José Luis Guzmán. Estudio preliminar. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010. p. 26.

⁸¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 68.

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 56.

A primeira tentativa de determinação dos elementos essenciais daquilo que existiria como crime em qualquer sociedade humana, invariável no tempo e espaço, está presente em Garofalo. Sabe-se que Garofalo rejeitou o conceito jurídico de crime, inclinando-se pela busca de um conceito “natural” de delito, por ele definido como “a ofensa feita ao senso moral medio [sic] da humanidade civilizada”⁸³. Assim, o crime corresponderia à violação de sentimentos altruístas fundamentais, como a piedade, nos crimes contra a pessoa, e a probidade, nos crimes contra o patrimônio⁸⁴.

O positivismo sociológico ou naturalista, derivado da Escola Histórica, diferencia-se do positivismo legalista por compreender que o Direito tem como fonte não apenas a lei, mas também, e principalmente, o costume como expressão da vontade geral⁸⁵. Essa concepção está presente em Liszt, responsável por uma das mais significativas tentativas de resgatar o potencial crítico e transistemático do conceito de bem jurídico⁸⁶.

Discípulo de Jhering, Liszt parte da constatação de que o direito penal possui uma finalidade, qual seja, a proteção de interesses humanos. Em suas palavras, “Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito”⁸⁷.

A despeito de suas especificidades, o direito penal – como todo o Direito – destina-se à proteção de interesses. Por isso, o direito penal tem, como missão especial, “*a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso*” (grifos no original)⁸⁸. Para Liszt, todos os interesses, sem exceção, podem gozar da proteção dispensada pela pena,

⁸³ GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*. Estudo sobre o delicto e a repressão penal. 4. ed. Trad. Julio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica, 1925. p. 87-88.

⁸⁴ Segundo Dias, a ideia de “delito natural” em Garofalo mantém relevância no tocante à divisão – que, apesar de remontar ao direito romano, ainda hoje é realizada – entre *delicta in se*, nos quais o juízo de desvalor social, moral ou cultural preexiste à proibição legal, e *delicta mere prohibita*, cujo desvalor decorre da proibição legal, pois diz respeito a condutas tidas como axiologicamente neutras. Tal divisão constitui a ideia básica por trás de duas discussões centrais: sobre se ambas as categorias, ou apenas a primeira, podem constituir crimes e sobre a existência de um critério essencial apto a diferenciar a matéria de proibição própria do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo sancionar ou direito de mera ordenação social. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 57-58).

⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 187.

⁸⁶ SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 425.

⁸⁷ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1. p. 93.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 98.

inclusive os pertencentes aos mais diversos ramos jurídicos, pois a essência do direito penal não está na qualidade dos interesses protegidos, mas na qualidade da proteção.⁸⁹

Observa-se que, ainda por influência de Jhering, Liszt racionaliza o conceito de bem jurídico a partir da noção de interesse. Em Jhering, o interesse correspondia à relação de valor entre um sujeito, individual ou coletivo, e um bem, definido como “uma coisa capaz de satisfazer uma necessidade ou de servir à realização de um fim”⁹⁰. Já Liszt denomina bens jurídicos os interesses que o Direito protege. Para ele, portanto, bem jurídico é o “interesse juridicamente protegido”⁹¹.

Em oposição à Binding, Liszt reconhece a existência tanto de bens individuais quanto coletivos, pois individuais ou coletivos podem ser os interesses que os fundamentam, os quais não são criações do Direito, mas da vida social:

Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do individuo ou da collectividade. E' a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem juridico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicilio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionaes os garantissem contra a intervenção arbitraria do poder publico. A necessidade origina a protecção, e, variando os interesses, variam tambem os bens jurídicos quanto ao numero e quanto ao genero. [...].⁹²

Logo, nessa teoria, o interesse na ação ou omissão alheia surge das relações dos indivíduos entre si e dos indivíduos com o Estado ou a sociedade. As normas, ao ordenarem ou proibirem condutas, servem de anteparo aos bens jurídicos, de forma que a proteção dispensada pela ordem jurídica aos interesses é proteção segundo as normas. Nesse sentido, deixando transparecer sua matriz positivista, Liszt afirma que o bem jurídico e a norma são as duas ideias fundamentais do direito.⁹³

Nota-se que Liszt se aproxima de Binding, em primeiro lugar, pela supervalorização dos fatos, sejam eles sociológico-naturalísticos ou lógico-normativos. Em segundo lugar, ambos recusam as especulações metafísicas, conforme se depreende da declaração de Liszt de que “a ciência termina onde a metafísica começa”.⁹⁴

Contudo, o positivismo de Liszt se diferencia do positivismo de Binding no tocante à relação entre bem jurídico e norma. Para esse último, a relação é de absoluta congruência,

⁸⁹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1. p. 102-103.

⁹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 63-64.

⁹¹ LISZT, *op. cit.*, p. 93.

⁹² *Ibid.*, p. 93-94.

⁹³ *Ibid.*, p. 95-96.

⁹⁴ ANDRADE, *op. cit.*, p. 70.

uma vez que a norma é “a única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico”⁹⁵. Já Liszt entende que a relação entre norma e bem jurídico não é de necessária congruência, uma vez que os interesses passíveis de proteção penal existem antes e independentemente da lei. Disso decorre a diferenciação feita por Liszt entre ilicitude formal e material, a qual não tem razão de ser na teoria de Binding⁹⁶.

Cumprido salientar que a noção de bem jurídico, em Liszt, é mais ampla do que a de direito subjetivo, visto que a ordem jurídica, muitas vezes, protege interesses sem conferir direitos a indivíduos ou à coletividade. Lado outro, Liszt se afasta de Feuerbach por negar a possibilidade de conduzir ao Estado ou a indivíduos determinados os inúmeros interesses protegidos pela lei penal.⁹⁷ Apesar disso, Liszt e Feuerbach têm em comum a influência do direito privado em suas teorizações, tendo em vista que, em ambos, o Direito Penal encontra delimitação no momento subjetivo, isto é, nas pretensões individuais⁹⁸.

Tavares identifica um viés utilitarista na posição de Liszt, já que o interesse não é algo imaginário, mas um dado perceptível da realidade, como a manutenção da vida, da integridade corporal, do patrimônio e sua possibilidade de transmissão etc.⁹⁹ Entretanto, a noção lisztiana de interesse juridicamente protegido não é o conceito realista que aparenta ser, pois, ao diferenciá-lo do objeto de ação, o autor afirma que só esse último é suscetível de lesão¹⁰⁰.

Ademais, Liszt não apresentou critérios precisos que permitissem identificar os interesses vitais do homem, deixando, dessa forma, de esclarecer quais interesses merecem a qualificação de bens jurídico-penais e quais não¹⁰¹. Pelarin acrescenta que Liszt se limita a afirmar que os interesses emergem naturalmente da “realidade social”, termo vago e impreciso, que nada mais é do que uma figura metafísica de fácil manipulação político-ideológica, a exemplo da expressão “espírito do povo” de Savigny¹⁰². Destarte, o potencial crítico da presente teoria fica prejudicado pela carência de concretização.

⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 67.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 67.

⁹⁷ PEREIRA, José Hygino Duarte. N. do trad. In: LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1. p. 94-95.

⁹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 187-188.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 187-188.

¹⁰⁰ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 106.

¹⁰¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 63.

¹⁰² PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 71.

A teorização de Liszt também é criticada por não lograr grandes progressos em relação ao problema da estrita separação entre Direito Penal e moral. Para Bacigalupo, a determinação de quais interesses merecem proteção depende de noções de vida social vinculadas, inegavelmente, à ética ou à moral. O autor espanhol afirma que o próprio Von Liszt chega a admitir que, em última instância, as normas jurídicas estão enraizadas em concepções religiosas, éticas e estéticas do povo de um Estado¹⁰³.

No mais, Liszt e, antes dele, Jhering, não obstante reconheçam diferenças entre os conceitos de bem e interesse, ao tratarem as duas noções como comunicáveis entre si e fungíveis do ponto de vista funcional, implicando-se reciprocamente, deixam demasiado permeáveis as fronteiras entre elas¹⁰⁴. Nessa linha, Fragoso rechaça a concepção de que bem é interesse juridicamente protegido, ponderando que o objeto de tutela é o bem e não o interesse, pois esse último corresponde a um aspecto subjetivo ou juízo de valor a respeito do bem¹⁰⁵. Certo é, ainda, que os bens podem se referir a interesses distintos e, até mesmo, conflitantes.

A par disso, há que se assinalar a preocupação de Liszt em resgatar o conceito material de crime ao postular o interesse como um dado pré-jurídico, ainda que só se convertesse em bem jurídico mediante a proteção legal. Ademais, deve-se a Liszt o propósito de fazer da dogmática penal um limite à política-criminal adotada pelo Estado.

2.6 Neokantismo e a concepção metodológico-teleológica de bem jurídico

A filosofia neokantiana, elaborada no início do século XX, buscou superar a crise do positivismo jurídico a partir do retorno à metafísica. Para essa corrente de pensamento, as ciências naturais e as ciências do espírito adotam métodos diferentes, reservando-se a essas últimas o método axiológico, baseado na valoração dos fatos. Assim, o Direito, como realidade cultural, não pode ser revelado pela simples observação da realidade, devendo ser compreendido como a relação entre o ser (mundo dos fatos) e o dever ser (mundo dos valores)¹⁰⁶.

¹⁰³ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Bogotá: Temis, 1994. p. 10.

¹⁰⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 87.

¹⁰⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 330-331.

¹⁰⁶ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio da proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 86.

O conceito de bem jurídico desenvolvido no bojo do pensamento neokantiano decorre, ao mesmo tempo, da radicalização e da reação ao positivismo jurídico. Assim, por um lado, a concepção metodológico-teleológica deu continuidade ao processo de normatização do bem jurídico iniciado com Binding. Por outro, procedeu à espiritualização do conceito, apartando-o dos referenciais empírico-naturalista e real-sociológico. Na expressão de Tavares, com o neokantismo, assiste-se à “definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma”¹⁰⁷.

A presente teoria encontrou as condições políticas, econômicas e sociais para o seu desenvolvimento no contexto do Entre Guerras. O crescimento econômico na França e na Inglaterra gerou o desinteresse pelo estudo das causas sociais do delito, uma vez que, a despeito da melhora nas condições de vida, a criminalidade não foi erradicada. Já em países como a Itália e a Alemanha, atrasados na acumulação capitalista e profundamente afetados pela guerra, o clima era propício ao estabelecimento de estruturas totalitárias de Estado, as quais, na corrida pelo crescimento econômico e pela militarização, exigiam uma ordem hermeticamente fechada ao debate jurídico-democrático.¹⁰⁸

Na Alemanha, nos anos que seguiram à instauração da República de Weimar, o pensamento neokantiano foi representado, principalmente, pela Escola Subocidental Alemã ou de Baden. Para essa Escola, os valores criam e ordenam os entes valorados, sendo a chave de acesso a eles.¹⁰⁹

A metodologia adotada pelo idealismo neokantista da Escola de Baden impulsionou a elaboração dogmática do Direito Penal, passando os conceitos jurídico-penais a serem entendidos como conceitos essencialmente valorativos. Diante disso, a ação, a omissão, a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade e, adiciona-se, o bem jurídico deixaram de ser concebidos em termos formalistas e naturalistas para serem reinterpretados em seu sentido normativo.¹¹⁰

Assim, o êxito do neokantismo na teorização do conceito jurídico de crime foi resultado da meticulosa separação entre os universos jurídico e real, que permitiu ignorar os dados da realidade e submeter a criminologia a uma posição subordinada. Afinal, se, para

¹⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 189.

¹⁰⁸ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 72-73.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 342-343.

¹¹⁰ PUIG, Santiago Mir. Límites del normativo en Derecho Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho Penal del siglo XXI, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, p. 41-81, 2007. p. 48.

Kant, as coisas em si eram inacessíveis ao conhecimento humano, o qual está delimitado no tempo e espaço, elas simplesmente não existiam para os neokantistas. Na visão destes, inexistem obstáculos à criação de novos conceitos jurídicos, sem respaldo em qualquer dado da realidade, com os quais se podia mudar o mundo para legitimar a lei, conforme a necessidade¹¹¹

Quem primeiro defendeu a concepção metodológica ou teleológica de bem jurídico foi Honig, com a edição, em 1919, da obra *Die Einwilligung des Verletzten*¹¹². Na visão de mencionado autor, bem jurídico é o fim reconhecido pelo legislador em cada um dos preceitos penais, expresso na sua forma mais sucinta, ou, ainda, a síntese por meio da qual o pensamento jurídico capta de forma concisa o sentido e fim das proibições penais¹¹³.

Com Honig, o conceito de bem jurídico é situado na estrutura do crime e a ele são conduzidos todos os elementos da descrição típica, sejam eles objetivos, subjetivos ou normativos, até o ponto em que o bem jurídico se iguala ao próprio conteúdo da norma incriminadora. Dessa forma, o objeto da tutela penal é reduzido a produto da reflexão jurídica, à síntese do próprio tipo penal, não existindo como algo em si.¹¹⁴

Aproximando-se de Binding, Honig vê como relevante para a afirmação da carência de tutela jurídica tão somente a vontade da comunidade expressa em lei, ainda quando a proteção penal aproveite, *prima facie*, ao indivíduo. Para ele, “o Estado só eleva à categoria de objecto da respectiva tutela as condições indispensáveis à preservação e funcionamento da vida comunitária. Ou, noutros termos, que contribuam para a manutenção e desenvolvimento da comunidade”¹¹⁵.

Honig critica Birnbaum por, ao conceber o bem jurídico como dado da realidade empírica, não distinguir objeto da tutela e objeto da ação. Para o defensor da corrente metodológica, Binding e Liszt também não escaparam a essa confusão, uma vez que o primeiro estabeleceu limites lógico-objetivos ao conceito de bem jurídico e o segundo identificou bem jurídico e interesses da vida humana.¹¹⁶

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 342-343.

¹¹² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 64.

¹¹³ HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten* apud MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I. p. 402.

¹¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro). In: VÁRIOS. *Problemas Gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 392-393. (Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários; 1).

¹¹⁵ HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten* apud ANDRADE, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁶ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 79.

Ocorre que, na tentativa de separar objeto jurídico e objeto material do crime, Honig e seus seguidores incorrem em outra confusão: entre bem jurídico e escopo da norma. Conforme esclarece Fragoso, “Fim e objeto são categorias logicamente distintas, embora não haja escopo sem objeto”¹¹⁷. Com efeito, toda e qualquer norma jurídica ou social possui um escopo, legítimo ou ilegítimo, de forma que a criminalização de condutas sempre atende a alguma finalidade, ainda que a conduta proibida não cause prejuízo grave a ninguém.

Outro representante da presente teoria, Mezger define bem jurídico como o “valor objetivo” que a lei reputa necessitado de proteção. Segundo o autor, o bem jurídico assim obtido constitui o instrumento mais importante de interpretação dos tipos penais. Por outro lado, a lei penal é, em si, diretriz obrigatória na determinação do bem protegido, o qual, por sua vez, corresponde ao escopo da norma, isto é, à *ratio legis*.¹¹⁸ Nesse ponto, é notória a circularidade do raciocínio de Mezger.

Todavia, como a lei não esgota a totalidade do Direito, Mezger sustenta que a identificação do bem jurídico também deve ser feita com apoio no Direito supralegal, composto pelas normas de cultura das quais todo o Direito emana. Tais normas são extralegais, mas não extrajurídicas, porquanto imanentes e não transcendentais aos fins e metas do ordenamento jurídico.¹¹⁹ Logo, o recurso a elementos supralegais não significa, nessa teoria, a introdução de um referencial pré-jurídico na construção do conceito de bem jurídico.

O autor alerta que a diretriz última e fundamental do Direito e da interpretação da lei é a criação de um equilíbrio justo entre os interesses da coletividade e os interesses do indivíduo, o que ele denomina “ideia racional de Direito”. Para Mezger, “Direito é aquela regulação social que torna possível o mais alto grau da atividade pessoal na vida da comunidade reciprocamente ordenada (portanto, que cria o máximo possível de satisfação de interesses que se pode lograr na vida em comum)”¹²⁰ (tradução nossa).

A teoria metodológica ou teleológica do bem jurídico, engajada no âmbito da filosofia neokantista, também teve seguidores na doutrina italiana. Bettioli, por exemplo, definiu bem jurídico como o valor que a norma pretende tutelar, valor esse que é uma noção

¹¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 331.

¹¹⁸ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I. p. 403-405.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 405-408.

¹²⁰ No original: “Derecho es aquella regulación social que hace posible el más alto grado de la actividad personal en la vida de la comunidad recíprocamente ordenada (por tanto, que crea el máximo posible de la satisfacción de intereses que puede lograrse en la vida en común)” (*Ibid.*, p. 405-407).

finalística, teleológica, de essência ética e não material¹²¹. Além de Bettiol, Sales assinala que Antolisei defendeu a substituição da noção de objeto da tutela penal pela de escopo da norma, por oferecer uma orientação mais segura e completa na interpretação da lei¹²².

Em crítica ao normativismo do conceito metodológico de bem jurídico, Dias assevera que o legislador, ao editar um preceito, nunca deixa de ter em mira alguma finalidade. Daí que atribuir ao bem jurídico uma função meramente hermenêutica representa o esvaziamento do seu conteúdo, já que, uma vez posta a norma, a existência do bem jurídico haveria de ser admitida por princípio.¹²³ No mesmo sentido, Mantovani afirma que, nessa concepção, apenas por um equívoco terminológico é possível continuar falando em bem jurídico, pois a categoria perde toda a capacidade de limitar a atividade do legislador¹²⁴.

Tavares assinala que, para a teoria metodológica, a existência do bem jurídico depende da norma. Por isso, tal teorização não se afasta tanto do positivismo, que nada mais é do que normativismo desprovido de valor. O positivismo jurídico e o pensamento neokantiano trabalham com os dados existentes na ordem jurídica sem questioná-los. Tal metodologia garante a ausência de polêmicas quanto à legitimidade da norma incriminadora aplicada.¹²⁵

Nesse contexto, o bem jurídico só serve para classificar os tipos penais na Parte Especial dos códigos penais e fornecer aos comentadores elementos para sua interpretação. Dessa maneira, apesar de ser forçoso reconhecer que a presente teoria contribuiu para o desenvolvimento dos métodos de interpretação da lei penal, não há como negar que, com ela, “Esvazia-se a função político-criminal e de garantia do bem jurídico, reduzido a mera categoria formal, útil apenas para a interpretação das normas”¹²⁶.

Por outro lado, Mantovani assevera que o bem jurídico é insuficiente para interpretar a norma penal, considerando que: a) crimes diversos podem afetar o mesmo bem jurídico (ex.: furto e estelionato); b) um único tipo de crime pode afetar mais de um bem jurídico; é o caso dos crimes pluriofensivos (ex.: roubo); c) há o risco de se cair em um “círculo hermenêutico”: interpreta-se a norma para chegar ao bem jurídico e se recorre ao bem jurídico para interpretar

¹²¹ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 1973. p. 171-173.

¹²² SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 426. A respeito da posição de Antolisei, vide Capítulo 4, item 4.1, *infra*.

¹²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

¹²⁴ MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto penale.). p. 195.

¹²⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 189-190.

¹²⁶ SALES, *op. cit.*, p. 426.

a norma e d) não raramente, há dificuldades em se identificar o bem jurídico, havendo diversidade de entendimentos em relação ao mesmo tipo penal.¹²⁷

Por fim, segundo Prado, a perspectiva neokantista busca a legitimação da lei penal no “reconhecimento geral” ou, ainda, na “consciência geral do direito” ou “convicção jurídica comum”, entendidos como o conteúdo espiritual comum da consciência de muitos indivíduos ou mesmo da totalidade do povo¹²⁸. A despeito disso, na realidade, o fundamento último da validade das leis estava na simples vontade do legislador.

Portanto, malgrado tenha possibilitado a estruturação da teoria do fato punível ao reconhecer que o Direito constrói suas próprias realidades, o idealismo neokantiano teve como grande desvantagem a abertura do sistema jurídico para o acolhimento de qualquer ordem de ideias e valores, ainda que antidemocrática¹²⁹.

2.7 A teoria do bem jurídico nos regimes totalitários do século XX

Com o movimento espiritualista neokantiano, o conceito de bem jurídico se desmaterializa em definitivo, convertendo-se em instrumento autorreflexivo de legitimação política dos valores acolhidos pelas normas positivas. Nesse ponto, na análise de Ferrajoli, o bem jurídico perde a capacidade de atuar como critério de delimitação e deslegitimação externa da intervenção penal e chega ao fim de sua parábola evolutiva.¹³⁰

Diante disso, os juristas do regime nacional-socialista, no marco do modelo acentuadamente subjetivista do Direito Penal da vontade, viram-se livres para decretar o arquivamento da categoria e a sua substituição pelas noções de “violação do dever”, “desvalor da atitude interna” e “infidelidade” ao Estado ou ao seu chefe.¹³¹ Era o fundo do poço para a teoria do bem jurídico.

A ciência penal, no contexto da ditadura nazista, assistiu à controvérsia entre a Escola de Marburgo e a Escola de Kiel a respeito da manutenção da noção de bem jurídico. Para os membros da Escola de Marburgo, não se fazia necessário abandonar o conceito de bem jurídico, mas apenas superar sua origem individualista, como pretendeu Binding. Dessa

¹²⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto penale.). p. 202.

¹²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38. Observa-se, nesse aspecto, a influência de Hegel e sua noção de “espírito objetivo que vive historicamente”.

¹²⁹ MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 50.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 376.

¹³¹ *Ibid.*, p. 376.

forma, o Direito Penal deveria ser orientado à tutela dos bens do Estado, preponderantes em relação aos individuais.¹³²

Fiéis ao pensamento teleológico neokantista, os penalistas da Escola de Marburgo tentaram demonstrar a adequação da categoria ao espírito próprio do Direito Penal de um Estado totalitário. Contudo, fizeram-no “em termos tais que a sobrevivência do conceito de bem jurídico só foi possível à custa do total esvaziamento do seu conteúdo material e da sua inocuidade do ponto de vista de garantia e de crítica”¹³³.

Já os penalistas da Escola de Kiel viam na teoria do bem jurídico um inimigo a ser eliminado, em razão de seu legado liberal e individualista. Por isso, rejeitavam a aplicação de qualquer das suas formulações à dogmática jurídico-penal, reputando-as inconciliáveis com a nova ordem.¹³⁴ A partir daí, a noção liberal de crime como ofensa a bens jurídicos foi substituída pela de “violação ao dever de fidelidade ao Estado ético, personalizado no *Führer*”. Por outro lado, o critério para determinar a danosidade social do comportamento punível passou a ser o “são sentimento do povo”.¹³⁵

Nesse contexto, autores como Schaffstein e Dahm procuraram reestruturar a teoria da norma penal, de maneira que ao Direito Penal fosse atribuída uma tarefa dita “moralmente mais elevada”. Assim, a função da norma penal não seria mais apenas preservar determinados bens materiais, mas impulsionar a nova moralidade nacional-socialista, por meio da repressão dos sintomas da vontade infiel¹³⁶.

Ademais, a consumação do delito passa a prescindir da lesão efetiva ou potencial de qualquer bem da vida, sendo suficiente, para tanto, a manifestação da vontade rebelde. Os bens e interesses, individuais e coletivos, perderam toda a relevância para a existência do delito, já que a essência do crime estava no dever que é imposto ao indivíduo como decorrência do seu papel na comunidade. Dentro dessa lógica, a punição do falso testemunho, por exemplo, não guarda qualquer relação com o interesse coletivo pela administração da justiça, justificando-se em razão do desrespeito ao dever do cidadão de lealdade ao Estado administrador da justiça.¹³⁷

¹³² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 68.

¹³³ *Id.* A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro). In: VÁRIOS. *Problemas Gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 393. (Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários; 1).

¹³⁴ ANDRADE, *op. cit.*, p. 68.

¹³⁵ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale – Parte generale*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995. p. 11.

¹³⁶ MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 195.

¹³⁷ GREGORI, Giorgio. *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*. Padova: CEDAM, 1978. p. 34-36.

As consequências nefastas do abandono da teoria do bem jurídico pelo Direito Penal nazista são bem conhecidas: a punição do crime impossível e dos atos preparatórios, como, por exemplo, o planejamento do homicídio de qualquer líder do regime nacional-socialista; a criminalização de condutas, até então, juridicamente irrelevantes, como a prática de relações sexuais entre arianos e não arianos; o estabelecimento de um Direito Penal de autor, no qual o delito é expressão de um “sentimento jurídico depravado”, entre outras¹³⁸.

Além do conceito material de crime, esfacelado diante da prevalência da noção de vontade desleal ou infiel ao Estado sobre a de fato socialmente danoso, o conceito formal de crime também desaparece. Isso porque o princípio da legalidade foi aniquilado e, diante da ausência de separação de poderes, era possível aos juízes e ao próprio *Führer* aplicar penas sem lei anterior que as previssem, via raciocínio analógico, visando à prossecução dos objetivos do nacional-socialismo¹³⁹.

O regime fascista na Itália, por sua vez, não teve grandes dificuldades em conviver com o pensamento da autodenominada Escola Técnico-Jurídica, enunciada por Rocco em 1910 como reação à filosofia liberal de Carrara. De fato, diferentemente das Escolas de Marburgo e Kiel, a Escola Técnico-Jurídica não se prestou à conformação de todo o Direito Penal aos fins do Estado totalitário, mas, assim como a Escola de Baden, foi incapaz de resistir ao avanço autoritário e defender o Estado de Direito:

[...] o neokantismo y o tecnójuridicismo foram interessantes discursos de burocracias acadêmicas e judiciais, inteligentemente montados, com os quais se logrou estabelecer um *status quo* de baixa agressão às agências políticas autoritárias, preservando seus espaços institucionais. De modo algum deram lugar a um direito penal do estado de direito, pois foram incapazes de defendê-lo, não se podendo sustentar o contrário só porque sem eles o direito penal estaria ainda mais submetido ao arbítrio dos respectivos estados policiais. Se esse último fosse verdade, o máximo que demonstra é que foi um método conjunturalmente útil.¹⁴⁰ (tradução nossa)

¹³⁸ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 74-75; BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Bogotá: Temis, 1994. p. 10-11.

¹³⁹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Rev. e coord. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 124.

¹⁴⁰ No original: “[...] el neokantismo y tecnójuridicismo fueron interesantes discursos de burocracias académicas y judiciales, inteligentemente montados, con los que lograron establecer un statu quo de baja agresión con las agencias políticas autoritarias, preservando sus espacios institucionales. En modo alguno dieron lugar a un derecho penal del estado de derecho, pues fueran incapaces de defenderlo, no pudiendo sostenerse lo contrario sólo porque sin ellos el derecho penal hubiese estado aun más sometido al arbitrio de los respectivos estados policiales. De ser verdad esto último, lo máximo que demuestra es que fue un método coyunturalmente útil.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 344).

O Código Penal Italiano de 1930 ou Código Rocco é o grande monumento penal do fascismo. Nele, a tutela do Estado se sobressai como a única missão do Direito Penal, atribuindo-se um sentido particularmente autoritário a cada um dos tipos penais clássicos.¹⁴¹

Nesse sentido, em comentários à parte especial do diploma fascista, Rocco indicou como objeto jurídico dos delitos de homicídio, lesão, coação e furto não mais a vida humana, a integridade pessoal, a liberdade individual e a propriedade privada, mas o “interesse do Estado na segurança das pessoas”, o “interesse do Estado em garantir a liberdade individual” e o “interesse público na inviolabilidade dos bens patrimoniais”¹⁴². Além disso, o estupro era tido como atentado contra a moralidade pública e os bons costumes; o aborto atingia a saúde e a integridade da estirpe – valores que se identificavam com o interesse demográfico do Estado – todos esses bens jurídicos da nação¹⁴³.

Sob a égide dos regimes ditatoriais socialistas, a dogmática jurídica assumiu uma posição aparentemente contraditória em relação à teoria do bem jurídico, porquanto a concepção de crime na doutrina marxista se opôs ao sistema liberal clássico ao mesmo tempo em que o retomou e resignificou. Por conseguinte, o conceito de bem jurídico manteve a sua definição tradicional quando considerado isoladamente, mas adquiriu um esquema dogmático novo no interior do sistema penal revolucionário.¹⁴⁴

Como resultado da interpretação dialética fornecida pela dogmática marxista aos conceitos jurídico-penais, verifica-se a conservação e defesa de um sólido fundamento objetivo para a noção material de crime, representado pela desconformidade do comportamento aos interesses econômico-políticos da classe operária (a edificação do Estado Socialista, o bem comum do povo trabalhador, etc.). Assim, todos os bens jurídicos defendidos pelo ordenamento jurídico foram reduzidos a um só bem onicompreensivo – o interesse social – de forma que o único limite substancial reconhecido ao enquadramento típico era a não periculosidade da conduta em relação aos interesses fundamentais do Estado.¹⁴⁵

O novo regime político instaurado com o advento da Revolução Russa de 1917 rechaçou em grande parte o Direito Penal liberal, tachando-o de “burguês”, “classista” e vocacionado à defesa da propriedade privada e dos interesses capitalistas das classes

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 339.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 375.

¹⁴³ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 74.

¹⁴⁴ GREGORI, Giorgio. *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*. Padova: CEDAM, 1978. p. 39.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 41-42.

privilegiadas. O Código Penal russo de 1922 trazia uma concepção substancial ampla de crime, fundada na “perigosidade” do fato e do agente para a ordem jurídica instituída pelo poder operário. Com base nessa definição, permitia-se a punição de fatos não criminalizados pela lei, “mas que se mostrassem, a critério do juiz penal, ‘perigosos’ para os fins a serem alcançados pela revolução”¹⁴⁶.

Observa-se que, durante o socialismo soviético, o conceito de bem jurídico, quando mantido, teve seu conteúdo condicionado ao perfil das diferentes fases do processo revolucionário. De uma maneira geral, o crime foi definido como fato antissocial, perigoso para os interesses do proletariado e para a edificação do Estado socialista. Todavia, o juízo de periculosidade aos interesses da revolução proletária não se restringia ao fato, incidindo também sobre o autor. Dessa forma, o criminoso era o contrarrevolucionário a serviço do capitalismo.¹⁴⁷

Segundo Mantovani, nos países comunistas, o crime não era mera violação do dever, mas, antes de tudo, fato socialmente perigoso¹⁴⁸. Por conseguinte, a ilicitude material possuía acentuado relevo, tanto que, após a restauração do princípio da legalidade na década de 1960 na União Soviética, ao juiz foi autorizado deixar de considerar crime um fato formalmente previsto, caso não se revelasse “socialmente perigoso”. Conforme esclarece Battaglini, “O direito soviético inspira-se essencialmente no princípio da *conformidade com o escopo revolucionário* (“rievtsielesobraznot”), antepondo, assim, o problema da valoração substancial ao da interpretação formal”¹⁴⁹ (itálico no original).

Anota-se que essa concepção substancial de crime também está presente no Código Penal cubano em vigor, que, ao definir crime, exige, para além da tipicidade formal, que o fato seja “socialmente perigoso”. No entanto, o *códex* cubano permite a aplicação de medidas de segurança *antedelictum*, independente da prática de fato previsto como crime, aos sujeitos considerados “perigosos” e aos “indivíduos antissociais”.¹⁵⁰

Pelo exposto, resta evidente que, por dois séculos, o conceito de bem jurídico recebeu as mais variadas definições e conteúdos, provando-se volátil ao ser acolhido tanto por regimes democráticos quanto autoritários. Logo, dependendo da configuração político-ideológica, a teoria do bem jurídico foi instrumentalizada com o fim de atender a interesses

¹⁴⁶ SALES, Sheila Jorge Selim de. Um estudo sobre o significado ideológico da parte especial do Código Penal nos (ex) países socialistas não democráticos. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65.

¹⁴⁷ *Id.* Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 427.

¹⁴⁸ MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 181-183.

¹⁴⁹ BATTAGLINI, Giulio. *Diritto Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: USP, 1973. v. 1. p. 139.

¹⁵⁰ SALES, *op. cit.*, p. 77-78.

conflitantes, como os de classe da burguesia, da revolução do proletariado e do Estado nazifascista.

2.8 A proteção de valores ético-sociais em Welzel

Para Welzel, o Direito Penal possui função ético-social, tendo como missão amparar os valores elementares da vida comunitária¹⁵¹. Nessa teoria, o bem jurídico é tratado de modo secundário, reduzindo-se a simples desdobramento naturalístico ou normativo dos valores ético-sociais¹⁵². Conforme enuncia Tavares, “Na concepção ontológica de WELZEL, o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma, tal como no neokantismo, mas se vê substituído, em grau de preferência, pelos chamados valores ético-sociais”¹⁵³.

O desvalor de uma conduta, segundo Welzel, pode se basear no resultado reprovável por ela produzido ou no desprestígio da ação em si, independentemente da obtenção desse resultado, mas em razão de tender a alcançá-lo (ex.: introdução da mão, pelo ladrão de carteiras, em um bolso vazio). Assim, tanto o desvalor do resultado quanto o desvalor da ação são relevantes para o Direito Penal.¹⁵⁴

O Direito Penal busca, em primeiro lugar, amparar determinados bens da vida da comunidade (a existência do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, dentre outros). Contudo, a proteção de bem jurídicos, assinala Welzel, se dá a partir da garantia da vigência dos valores ético-sociais da ação, tais como a fidelidade e a obediência ao Estado, o respeito pela vida, saúde e liberdade alheias, a honradez, etc. Esses valores, presentes na consciência jurídica de um povo, constituem o substrato ético-social das normas de Direito Penal.¹⁵⁵

Por isso, a fim de cumprir seu desiderato protetivo, o Direito Penal pune não apenas a lesão a bens jurídicos, mas também as ações infiéis, indisciplinadas, desonestas ou desleais que visam lesioná-los, assegurando a observância real dos valores ético-sociais. Daí que a missão central do Direito Penal reside, para Welzel, em assegurar a valia inviolável desses valores, mediante a punição de condutas que se apartam dos valores fundamentais do agir humano.¹⁵⁶ Nas palavras do autor:

¹⁵¹ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 27.

¹⁵² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 193.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 191.

¹⁵⁴ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 28.

¹⁵⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 28-29.

[...] a missão primária do direito penal não é o amparo presente de bens jurídicos; isto é, o amparo da pessoa individual, da propriedade e outros, pois é ali, precisamente, aonde, por regra geral, chega sua ação tarde demais. Principalmente do amparo dos bens jurídicos individuais concretos está a missão de assegurar a real validade (a observância) dos valores do atuar ou agir segundo o pensamento jurídico. Eles constituem o mais sólido fundamento sobre os quais se apóia o Estado e a sociedade. O simples amparo de bens jurídicos somente tem uma finalidade negativo-preventiva, policial-preventiva. Em compensação, o papel mais profundo que exerce o direito penal é de caráter positivo-ético-social, pois proibindo e sancionando o afastamento realmente manifestado dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza do modo mais ostensivo de que dispõe, a validade inviolável destes valores positivos do ato, forma o juízo ético-social dos cidadãos e fortalece seu sentimento de permanente fidelidade ao direito.¹⁵⁷

Segundo essa teoria, a proteção ampla e duradoura de bens jurídicos só pode ser alcançada se o Direito Penal se interessar menos pelo resultado e mais pela ação em si. Isso porque o dano atual causado pelo crime é secundário quando comparado à solidez da conquista em fidelidade ao Direito, representada pela promoção dos valores ético-sociais elementares.¹⁵⁸

Welzel define bem jurídico como “um bem vital do grupo ou do indivíduo, que, em razão de sua significação social, é amparado juridicamente”¹⁵⁹. A respeito desse conceito, o autor esclarece:

Em seu substrato, na sua essência, pode apresentar-se nas formas mais variadas: como objeto ideal-psíquico (assim a vida, por um lado, e a honra pelo outro); como estado real (a paz do lar); como relações da vida (matrimônio, parentesco); como relação jurídica (propriedade, direito de caça); e até como conduta de um terceiro (dever de fidelidade do empregado público, protegido diante do suborno). Bem jurídico é, portanto, todo estado social pretendido que o direito deseja assegurar contra lesões.¹⁶⁰

Observa-se que, nessa concepção, a cominação e aplicação de penas são fundamentais para a consolidação dos juízos morais de uma época, tendo em vista que o Direito Penal tem raízes na “cultura total” de determinada comunidade¹⁶¹. Logo, é visível a influência da fórmula de Jellinek, segundo a qual o Direito é o “mínimo ético”, na medida em que a pena é ligada a um veredito moral a respeito de fatos, justificado com base nas convicções valorativas dominantes¹⁶².

¹⁵⁷ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 30.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 31.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 32.

¹⁶⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 34-35.

¹⁶² STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho). p. 54.

Além da influência de Jellinek, o ontologismo de Welzel assume uma posição intermediária entre a filosofia neokantista e a filosofia de valores. Assim, por um lado, parte da existência de um imperativo categórico transcendente, como fundamento das determinações ou proibições penais. Por outro, as normas penais se orientam para a proteção de dados ônticos, quais sejam, os pressupostos elementares da existência social, tidos como valores ético-sociais.¹⁶³

Em sintonia com o pensamento neokantista, Welzel admite que ao Direito Penal importa o sentido valorativo dos fatos e não apenas sua dimensão físico-naturalística. Contudo, o autor critica o pressuposto metodológico subjetivista dos neokantianos, segundo o qual o caráter valorativo do fato não está no fato em si mesmo, mas lhe é outorgado pelos homens. Welzel, contrariamente ao pensamento neokantiano, entende que a valoração dos fatos decorre da sua própria forma de ser.¹⁶⁴

Próximo a Welzel, Wessels afirma que “As raízes do Direito Penal se situam nas representações ético-sociais de valor da comunidade jurídica; elas constituem a base para o aparecimento dos bens jurídicos, das normas jurídicas e dos tipos penais”¹⁶⁵ (itálico no original). A teoria ético-social também é adotada por Schmidhäuser, conforme registra Bacigalupo, para quem o delito consiste na infração de certos deveres éticos. Nessa visão, o fato criminoso é referido a uma ordem de valores diversa da jurídica: a social, composta pelas ideias morais gerais das quais surgem as exigências fundamentais da vida comum.¹⁶⁶

A introdução no conceito material de crime do ponto de vista ético-social vai ganhar força com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Nesse contexto, a teoria ético-social do bem jurídico vai além da função de conservação de concepções morais vigentes que lhe reservava Welzel, pretendendo promover valores sociais, culturais e econômicos.¹⁶⁷ A noção de que cabe ao Direito Penal não apenas a proteção de bens jurídicos, mas também a promoção de determinados valores ético-sociais foi resgatada pelo discurso jurídico-penal atual, sobretudo no tocante à criminalidade ambiental e genética.

¹⁶³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 192.

¹⁶⁴ PUIG, Santiago Mir. Límites del normativo en Derecho Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho Penal del siglo XXI, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, p. 41-81, 2007. p. 49.

¹⁶⁵ WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte geral - Aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 4.

¹⁶⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Bogotá: Temis, 1994. p. 8-9.

¹⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 59-60. No mesmo sentido, Tavares afirma que “o conceito ontológico de bem jurídico corresponde nitidamente ao Estado de bem-estar social, no qual o processo de geração de riqueza se vê associado a um fundamento ético, de sua base material, que cria a expectativa de que possa ser repartido por todos, como bem vital da comunidade.” (TAVARES, *op. cit.*, p. 194).

A teorização ora em apreço retoma a histórica confusão entre Direito e moral, atribuindo ao Direito Penal o papel de tutelar a virtude ou, o que é mais provável, as convicções morais dominantes. Conforme ensina Dias, a ênfase no desvalor da ação, autonomizado em relação ao desvalor do resultado, não se adequa ao pluralismo valorativo das sociedades democráticas. Nestas últimas, o Direito Penal, “como ordem terrena que tem de respeitar a liberdade de consciência de cada um”, não é instância legitimada para castigar o pecado e a imoralidade, cabendo essa tarefa, respectivamente, à divindade e à consciência individual¹⁶⁸.

Para Stratenwerth, o “mínimo ético” digno de proteção penal deve se limitar, “num ordenamento de liberdades, a normas capazes de produzir consenso, isto é, que respeitem, dentro do possível, as diferentes convicções morais dos sujeitos de direito em questões controvertidas”¹⁶⁹ (tradução nossa). Para ele, o Direito Penal há de impulsionar a evolução da consciência moral da sociedade, abarcando novas formas de ameaça a bens importantes por meio do fortalecimento das novas normas de conduta correspondentes, em matérias como, por exemplo, meio ambiente e tecnologia genética. A despeito disso, prossegue o autor ao reconhecer o quão complicado é esperar consenso nesses assuntos, o ideal é que a questão sobre quais condutas criminalizar seja decidida por critérios diversos ao ético-social.¹⁷⁰

Com efeito, a teoria ético-social desconsidera o teor liberal da teoria do bem jurídico, em razão do qual só as manifestações externas da consciência humana possuem relevância jurídico-penal. E o faz, ressalta-se, sob a justificativa de proteger bens jurídicos. Como consequência prática dessa posição, o dogma do bem jurídico é utilizado como justificativa para punir igualmente o crime tentado e o crime consumado, bem como o crime impossível, a cogitação de crime e as meras imoralidades, que não atingem bens alheios.¹⁷¹

Em Welzel, proteção jurídica e proteção moral se unificam, pois a obediência ao dever geral de respeito aos valores ético-sociais, por imposição do imperativo categórico, é imanente à consciência pessoal. Por conseguinte, a própria noção de bem jurídico perde substancialidade, sendo mantida tão somente por estratégia retórica, uma vez que a pretensa

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 60.

¹⁶⁹ No original: “Lo ‘mínimo’ digno de protección penal debería limitarse, en un ordenamiento de libertades, a normas *capaces de producir* consenso, es decir, que respeten, tanto como sea posible, las diferentes convicciones morales de los sujetos de derecho en cuestiones controvertidas.” (STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho). p. 54).

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 54-55.

¹⁷¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2012. p. 9.

proteção de valores ético-sociais nada mais é do que incriminação da antissociabilidade. Isso explica a conceituação de bem jurídico, pelos adeptos da teoria ético-social, como um estado social, ou seja, uma determinada ordem social.¹⁷²

Segundo Busato, Welzel oculta a questão do bem jurídico, como tópico indispensável da discussão dogmática, por trás de uma construção artificial que denominou “adequação social”. Dessa maneira, o autor alemão converteu o bem jurídico em tema secundário, pretendendo abarcar a questão da ofensa ao bem jurídico dentro do princípio da adequação social. Contudo, na análise do autor brasileiro, a aplicação do princípio da adequação social não depende de qualquer referência à noção de bem jurídico-penal.¹⁷³

Em sentido contrário, Bechara argumenta que o juízo de adequação social depende da “análise crítica da relevância da afetação do bem jurídico tutelado pela norma, sob o prisma histórico-social no qual se insere o comportamento do agente”. Para a autora, “o conceito de conduta socialmente adequada não é empírico, mas sim normativo, importando em uma valoração referida ao bem jurídico”. Por isso, “o rendimento dessa ferramenta hermenêutica apenas se revela possível a partir da compreensão político-criminal da teoria do bem jurídico, como fator de limitação da intervenção penal”.¹⁷⁴

Em crítica à teoria ético-social, Tavares salienta o risco de sua instrumentalização por ideologias autoritárias:

[...] o grande problema que apresenta o ontologismo é de imprimir ao direito penal um conteúdo programático de orientação de condutas e deixar de concebê-lo dentro de suas limitações e garantias. Ao lado da instabilidade do processo de descobrimento desses valores ético-sociais, não muito claramente definidos, o direito penal pode ser usado, conforme o destino político que se dê à incriminação, como instrumento ideológico dos mais perigosos. Basta que se imprima aos valores ético-sociais conteúdos semelhantes ao sadio sentimento do povo, ou à consciência coletiva, ou à vontade geral da nação, ou à moralidade pública, para que se instaure um regime de terror, sem fronteiras e ontologicamente legitimado.¹⁷⁵

Por derradeiro, ressalta-se que, antes mesmo de Welzel, o critério ético-social já servia de base para teorias que diferenciavam qualitativamente o ilícito penal e o ilícito meramente administrativo, como a de Goldschmidt. Em Goldschmidt, a autonomia material do injusto penal decorria da sua ressonância ético-social, em oposição à neutralidade ética do

¹⁷² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 192.

¹⁷³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 358-359.

¹⁷⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 165-166.

¹⁷⁵ TAVARES, *op. cit.*, p. 194.

injusto administrativo.¹⁷⁶ Para ele, as normas penais corresponderiam àquelas proibições que garantem o “mínimo ético”, enquanto o delito administrativo seria mera violação ao dever individual de colaboração para o progresso social¹⁷⁷. A despeito disso, Welzel foi adepto da teoria diferenciadora quantitativa, e não da qualitativa, separando crime e infração administrativa apenas pelo maior conteúdo do injusto no primeiro do que no segundo¹⁷⁸.

2.9 Hassemer e a teoria pessoal do bem jurídico-penal

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o reestabelecimento dos governos democráticos, as doutrinas alemã e italiana empreenderam esforços para resgatar a concepção liberal de bem jurídico-penal. As atrocidades perpetradas sob a égide dos regimes nazista e fascista desvelaram os riscos do normativismo excessivo e apontaram para a necessidade de restaurar o humanismo iluminista. O resultado foi um retorno ao direito natural, como forma de delinear limites pré-jurídicos ao poder do legislador de criminalizar condutas¹⁷⁹.

O exemplo mais paradigmático desse resgate do conceito crítico de bem jurídico-penal é o Projeto Alternativo de Código Penal alemão, apresentado em resposta ao conservadorismo do Projeto Governamental de Código Penal de 1962. Esse último manteve a criminalização da prática de atos sexuais homossexuais, da sodomia, da pornografia, dentre outros. Diante disso, em 1966, quatorze professores de Direito Penal redigiram o Projeto Alternativo, o qual, com base em uma noção metapositiva de bem jurídico, procurou separar os domínios do Direito e da moral. No entanto, a questão não demorou a transbordar “dos limites do direito penal sexual para se transformar na questão central da essência do conteúdo material do conceito de crime e da função primária do direito penal no sistema social”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho*. Derecho penal e processo I. Problemas fundamentales del derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2010. p. 301.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 301.

¹⁷⁸ Welzel representava o injusto como uma linha contínua que se inicia no crime e vai perdendo intensidade em direção às infrações administrativas (WELZEL *apud* SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115). A respeito do tema, Cf. BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (Orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 73-101.

¹⁷⁹ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 96.

¹⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61. Nos termos do §2º do Projeto Alternativo, “As penas e as medidas de segurança servem a protecção de *bens jurídicos* e à reinserção social do agente na comunidade jurídica” (ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro). In: VÁRIOS. *Problemas Gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 390. (Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários; 1).).

É nesse contexto que estão inseridas as concepções de bem jurídico-penal que o tomam como precedente à atividade legislativa, emanado de fontes extrajurídicas ou pré-positivas¹⁸¹. Nessa linha, a teoria pessoal ou personalista de Hassemer desempenhou um papel essencial na reforma do Direito Penal sexual de 1973, traduzido no esforço de limitar a criminalização às condutas que afetassem a autodeterminação sexual e o desenvolvimento sexual saudável do menor¹⁸².

Com efeito, a teoria de Hassemer confere ao bem jurídico uma função rigorosamente crítico-limitativa, pois visa possibilitar um parâmetro corretivo da política criminal adotada, impondo a exigência de que o bem jurídico seja retirado da relação social concreta e descrito de maneira precisa pela lei penal. Afinal, segundo o autor, “a vagueza do conceito de bem jurídico está intimamente vinculada com a falta de efetividade da teoria do bem jurídico”¹⁸³ (tradução nossa), como bem demonstrou, mais recentemente, o julgamento no Tribunal Constitucional alemão a respeito da constitucionalidade do crime de incesto.

Para Hassemer, a teoria e a prática penal não podem prescindir do conhecimento empírico fornecido pelas ciências sociais, de forma que cumpre ao legislador penal levar em conta as necessidades e interesses do sistema social. Isso significa que o Direito Penal deve estar orientado às consequências fáticas da sua intervenção. Caso contrário, autor e vítima do delito são deixados em segundo plano, “não aparecendo como pessoas senão como simples esquemas ou estereótipos de referência de uma conduta desviada da norma”¹⁸⁴.

Em Hassemer, a criminalização formal tem por base “fenômenos de interação”, que são processos comunicativos de constituição social de bens jurídicos, anteriores à posituação da norma jurídica. Logo, a identificação de bens jurídicos coincide com a gênese social da norma, ambos resultantes de um processo de seleção comunicativo-social.¹⁸⁵

Conforme esclarece Neumann, seguidor da presente teorização, os bens jurídico-penais não são dados ônticos preexistentes, disponíveis para serem apenas copiados como um

¹⁸¹ SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 427.

¹⁸² STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho). p. 56-57.

¹⁸³ No original: “[...] la vaguedad del concepto de bien jurídico está íntimamente vinculada con la falta de efectividad de la teoría del bien jurídico” (HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal - Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, año 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989. p. 280).

¹⁸⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Aarroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 36.

¹⁸⁵ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 9, p. 169-208, jan. 2002. p. 169 et seq.

modelo pelo legislador. Eles também não têm existência ideal e sim social, porquanto postulados no âmbito do diálogo intersubjetivo. No entanto, ainda quando possuam um substrato material, a esse elemento fático há que ser agregado o componente valorativo.¹⁸⁶

Nessa visão, a legislação penal é ato de concreção dos acordos sociais normativos a respeito da relevância de determinado bem jurídico. Os bens jurídicos, por sua vez, refletem-se na consciência cultural de uma dada sociedade, delimitada no tempo e espaço, não sendo, portanto, realidades absolutas, naturais ou a-históricas, mas baseadas na experiência.¹⁸⁷ Nas palavras do autor:

O Código Penal protege os bens jurídicos sem cujo reconhecimento seria impossível a convivência na atualidade segundo nossa concepção normativa social e nossa configuração democrática: as garantias fundamentais dos pressupostos da dignidade humana, sobretudo a vida, a liberdade, a saúde, a honra, o patrimônio e as condições necessárias a uma socialização ao mesmo tempo livre e exitosa¹⁸⁸. (tradução nossa)

Segundo Hassemer, a teoria do bem jurídico, no marco do movimento iluminista, foi responsável pelo resgate da vítima no discurso jurídico-penal. A partir daí, não poderia mais bastar para a criminalização a mera referência à violação da norma (jurídica, ética ou divina), exigindo-se a demonstração da ocorrência de ofensa a bem jurídico. Essa meta impõe indicar uma vítima cujos bens ou interesses, indispensáveis para a convivência humana em sociedade, foram lesionados.¹⁸⁹ Portanto, demanda-se do comportamento penalmente proibido uma qualidade visível, qual seja, o dano ou colocação em perigo de um bem jurídico, estando o legislador penal vinculado a esse substrato empírico:

[...] a determinação da missão do Direito penal com ajuda do conceito de bem jurídico – um ensaio que tem suas raízes na Ilustração –, oferece ao legislador um critério plausível e prático na hora de tomar suas decisões e, ao mesmo tempo, um critério externo de comprovação da justiça de suas decisões. Este critério, ao mesmo tempo que utilizável, deve ser facilmente apreensível a fim de evitar que o legislador possa ameaçar com uma pena tudo ‘o que, em sua opinião, deva ser mantido intacto e sem alteração alguma’. A ideia do bem jurídico conduz, portanto, a uma Política

¹⁸⁶ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 521.

¹⁸⁷ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. Contribuição para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 76-77.

¹⁸⁸ No original: “El Código Penal protege los bienes jurídicos sin cuyo reconocimiento sería imposible la convivencia en la actualidad según nuestra concepción normativa social y nuestra configuración democrática: las garantías fundamentales de los presupuestos de la dignidad humana, sobre todo la vida, la libertad, la salud, el honor, el patrimonio y las condiciones necesarias de una socialización al mismo tiempo libre y exitosa.” (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999. p. 111).

¹⁸⁹ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 37-38.

criminal racional: o legislador penal deve medir suas decisões com critérios justos e claros, utilizando-os, ao mesmo tempo, para sua justificação e crítica. Tudo aquilo que nada tenha que ver com a proteção dos bens jurídicos deve ser excluído do âmbito do Direito penal.¹⁹⁰ (tradução nossa).

A questão fundamental, por conseguinte, passa a ser a seguinte: como delinear esse critério “externo”, “plausível”, “prático” e “facilmente apreensível”? Em outras palavras: em que constitui, conceitual e materialmente, o bem jurídico-penal?

A teoria de Hassemer parte do pressuposto de que, se pessoal é a responsabilidade penal do réu, pessoal também deve ser a violação produzida pela conduta penalmente proibida, sendo esse o critério a que está condicionada a admissão de bens jurídicos¹⁹¹. Dessa forma, o bem jurídico-penal, para a concepção pessoal, consiste em uma necessidade humana cuja satisfação é imprescindível ao desenvolvimento e estruturação da personalidade individual¹⁹².

Logo, a todo bem jurídico violado pelo crime deve ser ligado um referencial pessoal. Contudo, tendo em vista a inegável sociabilidade do ser humano, que só pode preservar e realizar seus interesses dentro da sociedade, um conceito pessoal de bem jurídico não impede o reconhecimento de bens coletivos, mas exige que eles sejam “funcionalizados” a partir da pessoa. Isso significa que somente será legítima a postulação de bens jurídicos supraindividuais na medida em que também sirvam ao desenvolvimento pessoal dos indivíduos:

Para esta teoria, os bens jurídicos da comunidade só podem ser reconhecidos na medida em que – mediatamente – sejam também interesses da pessoa. Assim, por ex., reconhece as falsidades documentais não como delitos contra a segurança do tráfico jurídico, senão como delitos contra a totalidade dos participantes nesse tráfico e, portanto, dos interessados nos meios probatórios; o falso testemunho ou a acusação e denúncia falsas como delitos contra uma Administração da Justiça concebida como uma função para investigar ordenadamente os assuntos que incumbem às pessoas relacionadas com ela; o meio ambiente no delito ecológico

¹⁹⁰ No original: “[...] la determinación de la misión del Derecho penal con ayuda del concepto de bien jurídico – un ensayo que tiene sus raíces en la Ilustración –, ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación de la justicia de esas decisiones. Este criterio, al mismo tiempo que utilizable, debe ser fácilmente aprehensible a fin de evitar que el legislador pueda amenazar con una pena todo ‘lo que, en su opinión, deba ser mantenido intacto y sin alteración alguna’. La idea del bien jurídico conduce, por tanto, a una Política criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluído del ámbito del Derecho penal.” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 105).

¹⁹¹ PALAZZO, Francesco. I confini della tutela penale: selezione del beni e criteri di criminalizzazione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, p. 453-482, 1992. p. 463.

¹⁹² HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal - Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, año 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989. p. 281.

como o conjunto das condições vitais das pessoas e não como a pureza da água ou do ar como tais.¹⁹³

Observa-se, pelo exposto, que, na teoria pessoal, os bens jurídicos individuais exercem uma função orientadora da tutela penal, pois se demanda que a proteção de bens jurídicos supraindividuais consista em etapa necessária na caminhada para alcançar a meta final que é a realização dos indivíduos na sociedade.¹⁹⁴ Por conseguinte, a tutela de bens supraindividuais não pode ser perseguida com sacrifício dos indivíduos, ao contrário do que concepções utilitaristas, totalitárias e majoritárias podem vir a admitir¹⁹⁵.

Adepto da concepção pessoal, Sternberg-Lieben define bem jurídico-penal como uma situação real e suscetível de ser lesionada, a qual aparece, em um momento histórico concreto, como condição e requisito do desenvolvimento pessoal. Para ele, a presente teoria espelha a relação entre indivíduo e sociedade estabelecida pela ordem constitucional de valores, uma vez que a Lei Fundamental impõe que todas as instituições coletivas que rodeiam o indivíduo, inclusive o Estado, estejam ao seu serviço.¹⁹⁶

O autor pontua que essa teorização não restringe os bens jurídico-penais aos individuais “clássicos”, abarcando também os supraindividuais. Por certo, o sujeito, integrado à comunidade, não é uma unidade insular, mas uma “individualidade social”. Daí que, na realidade social, as interações ocorrem entre uma pluralidade de indivíduos, sendo que “nas relações mútuas desses nos âmbitos ‘sociedade’ e ‘Estado’ se constroem novos elementos de sua existência em liberdade”¹⁹⁷.

Segundo Neumann, “A teoria pessoal do bem jurídico não tem seu lugar no campo da filosofia teórica, mas no da filosofia prática”, porquanto oferece resposta a uma questão normativa. Contudo, o autor ressalta que não se trata de uma resposta completa nem universal, mas de “uma resposta cientificamente convincente e inteligente do ponto do vista político-

¹⁹³ No original: “Para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad solo se pueden reconocer en la medida en que – mediatamente – sean también intereses de la persona. Así, por ej., reconoce las falsedades documentales no como delitos contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de los participantes en ese tráfico y, por tanto, de los interesados en los medios probatorios; el falso testimonio o la acusación y denuncia falsas como delitos contra una Administración de Justicia concebida como una función para investigar ordenadamente los asuntos que incumben a las personas relacionadas con ella; el medio ambiente en delito ecológico como el conjunto de las condiciones vitales de las personas y no como la pureza del agua o del aire como tales.” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 109).

¹⁹⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199.

¹⁹⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. p. 198. (Diritto Penale).

¹⁹⁶ STERBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p.109.

¹⁹⁷ No original: “[...] en las relaciones mutuas de éstos en los ámbitos <<sociedad>> y <<Estado>> se construyen nuevos elementos de su existencia en libertad” (*Ibid.*, p. 111).

jurídico, para a qual não existe hoje alternativa evidente”. Apesar disso, a teoria pessoal representa uma tomada de posição sob a perspectiva da Teoria do Estado, opondo-se aos enfoques estadistas ou coletivistas de Direito Penal, e também no conflito tradicional das teorias da pena, optando pelas denominadas teorias relativas ou preventivas.¹⁹⁸

Apesar de não ser, tradicionalmente, incluído dentre os defensores da teoria pessoal, Roxin, definindo bens jurídicos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre”¹⁹⁹, também compreende, em sentido similar, os bens jurídicos supraindividuais a partir de um referencial pessoal:

Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular. Isto é assim quando se trata dos bens jurídicos universais transmitidos e reconhecidos em geral. Pode-se observar facilmente que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade. O mesmo dever de pagar impostos, detestado com frequência pelos cidadãos, não busca o enriquecimento do Estado, mas o benefício do particular que está sujeito às contribuições do Estado que estão financiadas precisamente através dos gravames. Um conceito de bem jurídico pessoal de tais características é a forma correta de expressão de um Estado de Direito liberal, desde o qual parte a minha argumentação.²⁰⁰

Entretanto, o recente processo de modernização do Direito Penal levou à postulação de bens jurídicos supraindividuais demasiadamente vagos e generalizadores, divorciados de um conceito pessoal de bem jurídico-penal. Opondo-se a esse estado de coisas, Hassemer enuncia três requisitos que todo pretense bem jurídico-penal deve satisfazer: adequação à realidade, seletividade e inteligibilidade. Assim, ao evitar abstrações nebulosas, Hassemer pretende possibilitar o controle democrático das normas incriminadoras, impondo limites à intervenção na liberdade de atuação humana.²⁰¹

Por outro lado, para Hassemer, a ameaça ao bem jurídico-penal é condição necessária, mas não suficiente para criminalizar uma conduta²⁰². Afinal, nem toda ofensa a interesses humanos necessita de uma reação pelo Direito Penal, mas tão somente nos casos

¹⁹⁸ NEUMANN, Ulfrid. “Alternativas: nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, p. 97-110, set.-out. 2015. p. 97 et seq.

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 19.

²⁰¹ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 104.

²⁰² *Id.*, Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal - Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989. p. 278.

em que os efeitos nocivos não ficam confinados aos limites do conflito autor-vítima²⁰³. Por isso, o autor elenca uma série de outros princípios a serem observados na atividade legislativa, a fim de conter a expansão do poder punitivo, tais como tolerância, humanidade, proteção da dignidade humana, danosidade social e *in dubio pro libertate*²⁰⁴.

Na doutrina nacional, a orientação personalista de bem jurídico é defendida por autores como Franco²⁰⁵ e Tavares. Para esse último:

O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só *vale* na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor.²⁰⁶ (itálico no original).

De modo geral, as correntes sociológicas do bem jurídico, entre elas a teoria pessoal, são alvo de críticas pela ausência de indicação de critérios precisos para a identificação dos bens jurídico-penais²⁰⁷. Para Stratenwerth, a decisão sobre a criminalização de determinado comportamento “só é possível dentro de um marco de referência previamente dado”²⁰⁸ (tradução nossa). A segurança oferecida por esse “marco de referência”, como se verá mais adiante, será buscada no seio da ordem constitucional.

A teoria pessoal é criticada, sobretudo, pelos adeptos do funcionalismo sistêmico, corrente de pensamento analisada na sequência. Nesse sentido, Amelung denuncia a existência de bens jurídicos coletivos que não podem ser reconduzidos a interesses pessoais, como é o caso de boa parte dos crimes contra o meio ambiente, cuja obrigação de tutela é imposta ao legislador penal pela própria Constituição²⁰⁹. Além disso, na visão funcionalista-

²⁰³ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 38.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 36-41.

²⁰⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

²⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199. Zaffaroni também se manifesta em favor de uma perspectiva pessoal, ao conceituar bem jurídico como a “relação de disponibilidade de um sujeito para com um objeto”. O sujeito, nessa visão, pode não ser uma pessoa de existência atual ou nem ser uma pessoa. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 489).

²⁰⁷ SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 429.

²⁰⁸ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho). p. 5.

²⁰⁹ AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 236-237.

sistêmica, a determinação de um bem jurídico sempre se produz mediante uma perspectiva pública e não privada, mesmo em sociedades excessivamente individualistas²¹⁰.

2.10 Teorias funcionalistas-sistêmicas: Jakobs e Amelung

A doutrina funcionalista sistêmica tem origens na obra de Durkheim²¹¹, desenvolvendo-se, posteriormente, com os trabalhos de Merton, Parsons e Luhmann. Pela ótica do funcionalismo sistêmico, a sociedade é compreendida “como um sistema global ou de interação – formado sobretudo por normas de organização – ao qual se vinculam todos os fatores sociais (sociedade/indivíduo), sendo a funcionalidade o critério principal de exame de qualquer conduta”²¹².

Nesse contexto, o Direito é tido como subsistema do sistema social geral, cujas diferentes partes são consideradas em função do todo. O crime, para a teoria social dos sistemas, é uma disfunção, ou seja, um defeito no funcionamento do sistema social, que pode ser corrigido no âmbito do próprio sistema. Logo, a missão do Direito Penal é garantir a funcionalidade do sistema social.²¹³

A teoria luhmanniana dos sistemas representa a sociedade como composta não por indivíduos e suas relações, mas por operações sociais comunicativas. As normas jurídicas são “esquemas simbólicos de orientação” de comportamentos transmitidos comunicativamente, por meio dos quais a sociedade se autodescreve – em seus caracteres fundamentais e sua concreta configuração – e se reproduz.²¹⁴

O sistema jurídico-penal foi edificado com base na teoria sistêmica de Luhmann por autores como Jakobs e Amelung. Em Jakobs, o Direito Penal se presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado mediante a proteção das normas. Assim, a contribuição prática do expediente penal “reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem

²¹⁰ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 9, p. 169-208, jan. 2002. p. 185.

²¹¹ Durkheim levantou a hipótese de que o crime, não obstante seja uma disfunção, produz efeitos funcionais para a sociedade: o reforço da coesão e solidariedade sociais em razão da reafirmação ritualística da norma violada, por meio da responsabilização do delinquente, e o reforço da consciência jurídica dos cidadãos conformistas, como consequência da revalidação do *status* de leais e respeitosos à lei. (Cf. DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

²¹² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 42.

²¹³ *Ibid.*, p. 42-43.

²¹⁴ MÜSSIG, *op. cit.*, p. 172.

ser abandonadas em caso de decepção”²¹⁵. Nesse cenário, o penalista da Escola de Bonn define como bem a ser tutelado pelo Direito Penal “a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção”.²¹⁶

Segundo Jakobs, a vinculação do objeto de tutela penal às normas é necessária, uma vez que o Direito Penal não tem função de garantir a estabilidade dos bens (vida, saúde, propriedade, dentre outros) em todo e qualquer caso, mas apenas perante agressões de determinado tipo. Com efeito, tais bens podem ser afetados por eventos naturais ou por fatos humanos inculpáveis (nem dolosos ou culposos). Por isso, “Não é a causação de uma morte que configura lesão de um *bem jurídico-penal* (trata-se da mera lesão de um bem), mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável”²¹⁷ (itálico no original).

A desobediência normativa ou infidelidade ao ordenamento jurídico está presente no descumprimento dos papéis sociais atribuídos normativamente aos indivíduos. Portanto, a responsabilidade penal é estruturada não com fundamento na produção pelo agente de um dano ou perigo para o bem jurídico-penal, a título de dolo ou culpa, mas na atuação em desconformidade com as expectativas normativas depositadas sobre o papel social em que o agente está investido naquela ocasião.²¹⁸

Nessa concepção, o crime, como conduta de uma pessoa racional, é dotado de sentido, significando a desautorização da norma, isto é, um ataque a sua vigência. A pena, por sua vez, interage simbolicamente com a negativa de vigência normativa posta pelo autor do crime, ao (re)afirmar para toda a comunidade que a norma segue vigente.²¹⁹ Influenciado pela teoria de Hegel, Jakobs confere à pena a função de confirmar a eficácia da norma jurídica violada e prevenir a erosão normativa da sociedade.²²⁰

Noutro giro, Jakobs pondera que a punibilidade não pode se fundar no fato de ser a conduta contrária ao valor *per se*, mas apenas em sua nocividade social, sendo esse o filtro

²¹⁵ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 61-62.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 62.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 62-63.

²¹⁸ *Id.* O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33-37. Jakobs cita o exemplo do garçom que, em razão dos conhecimentos adquiridos como estudante de biologia, descobre uma fruta venenosa na salada do cliente. Com base na teoria dos papéis sociais, o garçom, caso sirva a salada e o cliente venha a morrer, não pratica crime de homicídio. Isso porque, atuando na função de garçom, ele não tem a obrigação de usar seus conhecimentos em biologia, razão pela qual, na hipótese delineada, não há ofensa ao papel social nem ataque à vigência da norma.

²¹⁹ *Id.*, *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 22.

²²⁰ A doutrina, de uma maneira geral, inclui Jakobs entre os adeptos da função de prevenção geral positiva da pena. Contudo, é declarada a adesão de Jakobs à teoria da pena de Hegel, a qual é enquadrada, também de maneira geral, como retributivista.

pelo qual hão de passar todas as normas²²¹. Todavia, segundo o autor, não é possível definir com precisão os limites do socialmente nocivo, estando a nocividade social fadada a não assumir qualquer relevância dogmática autônoma nessa construção²²².

Em resumo, para Jakobs, o crime é disfuncional porque simboliza a negativa de obediência às normas e não porque ofende bens jurídicos. Diante disso, o Direito Penal deve restaurar a confiança geral na vigência das normas, demonstrando a validade do preceito violado. Tal meta é perseguida à custa do “delinquente”, que tem seu comportamento “rebelde” onerado com a pena, cuja função é contrariar o descaso do agente pela ordem normativa. Destarte, “À semelhança da infração, também a pena vale pela sua expressividade simbólica, como reafirmação contrafática da norma violada”²²³.

A tese de que a missão do Direito Penal é reestabelecer a confiança normativa, anunciada por Jakobs, não se opõe à teoria ético-social formulada por seu mentor, Welzel. Segundo Hassemer e Muñoz Conde, a ideia de que é preciso restaurar a fé das pessoas nas normas, face à ocorrência de uma infração, não destoaria da meta de reforçar os valores ético-sociais da ação. Isso porque, em Jakobs, a pena é aplicada para que os destinatários das normas não apreendam a infringência normativa como uma alternativa de conduta possível e entendam que, caso sigam por esse caminho, haverão de suportar as consequências.²²⁴

Observa-se que Jakobs, apesar de não descartar expressamente o conceito de bem jurídico²²⁵, acaba por substituí-lo pela noção de vigência efetiva da norma. Assim, o bem jurídico-penal, nos crimes contra a propriedade, é “a eficácia do conteúdo normativo que expressa que a propriedade deve ser protegida”; nos crimes de lesões corporais, é “a eficácia do conteúdo normativo de que a integridade física alheia deve ser respeitada”²²⁶.

Daí que, por um lado, Jakobs regressa às concepções metodológicas ao não diferenciar o bem jurídico dos fins de proteção da norma²²⁷ e, por outro, no mesmo viés de Binding, encara todos os bens jurídicos do ponto de vista sistêmico-social e não pessoal, afirmando, inclusive, que o merecimento e a necessidade de proteção penal são sempre estabelecidos em prol do interesse público²²⁸.

²²¹ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 76.

²²² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 114.

²²³ *Ibid.*, p. 115.

²²⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 102-103.

²²⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 196.

²²⁶ JAKOBS, *op. cit.*, p. 64.

²²⁷ TAVARES, *op. cit.*, p. 196.

²²⁸ JAKOBS, *op. cit.*, p. 66.

Conforme a crítica de Puig, Jakobs olvida que a estabilização normativa não é um fim em si mesmo nem um bem em termos absolutos. Pelo contrário, a norma é um mal necessitado de justificação, não bastando para, sem mais, legitimar a intervenção penal. Para o autor espanhol, as normas criam deveres e os bens jurídicos criam direitos, de forma que a compreensão de crime como violação à norma corresponde à de crime como infração ao dever, ambas opostas à noção de crime como violação a bens jurídicos ou infração a direitos. Com efeito, as duas últimas concepções, assim como as declarações de direitos e as Constituições, apresentam um carácter limitador do poder punitivo que não pode ser transmitido pelas duas primeiras ou pelas declarações de deveres.²²⁹

Além disso, a concepção de Jakobs não se coaduna com uma democracia substancial, uma vez que, em um Estado Democrático de Direito, a ordem jurídica não pode se voltar somente para sua própria subsistência por meio da obediência do cidadão. Afinal, na linha do enunciado por Puig, o sistema social não vale *per se*, mas conforme atenda ao convívio humano livre e pacífico. A doutrina de Jakobs, todavia, evita a discussão a respeito da legitimidade material das normas jurídicas, classificando-a como não científica.²³⁰

Verifica-se que a teoria sistêmica não passa de uma “teoria procedimental da justiça”, segundo a qual não importa que exista a justiça, mas apenas que o sistema funcione²³¹. Por isso, Muñoz Conde registra que essa teoria “representa uma descrição asséptica e tecnocrática do modo de funcionamento do sistema, mas não uma valoração nem muito menos uma crítica deste sistema”²³².

Por outro lado, conforme anota Costa Andrade, a teoria de Jakobs é incongruente com os próprios fins por ele propostos, porquanto pretende “identificar o direito penal como um sub-sistema do sistema social e, ao mesmo tempo, fechá-lo a todos os sinais, informação e complexidade emergente do sistema social”²³³. Jakobs aceita o sistema penal vigente como um dado, legitimando-o independentemente de sua inadequação à realidade fática.

Por derradeiro, ao reduzir todos os bens jurídicos a um bem único – a validade fática da norma –, Jakobs não leva em conta que as normas que incriminam as condutas mais

²²⁹ PUIG, Santiago Mir. Límites del normativismo en Derecho Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho Penal del siglo XXI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, 2007, p. 64.

²³⁰ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33-34. Roxin registra que o próprio Jakobs, sob a pressão das críticas, veio a rever a sua posição.

²³¹ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

²³² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 13.

²³³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 117

graves, em regra, não carecem da reafirmação simbólica contrafática. Pelo contrário, tais normas já contam com uma internalização mais estabilizada e uma fidelidade generalizada, de forma que, adotando-se a presente teoria, a punição nessas hipóteses redundaria inútil.²³⁴

De modo similar, Amelung também se distancia da noção de bem jurídico-penal para focar na danosidade social como manifestação da disfuncionalidade sistêmica. Em obra publicada em 1972, o autor ensaia uma “teoria da danosidade social”, na tentativa de basear o conceito material de crime na noção de dano social, compreendendo como determinante para a proibição de comportamentos sua disfuncionalidade²³⁵.

Para ele, os fatos disfuncionais são aqueles que dificultam ou impedem a resolução de problemas sistêmicos, afetando a dinâmica social, sendo que o crime constitui um caso específico de disfuncionalidade. Contudo, o caráter disfuncional de dada conduta não decorre da lesão ou ameaça de lesão a interesses materiais dos indivíduos ou da coletividade, mas da ofensa às normas institucionais responsáveis pela ordenação da sociedade.²³⁶

Amelung se propõe a definir, à margem da teoria do bem jurídico-penal, um conceito metajurídico e objetivável de danosidade social, tendo como referente pré-positivo as condições de convivência humana, apreendidas em termos sistêmico-funcionalistas. No entanto, o autor reconhece que a teoria do sistema social não está em condições de concretizar aquilo que é socialmente danoso, uma vez que não há como prescindir da decisão política nessa questão.²³⁷

Por isso, Amelung busca amparo na Constituição para emprestar conteúdo ao modelo abstrato da teoria sistêmica, afirmando que “A constituição impõe que o direito penal proíba apenas condutas socialmente danosas”²³⁸, com o que a norma incriminadora só pode ser aplicada na medida em que dela resulte uma contribuição à manutenção do sistema social. Assim, nessa concepção, o critério da danosidade social é utilizado tão somente como princípio informador e não como fundamento material da incriminação²³⁹.

Ressalta-se que, quanto ao bem jurídico, Amelung não visa substituí-lo pura e simplesmente pelo dogma da danosidade social, porquanto o reconhece como um “entrepôsto

²³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 120-121.

²³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 65-66.

²³⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 92.

²³⁷ ANDRADE, *op. cit.*, p. 98-99.

²³⁸ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, p. 370 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 97.

²³⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 196.

necessário à operatividade do princípio da danosidade social e, simultaneamente, a instância de intervenção do legislador, conformadora do sentido definitivo da tutela a prosseguir com a norma penal²⁴⁰. Nessa visão, bem jurídico e danosidade social são conceitos distintos, com funções dogmático-penais complementares, mas diversas, ligando-se cada um a uma questão específica: o primeiro responde à pergunta sobre o objetivo da norma e o segundo à pergunta sobre a função da norma.²⁴¹

Nesse sentido, Amelung define bem jurídico como o “estado de coisas” que o legislador valora positivamente e que, por isso, deve ser conservado. O autor atribui ao conceito a função de *topos* argumentativo na discussão político-criminal, cabendo-lhe o papel de interpretar o Direito Penal, determinar suas relações com outros ramos do Direito e controlar sua adequação à Constituição, sobretudo ao princípio da proporcionalidade.²⁴²

Nesse contexto, para Amelung, “a teoria da proteção de bens jurídicos é um dogma que, por um lado, nega a legitimação às normas penais inúteis, mas, por outro lado, é tão flexível que toma em consideração a faculdade do legislador de decidir o que há de se considerar útil e digno de proteção”²⁴³ (tradução nossa). Logo, conforme essa visão, o potencial crítico-limitativo da teoria do bem jurídico é quase nulo, sobrelevando-se a sua aptidão intrassistemática.

Segundo Amelung, como o valor atribuído a algo sempre se refere a um sujeito que valora, a expressão “bem jurídico” deve, em uma sociedade plural, reservar-se para aqueles estados de coisas valorados positivamente por quem cria o Direito, isto é, o legislador. Assim, a classificação dos bens jurídicos em individuais e coletivos não passa de ficção, pois é o legislador quem realiza a valorização dos estados de coisas objetivamente existentes, presumindo o interesse do indivíduo e/ou da coletividade. Para o autor, a atividade valorativa do legislador não se submete a qualquer parâmetro substancial prévio, mas tão somente aos limites impostos pela Constituição.²⁴⁴

Com efeito, nota-se que Amelung, em um retorno a Binding, defende um conceito meramente formal ou procedimental de bem jurídico. O autor sustenta que, em si mesmo, o

²⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 101.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 100.

²⁴² AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 228-231.

²⁴³ No original: “[...] la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección” (*Ibid.*, p. 263).

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 228-230.

referido conceito “não diz nada sobre o conteúdo que devem ter os juízos de valor para poder converter algo em bem jurídico, e por isso está aberto a quase quaisquer valorações”²⁴⁵. Para ele, essa absoluta indeterminação do juízo de valor que cria o bem, resultante da ausência de conteúdo material da noção positivista de bem jurídico, é a razão da sua riqueza, porquanto confere ao Direito Penal a plasticidade necessária a sua adaptação às transformações sociais. Por ser “vazio de conteúdo”, o conceito positivista de bem jurídico se converte em ponto de conexão da política com a dogmática, trasladando o dinamismo da política para a estabilidade do sistema jurídico.²⁴⁶

Ainda na esteira de Binding, Amelung aponta o sistema social como a instância a que devem se reportar todos os crimes, mesmo os que atentem diretamente contra o indivíduo, tendo em vista que o sistema de interações depende da pessoa para subsistir. Isso significa que a pessoa não é protegida *per se*, mas como meio para a estabilização da sociedade. Tal teoria, portanto, não situa o indivíduo no epicentro da ordem jurídica, porquanto prioriza a meta de garantir a funcionalidade do sistema. Diante disso, evidencia-se sua incapacidade de proteger a pessoa contra a funcionalização, admitindo que ela seja instrumentalizada para a persecução dos fins do sistema social. Para evitar esse grave perigo, Amelung assenta a exigência de recorrer ao princípio constitucional da proteção da pessoa humana como instância limitadora.²⁴⁷

Alinhando-se a Jakobs, Amelung concorda que, em determinados casos, a garantia das condições da vida em comunidade depende de que a vigência fática das normas de conduta seja assegurada penalmente. Além disso, o autor se opõe às críticas dirigidas contra a teoria dos sistemas, que a acusam de enfatizar a conservação do sistema jurídico-social em detrimento do valor intrínseco do ser humano. Para ele, a tutela penal das normas, por força do perfil personalista da Constituição, sempre se dá com vistas à proteção da pessoa.²⁴⁸ Entretanto, em sua teoria, Amelung descreve as barreiras constitucionais à funcionalização da

²⁴⁵ AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 232.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 228-230.

²⁴⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 93. Na visão de Amelung, caso não sejam assinalados limites ao princípio da danosidade social, os problemas do sistema poderiam ser solucionados mediante o sacrifício da existência de cidadão, pois “um sistema social pode estabilizar-se também permitindo a morte de velhos, doentes e criminosos” (AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, p. 389 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 100).

²⁴⁸ AMELUNG, *op. cit.*, p. 261-262. Amelung dá o seguinte exemplo: quando o Direito Penal reage perante o homicídio, não protege a vítima concreta, mas reafirma uma norma com o fim de garantir que outras pessoas não sejam vítimas de um homicídio.

pessoa – os direitos fundamentais – como “custos” ao sistema social, ou seja, como um empecilho à implantação da melhor solução para os problemas funcionais do sistema social.²⁴⁹

Pelo exposto, observa-se que Amelung se distancia de sua proposta inicial de construir uma “teoria da danosidade social”, pois não obteve êxito em delinear uma noção pré-positiva de danosidade social nem em superar a teoria do bem jurídico. De fato, Amelung retorna ao conceito positivista bindinguiano de bem jurídico, mantendo-o, inclusive, em uma posição de proeminência em relação à danosidade social, reduzida a pano de fundo.²⁵⁰

A principal crítica direcionada às teorias funcionalistas-sistêmicas²⁵¹ de crime tem em mira que os arcabouços teóricos forjados por Jakobs e Amelung se apresentam aptos a legitimar, indistintamente, a reprodução de qualquer sistema social, porquanto funcionalizáveis aos fins de regimes tanto democráticos quanto totalitários.

Segundo Dias, tais teorias acertam em recorrer ao sistema social como fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos, mas desprezam o fato de que o apelo direto a tal sistema é incapaz de emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Como visto, para o autor português, os bens do sistema social só se concretizam em bens jurídico-penais por meio da ordem axiológica constitucional.²⁵²

Por outro lado, a doutrina de Jakobs, em especial, marca a passagem do esforço descriminalizante da década de 1970 para o movimento de neocriminalização da década de 1980, esse último impulsionado pela progressiva inclusão de novas necessidades coletivas entre os objetos de tutela penal, à custa do alargamento do conceito de bem jurídico e consequente deterioração de sua capacidade crítica²⁵³. Na análise de Andrade:

Numa perspectiva histórico-dogmática, JAKOBS representa, de algum modo, o ponto de chegada da evolução semântica e político-criminal operada na compreensão do conceito e da função do *bem jurídico*: uma evolução no sentido de erosão do seu conteúdo e alcance liberal. Neste aspecto, o reaparecimento e

²⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *ZStW*, 1975, p. 161 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 105.

²⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 102-104.

²⁵¹ As teorias de Jakobs e Amelung devem ser diferenciadas de outras visões também vinculadas ao ideário funcional, como, por exemplo, as de Muñoz Conde e Roxin, que adotam, respectivamente, um conceito pessoal e constitucional de bem jurídico-penal (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 196).

²⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 66.

²⁵³ Tavares insere a visão funcionalista no contexto da privatização das tarefas essenciais do Estado mínimo (TAVARES, *op. cit.*, p. 194). O neoliberalismo, com efeito, teve como característica o desmantelamento do Estado Social, por um lado, e a hipertrofia do aparelho punitivo penal, por outro (Cf. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001).

reafirmação dogmática e político-criminal do bem jurídico no direito penal do pós-guerra, caracterizou-se pela ambivalência. Emergindo integrado no arsenal de mecanismos do Estado de Direito que veio tomar o lugar das formas totalitárias de organização política, o bem jurídico converteu-se ao mesmo tempo no referente privilegiado de uma política criminal sintonizada com as exigências do Estado de Direito *material ou social*. Em termos tais que um conceito, que reaparecera indissociavelmente ligado a um movimento sem precedentes de descriminalização e de crítica à criminalização, viria igualmente a operar como mediador fundamental da legitimação da neo-criminalização. São, com efeito, em número cada vez maior as projecções normativas de complexas funções sistémico-sociais que aparecem na constelação dos *bens jurídicos* dos modernos ordenamentos penais.²⁵⁴

Desse modo, renunciando ao conceito de bem jurídico como critério de validade da criminalização, as teorias funcionalistas-sistêmicas abrem “deliberadamente mão do potencial de garantia que ele representa, sem curar ao mesmo tempo de erguer um dique alternativo à natural propensão pan-criminalizadora do sistema”²⁵⁵.

2.11 As teorias constitucionais do bem jurídico-penal

Com o fito de estabelecer balizas mais seguras à atividade do legislador, as teorias constitucionalmente orientadas buscaram na Constituição a fonte jurídica superior da qual os bens jurídico-penais devem emergir. Para essas teorizações, o conceito de bem jurídico político-criminalmente vinculante se encontra refletido num valor constitucional, preexistindo, por conseguinte, ao ordenamento jurídico-penal.

Segundo Sales, “Tal concepção encontra premissa no fato de que a liberdade individual, sobre a qual incide a sanção *par excellence* do Direito Penal, trata-se de bem jurídico não só previsto na Constituição, mas por ela assegurado como inviolável”. Logo, “a única justificação possível para a incidência da pena criminal deve ser a ofensa a um bem jurídico de idêntica relevância”²⁵⁶.

Já há algum tempo era sentida a necessidade de aproximar Direito Penal e Direito Constitucional, por meio da constitucionalização da teoria do bem jurídico. Do ponto de vista constitucional atual, o Direito Penal não é um sistema autopoiético apto a desenvolver

²⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 127.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 127.

²⁵⁶ SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 429.

barreiras contentivas imanentes. Por isso, cumpre derivar da Constituição a proteção penal dos bens jurídicos, referindo-os aos direitos fundamentais e à ordem de valores constitucionais.²⁵⁷

Nessa linha, Palazzo afirma que a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados como objetos da tutela penal torna mais penetrante a influência da Constituição no ordenamento penal e na política criminal²⁵⁸.

Além disso, se o princípio da intervenção mínima impõe que o Direito Penal só se ocupe das ofensas mais graves aos bens mais importantes, esses últimos deverão ser buscados na Constituição. Afinal, “é ela que contém as decisões mais importantes da ordem jurídica, tanto no aspecto organizatório do Estado quanto no âmbito dos valores fundamentais da sociedade, impondo-se com particular legitimidade, já que resume as opções políticas essenciais da sociedade”²⁵⁹.

Na Alemanha, na Itália, na Espanha e no Brasil, a concretização da noção de bem jurídico com arrimo na Constituição se tornou a via preferida pelos defensores de um conceito transcendente ao sistema penal, mas imanente ao ordenamento jurídico. Como pondera Greco, “Estar-se-ia, assim, diante de um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante para o legislador, porque ele seria extraído diretamente da Constituição, sendo, portanto, dotado de hierarquia constitucional”²⁶⁰.

Defensor da presente concepção, Ferrajoli propõe identificar, a partir da Constituição, os bens fundamentais que fornecem justificação externa ou ético-política às proibições penais. O autor inclui dentre os bens jurídicos penalmente tuteláveis, em primeiro lugar, os direitos fundamentais, “não só os clássicos direitos individuais e liberais, senão também os coletivos e/ou sociais, como o direito ao meio ambiente ou à saúde”, acrescidos dos “bens que não são direitos”, como o interesse coletivo a uma administração pública não corrupta. Para Ferrajoli, tal posição retira o rótulo de bem jurídico-penal de meras abstrações, catalogadas no Código Rocco, cujo suposto ataque não se concretiza na lesão a outras pessoas

²⁵⁷ BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 165 e 170. Conforme explica Hassemmer, a teoria do bem jurídico e outros princípios penais tradicionais estão mais desenvolvidos teoricamente do que a teoria dos direitos fundamentais, cuja elaboração é mais recente (HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 97).

²⁵⁸ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 84.

²⁵⁹ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 119.

²⁶⁰ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 98.

de carne e osso, como, por exemplo, a personalidade e a religião do Estado, a ordem pública, a moralidade e os bons costumes.²⁶¹

Observa-se que o projeto da *Bicamerale* para a reforma constitucional italiana continha norma que vinculava diretamente o legislador ordinário à concepção constitucionalmente orientada de bem jurídico, enunciando o art. 129 que “As normas penais tutelam bens de relevância constitucional”. Tal proposta despertou polêmicas na doutrina italiana sobre se a expressão “bens de relevância constitucional” se referia apenas aos bens jurídicos expressamente mencionados na Constituição ou também aos bens nela implicitamente contidos. Ocorreu que, apesar de aprovado em primeira discussão, o projeto da *Bicamerale* acabou sendo abandonado.²⁶²

De fato, no cerne das teorias constitucionais do bem jurídico-penal, são identificadas duas correntes, uma estrita e outra ampla. Para a primeira formulação, dita estrita ou rígida, a tutela penal só pode recair sobre os bens de expressa relevância constitucional. Assim, “o legislador penal encontra nas constituições prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem recebidos na ordem jurídico-penal”²⁶³. Essa tese, portanto, circunscreve os bens jurídico-penais a *numerus clausus* contidos na Constituição²⁶⁴.

Segundo Palazzo, na Itália e na Espanha, tende-se a conceber o bem jurídico como um dado deduzido diretamente da Constituição, que não só fornece um catálogo de bens merecedores da tutela penal, como também estabelece uma hierarquia de valores. Como consequência dessa posição:

[...] o catálogo de bens de relevo constitucional serve não somente de critério para a reforma da parte especial do código, mas de uma vasta gama de indicações despenalizadoras de ilícitos existentes e que são, do ponto de vista constitucional, insignificativos; tem-se, ademais, um parâmetro de referência para a hipotética declaração de inconstitucionalidade daqueles tipos com os quais o legislador, sem atender o já mencionado catálogo constitucional, manifesta haver “abusado” do poder punitivo, em detrimento da proteção à liberdade individual.²⁶⁵

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 379 *et seq.*

²⁶² SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 433-434.

²⁶³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 173.

²⁶⁴ MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 186.

²⁶⁵ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 85. Na Itália, Bricola pode ser indicado como o principal expoente da teoria constitucional estrita do bem jurídico.

Essa formulação tem como vantagens: a elaboração de um conceito de bem jurídico que antecede a valoração do legislador penal, a vinculação do legislador ordinário a esse critério, porquanto assenta a Constituição como referência valorativa e, por derradeiro, a concretização de um Direito Penal mínimo, como consequência da exigência de explícita relevância constitucional, impedindo a excessiva proliferação de tipos penais.²⁶⁶

Contudo, os críticos da teoria constitucional estrita alertam para o fato de que o critério da expressa relevância constitucional não conduz, necessariamente, a um programa criminal mais enxuto. Em primeiro lugar, o texto constitucional está repleto de expressões abertas e abstratas, tais como “dignidade da pessoa humana”, “moralidade” e “justiça social”, que conferem ao intérprete significativo espaço de discricionariedade²⁶⁷. Em segundo lugar, a existência de valores constitucionais como a “correta utilização dos recursos naturais”, a “livre concorrência no mercado de consumo” e a “garantia da política de assistência social por meio de impostos” pode levar à utilização do Direito Penal como instrumento de políticas estatais, voltado à solução de problemas sistêmicos²⁶⁸.

Por outro lado, a teoria constitucional estrita é criticada por privar da tutela penal bens tradicionais que não possuem relevância constitucional explícita, como, por exemplo, a fé pública. Ademais, a rigidez da presente perspectiva faz com que dependa de reforma constitucional a atualização do Direito Penal para acompanhar a emergência de novas modalidades delitivas, como aquelas decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico, a exemplo da criminalidade genética.²⁶⁹ Diante disso, os defensores da vertente estrita da teoria constitucional refinaram suas posições para admitir como bens jurídico-penais, ao lado dos bens de relevância constitucional expressa, os bens de relevância constitucional implícita.

Nessa linha, Angioni esclarece que os bens constitucionais implícitos possuem valor axiológico idêntico ao dos bens constitucionais expressos, porquanto são deduzidos do texto constitucional por meio de juízos racionais comparativos, analógicos e de proporcionalidade. Para o autor, as leis penais só podem proteger bens expressamente mencionados ou implicitamente deriváveis da Constituição, restando aos demais bens puramente não

²⁶⁶ SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 430.

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 107.

²⁶⁸ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 141-142.

²⁶⁹ SALES, *op. cit.*, p. 430.

incompatíveis com a Constituição a possibilidade de serem resguardados, por exemplo, pelo Direito Civil e pelo Direito Administrativo.²⁷⁰

Todavia, Angioni reconhece que a noção de bem jurídico constitucional implícito, inserida no meio do caminho entre os bens constitucionais expressos e os bens puramente não incompatíveis com a Constituição, torna mais nebulosa a fronteira que separa os bens constitucionais dos não constitucionais. Isso porque tal diferenciação se transmuta de qualitativa para quantitativa, passando a depender menos do objeto da ofensa em si e mais da gravidade da ofensa.²⁷¹

Paschoal registra, ainda, a existência de vertente da teoria estrita que sustenta que os direitos fundamentais são os únicos valores constitucionais passíveis de proteção penal. Assim, como a pena atinge um direito fundamental – a liberdade individual –, apenas a afetação de outro direito fundamental merece a mácula de crime.²⁷² Com efeito, essa segunda tendência é mais restrita do que a primeira, havendo relação de gênero e espécie entre elas.

Entretanto, a presente vertente também não está imune às críticas, uma vez que, conforme já destacava Birnbaum, bens e direitos são noções que não devem ser confundidas. Nesse sentido, Silva salienta que os bens jurídicos e os direitos fundamentais possuem funções diversas, sendo que “a tendência a uma identificação total conduz novamente a uma formalização do bem jurídico, na linha de Binding ou na espiritualização dos neokantianos”²⁷³.

A teoria ampla, hoje prevalente, alarga a noção constitucional de bem jurídico-penal para alcançar os bens de relevância constitucional implícita e os bens não incompatíveis com a Constituição. Desse modo, a presente teoria se diferencia da anterior por “fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo”²⁷⁴.

Conforme Palazzo esclarece, na Alemanha principalmente, a preocupação em deduzir da Constituição limites ao legislador penal não se dá pela individuação de opções específicas previamente inseridas ou encartadas no texto constitucional, mas tendo em vista princípios político-criminais mais genéricos. Tais princípios – necessidade da pena criminal,

²⁷⁰ ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 201-202.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 201-202.

²⁷² PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

²⁷³ SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. p. 343.

²⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

proporcionalidade, tolerância, pluralismo etc. – estariam mais aptos a orientar a política-criminal, deixando-se ao legislador a tarefa de concretizar os objetos de tutela penal.²⁷⁵

Nessa linha, Roxin adota uma noção de bem jurídico-penal como valor não vedado pela ordem constitucional, tomando a Constituição, por conseguinte, mais como limite do que como fundamento do conceito. Em Roxin, o bem jurídico é definido como as “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”²⁷⁶. Para o autor, há casos em que os bens jurídicos não são dados de antemão ao legislador, mas são por ele criados, como ocorre, por exemplo, no campo do Direito Penal Tributário, advindo daí a necessidade de diferenciar circunstâncias reais dadas e finalidades²⁷⁷.

No Brasil, tal concepção é adotada por autores como Luisi e Batista. Para o primeiro, os bens constitucionais, definidos como aqueles que, depois de passar pela filtragem valorativa do legislador constitucional, formam a base e a estrutura jurídica da comunidade, são a fonte principal da criminalização. Todavia, na visão de Luisi, o legislador penal pode tutelar bens não previstos constitucionalmente, desde que respeite os princípios constitucionais básicos como a liberdade, a igualdade, a democracia e a dignidade da pessoa humana.²⁷⁸

Assim, na presente teoria, a Constituição funciona como controle negativo da criminalização, na medida em que: 1) algo valorado negativamente por ela, de forma expressa ou implícita, não pode ser erigido à bem jurídico²⁷⁹ e 2) algo valorado positivamente por ela, de forma expressa ou implícita, não pode ser objeto de proibição. Daí que, por exemplo, a supremacia branca ou os privilégios do sexo masculino não configuram bens jurídicos genuínos. Por outro lado, a incriminação da associação para fins lícitos, do exercício da liberdade de trabalho ou do direito de greve é inadmissível.

A análise de Ordeig a respeito dos crimes de desrespeito aos mortos e de blasfêmia ilustra bem o ponto de vista da teoria constitucional ampla. O autor assevera que a criminalização só é legítima no primeiro caso, uma vez que a profanação de cadáveres atinge o sentimento humano de respeito aos mortos, manifestação da liberdade religiosa

²⁷⁵ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 86.

²⁷⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-19.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁷⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003 p. 174.

²⁷⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 96.

constitucionalmente protegida. Já a proibição da blasfêmia, por sua vez, ofende as liberdades de expressão, opinião e criação científica.²⁸⁰

O principal problema da teoria constitucional ampla é que ela não procura dizer o que o bem jurídico é, mas apenas o que ele não pode ser. Afinal, qual é a necessidade de uma teoria do bem jurídico para dizer que a criminalização não pode afrontar a Constituição? Na realidade, a não contrariedade aos princípios constitucionais é exigência geral imposta a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. E, não obstante seja possível derivar importantes consequências práticas desses princípios, eles são ainda vagos e abstratos, deixando demasiadamente incertas as zonas de intervenção do legislador penal²⁸¹.

Alguns autores assumem uma posição intermediária entre a teoria constitucional estrita e a teoria constitucional ampla. Dias, por exemplo, entende que entre a ordem axiológica constitucional e os objetos de proteção penal existe uma “relação de mútua referência”, relação essa que não é de identidade – como na teoria estrita – nem de mera cobertura recíproca – como na teoria ampla –, mas de analogia material. Logo, sendo a Constituição o quadro obrigatório de referência e regulação da atividade punitiva do Estado, verifica-se uma correspondência de sentido e de fins entre os valores constitucionais expressos e implícitos e a teoria do bem jurídico-penal.²⁸²

Na visão do autor português, a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantias se relaciona, direta ou indiretamente, aos crimes do Direito Penal de justiça, enquanto a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos sociais e à organização econômica se relaciona, primariamente, ao Direito Penal secundário (Direito Penal econômico, financeiro, fiscal etc.). Assim, com base nessa diferenciação, são identificadas duas zonas, relativamente autônomas, da tutela estatal: a pessoal e a social. Nessa última, o Direito Penal dito secundário guarda certa “contiguidade material” com o Direito das contra-ordenações, em razão das origens históricas comuns, da erradicação em zonas sociais de conflito e da essencial contingência e mutabilidade.²⁸³

Por outro lado, a elevação a bens jurídico-penais dos valores de relevância constitucional direta ou indireta há que tomar como base não a Constituição em sentido

²⁸⁰ ORDEIG, Gimbernat. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 20-21.

²⁸¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 129.

²⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67. No Brasil, Prado adota uma posição intermediária (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90-91).

²⁸³ *Ibid.*, p. 68-69.

formal, mas em sentido material. Com efeito, a concepção constitucionalmente orientada de bem jurídico deve levar em conta a existência de valores que, embora não encartados formalmente na Constituição, refletem-se em normas que possuem o *status* de materialmente constitucionais. No caso do Brasil, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, atribui-se aos tratados internacionais de direitos humanos a qualidade de norma constitucional material, possibilitando-se que, na forma do art. 5º, § 3º, eles também adquiram a de norma constitucional em sentido formal²⁸⁴.

Apesar disso, há que se reconhecer que o bem jurídico constitucionalmente orientado, diferentemente do que imaginavam alguns dos seus defensores, não oferece soluções definitivas à questão dos limites da proibição penal. Por certo, conforme entende Busato, a proposta da teoria constitucionalista do bem jurídico padece de um imanentismo normativo, ainda que convenientemente disfarçado, que a aproxima do positivismo jurídico.²⁸⁵

No entanto, as teorias constitucionais despertaram a atenção para o papel crítico-limitativo da Constituição, que, a partir de então, não mais deixou o centro dos debates envolvendo a teoria do bem jurídico. De fato, em razão do caráter rígido, garantista e personalista das Constituições democráticas modernas, os valores e princípios constitucionais se apresentam como um instrumento de controle da responsabilidade moral e política do legislador penal.²⁸⁶

²⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 153, p. 8-9, ago. 2005. p. 9. “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.)

²⁸⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 362.

²⁸⁶ MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 198.

3 A CRISE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

3.1 Sociedade de risco, criminalidade moderna e modernização do Direito Penal

É corrente entre os filósofos sociais a identificação dos tempos atuais como “pós-modernidade”²⁸⁷, apesar de outras expressões também serem empregadas para designar tal *status quo*²⁸⁸. Trata-se de um contexto social histórico caracterizado, em linhas gerais, pela tomada de consciência de uma série de mudanças estruturais nas condições de vida e pela adoção de uma atitude de crítica à racionalidade moderna²⁸⁹.

Contudo, as interpretações do fenômeno são as mais divergentes, não havendo unanimidade sequer quanto ao marco inicial do processo. Por isso, a incapacidade de gerar consenso sobre temas diversos é, para Bittar, a primeira característica da pós-modernidade²⁹⁰. Como o momento é de transição, os sentimentos de ansiedade e insegurança são inerentes a esse processo, enfrentado, por vezes, com pessimismo e aversão:

[...] mais mitos e lendas, mais fantasias e ilusões estão presentes do que propriamente reais condições empíricas que comprovem esta ou aquela qualidade da pós-modernidade, ou mesmo qual o rumo a ser tomado pelas sociedades a partir das modificações introduzidas ao longo dessas últimas décadas. [...] se sabe menos sobre a pós-modernidade do que efetivamente acerca dela se especula. [...] Há um grande afã cabalístico, ou até mesmo apocalíptico, nas tentativas de antevisão das consequências e dos possíveis frutos advindos da introdução de novos padrões de conduta social com a pós-modernidade.²⁹¹

A discussão sobre a pós-modernidade nas sociedades capitalistas desenvolvidas abarca o debate sobre o advento da sociedade de risco. Segundo o diagnóstico sociológico de Beck, nas sociedades pós-industriais, a lógica de distribuição de riquezas, própria da sociedade de classes, foi substituída pela lógica de distribuição de riscos.²⁹²

Nessa nova configuração social, o progresso científico, que, em um primeiro momento, fez frente aos medos supersticiosos e reduziu os perigos decorrentes das forças da natureza, não tem mais correspondido à expectativa de tornar a vida em sociedade mais

²⁸⁷ A expressão é utilizada, entre outros, por Jürgen Habermas e Boaventura de Souza Santos.

²⁸⁸ Beck fala em “modernidade reflexiva” e Bauman prefere “modernidade tardia”.

²⁸⁹ Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento, 2000.

²⁹⁰ BITTAR, Eduardo Carlos. O Direito na pós-modernidade. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008. p. 132.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 134.

²⁹² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. *passim*.

segura. Isso porque o desenvolvimento tecnológico da última metade do século XX, em setores como a indústria química, a energia nuclear e a manipulação genética, em razão das próprias limitações do conhecimento e da humanidade do erro, foi responsável pela criação de riscos imprevisíveis, incalculáveis e inseguráveis, que ameaçam a sobrevivência humana na Terra.²⁹³

Além de apresentarem alto potencial danoso, os novos riscos, bem como os riscos pré-existentes ora incrementados, são fruto de decisões humanas, em regra tomadas nos gabinetes de gestão das grandes empresas e nos laboratórios de pesquisa científica, ou seja, longe dos parlamentos e demais órgãos de representação democrática. O alcance de tais decisões geradoras de riscos, em um mundo globalizado, não respeita qualquer fronteira, seja entre nações ou entre gerações, atingindo os próprios agentes produtores de risco (efeito *bumerang*) e as gerações vindouras.²⁹⁴

Nota-se, ainda, como signo distintivo dos novos riscos, o afastamento espaço-temporal entre o fato concreto produtor do risco e a sua concretização em dano efetivo, o qual pode ocorrer muito tempo depois da prática arriscada, se é que ocorrerá. Tal é a complexidade das interconexões causais que, em muitos casos, nem sequer é possível estabelecer, com precisão, a cadeia causal que conecta risco e dano.²⁹⁵

O avanço tecnológico, do qual depende o estilo de vida moderno, é, portanto, uma das principais fontes dos grandes riscos que desafiam a pós-modernidade. Ao lado da globalização econômica e da integração supranacional, fenômenos igualmente aprofundados na contemporaneidade, o desenvolvimento técnico-científico possui duplo efeito sobre a conformação da criminalidade atual: a estruturação de novas modalidades de delitos clássicos e a aparição de novas formas delitivas.

A criminalidade nova e renovada se caracteriza pela sofisticação, pois sabe se aproveitar da tecnologia, dos conhecimentos científicos e das modernas formas de organização oferecidas pelos novos tempos²⁹⁶. O desenvolvimento da internet, por exemplo, permite que tais delitos sejam praticados de qualquer local do mundo, a partir de decisões tomadas por pessoas “anônimas”, desconhecidas até por quem as executa.²⁹⁷

²⁹³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998. *passim*.

²⁹⁴ *Ibid.*, *passim*.

²⁹⁵ *Ibid.*, *passim*.

²⁹⁶ ARANA, Raúl Pariona. Aproximaciones al Derecho penal económico. Del nacimiento de un nuevo Derecho penal a una aproximación crítica. In: ALFARO, L. Reyna (Coord.). *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara Editores, 2005. p. 259-260.

²⁹⁷ GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano 5, n. 17, p. 77-104, jan.-mar. 2005. p. 85.

As principais manifestações da “delinquência da globalização”, conforme analisa Sánchez, são a criminalidade organizada, a criminalidade internacional e a criminalidade dos poderosos. Segundo o autor, dois são seus traços mais notáveis. O primeiro é o caráter organizado, no sentido de que, nesse tipo de criminalidade, intervêm entes coletivos, estruturados hierarquicamente e sob o princípio da divisão funcional do trabalho, sejam eles empresas ou organizações criminosas. Em segundo lugar, trata-se de criminalidade típica de sujeitos poderosos, cujas atividades afetam as esferas econômicas, sociais e políticas, com capacidade para desestabilizar mercados e corromper funcionários e agentes públicos.²⁹⁸

As novas formas delitivas que surgem com a revolução tecnológica e a globalização são denominadas por Hassemer “criminalidade moderna”, exemplificada pela criminalidade ambiental, econômica, pelo crime organizado e pelo tráfico internacional. O autor a define pelos seguintes aspectos: ausência de vítimas imediatas, relação com bens jurídicos supraindividuais e vagos, danosidade pouco visível, formas não violentas de concretização, internacionalidade e profissionalidade. Essa nova criminalidade se opõe, portanto, à “criminalidade de massa”, presente no dia a dia das pessoas (furtos, roubos, sequestros etc.).²⁹⁹

Frente à criminalidade moderna, os pressupostos tradicionais de intervenção do poder punitivo – em regra, orientado a reagir, repressivamente, a fato pretérito lesivo a interesses de fácil apreensão, quando demonstrado o nexo de causalidade entre conduta e resultado – são vistos como ultrapassados. As estruturas dogmático-penais passam a ser consideradas exauridas, em razão do “desencaixe” entre o modelo de controle penal e os comportamentos geradores dos novos riscos³⁰⁰.

Assim, por não mais se amoldar às intrincadas relações sociais, o instrumento penal até então aplicado é dado, por parte das comunidades política e jurídica, como inadequado e incapaz de gerir os conflitos pós-modernos. Daí que, para fugir a uma sensação generalizada de anomia penal, motivos de ordem prática demandariam a reformulação do Direito Penal, com vistas a responder ao problema-chave da sociedade de risco: como evitar, minimizar ou conter os novos riscos.

Diante disso, a transposição para a racionalidade penal do paradigma sociológico do risco tem levado à “modernização” do aparato penal, sobretudo a partir da assimilação das

²⁹⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 80.

²⁹⁹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994.

³⁰⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 82-83.

seguintes tendências político-criminais: a criação de novos tipos penais sob a justificativa de tutelar bens jurídicos supraindividuais amplos e abstratos; o alargamento da antecipação da intervenção penal, mediante o uso habitual de crimes de perigo abstrato; a responsabilização penal da pessoa jurídica e a conseqüente revisão do conceito de culpabilidade; a intensificação do emprego das normas penais em branco; a ampliação do recurso aos crimes omissivos e culposos e a flexibilização da compreensão de dolo eventual.³⁰¹

Quanto aos mecanismos processuais, as modificações são mais dramáticas: a adoção de métodos técnicos audiovisuais de investigação; a utilização de dados pessoais informatizados, violando a privacidade dos cidadãos; a introdução de investigadores infiltrados e disfarçados; a iniciação de investigações antes mesmo de existir qualquer suspeita; a privatização da segurança e a massificação das soluções negociadas (barganha).³⁰²

O processo de modernização também se caracteriza, na expressão de Hassemer, pela ênfase na utilização do Direito Penal como instrumento de educação e sensibilização da população.³⁰³ Tende-se a tipificar comportamentos não porque são reprovados socialmente, mas para que passem a sê-lo, a despeito de, na realidade, não constituírem desvios aos valores dominantes na sociedade capitalista, porquanto condizentes com ela. Busca-se, com isso, formar costumes e promover uma nova ética mediante o Direito Penal.³⁰⁴

Logo, o Direito Penal na pós-modernidade adquire uma nova configuração e, por isso, também uma nova denominação. Alguns autores falam em “Direito Penal moderno”³⁰⁵, mas não mais no sentido de ilustrado, isto é, estruturado com base nos princípios iluministas. Como o vocábulo “moderno” evoca a ideia de ruptura com o passado, o Direito Penal “moderno” se oporia à concepção tributária do Iluminismo, que passa a ser alcunhada de Direito Penal “clássico” ou “liberal”³⁰⁶.

Com efeito, o Direito Penal “clássico” não deixa de existir na sociedade de risco, mas passa a concorrer com sua versão “modernizada” e sofrer influências dela. Esta é

³⁰¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal*. Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 99 e 139-140.

³⁰² HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994. p. 46-48.

³⁰³ *Id.*, Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, tomo 45, fasc. 1, p. 235-249, 1992. p. 239.

³⁰⁴ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 31-45, mar. 2004. p. 34. Nesse ponto, verifica-se o resgate da teoria ético-social de Welzel.

³⁰⁵ Dentre eles, Hassemer, Shünemann, Sánchez e Buergo.

³⁰⁶ Se entendidos na acepção de um Direito Penal orientado à minimização da violência da intervenção punitiva, por meio de sua submissão a limites estritos, os atributos “clássico” ou “liberal” podem ser empregados no sentido de Direito Penal “garantista” ou “mínimo”, termos utilizados por Ferrajoli e outros autores, embora não haja perfeita coincidência entre as várias propostas “minimalistas” ou “garantistas”.

composta por três principais conteúdos, diferentes entre si, mas que, frequentemente, sobrepõem-se: o chamado “Direito Penal do risco”, direcionado aos grandes riscos da tecnologia moderna (atômica, informática, genética etc.); o “Direito Penal administrativo”, que abarca comportamentos antes punidos apenas no âmbito administrativo, como os delitos econômicos e ambientais, e o “Direito Penal da globalização”, que diz respeito à criminalidade de caráter transnacional³⁰⁷.

No entanto, “Direito Penal moderno” e “Direito Penal do risco” são empregados, por alguns autores³⁰⁸, como sinônimos. Segundo Herzog, o “Direito Penal do risco” não é um conceito jurídico-penal dogmático, mas uma categoria diagnóstico-temporal estabelecida do ponto de vista crítico-cultural³⁰⁹. Para Prittwitz, representa uma mudança no modo de compreender o Direito Penal e de agir a partir dele, sendo que sua principal especificidade é a conexão com a descoberta do risco pela sociologia, a partir, sobretudo, da obra de Beck.³¹⁰

3.1.1 Expansão e “administrativização” do Direito Penal

As novas tarefas atribuídas ao Direito Penal pelo processo de modernização, que vão desde o combate à criminalidade moderna até a promoção de valores ético-sociais, resultaram na denominada “expansão” do Direito Penal. Tal movimento se traduziu, como visto, na redução da rigidez dos pressupostos gerais da intervenção penal, mas também no recrudescimento de penas e na neocriminalização.

No Brasil, esse último fenômeno consistiu na superprodução, sobretudo a partir da década de 1990, de leis penais extravagantes, com vistas à prevenção de riscos em matéria de ordem econômica, sistema financeiro, engenharia genética, proteção ambiental etc. Todavia, considerando a atual propensão à desnacionalização e internacionalização do Direito, a expansão do Direito Penal atinge o patamar de fenômeno global, o que faz com que as tendências político-criminais do Direito Penal do risco sejam acolhidas nos sistemas jurídicos em geral, tornando mais difícil a reversão desse quadro.

³⁰⁷ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 41.

³⁰⁸ Dentre eles, Herzog, Seelmann e Prittwitz.

³⁰⁹ HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo. Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Trad. Adán Nieto Martín e Eduardo Demétrio Crespo. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 249.

³¹⁰ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 31-45, mar. 2004. p. 31.

Ao lado do aparecimento dos novos riscos tecnológicos, Sánchez elenca como causas do movimento de expansão: a aparição de novos interesses e o aumento do valor de daqueles que existiam anteriormente; a difusão da sensação de insegurança e sua institucionalização como algo inerente à sociedade atual; o descrédito de outras esferas de proteção, mantendo-se a visão do Direito Penal como o único recurso eficaz para a proteção dos bens jurídicos mais importantes e a maior identificação social com as vítimas, em especial com as da criminalidade moderna, cujos riscos, em regra, não atingem uma clientela preferencial, mas estão difusos na sociedade.³¹¹

Dentre as causas do expansionismo penal, duas merecem destaque. A primeira é a sensação geral de insegurança. Para Sánchez, o fator que determina a pressão pela modernização do Direito Penal não é o dado objetivo do surgimento dos novos riscos, mas a difusão social da insegurança subjetiva³¹². Os novos riscos, conforme descrito por Beck, diferentemente dos riscos próprios da sociedade de classes (fome, desemprego, analfabetismo etc.), são invisíveis e indetectáveis à percepção comum, o que os torna mais perniciosos³¹³. Contudo, ainda que se aceite como premissa a ocorrência de um incremento objetivo dos riscos, há que se reconhecer que eles são amplificados, em especial pelos meios de comunicação em massa³¹⁴.

Afinal, como os riscos não são visíveis a olho nu, na “sociedade da informação”, a mídia é que assume a função de lupa. Fato é, todavia, que a imagem insistentemente repassada aos receptores é apenas uma versão parcial e dramatizada da realidade. Assim, o poder dos meios de comunicação em “transformar o ‘efêmero’ em ‘eterno’, o ‘longe’ em ‘perto’”³¹⁵ e o local em global propaga no seio social o sentimento de que todos estão entregues à própria sorte, intensificando a cobrança coletiva por mais segurança.

³¹¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27-62. De fato, o atual processo de expansão do Direito Penal se relaciona com a redescoberta da vítima no discurso jurídico-penal. Se as doutrinas ligadas à tradição iluminista viam a legislação penal, na expressão de Liszt, como a “magna carta do delinquente”, o movimento vitimológico trouxe para o centro do debate a ideia de que o Direito Penal também deve garantir o direito da vítima à punição do infrator.

³¹² *Ibid.*, p. 32.

³¹³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998. p. 51.

³¹⁴ Fernandes, apesar de defender que a objetividade dos riscos é inegável, reconhece que podem existir defasagens entre os riscos reais e aqueles que são sentidos pelas pessoas (FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal*. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 64).

³¹⁵ GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano 5, n. 17, p. 77-104, jan.-mar. 2005. p. 87. Nesse sentido, a análise de Sánchez: “[...] é incontestável a correlação estabelecida entre sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. Estes [...] transmitem uma imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo têm uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes, diretamente a percepções inexatas; e, em outras, pelo menos a uma

Em relação à segunda causa do expansionismo penal aqui ressaltada, sua exposição exige uma breve contextualização histórica. A década de 1970, na Europa, foi marcada por uma série de reformas descriminalizantes. Nesse período, de maneira geral, os partidos políticos de esquerda e os movimentos populares socialistas assumiam uma posição de desconfiança em relação ao poder punitivo, visto como braço armado das classes burguesas, destinado à repressão dos pobres e proletários. O discurso de combate ao crime era, por conseguinte, reservado aos políticos conservadores e aos estratos sociais que os apoiavam.³¹⁶

Todavia, a partir da década de 1980, há uma mudança na posição de boa parte dos grupos de esquerda, que passam a advogar o recurso ao Direito Penal na luta pela promoção de valores coletivos (direitos dos trabalhadores, das mulheres, das minorias étnicas, dos animais etc.) e na repressão a comportamentos desviantes das classes poderosas (crimes do colarinho branco, corrupção etc.)³¹⁷. Logo, o chamado “punitivismo de esquerda” fez com que o apoio ao movimento de expansão do Direito Penal aqui retratado fosse quase unânime, tornando-o livre para se desenvolver sem uma oposição significativa que lhe garantisse o equilíbrio.

Ocorre que o mesmo discurso “populista panpenalista”³¹⁸ que impulsionou as reivindicações da “esquerda punitiva”³¹⁹ não se ateve apenas à criminalidade moderna (ou dos *powerful*), alcançando também a criminalidade de massa (ou dos *powerless*). Isso porque, no discurso político, conforme ressaltado por Ripollés, tende-se a confundir duas fontes de riscos radicalmente distintas em sua origem, de forma que a criminalidade dos socialmente

sensação de impotência. Com mais razão, por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com a qual se examinam determinadas notícias atuam como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não corresponde com o nível de risco objetivo.” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38).

³¹⁶ *Ibid.*, p. 65-67.

³¹⁷ Tais grupos correspondem ao que Sánchez chama de “gestores atípicos da moral” (*Idem, ibidem*, p. 62).

³¹⁸ O populismo não é um conceito jurídico, mas um fenômeno genuinamente político. Trata-se de uma estratégia eleitoreira que apela às mais diversas necessidades das massas, valendo-se de oposições como cidadãos honestos vs. bandidos. Em matéria de política-criminal, o populismo lança mão dos mais diversos medos e inseguranças coletivas. Por meio de um discurso emotivo, tenta convencer que todo o mal social se resume à “explosão” da criminalidade. A partir deste diagnóstico, propõe como “cura”: a criminalização de mais condutas, o incremento das penas, o aumento do poder repressivo policial, a redução da maioria penal, a construções de prisões etc. Contudo, tais medidas visam apenas angariar votos, pois é patente sua ineficiência para resolver todos os problemas decorrentes da falta de políticas públicas. São, por outro lado, eficazes em transmitir à população a sensação de que algo está sendo feito pelos governantes, tranquilizando-a, temporariamente. (FIGUEIREDO, Frederico. Política criminal populista: para uma crítica do Direito Penal instrumental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 70, p. 100-132, jan. 2008). Sobre a política-criminal populista, Cf. ALBRECH, Peter-Alexis. El Derecho Penal en la intervención de la política populista. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 471-488.

³¹⁹ A expressão é utilizada em KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p-79-92, jan.-jun. 1996.

excluídos, a “delinquência clássica”, é vista como a dimensão não tecnológica da sociedade de risco. Para ele, o modelo penal de segurança cidadã, que embasa as ideologias de *law and order* e a proposta do Direito Penal do inimigo³²⁰, serve-se, parasitariamente, do debate sobre o Direito Penal do risco e a modernização do Direito Penal.³²¹

Anota-se que Ripollés, em crítica ao diagnóstico de Sánchez, assevera que o risco de que a delinquência clássica perdesse o protagonismo dentre os objetos da jurisdição penal se encontra superado. O autor explica que o entusiasmo inicial que promoveu diversas reformas legislativas já se resignou, frente aos obstáculos, em não alcançar a delinquência dos poderosos. Assim, para Ripollés, o fenômeno da expansão do Direito Penal, na realidade, concentrou-se no recrudescimento do arsenal punitivo disponível contra a criminalidade de massa.³²²

Já Acosta entende que a modernização do instrumento penal para abarcar a criminalidade moderna estimula e é estimulada pelo modelo penal securitário que avança sobre a criminalidade de massa³²³. Daí a afirmação de Prittwitz de que o Direito Penal do inimigo é consequência de um desvio na rota do Direito Penal do risco, que se desenvolveu na direção errada. Na visão do autor alemão, este já possuía uma perigosa tendência ao Direito Penal do inimigo, tendo apenas escolhido inimigo diverso. Logo, no final das contas, o Direito Penal do risco serviu como atalho para o Direito Penal do inimigo.³²⁴

De fato, ainda que a expansão criminal aqui tratada, destinada à incursão do Direito Penal em áreas sensíveis aos riscos tecnológicos, não se confunda com a noção de Direito Penal do inimigo formulada por Jakobs, com o movimento norte-americano do *law and order* ou com o “emergencialismo penal” da legislação italiana, certo é que, apesar das diferenças,

³²⁰ O Direito Penal do inimigo, enunciado por Jakobs na Conferência do Milênio em Berlim, em 1999, propõe a separação entre um Direito Penal do cidadão, no qual valem todas as garantias historicamente conquistadas e reconhecidas pelo Estado de Direito, e um Direito Penal do inimigo, no qual tais garantias são subtraídas a fim de se fazer frente aos “inimigos” (líderes de organizações criminosas, terroristas, etc.).

³²¹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 17, n. 4, p. 547-599, out.-dez. 2007. p. 547.

³²² *Id.*, El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, 06-03, p. 03:1-03:34, 2004. p. 6-7. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2015, às 17h00.

³²³ ACOSTA, Juan Obert Sotomayor. ¿El Derecho Penal garantista en retirada? *Revista Penal*, Medellín, Colombia, n. 21, p. 148-164, jan. 2008. p. 153.

³²⁴ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 31-45, mar. 2004. p. 31 *et seq.* Em sentido semelhante, Zaffaroni, Alagia e Slokar consideram o Direito Penal do risco uma nova forma de Direito Penal do autor, uma vez que pretende presumir os dados subjetivos, deduzindo a responsabilidade de processos de imputação baseados em expectativas normativas e não em disposições intelectuais reais do sujeito ativo. Segundo os autores, esse processo de normatização dos elementos subjetivos do tipo, ao prescindir da vontade real, marca um retrocesso à presunção de dolo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 67).

todos esses fenômenos priorizam as estratégias de controle penal preventivo e acabam por desprezar a cultura jurídica garantista conquistada ao longo dos séculos³²⁵.

A atribuição ao Direito Penal de um papel central na gestão dos riscos da vida moderna, ao aproximá-lo do modelo de intervenção típico do Direito Administrativo, levou também ao tão falado processo de “administrativização” do Direito Penal.

Sánchez elenca algumas dimensões do processo de “administrativização” do Direito Penal. A primeira diz respeito à modificação do conteúdo material e da estrutura dos tipos penais, decorrente da introdução de novos objetos de tutela de titularidade supraindividual e da antecipação das fronteiras da intervenção penal. O autor observa que determinados “contextos” – isto é, condições prévias de fruição de bens jurídicos individuais – são elevados, *per se*, à condição de bem jurídico-penal, provocando a ingerência do instrumento penal tão logo transgredido o *standard* de segurança.³²⁶

O caráter “administrativizado” do Direito Penal também se manifesta na inclusão, entre os seus objetos de proteção, da própria atividade administrativa do Estado, referente ao controle de determinado setor da vida social, configurando o que Moccia qualifica como tutela penal de funções.³²⁷ Tal dimensão do fenômeno de “administrativização” está presente na criminalização da mera desobediência a normas administrativas, como, por exemplo, a atuação em determinada atividade econômica sem permissão e a obstrução de procedimento de inspeção estatal.³²⁸

Segundo Puig, a hipertrofia do Direito Penal a partir da “administrativização” do seu conteúdo de tutela decorreu da excessiva primazia atribuída pelo Estado Social à perspectiva de ordem coletiva. Para ele, um direito penal “administrativizado”, cuja finalidade é buscar a máxima eficácia da intervenção estatal e que tende a considerar a proibição penal a melhor estratégia para resolver os principais problemas de uma sociedade em crise, jamais

³²⁵ ACOSTA, Juan Obert Sotomayor. ¿El Derecho penal garantista en retirada? ¿El Derecho Penal garantista en retirada? *Revista Penal*, Medellín, Colombia, n. 21, p. 148-164, jan. 2008. p. 149-150.

³²⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113-122.

³²⁷ MOCCIA, Sergio. Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, n. 2, p. 343-374, apr.-giu. 1995. p. 343.

³²⁸ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 125-129. A terceira dimensão analisada por Sánchez é a denominada “redescoberta da neutralização”. O autor explica que a difusão social da insegurança subjetiva e a obsessão pela segurança, nas sociedades modernas, levaram à compreensão do delito como um risco social passível de gerenciamento. Assim, recorre-se a dados estatísticos e indicadores quantitativos para emitir prognósticos de periculosidade em relação a grupos de sujeitos. Para o autor, tal contexto, aliado ao descrédito das teorias da ressocialização, mostrou-se propício à redescoberta pelo Direito Penal da neutralização fática, em substituição à comunicativa (*Ibid.*, p. 130-135). Outras dimensões do processo de “administrativização” do Direito Penal, não aprofundadas por Sánchez, são: o recurso a penas alternativas à restritiva de liberdade, como a multa e a interdição temporária de direitos, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a “administrativização” da justiça penal, por meio de procedimentos de desformalização e desjudicialização (negociação, barganha, entre outros).

corresponderá a um Direito Penal mínimo. Afinal, o recurso ao Direito Penal como instrumento meramente sancionador de normas extrapenais leva a sua “prostituição”, na medida em que o reforço penal é utilizado toda vez que se pretende maior eficiência na proibição de determinado comportamento. Por essa razão, deve-se evitar cair na tentação de estender ao Direito Penal o papel promocional que corresponde a outros setores do Direito no Estado Social.³²⁹

Para Baratta, o Direito Penal “administrativizado” se caracteriza pelos seguintes aspectos: 1) intervenção penal orientada a suprir mecanismos de controle administrativo; 2) perda das características de abstração e generalidade pelos tipos penais, que passam a servir como respostas a crises particulares, emergenciais e excepcionais; 3) recurso à técnica legislativa que emprega conceitos indeterminados, cláusulas genéricas e elementos normativos em excesso, expandindo a discricionariedade judicial; 4) desprivilegio da concepção defensiva de bem jurídico, em favor da concepção promocional, como decorrência da estrutura dos novos bens jurídicos supraindividuais e 5) produção legislativa e decisões judiciais de caráter programático e político, voltadas a assumir a gestão de conflitos, atendendo aos reclamos da opinião pública e publicada.³³⁰

O fenômeno da “administrativização” se relaciona, ainda, com a perda do interesse, sobretudo na doutrina alemã, pelas teorias que propõem uma diferenciação qualitativa entre crime e infração administrativa, em favor das teorias que estabelecem uma distinção meramente quantitativa, isto é, de gravidade do injusto. É precisamente a falta de clareza quanto aos critérios de diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo que leva à “administrativização” do Direito Penal³³¹.

Aliás, a noção de bem jurídico-penal é o principal critério ao qual recorrem os defensores da existência de diferenças qualitativas entre os âmbitos de intervenção do Direito

³²⁹ PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 154, 157 e 165.

³³⁰ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994. p. 11-13.

³³¹ TOMILLO, Manuel Gomez. Consideraciones em torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Revista Actualidade Penal*, nº 4, 2000, p. 80. Em países como Brasil, Itália, França e Espanha, a doutrina, de maneira geral, entende que não há diferença substancial, mas apenas normativa, entre ilícito penal e ilícito administrativo (REALE JÚNIOR, Miguel. *Ilícito administrativo e jus puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93). Isso significa que o legislador é livre para decidir, segundo seu juízo de adequação, conveniência e eficiência, entre proibir determinada conduta pela ameaça de pena ou de sanção administrativa. Essa teoria, dita unitária, tem o mérito de chamar a atenção para o fato de que não é apenas o Direito Penal, mas todo o poder punitivo que está em expansão e carente de ser contido.

Penal e do Direito Administrativo³³². Logo, o descrédito das teorias diferenciadoras qualitativas se reflete na crise do conceito crítico-garantista de bem jurídico no Direito Penal contemporâneo.

3.1.2 Consequências da modernização para a teoria do bem jurídico

Uma das categorias teóricas mais afetadas pelo processo modernizante foi, sem dúvida, o bem jurídico-penal. A reorientação do Direito Penal da resposta ao passado para a prevenção do futuro conduziu à ampliação do catálogo de bens jurídicos, atualizado a partir da formulação em escala de novos objetos de tutela cada vez mais inapreensíveis. O resultado é que o conceito se torna demasiado elástico, sendo progressivamente alargado para abarcar bens vagos, indefinidos e intangíveis, desprovidos de um substrato material e desvinculados da realidade social concreta.³³³

De fato, a complexidade dos riscos pós-modernos dificulta a identificação de bens jurídicos nos moldes tradicionais, favorecendo a gradativa diluição dos contornos do conceito, que perde densidade ao se aproximar mais de objetivos de caráter político, social e econômico³³⁴. A par disso, a indeterminação do conteúdo de boa parte dos novos bens jurídicos de titularidade supraindividual faz deles suscetíveis a uma carga ideológica latente³³⁵.

A criação de bens despersonalizados e abstratos, cujos contornos têm por base menos o real e mais o normativo, produz três notáveis reflexos na teoria do bem jurídico: 1) a tendência a confundir os conceitos de bem jurídico e função estatal; 2) o resgate das teorias metodológicas que equiparam bem jurídico a *ratio legis* e 3) o risco de a própria norma, ou a sua vigência, substituir a noção de bem jurídico, na linha do pensamento funcionalista-

³³² Para D'Avila, o não atendimento à exigência de ofensa a um bem jurídico-penal delimita um espaço normativo vedado ao Direito Penal e restrito à regulamentação administrativa (D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e direito sancionador. Sobre a identidade do Direito Penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, p. 9-35, 2006. p. 34). Sobre o tema, Cf. BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (Orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 73-101.

³³³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal*. Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 105.

³³⁴ *Idem, ibidem*, p. 107.

³³⁵ NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 64.

sistêmico de Jakobs. Com isso, impede-se que o bem jurídico seja erigido em critério delimitador da intervenção do poder punitivo.

Sabe-se que, além de funções dogmático-interpretativa e sistemática, a noção de bem jurídico exerce também funções político-criminais e críticas. Assim, a nível ideológico-político, uma teoria do bem jurídico-penal pode desempenhar um papel de legitimação e/ou limitação às normas penais incriminadoras, conduzindo, na tensão entre o legitimar e limitar, tanto a diretivas de criminalização quanto de descriminalização³³⁶. Todavia, nos últimos tempos, acentuou-se o uso promocional do Direito Penal, de forma que o bem jurídico-penal tem servido mais a justificar do que a limitar o recurso ao poder punitivo.

A literatura estrangeira aborda a presente questão por meio da análise de variados fenômenos, tais como a “desmaterialização”, a “espiritualização” e a “dinamização” do bem jurídico. De uma forma geral, os bens jurídicos “desmaterializados, espiritualizados ou dinamizados” são supraindividuais e, diferentemente do preceituado pela teoria pessoal de Hassemer, não tomam como referência o indivíduo.

Segundo Sgubbi, o fenômeno da “desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico” tem origens no Estado Social e se identifica com dois processos. O primeiro é a criação artificial de bens jurídicos supraindividuais sem substrato na vida social ou cultural, a partir, por exemplo, da edição de normas penais que sancionam a inobservância dos preceitos que regulamentam a atividade econômica. O segundo é a nacionalização de bens jurídicos ou expropriação direta de bens pelo Estado, que se apropria de determinados bens como sendo de seu interesse e não mais dos indivíduos, os titulares originários. Como consequência desses dois processos, o bem jurídico passa a se identificar com um fim social ou estatal, desprovido de qualquer materialidade pré-positiva.³³⁷

Já Baratta, citando Denninger, fala em “dinamização” dos bens jurídicos, processo relacionado com a transformação da estrutura política das sociedades industriais avançadas a partir do advento do “Estado de prevenção” ou “Estado de segurança”. Na visão do autor, o mencionado paradigma, em confronto com o modelo liberal, prioriza a função declarada de garantir a “segurança dos bens jurídicos”, em detrimento da segurança ou certeza do Direito. Essa característica faz do “Estado de prevenção” a forma política que assume a “sociedade de risco” e explica o fenômeno da “dinamização” dos bens jurídicos, assim definido:

³³⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 104.

³³⁷ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social: Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Ábaco, 1998. p. 63-68.

Dinamização dos bens jurídicos possui pelo menos dois significados. O primeiro se refere a um deslocamento na relação Estado-sociedade com relação à produção e à proteção de bens jurídicos. Basta lembrar que no modelo do Estado liberal clássico, o “Estado de certeza do direito” e os substratos reais dos bens jurídicos são produzidos na sociedade civil e estão pré-constituídos nas relações das funções públicas. No “Estado da Prevenção” os bens jurídicos a serem protegidos são, cada vez mais, “bens” produzidos pelo Estado, no que se refere às infraestruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas. [...].

Em segundo lugar, a transformação dos sistemas penais, indicado pelo termo “dinamização dos bens jurídicos” se relaciona com o desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera da punibilidade a fases anteriores da conduta e nas quais ainda não se realizou uma lesão efetiva do bem tutelado.³³⁸

No mesmo sentido, Fernandes exemplifica que, em sede de Direito Penal econômico, o bem jurídico possui natureza artificial, uma vez que não conta com “o substrato onto-antropológico definido e sedimentado” próprio dos bens jurídicos ditos clássicos, como a vida e a integridade física. Diferenciam-se dos clássicos, ainda, pela origem histórica ligada ao Estado intervencionista e por, muitas vezes, serem eleitos posteriormente à incriminação da conduta.³³⁹

Por outro lado, os bens jurídicos do Direito Penal econômico são mutáveis e normativamente orientados à persecução de determinados objetivos político-econômicos, cambiantes de acordo com o contexto social. Por isso, adverte o autor português, deve-se ter cuidado para, ao tipificar crimes econômicos, não desvincular o Direito Penal de seu caráter de *ultima ratio*, “bem como para não se operar a *liquefação dos bens jurídicos*, ou a eleição de bens que coloquem em xeque a relação de proporcionalidade e igualdade material dos critérios de eleição dos mesmos” (itálico no original).³⁴⁰

Mantovani, por sua vez, reconhece o risco da “liquidação” do bem jurídico na ênfase em bens jurídicos vagos ou difusos, não devidamente identificados em sua consistência real (fé pública, economia nacional, meio ambiente etc.), em relação aos quais se fala em “volatilização” do bem jurídico. Em segundo lugar, o mesmo risco está presente nos crimes-função, típicos do Direito Penal acessório, nos quais a tutela penal se dirige a funções ou fins da Administração Pública³⁴¹.

³³⁸ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994. p. 13-14.

³³⁹ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal*. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 84.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 85.

³⁴¹ MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 196.

Na doutrina alemã, Amelung critica a tendência à “espiritualização do bem jurídico”, definindo-a como a identificação de alguns bens jurídicos com valores espirituais e ideais superiores, que não pertencem ao mundo espaço-temporal das coisas, das pessoas e suas ações. Tal tendência, na Alemanha, é atribuída pelo autor aos seguintes fatores: a influência da filosofia idealista neokantiana na dogmática jurídico-penal alemã; a identificação de bens jurídicos com instituições, que são categorias normativas, ou seja, exigências ideais de dever ser, insuscetíveis de sofrer lesões reais e, por derradeiro, a perspectiva platônica de mundo, que, seguindo a linha do mito da caverna, abstrai um conceito ideal de bem jurídico da realidade concreta, apartando-o, totalmente, do seu substrato material que é o objeto da ação.³⁴²

Por outro lado, Hefendehl pondera que a crítica deve se dirigir à idealização e não à espiritualização do bem jurídico, pois a realidade não se compõe apenas de objetos físicos, mas também de fenômenos psíquico-intelectuais. Para o autor, as realidades espirituais, diferentemente das construções ideais, não se subtraem à influência causal, podendo, por conseguinte, ser lesionadas. Logo, a alternativa a uma noção ideal de bem jurídico não é uma noção material, mas real, sendo que postular a “materialização” do conceito de bem jurídico significa retroceder a um estágio arcaico da questão.³⁴³

No mais, os aludidos problemas na identificação e concreção de bens jurídicos reduzem a visibilidade do injusto e sobrepõem ao modelo de crime como ofensa a bens jurídicos o modelo de crime como infração ao dever, por meio, sobretudo, da tipificação excessiva de crimes de perigo abstrato. Conforme destacado por Cervini, “quanto mais abstrato, ambíguo ou nebuloso se conceba o bem jurídico, tanto mais será possível que qualquer ação que se envolva com ele, por mais remota que seja, possa ser considerada como em si mesma geradora de perigo”³⁴⁴ (tradução nossa).

Antes, os crimes de perigo abstrato eram considerados exceção a um direito penal fundado, ainda que no plano do discurso político-criminal, no modelo de lesão a bens jurídicos. No entanto, os tipos de perigo abstrato se tornaram o modelo-chave de incriminação

³⁴² AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 251-253.

³⁴³ HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 411.

³⁴⁴ No original: “[...] cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro”. (CERVINI, Raúl. Derecho Penal económico – Concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, p. 81-108, abr.-jun. 2003. p. 103-104).

das fontes de riscos da sociedade pós-industrial, em razão das dificuldades de identificação e individualização do dano e, principalmente, da ameaça³⁴⁵.

Assim, a estrutura delitiva do perigo abstrato passou “a integrar o centro da estratégia jurídico-penal voltada à proteção de bens jurídicos de caráter difuso em face dos novos riscos tecnológicos”³⁴⁶. Por isso, na atualidade, a tipificação de crimes de perigo abstrato é vista como a técnica de proteção própria dos novos bens jurídicos supraindividuais.

Contudo, em relação a muitos dos tipos de perigo abstrato, o bem jurídico-penal não desempenha qualquer papel crítico-garantista, uma vez que a lesividade da conduta proibida, nestes casos, é nominal e não real³⁴⁷. Afinal, desde que se aceite como suficiente a presença de nexos de imputação indiretos, praticamente todo tipo penal pode ser relacionado a um bem jurídico legítimo³⁴⁸.

Com efeito, a tipificação de condutas de potencial lesivo remoto faz com que se perca no horizonte da incriminação a referência concreta ao bem atingido. Nessa linha, Dias afirma que a tendência do Direito Penal moderno à antecipação da intervenção penal para estádios prévios à “eventual lesão de um interesse socialmente significativo” apaga, “ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger”³⁴⁹.

Por certo, os bens jurídicos supraindividuais típicos do Direito Penal moderno se apresentam, por sua própria natureza, além de desprovidos de um referencial antropocêntrico e carentes de definição precisa, de duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade³⁵⁰. Diante disso, a preocupação em assegurar o futuro da humanidade mediante o Direito Penal vem dando azo tanto a teorias que defendem certa relativização do conceito de bem jurídico, a fim de torná-lo mais amplo e maleável, quanto a teorias que apregoam seu abandono definitivo.³⁵¹

³⁴⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal. Sociedade do risco e Direito Penal*. Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 132.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 130.

³⁴⁷ CERVINI, Raúl. Derecho Penal económico – Concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, p. 81-108, abr.-jun. 2003. p. 100.

³⁴⁸ HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 285.

³⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 39-65, jan.-mar. 2001. p. 51.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 57.

³⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 62.

3.1.3 O papel protetivo do Direito Penal em xeque: a teoria “negativa” do bem jurídico

O debate sobre a construção de um novo modelo de Direito Penal adaptado ao paradigma da sociedade de risco tem, ao longo dos anos, dividido opiniões³⁵². O próprio diagnóstico de Beck, cujas previsões Prittwitz reputava “catastróficas” e embasadas mais em considerações políticas do que sociológicas³⁵³, é contestado pelos críticos do Direito Penal do risco.

Nessa linha, González afirma que, em sua análise, Beck despreza o fato de que, em compensação à criação de novos riscos, a tecnologia moderna reduziu objetivamente os riscos antigos. Afinal, os indicadores sociais de qualidade de vida e desenvolvimento humano (longevidade, mortalidade infantil, controle de enfermidades, etc.) demonstram que houve um aumento de segurança proporcionado pelos avanços técnico-científicos.³⁵⁴

Ademais, ainda segundo o autor, nem todos os velhos riscos eram “naturais”, muitos eram tão “artificiais” quanto os novos riscos, pois também criados pelo homem a partir de sua intervenção criativa na natureza. As primeiras técnicas de agricultura e irrigação, a descoberta da pólvora e as grandes navegações, por exemplo, foram todos fenômenos humanos geradores de riscos imprevisíveis e incontroláveis. A diferença é que, hoje, apesar de a ciência oferecer melhores chances de previsão e controle dos riscos, em razão do fluxo de informação, que leva ao conhecimento do público descobertas científicas ainda em fase experimental, cria-se um estado de alarmismo injustificado que impede que as revoluções tecnológicas sejam percebidas como uma oportunidade.³⁵⁵

O debate sobre o Direito Penal do risco perpassa, portanto, a questão dos limites da influência das teorias sociológicas nas ciências penais, ou seja, sobre se a concepção das sociedades atuais como sociedades do risco tem o condão de determinar a reformulação do Direito Penal. A perspectiva do risco constitui, sem dúvida, uma referência fundamental na

³⁵² Embora popular em todo o mundo, o tema “Direito Penal do risco” é desenvolvido, principalmente, na literatura jurídico-penal alemã. Não poderia ser diferente, uma vez que a Alemanha é também a terra natal de Beck e, portanto, onde a noção de “sociedade do risco” primeiro surgiu e mais repercutiu. O tema alçou destaque pelos trabalhos da denominada Escola de Frankfurt. Compõem a referida escola: Hassemer, Prittwitz, Herzog, Albrecht, entre outros. Ressalta-se que a Escola Jurídico-Penal de Frankfurt não deve ser confundida com a Escola homônima originária do Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, composta por estudiosos da teoria social neomarxista, tais como Benjamin, Horkheimer e Habermas.

³⁵³ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 261.

³⁵⁴ GONZÁLEZ, Carlos J. Suárez. Derecho Penal y riesgos tecnológicos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 293.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 294-295.

compreensão da sociedade moderna, mas há que se ter em mente que a descrição realizada por Beck é apenas uma das teorias possíveis.

Para De Giorgi, por exemplo, o risco não é condição existencial humana nem categoria ontológica da sociedade moderna, mas modalidade secularizada de relação do homem com o futuro. O acaso e a probabilidade e, portanto, a noção de risco são invenções modernas que vêm substituir a adivinhação, o tabu e o pecado, possuindo a função de racionalizar o medo.³⁵⁶ Segundo o autor, as teorias sociológicas do risco apenas descrevem como aqueles que agem observam os riscos, não podendo fornecer indicações de como se comportar nas situações de risco. Disso decorre que a noção de sociedade do risco apenas descreve, de determinado ponto de vista, o “ser” da sociedade atual, nada dizendo sobre o “dever ser” do Direito³⁵⁷.

Transpondo-se essa discussão ao contexto da América Latina, a conclusão de que o diagnóstico de Beck não é exato para o subcontinente se impõe, uma vez que o desenvolvimento industrial e tecnológico nos países latino-americanos não alcançou um nível tal que permita falar em superação da sociedade de classes e da lógica de distribuição de riquezas.

Com efeito, os principais fatores que tornam o futuro latino-americano incerto são, praticamente, os mesmos desde o início do capitalismo industrial: o desemprego, o déficit educacional e habitacional, o aumento das despesas com a saúde, etc.³⁵⁸ Já o diagnóstico sobre a expansão, a funcionalização e a desformalização do Direito Penal representa bem a realidade da América Latina, onde, em muitos aspectos, as consequências de tais fenômenos são ainda mais perversas, tendo em vista as deficiências do Estado Social e a carência de reformas descriminalizantes mais amplas na generalidade desses países.

A necessidade de que o Direito Penal mude para acompanhar a evolução social é inegável e inevitável. Porém, o que preocupa no processo modernizante é a insistência em mudanças no sentido único de expandir os horizontes de intervenção do poder punitivo-penal, sintoma do denominado “narcisismo penal”³⁵⁹. Segundo Carvalho, o Direito Penal, assim como Narciso na mitologia grega, está tão apaixonado pela visão que tem de si mesmo que não admite suas falhas e limitações, as quais fazem com que ele, mesmo no que diz respeito à

³⁵⁶ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 45-54, jun. 1994. p. 53.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 54.

³⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 55-69, jan.-mar. 1994. p. 63.

³⁵⁹ CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do Direito Penal: crítica criminológica à dogmática jurídico-penal. In: CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 188.

criminalidade clássica, apresente baixa capacidade de evitar a prática de novos crimes e alto potencial multiplicador da violência.

O prognóstico não é menos pessimista em relação à criminalidade moderna, afinal, tendo em vista a sofisticação desse tipo de crime e os déficits de atuação do sistema penal, a intervenção penal se volta a punições exemplares com objetivo, assumidamente, estigmatizante. A alta seletividade do instrumento penal não decorre apenas da falta de vontade política em reprimir práticas comuns, mas não exclusivas, dos detentores do poder político-econômico e das classes privilegiadas, esbarrando também em outros obstáculos concretos. Alguns desses obstáculos, como a hipertrofia do programa de criminalização e a estrutura deficiente das agências punitivas, especialmente as policiais, são descritos por Zaffaroni, Alagia e Slokar:

A criminalização primária é um programa tão imenso, *que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda sua extensão, e nem sequer em parte considerável, porque é inimaginável.* A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem em uma sociedade e os que chegam ao conhecimento das agências do sistema é tão enorme e inevitável que não consegue se esconder o tecnicismo de chamá-la *cifra negra ou obscura*. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento descontrolado desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal *leve a cabo a seleção criminalizante secundária, apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário.*³⁶⁰ (tradução nossa, itálico no original).

A criminologia crítica tem procurado desvelar a incapacidade empírica do sistema penal em cumprir suas promessas oficiais, tanto em relação aos fins instrumentais da pena (ressocialização, intimidação e coesão social), quanto em relação à missão de proteção de bens jurídicos atribuída ao Direito Penal. Apesar disso, os criminólogos observam que a retórica baseada na atribuição de fins e funções socialmente valiosos à intervenção penal vem sendo instrumentalizada pela “dogmática do risco” para legitimar e potencializar a criminalização, frustrando o projeto de minimização da violência estatal:

³⁶⁰ No original: “La criminalización primaria es un programa tan inmenso, *que nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable.* La disparidad entre la cantidad de conflictos criminalizados que realmente acontecen en una sociedad y los que llegan a conocimiento de las agencias del sistema es tan enorme e inevitable que no llega a ocultarse con el tecnicismo de llamarla *cifra negra u oscura*. Las agencias de criminalización secundaria tienen limitada capacidad operativa y su crecimiento sin control desemboca en una utopía negativa. Por ende, se considera natural que el sistema penal *lleve a cabo la selección criminalizante secundaria, sólo como realización de una parte ínfima del programa primario.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 7).

A aporia que emerge é decorrência direta da atribuição de virtudes ao direito penal, pois, por mais contraditório que possa parecer, os discursos que potencializam a expansão do direito penal vêm agregados ao princípio da mínima intervenção.

Segundo a concepção ilustrada, o direito penal deve atuar residualmente, ou seja, apenas quando bens absolutamente importantes sofrerem lesão ou perigo concreto de dano. Desde esta perspectiva, surge indagação que dá condições de possibilidade ao nascimento do *direito penal do risco* em aparente harmonia com a política de intervenção subsidiária: *se cabe ao direito penal proteger os principais bens jurídicos da humanidade, como poderia eximir-se de enfrentamento de (possíveis) ações que colocam em risco sua própria existência, que geram perigo ao seu futuro? Como deixar de atuar em situações-limite que ameaçam as gerações vindouras?*

Desde a lógica que impera na dogmática penal, a intervenção postulada é inerente às suas funções, merecendo o interrogante resposta positiva. Todavia, imprescindível frisar vez mais, a retórica de legitimação do direito penal encobre as disfunções reveladas pela criminologia, quais sejam, a absoluta incapacidade de o arsenal punitivo prevenir condutas futuras, seja no plano da prevenção especial ou da prevenção geral, seja em suas dimensões positivas negativas.³⁶¹ (itálico no original).

Assim, torna-se impossível resistir às tendências expansivas do Direito Penal do risco, respaldadas pelo discurso de modernização, sem rejeitar o entendimento tradicional de que a função da norma penal incriminadora é tutelar bens jurídicos. Para essa visão, a incapacidade do Direito Penal em prevenir condutas – conclusão que a experiência empírica ainda não encontrou evidências em sentido contrário capazes de elidi-la –, bem como as restrições impostas pelo método de atuação próprio do instrumento penal, que se exime de enfrentar os conflitos sociais para tão somente reprimi-los, sinalizam a necessidade de desenvolver uma teoria “negativa” do bem jurídico-penal, tendo como premissa que o Direito Penal não está vocacionado à proteção de bens jurídicos:

Na realidade, não se pode instituir como pressuposto do tipo a proteção do bem jurídico, porque essa proteção não possui conteúdo real. Em primeiro lugar, não se demonstrou que, efetivamente, a formulação típica de uma conduta proibida proteja um bem jurídico; em segundo lugar, essa proteção do bem jurídico funciona apenas como mera referência formal, sem fundamento material. Finalmente, incluir a proteção do bem jurídico como pressuposto do tipo, significa uma opção por uma política criminal puramente sistêmica, ao tomar o tipo não como um instrumento de garantia, mas como um instrumento de manutenção e reprodução do sistema. Este último aspecto é ignorado pela dogmática que, simplesmente, aceita a finalidade de proteção atribuída ao tipo como dado absolutamente irrefutável.³⁶² (tradução nossa).

³⁶¹ CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal: crítica criminológica à dogmática jurídico-penal. In: CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 191.

³⁶² No original: “En realidad, no se puede instituir como presupuesto del tipo la protección del bien jurídico, porque esa protección no posee contenido real. En primer lugar, no se ha demostrado que, efectivamente, la formulación típica de una conducta prohibida proteja un bien jurídico; en segundo lugar, esa protección del bien jurídico funciona apenas como mera referencia formal, sin fundamento material. Finalmente, incluir la protección del bien jurídico como presupuesto del tipo, significa una opción por una política criminal puramente sistêmica, al tomar el tipo no como un instrumento de mantención y reproducción del sistema. Este último aspecto es ignorado por la dogmática que, simplemente, acepta la finalidad de protección atribuida al

Nessa linha, Zaffaroni, Alagia e Slokar esclarecem que bem jurídico afetado e bem jurídico tutelado são conceitos substancialmente distintos. O primeiro é um dado concreto e, por essa razão, possui capacidade limitadora, enquanto o segundo é uma pretensão discursiva, ou seja, uma ideia abstrata, que não necessariamente se realiza na vida social. A pretensão protetiva, como regra, não vai além do plano do discurso, não sendo verificada em bases reais e concretas, pois, como visto, nada prova que a lei penal cumpre funções de tutela, sabendo-se apenas que ela, efetivamente, confisca um conflito que lesiona ou põe em perigo um bem jurídico. Por isso, os autores afirmam que a noção de bem jurídico tutelado deprecia o potencial crítico da teoria do bem jurídico, gerando a falsa impressão de que, primeiro, todo bem afetado pelo delito está protegido e, segundo, de que todo bem jurídico demanda proteção, o que instiga a expansão criminalizante.³⁶³

Diante disso, para a teoria “negativa”, a noção de bem jurídico como objeto de tutela deve ser rechaçada em favor de um conceito crítico-limitativo de bem jurídico-penal, passando a ofensa a bens jurídicos a constituir condição necessária, mas por si insuficiente, para a criminalização de uma conduta e não sua motivação. Dessa maneira, os problemas apresentados à dogmática-penal pelos bens jurídicos supraindividuais não de ser enfrentados tendo como pressuposto que a teoria do bem jurídico, como todo e qualquer instituto dogmático-penal, deve servir aos fins limitativos de uma teoria do delito autenticamente democrática e não a propósitos punitivos³⁶⁴.

3.2 O esgotamento das teorias constitucionalmente orientadas

Por um tempo, boa parte da doutrina acreditou ter encontrado nas teorias constitucionais a “tábua de salvação” para todos os males da teoria do bem jurídico. O

tipo como dato absolutamente irrefutable.” (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 11-12).

³⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 128.

³⁶⁴ TAVARES, *op. cit.*, p. 185. A teoria “negativa” do bem jurídico-penal tem como base a teoria agnóstica ou negativa da pena, construída a partir da constatação do fracasso de todas as teorias positivas da pena por indicarem funções manifestas falsas ou não generalizáveis. Para a teoria agnóstica, a pena é “(a) *una coerción*, (b) *que impone una privación de derechos o un dolor*, (c) *que no repara ni restituye* y (d) *ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes*” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *op. cit.*, p. 45, *itálico no original*). Um esboço da teoria agnóstica está presente na obra de Tobias Barreto, para quem a pena possui um fundamento psicológico (a vingança pessoal), mas não um fundamento racional. Isso porque o poder de punir é um poder de fato – que, historicamente, sempre existiu – e nada tem a ver com a ideia de direito. Segundo o autor brasileiro, “Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra” (BARRETO, Tobias. *Algunas ideas sobre el llamado fundamento del derecho de punir*. In: BARRETO, Tobias. *Estudios de Filosofía*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editorial Grijalbo, 1977. p. 367).

resultado foi um retorno ao positivismo jurídico com uma nova roupagem, tendo apenas se deslocado o objeto de adoração da lei para a Constituição. Com isso, esqueceu-se que algumas Constituições, como a brasileira, possuem também uma faceta penalizadora (vide a criação da figura do crime hediondo, a previsão da inafiançabilidade e imprescritibilidade de alguns crimes), que compromete o potencial limitador do conceito de bem jurídico estruturado exclusivamente nessas bases.³⁶⁵

Assim, a concepção constitucionalmente orientada de bem jurídico-penal não era a “varinha mágica” que se imaginava. Afinal, ainda que a Constituição seja um ponto de referência obrigatório, ela não oferece a segurança necessária para erigir-se no instrumento exclusivo de hierarquização e seleção dos bens jurídicos. Isso porque o âmbito dos valores constitucionais se apresenta, ao mesmo tempo, amplo e restrito demais para tais fins: realidades não consagradas de modo explícito ou implícito no texto constitucional podem, a princípio, emergir como bens jurídicos e realidades expressamente contempladas podem não merecer o mesmo reconhecimento.³⁶⁶

De fato, o caráter de “obra aberta” das Constituições modernas, que recepcionam valores diversos e conflitantes, em razão das contingências históricas, sociais e culturais, coloca em dúvida sua capacidade de opor limites materiais efetivos ao legislador penal. A Constituição abriga posições antagônicas, estando ela “longe de ser uma ordenação fechada em si mesma” ou de guardar uma harmonia perfeita. Conforme esclarece Franco, “Toda Constituição tem necessariamente áreas de tensão na medida em que tais áreas representam o pluralismo e o confronto de ideias subjacentes ao pacto fundador”³⁶⁷.

Além do caráter aberto, o maior grau de abstração da linguagem constitucional, própria das normas principiológicas e esquemáticas, gera um amplo espaço de discricionariedade legislativa. Essa situação é agravada em relação a Constituições de perfil analítico como a brasileira – e não sintético como a norte-americana –, que contém, até mesmo, dispositivo próprio determinando que o Colégio Pedro II do Rio de Janeiro seja mantido sob a administração federal (art. 242, § 2º).³⁶⁸

Por outro lado, como já salientado, a teoria constitucional ampla hoje prevalente, por definir bem jurídico-penal como valor acolhido ou não vedado pela Constituição, torna

³⁶⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

³⁶⁶ SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. p. 343-344.

³⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 74.

³⁶⁸ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 98-101.

dispensável a teoria do bem jurídico³⁶⁹. Por isso, autores como Burchard propõem a substituição da noção de bem jurídico-penal pelo princípio da proporcionalidade, destrinchado em dois subprincípios: vedação de excesso (*Übermaßverbot*) e vedação de proteção deficiente (*Untermaßverbot*). Para o autor alemão, na análise da legitimidade material das leis penais, a teoria dos direitos fundamentais é um ponto de partida mais adequado do que a doutrina do bem jurídico.³⁷⁰

Diante disso, não é exagero enunciar o esgotamento das teorias constitucionais do bem jurídico-penal, como decorrência da constatação de que nenhuma de suas vertentes oferece indicações suficientes à concretização do conceito. Ademais, a aptidão da noção constitucionalizada de bem jurídico para restringir o espectro de proibições penais restou abalada por duas questões polêmicas, analisadas na sequência: 1) a vinculatividade das indicações expressas e implícitas de criminalização presentes na Constituição; e 2) a constitucionalidade de normas penais incriminadoras que desatendem ao postulado do bem jurídico-penal.

3.2.1 A questão da “obrigação” constitucional de criminalizar

O Estado Democrático de Direito, modelo-síntese dos paradigmas antecedentes do Estado Liberal e do Estado Social, insere-se no processo histórico de afirmação dos direitos humanos fundamentais ao reunir, sob a égide de uma mesma ordem constitucional, as liberdades individuais, os direitos sociais, econômicos e culturais e os interesses difusos ou das gerações presentes e futuras.

A evolução do modelo constitucional de Estado se reflete na redefinição do âmbito de ingerência penal. A derrocada do absolutismo monárquico e a emergência do Estado Liberal burguês, orientado a garantir a inviolabilidade das liberdades individuais, coincide com a fixação de limites negativos à intervenção do poder punitivo estatal. Com a gradual transformação em Estado Social, o foco da proteção constitucional se volta para os direitos socioeconômicos, e ao Direito Penal é atribuído um papel positivo no combate às graves desigualdades materiais. Já o Estado Democrático de Direito, além de renovar a proteção aos

³⁶⁹ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004, p. 100.

³⁷⁰ BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012, p. 41.

direitos individuais e coletivos, dirige ao legislador novas demandas de tutela relativas aos direitos difusos, criando para toda a ordem jurídica o compromisso com a garantia do futuro.

A partir do modelo intervencionista do Estado Social, as Constituições passaram a prever, ao lado dos princípios liberais restritivos da violência penal (princípio da legalidade, da lesividade do delito, da culpabilidade, da individualização e humanidade da pena, etc.), normas propulsoras da atividade de incriminação. Essas últimas condicionam o conteúdo da matéria penalmente disciplinada, tendo como principal objetivo promover a tutela de bens coletivos (o trabalho, a saúde, a assistência social, a ordem econômica, o meio ambiente, a educação, a cultura, a identidade genética, etc.).³⁷¹

A Constituição brasileira de 1988 abriga várias normas desse último tipo, como, por exemplo, as que tratam da repressão ao racismo (art. 4º, VIII, art. 5º, XLIII), ao tráfico ilícito de entorpecentes, à tortura e ao terrorismo (art. 5º, XLIII), à ação de grupos armados (art. 5º, XLIV), à retenção dolosa de salários (art. 7º, X), ao abuso do poder econômico (art. 173, §§ 4º e 5º) e às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º). Nesses casos, segundo Franco:

[...] o legislador constituinte substitui-se ao legislador infraconstitucional na tarefa incriminadora e tomou para si tanto o critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido – critério que lhe é próprio, na medida em que a Constituição arrola os bens jurídicos dignos de proteção penal – como o da necessidade da pena, que é vinculado ao legislador ordinário, no processo de criminalização.³⁷²

O dirigismo constitucional, em matéria penal, teve como consequência a gradativa descodificação do Direito Penal brasileiro a partir da edição, sobretudo na década de 1990, de leis especiais centradas na criminalização de condutas afetas a bens jurídicos supraindividuais. Dentre elas, citam-se: Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária), Lei nº 8.176/91 (Crimes contra a Ordem Econômica), Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) e Lei nº 9.613/98 (Lei da Lavagem de Capitais).

No entanto, como os princípios garantidores de prerrogativas individuais conformam políticas de descriminalização e os imperativos de tutela de bens transindividuais embasam

³⁷¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 11-12; PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 22-23. Registra-se que as Constituições contemporâneas também abarcam imperativos de tutela de bens individuais não protegidos sob a égide do Estado Liberal, como o direito à intimidade. Logo, não existe uma coincidência perfeita, mas apenas prevalência de influência, entre os paradigmas liberal e social e cada modalidade de norma constitucional pertinente ao Direito Penal.

³⁷² FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73.

políticas de criminalização, o convívio entre os dois conjuntos de normas constitucionais não deixa de ser, por vezes, conflituoso. Desse modo, destaca-se, em relação à Constituição brasileira, a tensão existente entre o princípio da culpabilidade e da pessoalidade da pena (expressos no art. 5º, XLV) e uma interpretação dos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, que admita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, bem com o aparente conflito entre o princípio constitucional implícito da proporcionalidade (extraído do princípio republicano, que impõe a racionalidade dos atos de poder, contido no art. 3º, *caput*) e a previsão da imprescritibilidade do delito de racismo (art. 5º, XLII).

No mais, a inclusão no texto constitucional de determinações positivas de criminalização contradiz a pretensão de erigir a concepção constitucionalizada de bem jurídico-penal em critério limitador da atividade legislativa.³⁷³ Isso porque a previsão de mandados constitucionais implícitos e explícitos de criminalização converte a noção de bem jurídico em força motriz da onda de incriminações, principalmente no tocante à tutela penal supraindividual, bem como em barreira de resistência às tendências de descriminalização.

A pretensão de guiar positivamente o legislador penal a partir da teoria do bem jurídico, presente na ideia de obrigação constitucional de criminalizar, suplanta os limites da tarefa tradicionalmente confiada ao conceito pelo pensamento iluminista e liberal, transmutando-o em categoria alinhada ao princípio constitucional da “proibição de defeito” e não mais apenas ao da “proibição de excesso”. Essa mudança não deixa de importar em limitação da discricionariedade legislativa, ainda que em favor das opções criminalizadoras, porquanto reduz as hipóteses em que o legislador é livre para decidir por não penalizar.³⁷⁴

Sobre o tema, a discussão a respeito da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no Tribunal Constitucional Alemão é paradigmática. Em 1975, o Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental declarou inconstitucional a legislação que tornava impunível o aborto praticado por médico, a pedido da mulher, nas doze primeiras semanas de gestação. A decisão se fundamentou na consideração de que o legislador não pode renunciar por completo ao direito penal na proteção da vida em formação, uma vez que a Lei Fundamental alemã lhe confere tutela como condição prévia da existência humana.³⁷⁵

³⁷³ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999. p. 20; PULITANÒ, Domenico. *Obblighi costituzionali di tutela penale? Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno XXVI, fasc. 2, p. 484-531, apr.-giu. 1983. p. 495.

³⁷⁴ HASSEMER, *op. cit.*, p. 20; HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 15 *et seq.*

³⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 64. Dois anos antes, a Corte constitucional italiana também explicitou demandas constitucionais de tutela ou de uma maior tutela penal de

Contudo, na análise de Pulitanò, a obrigação de criminalização reconhecida pela Corte alemã, como exceção *in malam partem*, não é uma obrigação absoluta e sim relativa. Segundo o autor italiano, não se trata de um dever de proibir mediante a ameaça de pena, em qualquer hipótese, o ataque a bem ou valor constitucional, mas apenas nos casos em que os demais instrumentos de tutela à disposição se apresentem insuficientes. Portanto, a mencionada decisão não retirou a exigência de que o legislador realize um juízo sobre a estrita necessidade da intervenção penal para proteger a vida intrauterina.³⁷⁶

Essa interpretação restou consolidada num segundo julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão. Com a unificação da Alemanha, em 1992, foi editada nova lei que adotava a solução de prazos, permitindo a interrupção voluntária da gravidez nos três primeiros meses de gestação. A legislação foi, novamente, contestada e, no ano seguinte, a Corte Constitucional declarou sua inconstitucionalidade. Porém, dessa vez, o acórdão esclareceu que, desde que a ordem jurídica estabeleça a ilegalidade do aborto como regra, o Direito Penal não precisa ser o meio primário de proteção do feto. Logo, o princípio da proporcionalidade pode recomendar que o instrumento mais interventivo – o penal – seja afastado em favor de outras medidas adequadas, de caráter assistencial ou administrativo.³⁷⁷

Segundo Andrade, a proclamação constitucional da inviolabilidade da vida humana não obriga o legislador a recorrer às sanções criminais para protegê-la, uma vez que só assegura um dos pressupostos da criminalização: a dignidade penal. Entretanto, identificado esse primeiro requisito, há, ainda, que se perquirir sobre: 1) a carência de tutela penal, isto é, a idoneidade concreta do instrumento penal para lidar com o problema; e 2) a necessidade da pena, ou seja, a inexistência de recurso igualmente idôneo e menos gravoso. Na visão do autor, a resposta a esses questionamentos não está ao alcance do legislador constituinte, pois

bens e valores consagrados na carta fundamental. Em 1973, o tribunal italiano afirmou a necessidade de o legislador estender o âmbito de proteção do artigo 724 do Código Penal, que previa o delito de blasfêmia, para alcançar o ultraje a outras religiosidades que não a católica, como forma de efetivar a garantia constitucional da liberdade de religião. (PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 106).

³⁷⁶ PULITANÒ, Domenico. *Obblighi costituzionali di tutela penale? ? Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno XXVI, fasc. 2, p. 484-531, apr.-giu. 1983. p. 493-494.

³⁷⁷ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 240, p. 43-82, abr.-jun. 2005. p. 53. Em 1984, o Tribunal Constitucional português, em sede de controle preventivo da constitucionalidade de normas de exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez, emitiu juízo de constitucionalidade, mas afirmou que a vida intrauterina compartilha da mesma proteção conferida pela Constituição à vida humana, enquanto bem constitucional objetivo. Na ocasião, a Corte portuguesa acentuou que “importa salvaguardar o ‘primado político do legislador’ [...] nos espaços de discricionariedade decorrente do princípio subsidiariedade” (DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 253).

dependem de avaliações empíricas que só o legislador ordinário está em condições de empreender satisfatoriamente.³⁷⁸

Com feito, a aclamação de obrigações constitucionais de criminalizar promove o Direito Penal de *ultima* para *prima ratio*. Nessa linha, Dolcini e Marinucci ressaltam que formas diversas de controle social e jurídico podem alcançar os mesmos objetivos visados pela intervenção penal a um custo menor. Por outro lado, ainda que se duvide da eficácia preventiva desses outros meios, o balanceamento de custos e benefícios pode indicar a prudência em afastar o domínio penal, tendo em conta os efeitos contraproducentes e até criminógenos decorrentes do *modus operandi* próprio do aparato criminal.³⁷⁹

No entanto, há quem defenda a existência, ainda que excepcional, de imposições constitucionais de criminalização explícitas e implícitas que retirem do legislador a liberdade para decidir sobre a carência de pena. Para Cunha, as obrigações implícitas de penalização dizem respeito àquele núcleo rígido e indisponível do Direito Penal, composto por condutas que ofendem gravemente “valores de essencialidade primordial” para o convívio social, como a vida e a integridade física. Assim, ao legislador é vedado não criminalizar o homicídio, o estupro, a extorsão, o sequestro, entre outros.³⁸⁰

Noutro sentido, Dias nega a existência de imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização, entendendo-as contrárias ao princípio da subsidiariedade penal. Para ele, da simples existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido não é legítimo deduzir sem mais a exigência de criminalização dos comportamentos que os violem³⁸¹. Todavia, prossegue o autor, caso o legislador constitucional “aponte *expressamente* a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o

³⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do Direito Penal. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 58-59. Pelos mesmos fundamentos, Pulitanò entende que os mandados constitucionais de criminalização ofendem o princípio da legalidade em seu sentido material (PULITANÒ, Domenico. *Obblighi costituzionali di tutela penale? Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno XXVI, fasc. 2, p. 484-531, apr.-giu. 1983. p. 520-521).

³⁷⁹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 4, fasc. 2, p. 151-198, abr.-jun. 1994. p. 175.

³⁸⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 299-301. No mesmo sentido: STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho). p. 60.

³⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O “Direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juares Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 260.

legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão”³⁸² (itálico no original).

No Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, enunciou a presença de mandatos de criminalização no texto constitucional, atribuindo-lhes, nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, força vinculativa. A fundamentação, inspirada na doutrina constitucional alemã, alude ao princípio da proibição de proteção suficiente, desmembramento do princípio da proporcionalidade:

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.³⁸³

Palazzo explica que as “cláusulas expressas de penalização”, presentes nos ordenamentos constitucionais de diversos países, são fruto de condicionamentos históricos específicos que despertam a sensibilidade constitucional para matérias privilegiadas. Na visão do autor, tais cláusulas “contribuem para oferecer a imagem de um Estado *empenhado e ativo* (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas”³⁸⁴ (itálico no original).

De fato, essas normas constitucionais de importância histórica transitória, introduzidas, muitas vezes, por iniciativas populares, não podem ser simplesmente desconsideradas pelo intérprete. Por isso, Canotilho afirma que a unidade normativa da Constituição atribui a todas as normas constitucionais o mesmo valor, inexistindo critérios

³⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 80.

³⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 104410*. Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, publicado em 27/03/2012.

³⁸⁴ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 103.

seguros que permitam distinguir as normas que, embora incluídas formalmente na Constituição, não regulam matéria digna da lei superior.³⁸⁵

Apesar disso, o conceito material de Constituição, amplamente adotado pelos constitucionalistas, deixa claro que prescrever o conteúdo de proibições penais não é tarefa própria do poder constituinte. Na definição de Bachof, lastreada na lição de Jellinek, a Constituição em sentido material corresponde ao “conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado”³⁸⁶. Em síntese, a Constituição material é identificada a dois corpos normativos essenciais: as normas que organizam as estruturas de Estado e disciplinam o exercício do poder político e as que estabelecem o rol de direitos fundamentais.

Na análise de Fiandaca e Musco, a ordem constitucional e o sistema penal desempenham funções diversas, motivo pela qual não há perfeita coincidência entre os valores constitucionais e os bens jurídico-penais. A Constituição se destina a controlar os poderes instituídos, introduzir modelos organizativos e promover um tipo específico de sociedade. Já o Direito Penal tem a missão de evitar ações consideradas prejudiciais à sociedade em concreto, ainda que o modelo social existente divirja do modelo constitucionalmente estruturado.³⁸⁷

Logo, a Constituição não possui como função primordial regular o comportamento dos cidadãos entre si, mas estabelecer as balizas fundamentais do exercício do poder político. Daí que a proclamação constitucional de bens e direitos tem como fim, antes de tudo, fixá-los como limites a que se submetem os poderes públicos³⁸⁸.

Para Sternberg-Lieben, extrair da Lei Fundamental diretivas concretas sobre a extensão da tutela penal, e não apenas referências de orientação, leva a uma degradação do papel do legislador parlamentar, representando um trânsito do Estado parlamentar para o Estado jurisdicional. Segundo o autor, deve-se, por um lado, resguardar a dignidade e independência da lei e do parlamento, sede principal do debate político-valorativo, e, por

³⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1138.

³⁸⁶ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 39.

³⁸⁷ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale – Parte generale*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995. p. 14-15.

³⁸⁸ PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 163.

outro lado, evitar exigir demais da Constituição, que não é a versão jurídica da “sopa primordial”, a partir da qual tudo se cria.³⁸⁹

Desse modo, as imposições constitucionais de penalização são confrontadas ao princípio da separação de poderes, porquanto, em razão dos mecanismos de controle de constitucionalidade, acaba-se por transferir para o Poder Judiciário a prerrogativa de ditar ao legislador a edição de lei penal incriminadora. Porém, no Direito brasileiro, ressalva-se a dificuldade em efetivar judicialmente os mandados de criminalização, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2007, atribuía ao mandado de injunção somente o efeito de declarar a mora legislativa³⁹⁰. A dificuldade persiste mesmo depois da mudança no entendimento da Corte Suprema³⁹¹, sendo que o princípio da legalidade em matéria penal, entendido como a imprescindibilidade de lei em sentido formal para a criação de tipos penais, constitui um obstáculo à atuação do Tribunal como legislador positivo.

No sistema jurídico italiano, segundo Marinucci e Dolcini, a omissão, total ou parcial, do legislador em atender a obrigações constitucionais expressas de incriminação é irrelevante. Por outro lado, os autores esclarecem que, nos casos em que preexiste lei penal que realiza o mandado constitucional, sobrevindo lei descriminalizadora, essa poderá ser declarada inconstitucional.³⁹² Entretanto, contesta-se tal postura face ao princípio da intervenção mínima, questionando-se “em que medida um Direito Penal que se pretenda mínimo pode compactuar com uma obrigação formal de criminalizar condutas e, o que é pior,

³⁸⁹ STERBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 123. Sopa primordial (*sopa primigênia*) é o “término usado por la teoría más extendida sobre la aparición de vida en la Tierra, que afirma que poco después de su formación reacciones químicas crearon básicos para la formación de vida (el origen lejano de esta teoría es la referencia de Darwin a <<a warm little pond>> como escenario plausible del origen de la vida)” (N. del trad. In: STERBERG-LIEBEN, *op. cit.*, p. 123).

³⁹⁰ “Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente, que deu particular relevo à separação de poderes (art. 2º e 60, §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MI 107*; Voto do Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1990, publicado em 02/08/1991).

³⁹¹ No julgamento do MI nº 670/ES, o STF, por maioria, deu efeitos concretos a sua decisão para suprir a persistente omissão legislativa em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, determinando a aplicação à espécie da lei de greve dos empregados privados, enquanto persistisse a omissão. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MI 670*. Relator Ministro Maurício Corrêa, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, publicado em 31/10/2008).

³⁹² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 4, fasc. 2, p. 151-198, abr.-jun. 1994. p. 178.

de mantê-las proibidas, ainda que haja uma modificação social que aponte para a desnecessidade de tutela penal”³⁹³.

Destarte, as indicações de criminalização extraídas da Constituição, mesmo que semanticamente formuladas como mandados, não possuem o condão de obrigar o legislador ordinário a criminalizar ou a não descriminalizar, devendo ser interpretadas apenas como possibilidades de incriminação, inseridas no texto constitucional a título exemplificativo.

3.2.2 A questão da (in)constitucionalidade da norma penal sem bem jurídico

Em 2008, a teoria do bem jurídico sofreu mais um golpe. E, justamente, em sua terra natal. O Tribunal Constitucional alemão, ao julgar a constitucionalidade da proibição penal do incesto, decidiu pela impossibilidade de deduzir do princípio do bem jurídico limites à faculdade de punir do legislador. Conforme relata Roxin:

Foi a primeira vez que o Tribunal Constitucional tomou uma posição em relação ao possível efeito limitador ao direito penal do princípio da proteção de bens jurídicos e defendeu a tese de que as faculdades do legislador não poderiam ‘ser reduzidas [...] com um recurso a bens jurídicos.’³⁹⁴

Essa decisão reflete uma tendência atual de rejeitar a função crítica da teoria do bem jurídico sob o argumento de que ela ocuparia um espaço destinado ao Direito Constitucional. Nesse sentido, o mencionado acórdão entendeu que o conceito suprapositivo de bem jurídico – além de controverso, uma vez que não há consenso em relação a sua definição – contraria o postulado de que a ordem constitucional atribui ao legislador democrático a tarefa de fixar os bens protegidos por meio do Direito Penal. Assim, a atividade de criminalização do legislador só encontraria limites na própria Constituição, não podendo ser restringida mediante o apelo à teoria do bem jurídico.³⁹⁵

Apesar de negar a possibilidade de deduzir, de uma teoria penal do bem jurídico, balizas ao poder do legislador de proibir penalmente condutas, em contradição com o que

³⁹³ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 95.

³⁹⁴ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 300. Segundo Roxin, o Tribunal Constitucional alemão também declarou a constitucionalidade, a despeito da inexistência de bem jurídico ofendido, dos crimes de posse de drogas para consumo próprio e de transplante de órgãos realizado por médico entre pessoas vivas que não são parentes ou próximas.

³⁹⁵ NEUMANN, Ulfried. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 526.

dissera, o Tribunal Constitucional alemão procurou identificar bens jurídicos protegidos pela incriminação do incesto: a família, a autodeterminação sexual e a saúde da prole.³⁹⁶ No entendimento da Corte, a conduta teria “consequências para a família, para a sociedade como um todo e também para as crianças que eventualmente nascessem da relação sexual incestuosa”. Por isso, o fim da norma seria impedir perturbações das estruturas matrimônios e familiares, proteger a autodeterminação sexual dos dependentes e prevenir doenças genéticas nas novas gerações.³⁹⁷

Por outro lado, segundo a Corte alemã, o tipo penal do incesto estaria baseado “em uma norma de proibição difundida internacionalmente e transmitida histórico-culturalmente”, cumprindo uma função de estabilização normativa. Daí que o acórdão em comento “acabou atribuindo ao direito penal a tarefa de manutenção e fortalecimento de convicções morais”, distanciando-se da tradição liberal de oposição ao moralismo legal, defendida desde Feuerbach.³⁹⁸

É sensível a fragilidade da fundamentação da decisão, motivo pelo qual ela encontrou rechaço na doutrina alemã e na própria Corte, conforme demonstra o voto divergente de Hassemer, então Vice-Presidente do Tribunal Constitucional alemão, que reconheceu a inconstitucionalidade do tipo penal.³⁹⁹ Em seu voto, Hassemer afirmou que “uma convicção social não é capaz de legitimar constitucionalmente uma norma jurídico-penal”, sendo que o crime de incesto não protege a família, a autodeterminação sexual nem a saúde da prole, mas “meras convicções morais, existentes ou supostas”.⁴⁰⁰ Com efeito, a mesma argumentação utilizada pelo tribunal para suportar a proibição do incesto poderia reforçar a criminalização da homossexualidade e outras práticas ditas imorais.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional reconhece ao postulado do bem jurídico-penal o *status* de princípio constitucional implícito. Não poderia ser diferente, considerando que a Lei Constitucional 1/82 deu ao art. 18, n. 2, da Constituição a seguinte redação: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos

³⁹⁶ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 300.

³⁹⁷ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010. p. 167.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 169-172.

³⁹⁹ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 526.

⁴⁰⁰ GRECO, *op. cit.*, p. 167-168.

ou interesses constitucionalmente protegidos”. Diante disso, em julgado que decidiu pela constitucionalidade do crime de conduzir veículo automotor em via pública sem possuir habilitação, a Corte portuguesa adotou expressamente a teoria constitucional do bem jurídico, enunciando-a, nos termos anteriormente propostos por Dias, como “o princípio da congruência ou analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal”.⁴⁰¹

A despeito disso, em 2004, o Tribunal Constitucional português declarou a constitucionalidade do crime de lenocínio, com a redação dada pela reforma legislativa de 1998. Pela nova redação, pune-se “quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição por outra pessoa”, tendo sido eliminada a exigência de que a conduta fosse praticada “explorando situações de abandono ou de necessidade econômica”. Assim, a reforma legislativa empreendida em 1998 retirou da norma penal a referência típica à violação ao bem jurídico liberdade sexual, deixando, dessa forma, que a moral sexual ocupasse “por inteiro a área de protecção da incriminação”.⁴⁰²

A decisão do tribunal português pela constitucionalidade do crime de lenocínio fundou-se na protecção da dignidade humana. Na acertada crítica de Dias, o maior desserviço que pode ser feito ao mais elevado princípio da ordem jurídico-democrática – a dignidade humana – é, em matéria penal, invocá-lo como princípio prescritivo de proibições penais concretas. Segundo o autor, a dignidade humana, antes de ser um bem jurídico em si, está na base de bens jurídicos como a liberdade e a autodeterminação sexual, investindo-se, primordialmente, do carácter de limite absoluto à intervenção estatal. Daí que o aludido princípio não deve constituir fundamento de validade constitucional de uma incriminação como a do lenocínio, mas pode, pelo contrário, embasar a declaração de sua inconstitucionalidade.⁴⁰³

Andrade registra que os princípios da danosidade social, da proporcionalidade, da subsidiariedade e fragmentariedade “valem hoje, na generalidade das ordens jurídicas, nomeadamente na portuguesa, como imperativos constitucionais que o legislador ordinário deve respeitar na feitura das leis incriminatórias”. Por isso, o autor considera irrecusável a tese da inconstitucionalidade da legislação que, ao arrepio do princípio da subsidiariedade,

⁴⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O “Direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 253.

⁴⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do Direito Penal. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 54-55.

⁴⁰³ DIAS, *op. cit.*, p. 256-257.

recorre à sanção penal quando, comprovadamente, pudesse lograr o mesmo objetivo por meio mais benevolente de reação.⁴⁰⁴

Entretanto, Dias salienta que o critério da necessidade de tutela penal corresponde a um juízo de avaliação que compete, em primeiro lugar, ao legislador ordinário, “ao qual há de reconhecer-se um largo âmbito de discricionariedade na matéria, só podendo a liberdade de conformação legislativa ser limitada em casos em que a punição criminal se apresente manifestamente excessiva”⁴⁰⁵. Diante disso, a declaração de inconstitucionalidade material de uma lei penal formalmente legítima é hipótese excepcional, devendo prevalecer, na constância de dúvidas insuperáveis, a presunção de não inconstitucionalidade⁴⁰⁶.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é modesto em decisões sobre a inconstitucionalidade de normas penais incriminadoras sem bem jurídico. Contudo, a questão foi enfrentada quando do julgamento da Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, a respeito da constitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo. Na ocasião, o STF declarou inconstitucional interpretações dos arts. 124, 126 e 128, incs. I e II, do Código Penal, referentes ao crime de aborto, que tipificassem a interrupção voluntária da gravidez anencefálica. O voto do Ministro Relator Marco Aurélio adotou como fundamento de sua decisão a ausência, no caso do feto anencéfalo, do bem jurídico “vida” a ser protegido.⁴⁰⁷

A respeito do controle judicial de constitucionalidade das leis penais, no seguinte julgado, o Supremo Tribunal Federal afirmou a ampla liberdade do legislador na seleção dos bens jurídico-penais e dos instrumentos de tutela penal, consignando a possibilidade de o julgador averiguar a proporcionalidade dessas escolhas:

O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se

⁴⁰⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do Direito Penal. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 56.

⁴⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 259.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 259-260.

⁴⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 54*, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, publicado em 30/04/2013. Da mesma forma, na ADI 13510, o STF afastou a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), afirmando que o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos não viola o direito à vida. Além disso, o conceito de bem jurídico costuma aparecer no controle de constitucionalidade de leis penais realizada pela Corte relacionado à aplicação do princípio da insignificância (HC 115046/MG) e dos princípios da proporcionalidade e individualização das penas (HC 113857/AM e RE 844152 AgR/SP).

ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.⁴⁰⁸

Segundo Roxin, no ano de 2007, o Tribunal Constitucional espanhol lançou mão da teoria do bem jurídico para declarar inconstitucional a punibilidade da mera negação de determinados fatos históricos, como o holocausto e outros genocídios. Mais recentemente, em 2009, foi a Corte argentina que fez uso do mesmo expediente para afirmar a inconstitucionalidade da proibição penal da posse de drogas para consumo próprio.⁴⁰⁹ Apesar disso, na generalidade dos países, inexistente efetivo controle judicial-constitucional do legislador penal, o que ocorre até mesmo na Alemanha, berço da teoria do bem jurídico e do princípio da proporcionalidade.

Greco explica que o Tribunal Constitucional alemão alude, repetidamente, em suas decisões à prerrogativa de avaliação do legislador (*Einschätzungsprerogative*), isto é, “a faculdade que a Corte reconhece ao legislador de formular suas próprias suposições empíricas, especialmente quando diante de situações empiricamente pouco claras, que envolvam, por exemplo, prognoses difíceis ou avaliações referidas ao plano macrossocial”⁴¹⁰. Como a questão sobre se uma proibição protege ou não bens jurídicos é parcialmente empírica, também aqui se concede ao legislador o direito de “formular com vasta liberdade prognoses empíricas a respeito das consequências do comportamento para os mais diversos bens”⁴¹¹.

Na prática, assinala Burchard, a jurisprudência alemã atribui ao legislador penal uma ampla discricionariedade na criminalização de condutas, permitindo que ele crie, livremente, bens jurídicos.⁴¹² Por esse motivo, no julgamento a respeito da constitucionalidade da incriminação do incesto, o Tribunal Constitucional alemão sedimentou a opção por priorizar o princípio da proporcionalidade, em lugar da teoria do bem jurídico, na avaliação dos limites

⁴⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102087, Relator Min. Celso de Mello, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, publicado em 14/08/2012.

⁴⁰⁹ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 299 e 301.

⁴¹⁰ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010. p. 174.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 176.

⁴¹² BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012. p. 43.

dos juízos valorativos do legislador.⁴¹³ Contudo, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei por falta de proporcionalidade segue como uma possibilidade predominantemente teórica no âmbito da jurisprudência constitucional alemã.⁴¹⁴ Segundo o diagnóstico de Bunzel:

[...] também aqui a jurisprudência do Tribunal Constitucional promete mais do que, em realidade, oferece na prática. São assombrosamente escassas as sentenças que anularam uma norma penal como consequência de sua falta de proporcionalidade. Só um otimista poderia extrair um valor positivo dessa situação: que o sistema material de sanção, desde um ponto de vista constitucional, não é criticável. Mais provável que ocorra o contrário: especialmente no âmbito da proteção penal de uma norma de conduta as exigências que se referem à proporcionalidade das normas penais são claramente menores que em outros ramos do Direito, como consequência das inseguranças sobre os mecanismos efetivos de regulação jurídico-penal. Portanto, a importância do princípio da proporcionalidade, que o Tribunal constitucional qualifica de “elevada” tem muito mais um efeito encobridor. Há que se reconhecer que o princípio da proporcionalidade se aplica mais em outros ramos jurídicos cuja importância em termos de gravidade não é comparável.⁴¹⁵ (tradução nossa).

Para Sternberg-Lieben, o princípio da proporcionalidade não funciona, realmente, como parâmetro de controle material da legislação penal, mas tão somente procedimental, atuando em favor do aprimoramento do procedimento legislativo. Na opinião do autor, o máximo que se pode exigir do legislador é que ele faça escolhas de maneira racional, por meio da realização de prognósticos científicos sobre os efeitos fáticos da lei penal, devidamente documentados para fins de controle de constitucionalidade. Esse controle constitucional-procedimental, a toda evidência, não depende do conceito de bem jurídico.⁴¹⁶

⁴¹³ BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012. p. 41.

⁴¹⁴ STERBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 125.

⁴¹⁵ No original: “[...] también aquí la jurisprudencia del Tribunal Constitucional promete más de lo que en realidad ofrece en la práctica. Son asombrosamente escasas las sentencias que han anulado una norma penal como consecuencia de su falta de proporcionalidad. Sólo un optimista podría extirpar un valor positivo a esta situación: que el sistema material de sanción desde un punto de vista constitucional no es criticable. Más bien sucede lo contrario: especialmente en el ámbito de la protección penal de una norma de conducta las exigencias que se refieren a la proporcionalidad de las normas penales son claramente menores que en otras ramas del Derecho, como consecuencia de las inseguridades sobre los mecanismos efectivos de la regulación jurídico-penal. Por tanto, la importancia del principio de proporcionalidad, que el Tribunal Constitucional califica de <<elevada>> tiene más bien un efecto encubridor. Hay que reconocer que el principio de proporcionalidad se aplica más en otras ramas jurídicas cuya importancia en términos de gravedad no es comparable” (BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 158-159).

⁴¹⁶ STERBERG-LIEBEN, *op. cit.*, p. 123-125. Esta posição se aproxima da proposta em favor de um conceito procedimental de bem jurídico, defendido por Antón: “Lo característico de esa concepción no es que acepte, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección los que el legislador, por el procedimiento democrático, tenga a bien escoger; sino que concibe el bien jurídico, no en términos de *objeto*, sine en términos de

Em sentido semelhante, Lagody afirma que apenas os direitos fundamentais são capazes de frear adequadamente o legislador penal, opondo-lhe barreiras de inconstitucionalidade, sendo que, nos casos concretos, a ideia de bem jurídico não pode cumprir tal função. Segundo o autor, “O mérito da discussão jurídico-penal em torno do bem jurídico consiste em ter procurado uma ideia condutora com a qual, ao menos em teoria, pode-se impor ao legislador a obrigação de argumentar”⁴¹⁷. Logo, a possibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade de tipos penais está restrita às raras hipóteses em que a lei penal persegue finalidades violadoras de direitos fundamentais (como, por exemplo, a implantação da segregação racial), cabendo à teoria do bem jurídico a tarefa marginal de fixar ao legislador um dever de fundamentação das decisões de criminalização.⁴¹⁸

Com efeito, a (in)validade da norma que penaliza comportamento não ofensivo a bens jurídicos é tema que permanece altamente controvertido, inexistindo consenso entre os próprios defensores da teoria do bem jurídico. Para Schünemann, tendo em vista que o próprio Tribunal Constitucional alemão deduz princípios implícitos de disposições constitucionais expressas, é inegável que o princípio de que o Direito Penal tem por tarefa exclusiva a proteção de bens jurídicos pode ser extraído da cláusula do Estado de Direito⁴¹⁹. No entender do autor, “a Lei fundamental serve a teoria penal do bem jurídico ao Tribunal Constitucional em bandeja de prata, como outrora se serviu a cabeça de São João Batista a Salomé, mas que esse sempre recusou”⁴²⁰ (tradução nossa).

Roxin pondera que o dogma do bem jurídico indica diretriz político-criminal que não almeja vincular o legislador democrático independentemente de embasamento no plano constitucional. Por certo, a nulidade de um dispositivo legal só pode ser deduzida da violação

justificación. Hablar del bien jurídico como un algo, como un objeto ideal, no es desde, esta perspectiva, sino apuntar a las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena. Así concebido, el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad.” (ANTÓN, Tomás Salvador Vives. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela, nº 25, 2004. p. 437-438, itálico no original).

⁴¹⁷ No original: “El mérito de la discusión jurídico-penal en torno al bien jurídico consiste en que ha procurado una idea rectora con la cual, al menos en teoría, puede imponerse al legislador la obligación de argumentar” (LAGODNY, Otto. El Derecho Penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 136).

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 131-132.

⁴¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 209.

⁴²⁰ No original: “[...] la Ley fundamental sirve la teoría penal del bien jurídico al Tribunal Constitucional en bandeja de plata, como otrora se sirvió la cabeza de San Juan Bautista a Salomé, pero que éste siempre la ha rechazado” (*Ibid.*, p. 211).

ao texto constitucional e não da mera discordância à opinião doutrinária. Contudo, embora o conceito crítico de bem jurídico não possua uma potência destrutiva, ele não deixa de cumprir a função de ponto de referência na aplicação do princípio da proporcionalidade.⁴²¹

Portanto, adotando-se esse entendimento, não há que falar em simples substituição da teoria do bem jurídico pelo princípio da proporcionalidade, uma vez que, “a rigor, o exame de proporcionalidade já pressupõe uma teoria do bem jurídico, pois é necessário um ponto de referência para avaliar se um comportamento é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito”⁴²². A conclusão a que chega Hassemer não é diversa: a aplicação em matéria penal do princípio constitucional da proibição do excesso é irrealizável sem a ideia de bem jurídico⁴²³.

Ademais, o abandono da teoria do bem jurídico em favor de uma adoção precipitada do princípio da proporcionalidade não atende ao propósito de limitação racional do Direito Penal. Segundo alerta Hassemer, o princípio da proporcionalidade possui flexibilidade e capacidade de adaptação à situação concreta, o que lhe permite legitimar decisões mutantes em cada caso, bem como simplificar situações decisórias complexas⁴²⁴.

De fato, como as Constituições alemã e brasileira não contêm dispositivo semelhante ao da Constituição portuguesa, no qual o dogma do bem jurídico está vertido em norma constitucional, o controle da legitimidade material das normas penais incriminadoras deve ser feito a partir da principiologia constitucional. No entanto, tais princípios, a exemplo do princípio da proporcionalidade/proibição de excesso, não prescindem do conceito de bem jurídico, conforme demonstrado pela própria jurisprudência constitucional desses países.

Ocorre que, tanto na Alemanha quanto no Brasil, os tribunais constitucionais não aplicam um conceito crítico de bem jurídico-penal ao analisar a proporcionalidade, concedendo ao legislador ordinário toda a liberdade para inventar bens jurídicos. Disso decorrem algumas das críticas à utilidade do conceito. Afinal, que serventia tem a manutenção de uma teoria do bem jurídico-penal que não possui a força vinculativa necessária para limitar, verdadeiramente, a atividade legislativa de criminalização?

⁴²¹ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 315-316.

⁴²² GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010. p. 181.

⁴²³ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 98-99.

⁴²⁴ *Id.*, El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal ‘eficaz’. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, nº 15, 1991. p. 195.

3.3 “Crimes sem bem jurídico”: exceções ao dogma do bem jurídico?

A preocupação em preservar o potencial crítico da teoria do bem jurídico esbarra na dificuldade em ajustar determinados tipos penais – cuja legitimidade se afigura, *prima facie*, incontestável – dentro da opção por um conceito mais restrito de bem jurídico-penal, como o fornecido pela teoria pessoal.

Se, por um lado, Hassemer é categórico ao afirmar que a postulação de crimes sem bem jurídico constitui “terrorismo estatal”⁴²⁵, outros autores vêm admitindo, ainda que em caráter excepcional, a viabilidade da criminalização de condutas sem ter como pressuposto a identificação de um bem jurídico afetado.

Na doutrina italiana, são encontradas referências à categoria dos *reati senza bene giuridico*, que inclui uma pluralidade de crimes que se apresentam polêmicos no tocante à identificação do bem jurídico protegido (prostituição, pornografia, bigamia, uso de drogas, eutanásia, aborto, experimentos com embriões, clonagem, comércio de órgãos, desrespeito aos mortos e ao sentimento religioso, dentre outros). Fala-se, ainda, em *reati senza offesa* ou crimes sem ofensa, em relação aos quais não se discute a existência ou não de um autêntico bem jurídico, mas a legitimidade do grau de antecipação da intervenção penal (p. ex.: crimes de mera intenção ofensiva, cuja punição não depende da idoneidade objetiva da conduta para realizar tal intenção).⁴²⁶

Por outro lado, a categoria dos crimes sem bem jurídico se relaciona com os denominados crimes sem vítima, conquanto as duas classificações não se confundam. Segundo Cervini, os crimes sem vítima são caracterizados por alguns dos seguintes aspectos: 1) participação validamente consensual no fato daquela pessoa que ocuparia a posição da vítima; 2) ausência de um demandante que denuncie o fato e exija a aplicação da lei penal; 3) carência de um sentimento de dano especialmente grave por parte daquele supostamente prejudicado e 4) natureza de negócio do fato proibido, de modo que a ilegalidade da conduta pouco interfere na sua vasta clientela.⁴²⁷

⁴²⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 103.

⁴²⁶ MANTOVANI, Ferrando. *Parte general*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. p. 213-215. (Diritto Penale). A noção de crime sem bem jurídico foi elaborada no bojo das teorias metodológicas, que propuseram a substituição do objeto jurídico do crime, na função de elucidar o conteúdo do fato punível, pelo fim ou escopo da norma. Em favor da categoria dos crimes sem bem jurídico: ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Parte generale. 13. ed. Milano: Giuffrè, 1994.

⁴²⁷ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 208-210.

A doutrina alemã, por sua vez, faz menção aos delitos de comportamento, definidos como crimes que não protegem bens jurídicos, mas penalizam a infração de normas de comportamento elementares que refletem convicções culturais amplamente homogêneas e profundamente arraigadas (tabus culturais)⁴²⁸.

Em posicionamento mais radical, Stratenwerth chega a afirmar que todos os tipos penais descrevem delitos de comportamento, pois a incriminação de condutas não tem (nem deve ter) como fundamento comum a ofensa a determinados bens jurídicos e sim a inobservância ao consenso valorativo compartilhado pela sociedade. Para ele, basta que haja consenso social a respeito da inadmissibilidade de um comportamento para que ele seja criminalizável, não sendo necessária a violação de convicções profundamente arraigadas.⁴²⁹

Segundo Stratenwerth, a teoria do bem jurídico vê o indivíduo como *homo economicus*, isto é, como sujeito unicamente orientado ao seu próprio bem-estar. É por essa razão que os bens jurídicos supraindividuais são tão problemáticos para essa teoria, uma vez que a concepção pessoal de bem jurídico só pode abarcar aquilo que o indivíduo reputa importante para si mesmo. A solução, para o autor, é superar essa perspectiva e compreender o indivíduo como *persona moral*, protegido em suas crenças básicas comuns, ainda quando não haja violação a sua liberdade individual.⁴³⁰

Diante disso, a proposta de Stratenwerth é no sentido de que, principalmente nas matérias em que se pretende proteger as gerações futuras – como meio ambiente e tecnologia genética –, há que se ir além da proteção de bens jurídicos para tutelar “contextos de vida enquanto tais”, entendidos como “normas de condutas referidas ao futuro” não reconduzíveis a interesses individuais.⁴³¹

Até mesmo Hefendehl, um dos principais defensores da teoria do bem jurídico, admite como válidos, em casos excepcionais, os delitos de comportamento. Para ele, o legislador penal não comete abuso algum naquelas poucas situações em que, “sem proporcionar tutela a uma moral majoritária que pressuponha intolerância frente aos que simpatizam com outras posturas” (tradução nossa), limita-se a penalizar as condutas

⁴²⁸ HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 410.

⁴²⁹ STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 368.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 369.

⁴³¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 62.

contrárias a representações de valor praticamente unânimes ou a bases culturais fortemente consolidadas e conciliáveis com a ordem constitucional⁴³².

Conforme informa Greco, Hefendehl se esforça por formular critérios para a admissão legítima e excepcional de crimes sem bem jurídico, apresentando como possível requisito para a estipulação de delitos de comportamento a demonstração da existência de “uma convicção enraizada no sentido da necessidade de respeitar determinada norma de comportamento”.⁴³³

Apesar de criticar os delitos de comportamento⁴³⁴, Roxin, também defensor da teoria do bem jurídico, reformulou seu posicionamento anterior para aceitar dois campos de exceções ao dogma do bem jurídico: a tutela penal de animais e plantas e a tutela penal de embriões e das gerações futuras.⁴³⁵

Com efeito, embora ninguém defenda, seriamente, a descriminalização dos maus-tratos aos animais⁴³⁶, tal delito se revela um desafio no que toca à identificação do bem jurídico-penal ofendido. No século XIX, com base no pensamento kantiano, a doutrina penal relacionava o crime de maus-tratos aos animais à violação da moral pública e dos bons costumes⁴³⁷. A partir do século XX, o sentimento de piedade e solidariedade dos seres humanos em relação a alguns animais é apontado como sendo o bem jurídico – coletivo,

⁴³² No original: “[...] sin brindar tutela a una moral mayoritaria que suponga una intolerancia frente a los que simpaticen con otras posturas [...]” (HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 04-14, p. 1-13, 25 julio 2002. p. 12. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015, às 21:40.). No mesmo sentido: HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 191.

⁴³³ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 110-111.

⁴³⁴ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 308-314.

⁴³⁵ Essa posição é apresentada por Roxin na quarta edição do seu manual: ROXIN, Claus. *Strafrecht AT/I*, 4. ed., 2006, § 2, nm. 51 *et seq.* *apud* HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Presentación de Enrique Gimbernat. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 468-469.

⁴³⁶ “Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.” (BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015).

⁴³⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 314.

destaca-se – protegido pela incriminação. Essa última posição é defendida, inclusive, por parcelas da doutrina atual.⁴³⁸

À parte da discussão sobre se meros sentimentos podem constituir bens jurídicos⁴³⁹, deve-se questionar se a proibição da crueldade contra animais não pretenderia, em primeiro lugar, evitar que os animais sejam submetidos a sofrimentos desnecessários, em vez de apenas poupar os seres humanos de determinados sentimentos desagradáveis. De fato, todas as normas jurídicas sobre a proteção dos animais, inclusive os tratados internacionais, referem-se aos animais em si mesmos e não aos sentimentos das pessoas por eles. Se fosse diferente, conforme analisa Roxin, “uma crueldade ocorrida fora do espaço público e que não escandalizasse ninguém, deveria permanecer impune”⁴⁴⁰.

Observa-se com Bechara que, segundo uma concepção antropocêntrica que vê o crime de maus-tratos a animais como uma forma de proteger “sentimentos coletivos relacionados à revolta ou à indignação causada pela notícia de um caso concreto de maus tratos”, “não importa na verdade, para fim de incriminação da conduta, o dano efetivamente sofrido pelo animal, não se punindo os maus tratos por si mesmos, e sim em razão de sua percepção por outros (publicidade ou escândalo), idônea a suscitar repulsa ou indignação”⁴⁴¹.

Por outro lado, há setores da doutrina nacional que, considerando a opção do legislador por inserir o tipo penal na Lei de Crimes Ambientais, entendem que o delito de maus tratos atinge o bem jurídico supraindividual meio ambiente⁴⁴². Entretanto, fato é que praticar maus-tratos, causar ferimentos ou mutilar animais domésticos (não silvestres) não constitui conduta apta a prejudicar o equilíbrio ecológico, carecendo de repercussão ambiental⁴⁴³.

Os crimes contra o patrimônio genético⁴⁴⁴, que tutelariam as gerações futuras, aproximam-se dos crimes contra a flora e a fauna no quesito equivocidade do bem jurídico atingido. Isso porque os interesses, em geral, indicados como fundamento da tutela penal não

⁴³⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das contravenções penais anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 229.

⁴³⁹ Vide Capítulo 5, item 5.3.

⁴⁴⁰ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 313.

⁴⁴¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 315.

⁴⁴² PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 68.

⁴⁴³ BECHARA, *op. cit.*, p. 318.

⁴⁴⁴ Os denominados crimes genéticos estão previstos na Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Sobre as dificuldades em identificar o bem jurídico ofendido, Cf. BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Reflexões sobre o bem jurídico na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 53-72, jan.-jun. 2015.

são atribuíveis aos indivíduos concretos atualmente existentes, conviventes nas sociedades contemporâneas, mas aos seres humanos que viverão no futuro⁴⁴⁵.

Anteriormente, Roxin defendia a posição de que alguns dos crimes relativos à aplicação da moderna tecnologia genética – previstos na Lei alemã de Proteção ao Embrião, de 1990 – afetavam a dignidade humana alheia⁴⁴⁶. Assim, o crime de clonagem humana, por exemplo, ofenderia o direito do indivíduo que vier a existir de não ter seus dados genéticos fixados arbitrariamente por terceiro, reduzindo suas possibilidades não previstas de livre desenvolvimento pessoal. Todavia, ressalva o autor, não haveria ofensa ao bem jurídico nas hipóteses em que a intervenção sobre as informações genéticas alheias servisse unicamente à finalidade de prevenir doenças genéticas.⁴⁴⁷

Considerando a base antropocêntrica da teoria do bem jurídico, que atribui ao Direito Penal a missão de garantir a coexistência pacífica entre os seres humanos viventes em comunidade, Roxin revisou sua postura anterior para aceitar as referidas exceções à regra geral de que não há crimes sem bem jurídico. Portanto, para ele, a tutela de plantas, animais, embriões e das gerações futuras justificaria ampliar o recurso ao Direito Penal para além dos bens necessários à realização dos indivíduos ou à subsistência do sistema social.

Segundo Greco, os posicionamentos sustentados por Hefendehl e Roxin enfraquecem, à primeira vista, o potencial crítico da teoria do bem jurídico, mas apresentam vantagens que superam essa desvantagem inicial. Em primeiro lugar, o reconhecimento de exceções ao dogma do bem jurídico permite que o Direito Penal se ocupe de proteger, por exemplo, a fauna e a biodiversidade, mesmo que tais interesses não se reconduzam, necessariamente, ao bem-estar humano. Além disso, a solução proposta pelos autores alemães

⁴⁴⁵ Ademais, alguns dos crimes previstos na Lei de Biossegurança representam o trânsito do modelo da previsão (conhecimento do risco e dos nexos causais) para o modelo da precaução (incerteza do risco, imprevisibilidade do dano e desconhecimento do possível nexos causal entre um e outro), a partir da introdução no Direito Penal brasileiro do princípio da precaução (art. 1º da Lei nº 11.105/2005). O advento das novas biotecnologias impactou o sistema tradicional de gestão de riscos, uma vez que a ciência é incapaz de acompanhar esse desenvolvimento tecnológico no que diz respeito à descoberta de seus efeitos negativos. Assim, diante da obscuridade das relações causais naturalísticas, recorre-se aos tipos penais de precaução para criminalizar condutas que, embora sua periculosidade não seja, ainda, comprovada científica ou estatisticamente, também não são com toda a certeza seguras. Sobre o tema: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 44-121, jul.-ago. 2006. p. 44-121.

⁴⁴⁶ Registra-se, ainda, entendimento doutrinário no sentido de que a criminalização da possibilidade de alteração do patrimônio genético da descendência futura protege o bem jurídico vida ou, mais exatamente, a própria conservação da espécie humana. Segundo essa visão, o avanço das biotecnologias determinou uma revisão do conteúdo “clássico” do bem jurídico vida e a ampliação do conceito de crime contra a vida para abranger também os delitos ecológicos e genéticos. (RIBEIRO, Viviane Martins. *Tutela penal das atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 162).

⁴⁴⁷ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Escritos de Direito Penal*. Org. Luís Greco e Fernanda Gama de Miranda Netto. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42-43.

evita que, para salvar a ideia de bem jurídico como pressuposto indispensável para toda e qualquer criminalização, o conceito de bem jurídico seja “de tal maneira dilatado que sequer se poderia imaginar alguma incriminação que o dispensasse”. Por isso, para Greco, esse enfraquecimento é, em verdade, um fortalecimento.⁴⁴⁸

A despeito disso, questiona-se a necessidade de abandonar, ainda que excepcionalmente, a teoria do bem jurídico para atender a determinadas expectativas sociais de criminalização. Para fins de penalização dos maus-tratos aos animais, por exemplo, a atribuição aos outros seres sencientes – isto é, capazes de sentir dor e demais sentimentos – de um *status* pessoal por analogia aos seres humanos é uma solução mais adequada⁴⁴⁹. Assim, o fato de que os animais também sofrem com a dor, a semelhança dos seres humanos, possibilita o reconhecimento, na hipótese específica da imposição de suplícios cruéis aos animais, da ocorrência de ofensa a bem jurídico-penal pessoal de titularidade dos próprios animais⁴⁵⁰.

Nota-se que tal posicionamento se aproxima do defendido por Roxin em trabalhos anteriores, nos quais o autor sustentava que, para admitir a tutela penal dos animais e das gerações futuras, não seria necessário renunciar ao princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos, mas apenas estender o contrato social de forma a abarcar, além das pessoas humanas viventes, as “outras criaturas da criação” e as gerações futuras. Conforme afirmava o autor, a tipificação do crime de maus-tratos aos animais significa que o legislador, por solidariedade, considerou os animais superiores como nossos semelhantes, protegendo-os como tal. Essa proteção bastante limitada dos animais, mínima se comparada à proteção jurídica da qual desfrutam os seres humanos, não chega a afetar a base antropológica da teoria do bem jurídico.⁴⁵¹

A identificação de um bem jurídico pessoal atingido pelos ditos crimes contra as gerações futuras é ainda menos problemática, tendo em vista que, nesses casos, a conduta proibida se relaciona a interesses de seres humanos que viverão no futuro. Com efeito, a

⁴⁴⁸ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 110-111.

⁴⁴⁹ Observa-se que a França alterou, recentemente, seu Código Civil para reconhecer os animais como seres sencientes, ou seja, como sujeitos de direitos e não mais como objetos de propriedade. Da mesma forma, o Supremo Tribunal de Justiça da Argentina decidiu atribuir à orangotango Sandra o status de “pessoa não-humana”, possuidora de direitos, como a liberdade.

⁴⁵⁰ No mesmo sentido: NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 529-531.

⁴⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 59; ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 313-314.

adoção da teoria pessoal do bem jurídico não implica restrição única e exclusivamente aos bens jurídicos dos indivíduos atualmente existentes, não havendo por que excluir do conceito os bens atribuíveis aos indivíduos que virão a existir⁴⁵². Segundo esclarece Neumann, “O fato de que a identidade desses homens e mulheres não esteja nem possa ser ainda determinada não tem especial importância; tampouco a proteção dos interesses dos seres humanos que hoje vivem tem a ver com sua identidade individual de cidadãos”⁴⁵³.

Nessa linha, Carvalho anota que as intervenções sobre o genoma humano criaram novos riscos para tradicionais bens jurídicos individuais (vida, integridade física, saúde, etc.), não abarcados pelos delitos contra a pessoa então existentes. Além disso, segundo a autora, o desenvolvimento das técnicas de engenharia genética levou à identificação de novos bens jurídicos individuais pertencentes à pessoa já nascida (intimidade genética, inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético não patológico, liberdade de procriação, etc.) e à pessoa ainda não nascida (identidade e irrepetibilidade do ser humano, direito a uma dotação genética dupla, etc.). Por fim, determinadas manipulações realizadas em células germinais, “embora recaiam sobre um ser humano em particular, transcendem a esfera individual e tendem a afetar a própria espécie humana em sua integridade, identidade e inalterabilidade, levando ao surgimento de novos bens jurídicos, de caráter coletivo ou supraindividual” (intangibilidade e integridade do patrimônio genético da humanidade, etc.).⁴⁵⁴

⁴⁵² A mesma lógica embasa a concepção antropocêntrica de bem jurídico nos crimes contra o meio ambiente. Com efeito, a flora, a fauna, a biodiversidade, os recursos naturais, etc. são elevados à condição de bens jurídico-penais na medida em que constituem pressupostos para o livre desenvolvimento humano, inclusive no que diz respeito à perpetuação da humanidade. Noutra linha, as concepções ecocêntricas compreendem o meio ambiente como um fim em si mesmo, justificando a proteção penal dos seus elementos independentemente de qualquer nexo funcional com as condições de vida humana. Sobre o tema: SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Ed.). *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 270-272.

⁴⁵³ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 531-532. Em sentido semelhante, Feinberg reconhece a possibilidade de criminalização de condutas que menoscabem interesses de uma pessoa que ainda não existe, isto é, interesses potenciais e não atuais. Entretanto, só é possível falar em interesses futuros ou potenciais se a pessoa provavelmente atingida, malgrado ainda não exista, possa vir a existir de fato. (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1. p. 97). Logo, por exemplo, o crime de utilização ilegal de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia não causa dano nem expõe a perigo interesses alheios, uma vez que o embrião *in vitro* não implantado nunca se tornará uma pessoa.

⁴⁵⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de. Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 821, p. 435-461, mar., 2004. p. 440-441. Da mesma forma, Souza afirma que a identidade genética da humanidade, como expressão da dignidade humana e dimensão moderna dos direitos da personalidade, possui natureza de bem jurídico supraindividual pessoal, tendo como titular a humanidade presente e futura (SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. Contribuição para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. *passim*). No entanto, entende-se que, com exceção do patrimônio genético ambiental, que constitui verdadeiro bem jurídico-penal supraindividual elementar ao bem jurídico meio ambiente, os bens jurídicos passíveis de serem

Em crítica à categoria dos crimes sem ofensa a bens jurídicos, D'Avila pondera que, considerando que a grande valia da teoria do bem jurídico se encontra em “sua capacidade de delimitação do conteúdo material do ilícito nos novos espaços de incriminação”, negar a pertinência da categoria justamente nos casos mais problemáticos (*hard cases*) é negar a sua principal utilidade. Além disso, os argumentos que embasam as propostas em favor do abandono excepcional do dogma do bem jurídico correspondem, do ponto de vista metodológico, a uma subversão falaciosa, pois defendem a necessidade de criminalizar condutas que não afetam bens jurídicos sob o propósito de proteger bens jurídicos.⁴⁵⁵

Apesar da inutilidade em renunciar ao dogma do bem jurídico para fundamentar a existência de crimes contra os animais em si mesmos e contra as gerações futuras, fato é que a aceitação de crimes sem bem jurídico por parte de dois dos mais importantes defensores da teoria, ainda que em caráter excepcional, deu novo fôlego às vozes críticas que, nos últimos tempos, contra ela se levantaram. Por certo, se os próprios entusiastas da noção de crime como fato típico ofensivo a bens jurídicos concordam com a relativização desse conceito, nada impede que se proponha a revisão do conteúdo material do crime a partir de parâmetros distintos dos fornecidos pela teoria do bem jurídico.

afetados pelo uso abusivo das biotecnologias são de natureza individual ou individual com reflexos transindividuais (vide Capítulo 5, item 5.1).

⁴⁵⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78.

4 O DEBATE A RESPEITO DA SOBREVIVÊNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

4.1 Oposições à teoria do bem jurídico

É comum a afirmação, feita pelos adversários do conceito crítico de bem jurídico-penal, de que essa é uma teoria em seu leito de morte,⁴⁵⁶ tendo em vista que, embora a opinião dogmática majoritária siga considerando o bem jurídico como base irrenunciável de um sistema jurídico-penal racional, a sua função transcendente ao ordenamento legal vem sendo tratada com ceticismo⁴⁵⁷.

Diante disso, o futuro da teoria do bem jurídico ocupa, hoje, o centro do debate doutrinário, o qual consigna diferentes propostas, dentre elas: a renúncia à função crítica da noção, mantendo-a apenas como recurso interpretativo dos tipos penais; a restrição da relevância do dogma do bem jurídico ao âmbito do Direito Penal nuclear e o abandono definitivo da teoria a partir de sua substituição por uma teoria da lesividade social.⁴⁵⁸

Não só o futuro, mas também o passado da teoria vem sendo contestado, na medida em que se coloca em dúvida seu legado de contenção do poder punitivo penal. Na visão de Amelung, a noção de crime como ofensa a bens, introduzida por Birnbaum, representou um retrocesso em matéria de limitação teórica das opções criminalizáveis ao ampliar a concepção feuerbachiana de crime como infração de direitos⁴⁵⁹, tanto que permitiu a assimilação de bens de titularidade coletiva, dentre eles a religião, como objetos de proteção penal.

Na análise de Günther, o conceito de “bem” foi proposto a partir de uma perspectiva imanente ao sistema que, visando à aplicação coerente do Direito Positivo, dispensou a capacidade dos direitos subjetivos de limitar interesses político-criminais expansivos do Estado, “em favor do interesse metodológico por uma teoria holística do delito”:

⁴⁵⁶ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 180.

⁴⁵⁷ HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 37.

⁴⁵⁸ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 70.

⁴⁵⁹ AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 233.

O conceito de bem, portanto, contém ‘frente ao conceito de direito subjetivo (o) princípio de uma expansão do conceito de possíveis objetos de delitos’. E, se bem é correta por razões historicamente contingentes a objeção de que ‘também os bens, e precisamente estes, eram entendidos no liberalismo do século XIX como esfera de liberdade concretizada’, a suposta relação entre ‘bem’ e ‘liberdade’ não está conceitualmente vinculada ao conceito de bem. Tal necessidade existe apenas em relação com o conceito de direito subjetivo.⁴⁶⁰

Além disso, “o conceito de bem abre a possibilidade de abarcar com o Direito penal valores comunitários de todo tipo, assim como pontos de vista teleológicos e funcionais de proteção da comunidade”⁴⁶¹. Por essa razão, o bem jurídico se mostrou suficientemente maleável para acolher em seu seio os valores comunitários reivindicados pelo nacional-socialismo. Para Günther, a teoria do bem jurídico representou o início do câmbio de paradigma que levou à noção de crime como infração de deveres.⁴⁶²

Segundo o diagnóstico de Amelung, a confusão entre o conceito de bem jurídico, enraizado no positivismo moderado do período da Restauração, e a teoria iluminista clássica de Feuerbach foi o que motivou a rejeição do primeiro pela Escola de Kiel. Não obstante, anota o autor, não deixaram de haver partidários do nacional-socialismo, como Klee, que defenderam o dogma do bem jurídico de forma similar a Binding e Liszt.⁴⁶³ Ocorreu que, após a Segunda Guerra Mundial, a tendência em defender tudo o que os nazistas criticaram, exatamente porque eles criticaram, fez com que a teoria do bem jurídico, erroneamente reputada liberal pelos membros da Escola de Kiel, passasse a ser o “depósito da esperança” de construir um Direito Penal libertário⁴⁶⁴.

Wohlers assevera que, até o presente momento, o conceito crítico de bem jurídico-penal não cumpriu a promessa de apresentar ao legislador penal um critério plausível e prático que permita orientar o processo decisório e controlá-lo externamente. Segundo o autor, os casos indicados pelos partidários do bem jurídico como exemplos do potencial crítico da

⁴⁶⁰ No original: “El concepto de bien, por tanto, contiene <<frente al concepto de derecho subjetivo (el) principio de una expansión del concepto de posibles objetos de delitos>>. Y, si bien es correcta por razones históricamente contingentes la objeción de que <<también los bienes, y precisamente éstos, eran entendidos en el liberalismo del siglo XIX como esfera de libertad concretada>>, la supuesta relación entre <<bien>> y <<libertad>> no está conceptualmente vinculada al concepto de bien. Tal necesidad existe sólo en relación con el concepto de derecho subjetivo.” (GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <<cambio de paradigma>> en el derecho penal? In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 496).

⁴⁶¹ No original: “[...] el concepto de bien abre la posibilidad de abarcar con el Derecho penal valores comunitarios de todo tipo, así como puntos de vista teleológicos y funcionales de protección de la comunidad.” (*Ibid.*, p. 497).

⁴⁶² *Ibid.*, p. 500.

⁴⁶³ AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 234.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 234.

teoria, além de escassos, são tão extremos que poderiam perfeitamente alcançar a mesma solução a partir da aplicação de outros princípios, sem o recurso à nebulosa noção de bem jurídico.⁴⁶⁵

Em sentido semelhante, Hirsch nega a influência da doutrina do bem jurídico na reforma dos crimes sexuais do Direito Penal alemão na década de 1970, comumente usada como argumento pelos defensores da eficácia crítica do conceito. Para ele, a supressão da punibilidade de práticas homossexuais entre adultos não se deu pela constatação de que tais comportamentos não ofendem bens jurídicos alheios, mas porque as convicções morais evoluíram e a homossexualidade deixou de ser reputada um mal.⁴⁶⁶

Com efeito, dentre as várias oposições levantadas contra a teoria do bem jurídico, está a de que, no ímpeto de restabelecê-la após a desmoralização sofrida no período da ditadura nazista, excedeu-se na revalorização do conceito, falseando a percepção de sua real capacidade em preservar a sociedade livre.⁴⁶⁷

Para Antolisei, também no tocante à função intrassistemática, a doutrina atribui uma importância exagerada à teoria do bem jurídico, uma vez que o objeto de tutela penal desempenha um papel limitado na interpretação dos tipos penais e na apuração da gravidade objetiva dos delitos. Isso porque, nessas duas operações, além do objeto jurídico, outros elementos típicos merecem consideração, como, por exemplo, a natureza do dever violado e o momento subjetivo do crime.⁴⁶⁸

Ademais, classificar os tipos penais de acordo com o bem jurídico protegido é tarefa permeada pela incerteza, mormente nos numerosos casos de crimes pluriofensivos presentes na legislação. Por isso, no entender do autor italiano, o bem jurídico-penal poderia ser substituído, na função de pedra angular da ciência criminal, pelo escopo da incriminação, que oferece uma orientação mais segura e completa na interpretação da lei.⁴⁶⁹

No entanto, o principal problema identificado pelos opositores no manuseio da noção de bem jurídico – também apontado na já referida decisão do Tribunal Constitucional alemão pela constitucionalidade da criminalização do incesto – diz respeito às dificuldades em sua

⁴⁶⁵ WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 403-404. O autor faz referência à criminalização da bruxaria e da feitiçaria.

⁴⁶⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 13.

⁴⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Bogotá: Temis, 1994. p. 10.

⁴⁶⁸ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Parte generale. 13. ed. Milano: Giuffrè, 1994. p. 163.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 163-164.

definição (incerteza, imprecisão, abstração, etc.), sobretudo no tocante aos bens jurídicos supraindividuais. Conforme observa Stratenwerth:

Em que pese os numerosos esforços, até hoje não foi possível clarificar o conceito de bem jurídico nem mesmo aproximadamente. Pelo contrário, todas as tentativas feitas a respeito fracassaram por causa da dificuldade, talvez insuperável já por princípio, em encontrar uma definição que se ajuste a todos os tipos penais cuja legitimidade está fora de questão e que, apesar disso, ainda expresse algo. Contudo, o conceito recebe um conteúdo concreto apenas na medida em que se trata de interesses individuais (vida, integridade física, liberdade, etc.), enquanto que, estendido aos chamados bens jurídicos universais (como o interesse da comunidade na correta condução de um processo, no respeito à religião, na fiabilidade dos documentos, etc.), só evidencia a ideia básica em que a disposição penal está fundada.⁴⁷⁰ (tradução nossa).

A teoria pessoal do bem jurídico, afirma Stratenwerth, também não resolve o problema da definição dos bens jurídicos coletivos, face à impossibilidade de conduzir a um referencial pessoal, determinado e atual, objetos de proteção como, por exemplo, o meio ambiente⁴⁷¹, cuja tutela pelo Direito Penal é imposta pela generalidade das Constituições democráticas. Nesse mesmo sentido, Amelung argumenta que, nas sociedades modernas, não é factível nem desejável condicionar a admissão de todos os bens jurídico-penais coletivos à proteção de bens pessoais:

[...] a sociedade moderna e seu Estado se organizam de uma maneira tão flexível que não só no direito penal, senão também em outros âmbitos sociais, criou-se um campo de atuação para a tomada de decisões concretas que não têm a ver com a relação do indivíduo com a sociedade, mas com o funcionamento ótimo de sistemas sociais que oferecem suas prestações de forma mais ou menos “neutra”, isto é, a todos, seja o destinatário concebido em termos personalistas ou coletivistas.⁴⁷² (tradução nossa).

⁴⁷⁰ No original: “A pesar de múltiples esfuerzos, hasta hoy no se ha logrado esclarecer el concepto de bien jurídico no siquiera de modo aproximado. Antes bien, todos los intentos hechos al respecto han fracasado por la dificultad, acaso imposible de superar ya por principio, de hallar una definición que se ajuste a todos los tipos penales cuya legitimidad esté fuera de cuestión y que, a pesar de ello, aún exprese algo. En cambio, el concepto recibe un contenido concreto sólo en la medida en que se trate de intereses individuales (vida, integridad corporal, libertad, etc.), mientras que, ampliado a los llamados bienes jurídicos universales (como el interés de la comunidad en la correcta conducción de un proceso, en el respeto a la religión, en la fiabilidad de los documentos, etc.), sólo caracteriza la idea básica en la que se funda la disposición penal.” (STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho). p. 55-56).

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 56-57.

⁴⁷² No original: “[...] la sociedad moderna y su Estado se organizan de una manera tan flexible que no sólo en el Derecho penal, sino también en otros ámbitos sociales, se ha creado un campo de acción para la toma de decisiones de fondo que no tienen que ver con la relación del individuo con la sociedad, sino con el óptimo funcionamiento de sistemas sociales que ofrecen sus prestaciones de un modo más o menos ‘neutral’, esto es, a todo el mundo, se conciba al destinatario en términos personalistas o colectivistas.” (AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 236-237).

Na análise de Seher, “as propostas de definição do conceito ‘bem jurídico’ oscilam entre um rigor clássico que impede integrar novas normas penais e uma amplitude que inutiliza o conceito para o discurso crítico”⁴⁷³. De fato, a questão da definição de bem jurídico é a tal ponto polêmica que mais adequado seria falar em teorias e não em teoria do bem jurídico-penal, cujas várias conceituações continuam sendo tidas pelos críticos como genéricas ou específicas demais⁴⁷⁴.

Alega-se, ainda, que a doutrina jurídico-penal do bem jurídico olvida que esse é um conceito de Teoria Geral do Direito e não exclusivo do Direito Penal. Nessa linha, Frisch destaca que, em regra, a existência de um bem jurídico é fixada por outras searas jurídicas (Direito Constitucional, Administrativo, Ambiental, etc.), previamente à atividade do legislador penal, cuja missão preponderante é tão somente sancionadora e estabilizadora.⁴⁷⁵

Por outro lado, o raciocínio comumente construído a respeito do conceito de bem jurídico se caracteriza pela circularidade. Baratta ressalta que não raro se define o Direito Penal como “um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal”⁴⁷⁶.

Além disso, a criminologia crítica denuncia a relatividade e seletividade da proteção penal de bens jurídicos, questionando a possibilidade de identificar como pressuposto de toda e qualquer criminalização, numa sociedade de conflitos, violações a interesses gerais dos cidadãos. Conforme preceitua Batista, dentro do arranjo político da sociedade de classes, “os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os bens da classe dominante”. Nesse contexto, a seleção dos bens protegidos tem, em regra, como objetivo “garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais”.⁴⁷⁷

Sobre o tema, Baratta explica que a atividade de criminalização de condutas se dá a partir de um processo de dupla seleção: dos bens protegidos penalmente e dos sujeitos

⁴⁷³ No original: “[...] las propuestas de definición del concepto <<bien jurídico>> oscilan entre un rigor clásico que impide integrar nuevas normas penales y una amplitud que inutiliza el concepto para el discurso crítico” (SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 70.)

⁴⁷⁴ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994. p. 10.

⁴⁷⁵ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 315-316.

⁴⁷⁶ BARATTA, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁷⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 96.

criminalizados. Para ele, o Direito Penal é desigual tanto na proteção de bens jurídicos quanto na estigmatização social de indivíduos, pois distribui desigualmente na sociedade um bem negativo, o *status* de criminoso. Isso porque a natureza “fragmentária” do Direito Penal exprime a tendência em acolher como objetos de proteção os valores do universo moral burguês e repelir a punição de condutas antissociais das classes hegemônicas.⁴⁷⁸

A definição do conteúdo do Direito Penal é, portanto, uma decisão de cunho político, sendo que, em regra, os bens penalmente protegidos são aqueles que interessam aos grupos com poder para influir sobre os processos de criminalização. O resultado é que a seleção dos objetos de tutela penal não guarda relação com a lesividade das condutas: há condutas muito mais danosas para a sociedade do que a grande maioria dos crimes patrimoniais (furto, roubo, receptação, dano, etc.) que não são tipificadas como crime, a exemplo da especulação imobiliária.⁴⁷⁹

Logo, o conceito de bem jurídico-penal, forjado no período de emergência econômica da burguesia e de difusão da ideologia liberal e individualista, desempenha a missão de legitimar do ponto de vista científico a seletividade penal. Afinal, de maneira geral, o conceito não é capaz de alcançar as condutas desviadas das classes altas sem se desfigurar completamente com a ampliação dos seus contornos.⁴⁸⁰

No mais, ainda na esteira de Baratta, a teoria do bem jurídico cai na armadilha de considerar a sociedade “como uma comunidade homogênea de valores e interesses, que busca defender-se de uma minoria de pessoas desviantes”. Além da visão consensual da sociedade, o êxito da teoria é comprometido pela visão parcial em relação aos conflitos sociais, uma vez que “a atenção do discurso fica polarizada entre os conflitos interpessoais e os conflitos entre indivíduos e sociedade, enquanto ficam excluídos os conflitos estruturais e aqueles que se dão entre grupos sociais”.⁴⁸¹

Burchard critica a estrutura argumentativa da teoria do bem jurídico por seu absolutismo, uma vez que pretende produzir um resultado binário absoluto (há bem jurídico ou não há), descartando a existência de zonas cinzentas. Para o autor alemão, o limite absoluto entre punibilidade e não punibilidade que a doutrina do bem jurídico visa estabelecer é muito difícil de ser traçado em uma sociedade democrática e pluralista. Assim, a noção de

⁴⁷⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 12-16.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 161 et seq.

⁴⁸⁰ BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012. p. 38.

⁴⁸¹ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994. p. 8.

bem jurídico-penal acaba servindo como porta de entrada para preferências subjetivas e decisionismo, que assumem o lugar do legislador democrático e do sistema de *check and balance*, aproveitando-se da cobertura fornecida pelos axiomas da teoria do bem jurídico.⁴⁸²

Já Kindhäuser entende que a opinião geral de que o Direito Penal tem como exclusiva finalidade a proteção de bens jurídicos implica a restrição arbitrária das tarefas dessa seara jurídica e dificulta a justificação racional da pena. Para ele, a pena serve apenas de forma mediata à proteção de bens jurídicos, sendo sua função imediata assegurar um nível suficiente de motivação fiel ao Direito, a partir da realização da justiça distributiva. Nesse quadro, como a pena visa fortalecer e fomentar a fidelidade às normas jurídicas, mesmo a punição do crime impossível é admissível.⁴⁸³

Segundo Jakobs, a teoria do bem jurídico é incapaz tanto de determinar quais bens são passíveis de serem elevados à categoria de bens jurídico-penais quanto de indicar o fundamento de ter a proteção normativa de recair, obrigatoriamente, sobre bens. Por outro lado, nem sequer aqueles bens que merecem, indiscutivelmente, tutela penal gozam de proteção absoluta, sendo que a teoria do bem jurídico tampouco serve para identificar em quais situações determinado bem deve ser protegido.⁴⁸⁴

Ademais, Jakobs salienta que a proteção do bem não se faz necessária em todos os crimes, como é o caso dos crimes com infração de dever funcional, que não se submetem ao postulado do bem jurídico. Nesses casos:

A expectativa que concerne um dever especial não parte da estabilidade existente dos bens, mas do papel que é prescrito ao agente para sua adaptação a uma instituição”. Assim, “nos crimes de mão própria, acontece um deslocamento correspondente da lesão do bem jurídico para a não-produção de bens jurídicos.⁴⁸⁵

Por isso, prossegue Jakobs, a ofensa ao bem jurídico não pode ser tomada por núcleo de todos os crimes, pois esse núcleo só pode ser encontrado na infração ao dever, entendida como “a recusa em se comportar de modo conforme ao papel que se represente em uma instituição”. Daí que a ideia de ofensa a bens não se coaduna com uma série de normas penais

⁴⁸² BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012. p. 36-37.

⁴⁸³ KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 95, p. 85-94, mar.-abr. 2012. p. 85 *et seq.*

⁴⁸⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 62-63.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 71-72.

incriminadoras, tais como as que proíbem os maus-tratos contra animais, o ultraje a confissões religiosas, o incesto, o exibicionismo e a provocação de escândalo público.⁴⁸⁶

Na análise de Jakobs, os tipos penais supracitados só podem ser harmonizados com a teoria do bem jurídico se interpretados como crimes de perigo extremamente abstrato contra bens nomináveis. Ocorre que praticamente qualquer incriminação pode ser fundamentada nesses moldes, por exemplo, “a penalização da violação aos bons costumes à mesa poderia ser ‘explicada’ como proteção abstrata contra a barbárie” ou mesmo contra os sentimentos da pessoa que se diz afetada, de maneira que o conteúdo do bem jurídico protegido passa a depender da sensibilidade subjetiva.⁴⁸⁷

Esse seria, na expressão de Greco, o “ponto cego” da teoria do bem jurídico: ela não impede, por si, a criminalização das meras imoralidades, uma vez que “em praticamente todo comportamento imoral poder-se-á encontrar consequências danosas indiretas para bens jurídicos”⁴⁸⁸. O autor cita o exemplo da proibição penal das práticas homossexuais, que, em décadas passadas, foi justificada como forma de evitar a promiscuidade sexual, a marginalização e o isolamento social dos indivíduos⁴⁸⁹. Por conseguinte, o Tribunal Constitucional alemão poderia, em lugar de afastar a teoria do bem jurídico, ter fundamentado a incriminação do incesto na proteção de bens jurídicos.⁴⁹⁰

Da mesma forma, Seher afirma que nem mesmo a teoria pessoal, variante mais restritiva da teoria do bem jurídico, oferece fundamento suficiente para descriminalizar as normas penais paternalistas. A punição da condução de veículo sem a utilização de cinto de segurança, por exemplo, pode ser justificada como forma de proteção dos bens jurídicos vida e integridade física do próprio agente.⁴⁹¹

Observa-se que a teoria pessoal do bem jurídico é acusada de ser, por um lado, excessivamente estreita e, por outro, demasiado ampla. Assim, sua estreiteza decorreria de sua

⁴⁸⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 72-73.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 73-74.

⁴⁸⁸ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010. p. 176.

⁴⁸⁹ Conforme registra Burchard, na década de 1960, os livros de doutrina alemã apresentavam argumentos favoráveis e contrários à criminalização dos atos homossexuais com base na teoria do bem jurídico. Dentre os do primeiro tipo estava a afirmação de que a proibição protegia a instituição familiar e a integridade da vida pública. (BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012. p. 39-40).

⁴⁹⁰ GRECO, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁹¹ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. . In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 85.

incapacidade de legitimar a proteção penal de determinados sentimentos e valores culturais, bem como de integrar bens jurídicos coletivos não referíveis aos indivíduos. De outro modo, tal conceito seria amplo demais para delimitar eficientemente o direito penal.⁴⁹²

Com efeito, as críticas sofridas pela teoria do bem jurídico levantam a fundada suspeita de que ela não tem aptidão para, sozinha, delimitar de modo preciso o âmbito da criminalização legítima. Segundo Seher, o conceito de bem jurídico foi sobrecarregado pela cobrança excessiva em figurar como critério exclusivo do merecimento de incriminação, na medida em que se ambiciona que ele sirva de suporte simultâneo para uma pluralidade de argumentos. Por isso, conclui o autor, é chegado o momento de se considerar que a noção talvez necessite de alguma “ajuda externa”.⁴⁹³

Acrescenta-se, por fim, a oposição feita à doutrina do bem jurídico, assinalada no capítulo anterior⁴⁹⁴, referente à sua ilegitimidade para restringir as escolhas do legislador democrático, indo além das limitações previamente assentadas no plano constitucional. Para Burchard, a noção de bem jurídico, em consonância com o paradigma constitucional-democrático, não pode formular mais do que uma proposta político-criminal amparada no ponto de vista científico.⁴⁹⁵ Nessa perspectiva, a teoria crítica do bem jurídico não só está em seu leito de morte, como já nasceu moribunda.

4.2 Em defesa da teoria do bem jurídico

O empenho dos críticos em declarar, mais uma vez, a morte da teoria do bem jurídico, conforme constata Schünemann, é um indicativo de que ela está mais viva do que nunca.⁴⁹⁶ A diferença é que se, até pouco tempo, o bem jurídico estava na “crista da onda”, a moda hoje é criticá-lo.

⁴⁹² NEUMANN, Ulfried. “Alternativas: nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, p. 97-110, set.-out. 2015. p. 101.

⁴⁹³ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 77-78.

⁴⁹⁴ Vide Capítulo 3, item 3.2.2, *supra*.

⁴⁹⁵ BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012. p. 41.

⁴⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 197.

No entanto, a pergunta sobre quais condutas pode o Estado proibir sob a ameaça de pena continua a se impor a todos os ordenamentos jurídicos democráticos, uma vez que “de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível”⁴⁹⁷. E, na maioria dos países ocidentais, essa questão ainda é respondida, bem ou mal, a partir do *topos* do bem jurídico.

Sob a perspectiva histórica, o “ponto arquimédico” do conceito de bem jurídico se encontra na ideia fundamental, derivada da bicentenária doutrina do contrato social, de que o poder punitivo penal carece de limitação. Ao longo dos séculos, essa ideia fundamental foi expressa por meio das mais variadas construções da filosofia jurídico-penal, em especial, as teorias do dano social (Beccaria), da lesão a direitos (Feuerbach) e da lesão a bens (Birnbaum).⁴⁹⁸

Segundo Schünemann, embora não haja identidade, todas essas teorias possuíam uma inegável base comum, sendo que investigações histórico-dogmáticas que excluem Birnbaum do pensamento liberal, como a de Amelung, acentuam em demasiado as diferenças, desprezando os pontos comuns. Afinal, nenhuma análise das referidas teorias autoriza a conclusão de que Birnbaum admitia uma limitação do Direito Penal menos estrita do que qualquer de seus predecessores.⁴⁹⁹

Em verdade, quando se tem em mente que Birnbaum substituiu a noção abstrata de direito por um referencial concreto e passível de lesão – o bem – nota-se que a teoria birnbaumiana possuía maior potencial restritivo das leis incriminadoras do que a teoria de Feuerbach. Isso porque, com essa alteração, “pretendia Birnbaum, de forma plenamente consciente, evitar uma transposição supérflua do Direito penal a um metanível (normativo), tal e qual hoje proclama, por exemplo, Jakobs em forma de ‘lesão à vigência da norma’”⁵⁰⁰ (tradução nossa).

⁴⁹⁷ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Escritos de Direito Penal*. Org. Luís Greco e Fernanda Gama de Miranda Netto. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 31.

⁴⁹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 203.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 204. Como visto, o próprio Feuerbach concebia os crimes contra a moral como contravenções de polícia, sendo que o termo “bem” também foi utilizado por ele na redação do Código Penal bávaro de 1813, ao tratar da legítima defesa. Schünemann ressalta que Birnbaum adere expressamente a Carmignani, que, por sua vez, segue a teoria do dano social de Beccaria.

⁵⁰⁰ No original: “Con ello pretendía BIRNBAUM, de forma plenamente consciente, evitar una transposición superflua del Derecho penal a un metanivel (normativo), tal y como hoy proclama, por ejemplo, JAKOBS en forma de <<lesión de la vigencia de la norma>>” (*Ibid.*, p. 205).

Assim, Birnbaum trouxe à baila a obrigação de o legislador basear suas decisões na realidade fática, voltando-se ao atendimento das necessidades humanas concretas. O realismo e a objetividade da teoria de Birnbaum explicam por que os pouquíssimos teóricos do Direito Penal nazista que mantiveram o conceito de bem jurídico, por preferirem atrelá-lo a uma entidade ideal ou espiritual, recorreram às propostas de Binding ou Liszt. Como visto, em Binding, o bem jurídico pode ser o que o legislador quiser e, em Liszt, ele é tido como impassível de agressão, por estar além do mundo fenomênico e do domínio da lei causal⁵⁰¹.

Sem dúvida, a teoria do bem jurídico foi muito mais atacada do que defendida pela doutrina penal do nazismo, porquanto era inegável que essa teoria ansiava por garantir a liberdade individual frente ao arbítrio do Estado, como reconhecido pela esmagadora maioria dos críticos que a situam no Direito Penal liberal.

Quanto à resistência em reconhecer a descriminalização das práticas homossexuais no Direito Penal alemão como uma vitória da teoria do bem jurídico, essa também decorre de um equívoco metodológico na investigação histórica. O fato de a homossexualidade ser considerada na Alemanha de hoje, majoritariamente, como uma orientação sexual eticamente neutra foi, em grande parte, consequência e não causa da sua despenalização. Tanto é que, pouco antes da reforma, o projeto de Código Penal alemão de 1962 previa a punição da conduta.⁵⁰²

Ademais, fato é que a concepção de bem jurídico, como qualquer modelo científico, depende “de um clima intelectual e social que lhe ofereça apoio e permita o seu estabelecimento”. A recíproca também é verdadeira: “novas percepções sociais não se concretizam por si só, mas devem ser impostas de forma argumentativa: e para o estabelecimento (e manutenção) de um direito penal liberal, a concepção de bem jurídico é um auxílio argumentativo”.⁵⁰³ Assim, a resistência oferecida pela teoria do bem jurídico às reformas criminalizantes se apresenta, primeiramente, no plano discursivo.

Aos críticos assiste razão quando afirmam que o bem jurídico não é uma categoria exclusiva do Direito Penal. De fato, o Direito Civil, do Trabalho, Administrativo, do Consumidor, Ambiental e outros devem se orientar à proteção de bens jurídicos. Porém, como a intervenção penal atinge de maneira mais severa os direitos fundamentais dos indivíduos,

⁵⁰¹ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 106.

⁵⁰² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 13.

⁵⁰³ NEUMANN, Ulfrid. “Alternativas: nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, p. 97-110, set.-out. 2015. p. 104.

tanto pela possibilidade de aplicação de pena de prisão quanto pelo caráter estigmatizante da penalização, cumpre desenvolver um conceito específico, mais restrito, para o Direito Penal.

Nesse sentido, Puig, argumentando em favor da autonomia valorativa do Direito Penal⁵⁰⁴, opõe a noção de bem jurídico à de bem jurídico-penal, que deve satisfazer duas condições: suficiente importância social e necessidade de proteção pelo Direito Penal. De fato, o reconhecimento da especialidade do conceito de bem jurídico-penal permite que se estabeleça um parâmetro para a contenção de fenômenos como a administrativização do Direito Penal.

Por outro lado, a objeção de que o conceito de bem jurídico é demasiadamente vago e nebuloso, não possuindo capacidade de rendimento na prática, não é suficiente para recusá-lo. Ora, todos os princípios jurídicos fundamentais são de difícil definição (veja-se: dignidade humana, justiça social, soberania, proporcionalidade, entre outros), o que não os torna imprestáveis.

Conforme assinala Roxin, os “princípios jurídicos superiores não se deixam apreender em uma definição possível de subsunção, mas representam apenas um padrão orientador que deve ser concretizado na matéria jurídica”⁵⁰⁵. Trata-se de conceber, na expressão de Hassemer, um “conceito aceitável de bem jurídico”⁵⁰⁶, e não inatacável, apto a reduzir a margem de discricionariedade legislativa, mas sem pretensão de eliminá-la.

Observa-se que, por um tempo, as teorias constitucionalistas foram bem sucedidas em estabelecer um consenso mínimo razoável em torno do conceito, ao fixarem a Constituição “com uma hipótese de trabalho necessária, um inevitável ponto de partida”⁵⁰⁷. Ocorre que “o bem jurídico-penal, apesar de ter de ser arrimado na Constituição – afinal,

⁵⁰⁴ Não cabe, aqui, fazer uma regressão à interminável discussão sobre se o direito penal é meramente sancionador da violação a normas extrapenais ou constitutivo de ilícitos próprios (sobre o tema, Cf. QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 67-76). De todo o modo, dizer que o direito penal tem autonomia valorativa em relação aos demais ramos do Direito não significa dizer que a norma penal cria os valores, mas apenas que ela não se subordina às demais normas jurídicas, malgrado com elas se relacione, na apreensão dos valores da vida social. Contudo, como se verá, em relação aos denominados interesses difusos, o reconhecimento prévio desses interesses pelas demais searas jurídicas é uma garantia de maior segurança e clareza na definição de um novo bem jurídico-penal supraindividual (vide Capítulo 5, item 5.1).

⁵⁰⁵ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 303.

⁵⁰⁶ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 104.

⁵⁰⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais”⁵⁰⁸.

A Constituição fornece somente um critério formal para a identificação dos bens jurídico-penais, subsistindo a exigência de investigá-los a partir de sua dimensão material. Do ponto de vista material, como primeiro percebeu Birnbaum, o bem jurídico deve ser algo real, passível de ataque ou destruição, ou seja, de ser lesionado ou exposto a perigo de lesão.⁵⁰⁹ Sem essa dimensão material, qualquer invenção abstrata pode ser incluída pelo legislador na categoria de bem jurídico-penal e em qualquer conduta que com ela se relacione, ainda que minimamente, pode ser posta, por via argumentativa, a etiqueta de ofensiva a bem jurídico.

É claro que um conceito material de bem jurídico não significa retroceder a uma construção naturalística ou ontológica de bem jurídico. Aliás, à concepção de bem jurídico cabe a função de conectar o ontológico e o normativo. Conforme pontua Tavares, “o bem jurídico não pode perder, direta ou indiretamente, sua referência a um dado do ser, isto é, sua existência como tal deve preceder suas características normativas”. Apesar disso, “a consideração do bem jurídico, como dado do ser, ainda que proceda, logicamente, seu enforque normativo, não pode dele prescindir”.⁵¹⁰

Nesse sentido, a leitura personalista dos bens jurídicos feita por Hassemer, que os subordina e preordena ao desenvolvimento pessoal dos indivíduos em concreto, propõe-se a elaborar um conceito material ou “substanciável” de bem jurídico, capaz de atuar como padrão crítico-limitativo da atividade de incriminação. Logo, as teorias constitucional e pessoal do bem jurídico, em lugar de se excluírem mutuamente, complementam-se.⁵¹¹ Não obstante as divergências entre os autores, tais teorias sintetizam o núcleo essencial do conceito de bem jurídico-penal adotado na atualidade pelos principais defensores da teoria do bem jurídico (Hassemer, Roxin, Schünemann, Mantovani, Dias, Zaffaroni, Ramírez, Greco, Tavares, dentre outros).

Contudo, conforme salienta Dias, a noção de bem jurídico ainda não foi determinada “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

⁵⁰⁸ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato. – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 101.

⁵⁰⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

⁵¹⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 220.

⁵¹¹ FRANCO, *op. cit.*, p. 66.

legitimamente pode e não pode ser criminalizado”⁵¹². Para o autor, nem é desejável que isso aconteça, pois comprometeria “sua função político-criminal de orientador da evolução do movimento de criminalização/descriminalização e, assim, de instrumento por excelência de descoberta dos caminhos da reforma penal”⁵¹³.

Por outro lado, as desavenças e as infundáveis polêmicas que perduram entre os próprios defensores da teoria do bem jurídico devem ser interpretadas como um sinal de que, sobretudo no que diz respeito aos bens jurídicos supraindividuais, o verdadeiro desenvolvimento da teoria ainda está por vir⁵¹⁴.

Nota-se que a maioria dos opositores do bem jurídico não nega que a noção desempenha funções intrassistemáticas, tais como: 1) função axiológica: indica as valorações que precedem a seleção de condutas pelo legislador; 2) função sistemática-classificatória: constitui critério para o agrupamento sistemático de crimes; 3) função exegetica: fornece suporte metodológico na interpretação dos tipos penais, permitindo a correção do âmbito de incidência da norma incriminadora; 4) função dogmática: apresenta-se como espinha epistemológica da teoria do crime, seja na construção de conceitos como resultado, tentativa e dano/perigo ou na aplicação de causas de exclusão do crime como a legítima defesa, o estado de necessidade e o consentimento do ofendido; 5) função analítica das estruturas do delito: sua determinação é essencial para a identificação do delito como de dano, de perigo concreto ou de perigo abstrato; e 6) função individualizadora: orienta a fixação da pena de acordo com a gravidade da ofensa ao bem jurídico.⁵¹⁵

⁵¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 70. No mesmo sentido, Ferrajoli afirma que: “Na realidade, não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico. O que significa que uma teoria do bem jurídico dificilmente pode nos dizer positivamente – e não adiantaria nada que nos dissesse – que uma determinada proposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico. Pode nos oferecer, unicamente, uma série de critérios negativos de deslegitimação” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 377).

⁵¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 226.

⁵¹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 96; SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 140-141; SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 198. Segundo Bechara, a noção de bem jurídico participa da articulação de um conceito material de culpabilidade: “a culpabilidade se subordina à motivação em relação à norma, e esta, por sua vez, depende do grau de participação valorativa do indivíduo no bem jurídico tutelado”. Para a autora, como os bens jurídicos não são acessíveis a todos os indivíduos igualmente, o grau de exigibilidade ou reprovação penal deve considerar a internalização e a acessibilidade concretas do indivíduo em relação aos bens jurídicos, como marcos da sua participação social no sistema. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 192).

Entretanto, o bem jurídico também cumpre funções transistemáticas, isto é, de crítica ao Direito Penal vigente ou projetado. Segundo Roxin, o dogma do bem jurídico impõe as seguintes consequências práticas para a legislação penal: 1) a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um tipo penal; 2) a mera imoralidade de um comportamento não serve para legitimar uma proibição penal; 3) a referência à violação da dignidade humana ou da “natureza do homem” não é razão suficiente para a punição; 4) a autolesão consciente, sua possibilitação e promoção não legitimam uma proibição penal; 5) normas penais preponderantemente simbólicas – previsivelmente ineficazes em gerar efeitos protetivos concretos – devem ser recusadas; e 6) tipos penais não podem se referir a bens jurídicos de abstração impalpável.⁵¹⁶ Neumann acrescenta que a teoria do bem jurídico descarta a punibilidade de meras infrações a deveres, sendo que também nos delitos omissivos, “nos quais o elemento deontológico do dever é especialmente evidente”, a ofensa a bens jurídicos deve estar presente⁵¹⁷.

Em resposta aos opositores que afirmam que o potencial crítico da teoria do bem jurídico se reduz aos tipos penais exóticos ou obsoletos, Roxin cita situações jurídicas concretas e atuais em que a punibilidade penal das condutas pode ser excluída a partir do conceito de bem jurídico, dentre elas: 1) a posse de drogas para consumo; 2) a doação de órgãos para transplantes fora das hipóteses autorizadas em lei; 3) a intervenção no patrimônio genético humano para fins terapêuticos; 4) a simples negação de fatos históricos, como o holocausto e outros genocídios; e 5) a posse de material de pornografia juvenil (menores de 18 anos, mas maiores de 14 anos) produzida com consentimento⁵¹⁸.

Para Ramírez e Malarée, uma concepção de bem jurídico análoga à aqui defendida impõe que se identifique a posição das pessoas dentro da relação social concreta afetada pelo fato incriminado. Tal identificação permite que se verifique se a penalização de uma conduta representa uma intromissão intolerável no âmbito da liberdade humana por constituir fator de a) discriminação de pessoas; b) favorecimento de situações de desigualdade; c) proteção de

⁵¹⁶ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Escritos de Direito Penal*. Org. Luís Greco e Fernanda Gama de Miranda Netto. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. *passim*.

⁵¹⁷ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 524-525.

⁵¹⁸ ROXIN, *op. cit.*, *passim*; ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012. p. 297-302.

determinada concepção de mundo e sua imposição mediante a cominação de pena ou d) promoção de qualquer classe de fundamentalismo moral ou religioso.⁵¹⁹

Assim, diferentemente do sustentado pelos detratores da teoria do bem jurídico, ela é parte importante do discurso de resistência ao moralismo e paternalismo penais, ainda que não ocupe, de maneira exclusiva, o espaço argumentativo. Ocorre que, conforme já dito, a teoria do bem jurídico, como qualquer outra, depende de condições democráticas favoráveis para restringir o poder punitivo, o que não desprestigia sua capacidade de desqualificação de tipos penais, pois o fato de que os argumentos só podem ser aceitos se houver uma abertura ao debate não torna supérfluo o esforço argumentativo. De fato, as dificuldades da teoria do bem jurídico em frear as leis penais moralistas e paternalistas não residem no instituto em si, mas no contexto histórico, social e econômico em que ele deve operar, já que “nem a mais perfeita teoria de limitação do poder estatal poderia dar frutos em um contexto de absoluto autoritarismo estatal”⁵²⁰.

Com efeito, os “bens jurídicos” indicados pelos críticos como passíveis de serem vindicados nas hipóteses de proibição de condutas tão somente imorais ou autolesivas são incompatíveis com um Direito democrático. Logo, o ponto fulcral ao combater o moralismo e o paternalismo penais com base nessa teoria é o conceito de bem jurídico escolhido: para que seja “aceitável”, há de incorporar em sua estrutura, reflexivamente, o pluralismo axiológico e o liberalismo democrático:

Em outras palavras: a teoria [pessoal] do bem jurídico não pode nem quer disponibilizar um modelo atemporal e globalmente vinculante para decidir sobre a criminalização de condutas. Ela não serve de parâmetro penal a um sistema de bases ideológicas, como num Estado que se sustenta em determinada religião ou (por exemplo) numa ideologia racista. Ela é uma teoria penal de um Estado de direito secular, que pressupõe a primazia normativa do indivíduo e fixa a dignidade humana no ápice da ordem valorativa constitucional.⁵²¹

Já a alegação de que nem mesmo a teoria pessoal do bem jurídico está apta a fazer frente ao paternalismo penal é afastada pela própria base histórico-filosófica do conceito, qual seja, a concepção ideal de contrato social. Portanto, tendo sido pensada como fundamento de

⁵¹⁹ RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormozábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. I. p. 59.

⁵²⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 147.

⁵²¹ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 522-523.

legitimação de um Direito Penal limitado a garantir as condições mínimas da coexistência humana em sociedade, o bem jurídico anteposto às normas incriminadoras deve ser, necessariamente, um bem jurídico alheio e não próprio. Aliás, mesmo quando o que está em jogo é bem jurídico alheio, a convivência livre e pacífica só estará em risco se a heterolesão ou heterocolocação em perigo não forem validamente consentidas.⁵²²

Quanto ao acertado diagnóstico da criminologia crítica a respeito da seletividade penal, a teoria “negativa” do bem jurídico, que se propõe a somente limitar sem legitimar a proibição penal, apresenta uma opção ao discurso que atribui função protetiva à criminalização. De fato, mesmo autores que defendem uma concepção mais crítica e restritiva de bem jurídico, como Hassemer, caem na armadilha de tratar o bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal. Contudo, caso pretenda oferecer balizas ao legislador e estabelecer contornos mais precisos das zonas de intervenção penal, o conceito deve servir à contenção do horizonte de criminalização, impondo condições ao poder de penalizar condutas, e não a justificar a atividade punitiva.

É evidente que a indicação dos bens jurídico-penais implica uma decisão política do Estado, a qual, longe de ser neutra, atende a critérios que correspondem aos interesses estruturais da atual sociedade de mercado. Essa é uma inevitável consequência de serem os bens jurídicos produto dos processos interativos que ocorrem no seio da base social em que se originam. No entanto, em um Estado Social e Democrático de Direito, a seleção de bens jurídico-penais também está condicionada ao respeito à liberdade e dignidade das pessoas e suas necessidades. Além disso, os bens jurídico-penais são entidades dinâmicas, pois estão sujeitos a permanente discussão participativa e revisão democrática, surgindo como síntese normativa dos processos intersubjetivos de confrontação das decisões hegemônicas.⁵²³

Por outro lado, a crítica que tenta marginalizar a teoria do bem jurídico, vinculando-a apenas ao debate político, é respondida pelos seus defensores com a afirmação de que ela pode também levar à desclassificação jurídica de normas jurídicas, opondo-lhes o vício da inconstitucionalidade⁵²⁴. Afinal, o controle de constitucionalidade não pode ser falho justamente em relação às normas mais graves do sistema jurídico.

⁵²² Também em favor do papel da teoria do bem jurídico no enfrentamento ao paternalismo penal: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 189.

⁵²³ RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormozábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. I. p. 58-59.

⁵²⁴ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 523.

No mais, é inegável que cabe ao bem jurídico orientar a aplicação do princípio da lesividade, extraído de normas da Constituição brasileira⁵²⁵, que, assim como o princípio da proporcionalidade, depende desse referencial, ou algo que o valha, para sua operacionalização. Com efeito, a determinação do bem jurídico é o ponto de partida para o exame da legitimidade de estruturas delitivas polêmicas, como, por exemplo, os delitos de acumulação⁵²⁶.

É claro que, como bem demonstram muitas das críticas, a teoria penal do bem jurídico possui suas deficiências, precisando sim de complementação, o que não quer dizer que ela, após séculos de desenvolvimento teórico, mereça ser abandonada⁵²⁷.

⁵²⁵ O art. 98 da Constituição da República, por exemplo, ao atribuir aos juizados especiais a competência para julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, define, por consequência, a infração penal como fato ofensivo. No plano legislativo, a exigência de que todo crime produza um resultado jurídico indesejado, isto é, uma lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal, pode ser extraída dos arts. 13 e 17 do Código Penal. Sobre o tema, Cf. Capítulo 6, item 6.2, *infra*.

⁵²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 198; HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 411.

⁵²⁷ Isso é reconhecido mesmo por alguns dos autores céticos em relação ao papel crítico do bem jurídico, como Wohlers: “que la dogmática del bien jurídico por sí sola no pueda posibilitar ninguna decisión sobre la legitimidad de las normas penales no significa ni que la teoría del bien jurídico deba ser rechazada en su conjunto ni que pueda ser dada de baja” (WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 405).

5 BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL: QUESTÕES CONTROVERSAS

5.1 Classificação dos bens jurídicos quanto à titularidade

Não obstante haja debate doutrinário no sentido de diferenciá-las, as expressões bens jurídicos supraindividuais, coletivos, suprapessoais, transindividuais, metaindividuais, institucionais, universais e outras são utilizadas, no geral, de maneira indistinta. Tais terminologias são empregadas para classificar os bens jurídicos de titularidade não individual a partir de variados critérios, inexistindo uniformidade entre as diversas categorizações.

Hassemer e Muñoz Conde, por exemplo, preferem denominar universais todos os bens jurídicos não individuais⁵²⁸. Contudo, a mesma denominação é usada por outros autores para designar, especificamente, os bens jurídicos supranacionais do Direito Penal internacional, atingidos pelos crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio.

Com base em Mata y Martín, Marques classifica os bens jurídicos quanto ao sujeito passivo em pessoais, suprapessoais e pessoais com reflexos suprapessoais. Os bens jurídicos pessoais dizem respeito ao ser humano em si mesmo considerado, e sua titularidade, em caso de agressão ou ameaça, é perfeitamente identificável. Os suprapessoais dizem respeito à coletividade ou à universalidade de seres humanos e a sua titularidade, em caso de agressão ou ameaça, é identificada de forma vaga e imprecisa (sociedade, comunidade ou o próprio Estado). Por fim, os bens jurídicos pessoais com reflexos suprapessoais são, em essência, bens pessoais, mas cuja violação tem repercussões suprapessoais (livre iniciativa, segredo empresarial, identidade genética, etc.).⁵²⁹

Tradicionalmente, os bens jurídicos supraindividuais são classificados conforme pertençam à sociedade ou ao Estado⁵³⁰. Entretanto, essa divisão conflita com a visão, adequada ao modelo democrático, de que o Estado não é titular de bens jurídicos próprios, mas mero gestor de bens jurídicos alheios. Com efeito, “Só pode ser portador de direitos quem pode exigir, para si, em prol de seu próprio interesse, alguma atitude de outro. Tudo o

⁵²⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. *passim*.

⁵²⁹ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 63-64.

⁵³⁰ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 182. O autor considera essa distinção grosseira, mas não obsoleta.

que o Estado exige de cada um não é de seu próprio interesse, mas de interesse dos demais indivíduos”⁵³¹.

Em princípio, a categoria dos bens supraindividuais abarcaria tanto os bens de titularidade difusa quanto os de titularidade coletiva. O Código de Defesa do Consumidor conceitua os interesses ou direitos coletivos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível e de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”⁵³². Os direitos coletivos não se confundiriam com os difusos, também de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato⁵³³.

A noção de interesse difuso ou difundido foi introduzida na ciência jurídica por Sgubbi como alternativa à tradicional categoria liberal-individualista de direito subjetivo. O autor italiano definiu interesse difuso como a aspiração informal, propagada a nível massivo, de satisfação de necessidades essenciais e participação no processo econômico. Com isso, buscava-se expressar o antagonismo político entre essa aspiração informal e massiva e as posturas jurídico-econômicas dominantes. Desde Sgubbi, foram inúmeras as tentativas de diferenciar os interesses difusos dos coletivos com base em critérios variados, como, por exemplo, a titularidade, o grau de organização e a divisibilidade do bem.⁵³⁴

A doutrina brasileira, por influência da italiana, esforça-se nessa diferenciação. Para os autores nacionais, os interesses coletivos pertencem a determinada coletividade, e apenas a ela, composta por indivíduos congregados por um vínculo jurídico⁵³⁵. Já os interesses difusos são interesses informais e de massa referidos à qualidade de vida, que se caracterizam pela conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade⁵³⁶.

Segundo Grinover, os interesses difusos são compartilhados por indivíduos cujo vínculo se reduz a conjunturas fáticas genéricas, acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver em dada condição socioeconômica, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. Logo, os interesses difusos são mais abrangentes do que

⁵³¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013 p. 19.

⁵³² Art. 81, parágrafo único, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor.

⁵³³ Art. 81, parágrafo único, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor.

⁵³⁴ CORIA, Dino Carlos Caro. “Sociedades de riesgo”, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Caro&Associados*, Diciembre 2006, p. 11. Disponível em: <<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caros/Bjc-concurso.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015, às 10:20.

⁵³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 30.

⁵³⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal de interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 108.

os interesses coletivos, pois podem pertencer até à humanidade inteira, caso o interesse decorra da simples condição de ser humano.⁵³⁷

A doutrina hispânica, por outro lado, critica a divisão dos bens jurídico-penais em coletivos e difusos. Nesse sentido, Coria questiona se a dualidade entre bens difusos e bens coletivos não seria desnecessária no âmbito penal. Para ele, não obstante os esforços teóricos, a doutrina não obteve sucesso em indicar, com clareza, a existência de diferenças ontológicas ou teleológicas entre interesses difusos e coletivos. Isso porque a dificuldade na concreção e estruturação dos tipos penais do direito penal supraindividual advém das relações de conflito entre os múltiplos interesses subjacentes tanto aos bens difusos quanto aos coletivos, as quais afastam uma proteção jurídico-penal absoluta ou intangível, devendo resultar da ponderação de ditos interesses.⁵³⁸

Por isso, Coria reconhece a transindividualidade, indivisibilidade e conflituosidade social como inerentes às duas subcategorias de bens supraindividuais, concluindo que inexistem diferenças substanciais entre elas, mas somente uma diferença formal: o interesse difuso, diversamente do interesse coletivo, ainda não conta com o reconhecimento jurídico formalizado e, como consequência, a identificação dos afetados é mais plausível na hipótese de menoscabo a interesses coletivos do que a interesses difusos. Nas palavras do autor:

[...] se bem os interesses difusos surgem à margem de todo reconhecimento formal, no momento em que se ultrapassa a situação puramente fática e o ordenamento reconhece a existência do interesse difuso, estabelecendo suas condições formais, esse terá se convertido em um interesse coletivo, de sorte que não é outra coisa que “o interesse difuso juridicamente reconhecido”.⁵³⁹ (tradução nossa).

Portanto, para Coria, a noção de interesse difuso carece de transcendência para o Direito Penal, pois, por um lado, não acrescenta nada à noção de interesse coletivo previamente existente e, por outro, seus contornos imprecisos tornam insegura sua operacionalização.⁵⁴⁰ Com efeito, apesar da relevância da distinção entre interesses difusos e

⁵³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 30.

⁵³⁸ CORIA, Dino Carlos Caro. “Sociedades de riesgo”, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Caro&Associados*, Diciembre 2006, p. 12. Disponível em: <<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/car0/Bjc-concurso.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015, às 10:20.

⁵³⁹ No original: “[...] si bien los intereses difusos surgen al margen de todo reconocimiento formal, en el momento en que se traspasa la situación puramente fáctica y el ordenamiento reconoce la existencia del interés difuso, estableciendo sus condiciones formales, éste se habrá convertido en un interés colectivo, de suerte que no es otra cosa que ‘el interés difuso juridicamente reconocido’.” (*Ibid.*, p. 12).

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 13.

coletivos no âmbito da tutela civil de direitos supraindividuais, para o Direito Penal se mostra mais pertinente investigar o que distingue os bens supraindividuais dos bens individuais.

Os bens supraindividuais são definidos, em contraposição aos individuais, como sendo aqueles que atendem às necessidades de todos e cada um dos membros da sociedade. Na análise de Hefendehl, os bens jurídicos individuais servem aos interesses diretos de uma pessoa ou de determinado grupo de pessoas, enquanto os supraindividuais servem aos interesses gerais de uma comunidade⁵⁴¹. Assim, a indicação de quem pode desfrutar ou usufruir o bem é o principal critério de distinção entre bens individuais e supraindividuais.

A descrição do bem jurídico-penal como relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto, realizada por Zaffaroni, põe em evidência esse critério de distinção⁵⁴². A ideia de disponibilidade é criticada por aqueles que classificam os bens jurídicos em disponíveis e indisponíveis. Ocorre que disposição não é sinônimo de destruição, mas de uso e aproveitamento. Nessa acepção, verifica-se que a vida é o mais disponível dos bens jurídicos. Logo, inexistem bens jurídicos indisponíveis, sendo que, apenas em relação aos bens jurídicos não individuais, a disponibilidade é limitada pela indestrutibilidade.

De fato, ainda que titularizado por um grupo determinado de pessoas, o bem jurídico individual é de plena disponibilidade, podendo, inclusive, ser destruído por seu(s) titular(es). O bem coletivo também é disponível por todos e cada um dos indivíduos que dele aproveitam, porém a disponibilidade é limitada a dados parâmetros, vedando-se sua destruição mesmo que de comum acordo. Isso significa que a impossibilidade daqueles que usufruem o bem dispor dele de forma destrutiva é uma característica comum aos bens jurídicos supraindividuais⁵⁴³.

Diante disso, define-se bem jurídico-penal supraindividual como aquele com o qual pessoas indetermináveis ou de difícil determinação estabelecem, ao mesmo tempo, uma relação de disponibilidade limitada para a satisfação, ainda que indireta, de necessidades humanas essenciais.

Optou-se por utilizar como sinônimas as expressões bem jurídico supraindividual e bem jurídico coletivo, preferindo-se a primeira a fim de evitar a improfícua contestação sobre

⁵⁴¹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 04-14, p. 1-13, 25 julio 2002. p. 3. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015, às 21:40.

⁵⁴² “En rigor, pese a que por lo común se mencionan los bienes jurídicos conforme a los objetos (patrimonio, libertad, etc.), su esencia consiste en la relación de disponibilidad del sujeto con estos objetos y no en los objetos mismos.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 489).

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 490. Em relação aos bens jurídicos individuais de reflexos transindividuais, a questão da indestrutibilidade é mais complexa e deve ser analisada caso a caso, não cabendo aqui aprofundá-la. Todavia, a regra é a plena disponibilidade, pois estamos diante de um bem individual.

a pertinência ou não dos interesses difusos. Como demonstrado pela análise de Coria, a atribuição de proteção jurídica transmuta o interesse difuso em coletivo, motivo pelo qual a dualidade de categorias se afigura inútil. Antes desse processo de formalização, os interesses difusos são excessivamente abstratos e mal delimitados, o que descarta sua utilidade como instrumento de limitação do Direito Penal.

É claro que a terminologia supraindividual não está imune a críticas. Seu emprego tem a desvantagem de transmitir a falsa mensagem de que os bens jurídicos supraindividuais estão acima dos bens jurídicos individuais, quando, na realidade, também se colocam a serviço dos cidadãos. No entanto, feito esse esclarecimento e afastado qualquer mal-entendido, nada impede o uso do predicado supraindividual, mais consagrado na literatura e na legislação nacional do que os vocábulos transindividual e metaindividual.

5.2 As perspectivas monistas e dualistas

Houve grande debate a respeito do estabelecimento de um paradigma único ou dual para os bens jurídicos individuais e supraindividuais. A polêmica estava centrada na questão sobre se a identificação do bem jurídico-penal deveria ter por referência as necessidades do indivíduo, da coletividade ou de ambos. Os posicionamentos dos diversos autores nessa discussão são, comumente, divididos em três correntes: dualismo, monismo-pessoal e monismo-estatal.

Para uma teoria dualista – defendida, por exemplo, por Tiedemann – há duas classes distintas e complementares de bens jurídico-penais, os individuais e os coletivos, inexistindo um critério superior que autorize a redução de uma classe a outra. Assim, o dualismo propugna o legítimo merecimento de tutela penal autônoma de bens jurídicos supraindividuais desvinculados de quaisquer referenciais individuais.⁵⁴⁴

Atualmente, a maior parte da doutrina afirma se orientar pela perspectiva dualista, identificando os bens jurídico-penais a partir de sua relevância para o desenvolvimento pessoal dos seres humanos ou para a subsistência do sistema social. Diante disso, os autores se inclinam por investigar critérios para a postulação de autênticos bens jurídico-penais coletivos, critérios esses não aplicáveis aos individuais.

Com efeito, a opção dualista é pragmática, porquanto se exime de buscar um conceito único de bem jurídico-penal apto a submeter os bens jurídicos individuais e

⁵⁴⁴ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 10, n. 1, p. 59-68, 1983. p. 61 *et seq.*

supraindividuais aos mesmos pressupostos de legitimidade. Entretanto, tal perspectiva se baseia numa distinção artificial e arbitrária entre bens individuais e coletivos, ignorando a base personalista de ambos e reforçando a oposição falaciosa entre indivíduo e sociedade. Além disso, a presente postura, na medida em que dispensa o referencial pessoal, promove o ingresso facilitado de novos bens jurídicos supraindividuais na seara penal, admitindo que quaisquer funções e finalidades político-estatais assumam essa roupagem.⁵⁴⁵

A perspectiva monista-pessoal, encabeçada por Hassemer, estabelece como condição para o reconhecimento de bens jurídico-penais supraindividuais que sejam eles funcionalizados a partir dos individuais⁵⁴⁶. No entanto, o monismo-pessoal apresenta variações menos radicais que reconhecem a tutela penal autônoma dos bens jurídicos coletivos, isto é, não subordinada à tutela de bens jurídicos individuais, sem, contudo, divorciar as duas categorias. Assim, a proteção dos bens coletivos se justifica na medida em que garante o desenvolvimento livre e digno do indivíduo, inclusive no tocante a suas possibilidades de participação na sociedade.⁵⁴⁷

Ocorre que, conforme aduz Baratta, o monismo-pessoal tem o inconveniente de legitimar “por princípio” a intervenção penal para a tutela dos bens jurídicos individuais, não problematizando a proteção exagerada concedida pelo Direito Penal à propriedade privada, bem individual desigualmente distribuído nas sociedades capitalistas. Logo, o mérito da teoria fica restrito à dimensão quantitativa da expansão do sistema punitivo – deslegitimação das normas penais que tutelam interesses difusos e funções – sem interferir em sua dimensão qualitativa.⁵⁴⁸

Segundo o monismo-estatal, adotado por Jakobs, todos os bens jurídicos são, na realidade, titularizados pelo Estado, uma vez que os próprios bens jurídicos individuais são tidos como “atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado”⁵⁴⁹. Isso significa que o indivíduo não seria digno de proteção por si mesmo, mas só nas situações concretas em que os seus interesses reflitam os interesses do Estado, ou seja, a proteção do indivíduo depende

⁵⁴⁵ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 108; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 215; FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

⁵⁴⁶ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal - Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.

⁵⁴⁷ CORIA, Dino Carlos Caro. “Sociedades de riesgo”, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Caro&Associados*, Diciembre 2006, p. 7-8. Disponível em: <<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caros/Bjc-concurso.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015, às 10:20.

⁵⁴⁸ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994. p. 8-9.

⁵⁴⁹ HASSEMER; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 108.

do interesse concreto do Estado em protegê-lo. De fato, essa postura é incompatível com o princípio fundamental da dignidade humana que norteia as constituições democráticas.

Além dessas três correntes, mais recentemente, Hefendehl passou a defender o que se pode denominar como perspectiva monista-coletiva. Para o autor, a teoria dualista impulsiona a expansão do Direito Penal e a monista-pessoal é reacionária, porquanto reserva o Direito Penal à proteção dos bens da classe dominante. Por isso, a teoria pessoal deve ceder lugar a uma teoria social do bem jurídico, que enfatiza nos bens jurídico-penais a capacidade de garantir chances iguais de participação a todos os membros da sociedade.⁵⁵⁰

Hefendehl afirma que todos os bens jurídicos coletivos dependem de legitimação especial, uma vez que “inexiste qualquer bem jurídico coletivo inato; todo bem coletivo decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade ou do Estado”, o que “torna difícil a determinação do espectro de bens coletivos penalmente legítimos”⁵⁵¹. Quanto aos bens jurídicos individuais, a intervenção penal só se justifica desde que a perturbação transcenda os limites do conflito privado, apresentando-se socialmente danosa.

Da mesma forma que o monismo-estatal, o monismo-coletivo de Hefendehl transaciona com o autoritarismo. Uma demonstração disso é que o autor alega que, nos delitos de proteção do Estado e dos recursos estatais, o titular dos bens jurídicos não é a sociedade, mas o Estado, na condição de titular de bens jurídicos próprios e não de mero gestor de bens jurídicos alheios⁵⁵². Além disso, as críticas realizadas ao monismo-pessoal não se sustentam perante uma teoria personalista que tome por base o indivíduo inserido no contexto social concreto – e não o indivíduo isolado, em abstrato –, tendo em vista que apenas em sociedade o ser humano pode desenvolver plenamente sua personalidade.

Observa-se que adotar o monismo-pessoal não significa, necessariamente, recusar a existência de bens jurídico-penais coletivos, assim como adotar o monismo-coletivo de Hefendehl não impõe negar a dignidade penal de bens jurídicos individuais. Em ambos os casos, cuida-se apenas de manter um referencial único para a identificação de todos os bens jurídico-penais. Diante disso, é necessário separar duas discussões que, apesar de diferentes, são comumente confundidas: uma coisa é questionar se deve a doutrina estabelecer filtros

⁵⁵⁰ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, 2010. p. 112-115.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 112. Hefendehl distingue três ordens de bens jurídicos supraindividuais: 1) os bens jurídicos indispensáveis à defesa do Estado (atingidos em crimes como a alta traição, os delitos contra as Forças Armadas e o vilipêndio ao Presidente da República) e ao seu funcionamento (denominados recursos estatais, tais como o pagamento de tributos); 2) os recursos ambientais (água, solo, ar, etc.) e 3) os bens jurídicos coletivos clássicos, caracterizados pela não exclusividade do gozo, não rivalidade do consumo e não distributividade (fé pública, administração da justiça, etc.).

⁵⁵² *Ibid.*, p. 116.

distintos para a seleção de bens jurídico-penais individuais e supraindividuais; saber se deve o direito penal tratar apenas das ofensas aos primeiros e não das ofensas aos segundos é outra.

Em análise semelhante, Greco pondera que a diferença entre o monismo-pessoal e o dualismo é apenas terminológica, já que, diante da existência de bens jurídicos clássicos autenticamente coletivos, como aqueles tutelados pelos crimes de corrupção e falsidade de moeda, a primeira corrente acaba por trabalhar com uma referência apenas indireta ao indivíduo.⁵⁵³ Por isso, a verdadeira polêmica se concentraria entre o monismo-pessoal e o monismo-estatal, pois tais posições partem de paradigmas opostos – o liberal e o autoritário, respectivamente – enquanto a diferença entre teorias monistas e dualistas seria apenas de método.⁵⁵⁴

Dito isso, assume-se aqui a opção pela perspectiva monista-pessoal. Todos os bens jurídicos, sejam eles individuais ou coletivos, são, na realidade, bens jurídicos das pessoas, “encaradas ora na sua individualidade ora na sua sociabilidade”⁵⁵⁵. Nesse sentido, Dias esclarece que:

O referente pessoal significa que só merece o qualitativo de bem aquele objeto tido consensualmente [leia-se, intersubjetivamente] como valioso pela comunidade e só são suscetíveis de lograr esse consenso os objetos que possuem um valor de utilidade para a realização dos sujeitos participantes.⁵⁵⁶

Portanto, o ponto de contato entre os bens jurídico-penais individuais e supraindividuais é a imprescindibilidade concreta ao desenvolvimento da pessoa, no contexto da coexistência social.

5.3 Bem, interesse ou valor supraindividual?

É comum definir os bens jurídico-penais ora como bens, ora como interesses e ora como valores. Nessa linha, Wessels afirma que “Por bens jurídicos designam-se os bens

⁵⁵³ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 104.

⁵⁵⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 108.

⁵⁵⁵ SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, p. 231-246, set.-out. 2010. p. 240.

⁵⁵⁶ DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e delicta mere prohibita*. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Sousa classifica a posição de Dias como dualismo-pessoal (SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, p. 231-246, set.-out. 2010. 2010, p. 238 *et seq.*). Da mesma forma que o presente trabalho, incluindo o posicionamento de Dias na perspectiva monista-pessoal: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013 p. 383.

vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade”⁵⁵⁷. Todavia, será possível falar, indistintamente, em bens, interesses e valores supraindividuais?

Segundo Vargas, em sentido amplo, “Bem é tudo aquilo que possui utilidade ou é vantajoso para a pessoa ou para a coletividade: a casa onde moramos, os nossos livros, o nome do cidadão [...], etc.”⁵⁵⁸. Em suma, o bem, seja ele material ou imaterial, serve à pessoa, na medida em que satisfaz alguma necessidade humana, seja ela orgânica, intelectual ou moral⁵⁵⁹. Portanto, na esteira do dito acima, o bem supraindividual é aquele que atende, ao mesmo tempo, às necessidades de pessoas indeterminadas ou de difícil determinação.

Como visto, a partir de Von Liszt e por influência da Jurisprudência dos Interesses⁵⁶⁰, bem e interesse passam a ser tidos como expressões sinônimas. Ocorre que o interesse diz respeito ao “vínculo psíquico-valorativo entre bem e sujeito [...], vale dizer, o reflexo subjetivo do bem impresso na psique humana, manifestada através de um juízo de valor”⁵⁶¹. Daí que o interesse supraindividual é o nexó psicológico que liga um mesmo bem, de natureza supraindividual, e os indivíduos indeterminados que dele necessitam.

Todo tipo penal, seja legítimo ou ilegítimo, está dirigido a satisfazer algum interesse, igualmente legítimo ou ilegítimo. A despeito disso, a mera existência de um interesse não é suficiente para fundamentar a existência de um bem jurídico-penal. É preciso, na avaliação de Ordeig, que o interesse seja valorado positivamente pelo ordenamento jurídico.⁵⁶²

Na realidade, ainda que nem todo interesse seja um bem, todo bem tem por trás interesses. Isso porque o bem só existe enquanto tal a partir do momento em que o ser humano o valora positivamente como algo útil à satisfação de uma necessidade, individual ou coletiva, manifestando nele um interesse. Logo, o bem é o objeto do interesse.⁵⁶³

⁵⁵⁷ WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte geral - Aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 3.

⁵⁵⁸ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-2.

⁵⁵⁹ ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Trad. Gerónimo Seminará. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2005. p. 271.

⁵⁶⁰ A Jurisprudência dos Interesses é uma corrente metodológica, surgida historicamente no campo do Direito das Obrigações, segundo a qual o intérprete deve, ao aplicar a norma, investigar o processo psicológico que levou o legislador a optar, em abstrato, por um dos vários interesses em conflito (BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 1973. p. 56).

⁵⁶¹ GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico-penal*. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2006. p. 29.

⁵⁶² ORDEIG, Gimbernat. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 15.

⁵⁶³ VARGAS, *op. cit.*, p. 8. Bechara define o bem jurídico como um interesse que “relaciona um sujeito a um valor relevante ao seu desenvolvimento social e, assim, à materialização de sua dignidade”. Para a autora, esse entendimento tem reflexos na aplicação do instituto do consentimento do ofendido: “ao considerar o bem jurídico como um bem em sentido naturalístico ou um valor em si mesmo, passa-se a tomar sua existência

Por outro lado, bem e interesse não se confundem com valor⁵⁶⁴. O valor e outras categorias fundamentais como o ser não são passíveis de definição rigorosa: da mesma forma que o ser é o que é, o valor é o que vale⁵⁶⁵.

Segundo Marques, “o bem simplesmente *é*, existe na realidade *ôntica*, v.g., a vida, a integridade física, a saúde”, já “o valor é *representação*, existe vinculado à atribuição que lhe é dada pelo espírito humano, v.g, a beleza, a justiça, a segurança, a solidariedade, a honestidade”⁵⁶⁶. Além disso, há hierarquia entre os bens, mas não entre os valores, de forma que, em cada caso concreto, um valor valerá mais do que o outro, a depender da urgência.

Dito isso, indaga-se: os bens jurídico-penais compreendem apenas bens ou também valores? Marques entende que o Direito Penal protege tanto bens quanto valores, com a diferença de que somente os primeiros devem ser protegidos tanto contra lesões quanto contra ameaças, enquanto os valores, que podem ser pessoais ou suprapessoais, devem ser tutelados apenas se efetivamente lesados. Para a autora, o mais urgente e necessário valor suprapessoal é a preservação das gerações futuras.⁵⁶⁷

Entretanto, conforme já mencionado, a identificação entre bem jurídico-penal e valor é indesejável, porquanto leva a definições idealizadas de bem jurídico, o que aumenta “as possibilidades de que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se deseje”⁵⁶⁸. Por isso, a fim de evitar a espiritualização do bem jurídico, deve-se defini-lo como bem, um dado da realidade, e não como valor, uma entidade ideal.

Nesse sentido, Angioni critica as concepções “imateriais” que situam o bem jurídico numa esfera ideal e inacessível à influência das leis da causalidade que governam a realidade empírica, tornando-o, por definição, não modificável pelos comportamentos concretos. O autor assevera que o valor ideal, diferentemente do dado real, não é suscetível a ofensas – seja

independentemente de seu titular, transformado meramente em um portador. Essa concepção leva à transformação de interesses em deveres, constituindo um erro categórico que tende à tirania da teoria do bem jurídico”. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 179).

⁵⁶⁴ “Certos escritores criam dificuldades quanto à palavra ‘interesse’, sob a objeção de que ela, se bem que passível de qualificação ética, conserva contudo um fundo utilitarista; seria, assim, levada a hipostasiar-se, transformando-se em noção hedonístico-materialista. Por conseguinte, preferem eles o termo valor.” (BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: USP, 1973. v. 1. p. 138).

⁵⁶⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187.

⁵⁶⁶ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 62.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 63-64.

⁵⁶⁸ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato. – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 106.

sob a forma de lesão ou de exposição a perigo – sendo que o valor ideal e a ofensa real são entidades que correspondem a dimensões espaciais não relacionáveis em linha lógica.⁵⁶⁹

Observa-se que o valor surge como resultado do juízo humano que aprecia algo como valioso. Diante disso, o valor é propriedade atribuída ao bem, em razão dos interesses humanos, sendo que a valoração precede à existência do bem. Dessa forma, ainda que não haja coincidência entre as noções de bem, interesse e valor, certo é que a tutela do bem assegura o interesse e o valor que lhe correspondem.

Recentemente, foi reacendida a polêmica sobre se, ao lado dos bens, o Direito Penal também se ocuparia do menoscabo a sentimentos. Na década de 1970, quando da reforma do Direito Penal sexual na Alemanha, assentou-se o entendimento de que “meros sentimentos” não constituem bens jurídico-penais, uma vez que não caberia ao Direito Penal afastar dos cidadãos as emoções negativas⁵⁷⁰. No entanto, hoje é questionado se o fato de o sentimento de pudor não ser um bem jurídico-penal significa que nenhum sentimento poderia sê-lo.

Conforme analisa Hörnle, a grande maioria dos crimes produz nas pessoas reações psicológicas desagradáveis (frustração, decepção, ressentimento, etc.), mas apenas em relação a alguns deles é possível afirmar que a proibição penal se volta à tutela de sentimentos: crimes contra a honra, contra o sentimento religioso, contra o respeito aos mortos, contra o sentimento de piedade aos animais, entre outros.⁵⁷¹

Para Roxin, a tutela penal de sentimentos só é admissível no tocante ao sentimento de insegurança. Diante disso, os crimes de ameaça e de incitação ao ódio e à discriminação de parcelas da população, por razões étnicas, religiosas ou de orientação sexual, estão justificados, uma vez que “é tarefa do Estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade livre de medo”. Ademais, a punibilidade do ato obsceno também é legítima nas hipóteses em que “estas ocorram sob circunstâncias que despertem temor de abuso sexual nas mulheres afetadas”. Segundo o autor, uma proteção penal de sentimento que vá além dessas balizas é incompatível com uma sociedade multicultural e tolerante.⁵⁷²

⁵⁶⁹ ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 53-57.

⁵⁷⁰ HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 384.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 384. Segundo a autora, os autênticos delitos contra sentimentos são aqueles em que não é possível vislumbrar violação a direitos de terceiros.

⁵⁷² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

No âmbito do direito penal supraindividual, os crimes contra a paz pública, como o crime de associação criminosa⁵⁷³, são os mais afetos à problemática da tutela penal de sentimentos. A doutrina define a paz pública como o sentimento de segurança coletiva, ou seja, a avaliação subjetiva de um número indeterminado de pessoas acerca da segurança jurídica geral numa dada sociedade. Nessa conceituação, a paz pública é uma abstração impalpável e alheia aos dados da realidade, apta, portanto, a embasar a criminalização de condutas completamente inofensivas do ponto de vista objetivo⁵⁷⁴.

Os crimes contra a paz pública correspondem aos que, na Itália, são denominados crimes contra a ordem pública. A doutrina italiana diferencia a ordem pública em sentido normativo ou ideal da ordem pública em sentido material. A primeira expressão se refere “à ordem instituída pelas leis, isto é, ao ordenamento jurídico como sistema de princípios gerais e instituições indispensáveis à estabilidade e continuidade seja da sociedade, seja do ordenamento jurídico em si mesmo”⁵⁷⁵. A Corte Constitucional italiana introduziu, como espécie dessa última, a ordem pública constitucional, “cujo conteúdo é dado pelo conjunto de princípios fundamentais, que definem a ordem legal da convivência social inspirada nos valores instituídos pela Constituição”⁵⁷⁶.

Entretanto, o conceito normativo de ordem pública é criticado por seu exasperado formalismo, o qual permite que a noção seja interpretativamente manipulada para justificar a tutela penal de interesses mutáveis e não efetivamente merecedores do status de bem jurídico-penal. Além disso, tratando-se de construção puramente ideativa, há o risco de assumir conteúdos ideológicos que levem à criminalização do simples dissenso político. Por essas razões, na Itália, a doutrina dominante adota a noção de ordem pública em sentido material, definida como o sentimento de tranquilidade e segurança da coletividade, resultantes do pacífico e ordenado desenvolvimento da vida social e da convivência entre os indivíduos.⁵⁷⁷ Todavia, o conceito de ordem pública em sentido material não é menos problemático, uma vez que invoca a proteção penal de sentimentos.

⁵⁷³ “Art. 288: Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850 de 2013).” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 ago. 2015.)

⁵⁷⁴ HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 387 *et seq.* A autora cita o exemplo dos denominados “imitadores”, que, nas semanas que precederam ao dia 11 de setembro de 2001, simularam atentados com antrax na Alemanha, enviando cartas contendo um pó inofensivo, mas que deveria criar no destinatário a impressão de que se tratava de antrax.

⁵⁷⁵ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 124.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 124-125.

A proibição penal de condutas que afetam apenas sentimentos é expediente inadmissível, fazendo-se necessário investigar a existência de bens jurídico-penais subjacentes a cada uma das figuras típicas que, à primeira vista, aparentam estar voltadas à tutela de sentimentos. Assim, caso não se identifique, para além do mero sentimento, a presença de ofensa a um autêntico bem jurídico-penal, a criminalização da conduta é infundada. Em relação ao crime de ameaça, por exemplo, é plausível indicar a liberdade psíquica como bem jurídico-penal.

Da mesma forma, a paz pública ou sentimento de segurança coletiva deve ceder lugar a bens jurídicos individuais como a vida, a integridade física e a liberdade, comumente aglutinados sob a noção genérica de segurança. No caso específico do crime de associação criminosa, o bem jurídico ofendido coincidirá com o bem jurídico individual ou coletivo atingido pelos crimes que a associação criminosa pretende praticar. Como se verá, precisar os bens jurídicos individuais e coletivos ocultados por trás de um sentimento coletivo impreciso torna mais evidente a classificação dos “crimes contra a paz pública” como de perigo abstrato ou, mais exatamente, de preparação.

Conforme observado por Estellita e Greco, o suposto bem jurídico paz pública não “pode ser afetado por si só sem que ao mesmo tempo seja afetado outro bem qualquer, geralmente de natureza individual”. Logo, noções como paz pública, ordem pública e segurança pública não têm “qualquer conteúdo de desvalor adicional em comparação a um comportamento que já afete” bens como a vida, a integridade física, a propriedade, etc.⁵⁷⁸

Por isso, a menção à paz pública como um bem coletivo é redundante do ponto de vista normativo, motivo pelo qual os tipos de associações criminosas devem ser entendidos como formas antecipadas de punição dos delitos que compõem o plano criminoso das associações. Todavia, os autores ressaltam que “o perigo que gera o delito associativo não se dirige ao bem concreto que o cometimento de um crime-fim lesiona, e sim a todos os bens da mesma classe, dos quais em geral é titular um número indeterminado de pessoas”⁵⁷⁹.

No mesmo sentido, Amelung esclarece que a confiança e a segurança – não obstante faça sentido incluí-las na análise teleológica de certas normas penais relacionadas a bens jurídicos específicos – também não constituem, em si mesmas, bens jurídicos. Para o autor, a confiança e a segurança não podem sequer ser qualificadas de bens jurídicos intermediários,

⁵⁷⁸ ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 91, p. 392-409, jul.-ago. 2011. p. 400.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 401.

como fazem Schünemann e Roxin, pois nada mais são do que a ausência de desconfiança ou de perigo.⁵⁸⁰

Poder-se-ia argumentar que os crimes contra a fé pública e alguns dos crimes contra a Administração Pública tutelam o sentimento de confiança da população. Entretanto, o tráfico monetário, a probidade do serviço público e a administração da justiça, por exemplo, não são meros sentimentos, mas autênticos bens jurídicos supraindividuais que têm a confiança como componente⁵⁸¹. Observa-se que a confiança que é elemento desses bens jurídicos não se confunde com a confiança genérica na vigência da ordem jurídica (ou segurança jurídica), que serve de base à invenção de bens jurídicos como a paz pública⁵⁸².

5.4 Bem jurídico-penal supraindividual, tipicidade e princípio da insignificância

Na condição de categoria autônoma do conceito jurídico de crime, o tipo penal foi pensado por Beling como composto apenas por elementos objetivos e descritivos, destinando-se à culpabilidade os componentes subjetivos do delito⁵⁸³. Superado esse modelo próprio do sistema causalista, foram incluídos no tipo os elementos normativos e subjetivos especiais – por influência dos neokantistas Mayer e Mezger – e o dolo e a culpa – como contribuição do finalismo de Welzel⁵⁸⁴.

Por conseguinte, o juízo de tipicidade deixou de ser considerado valorativamente neutro. Afinal, a valoração precede a elaboração dos tipos penais, sendo a matéria de proibição neles contida resultado de um juízo de valor⁵⁸⁵.

Assim, ao lado dos elementos objetivos-descritivos, a formulação típica contém elementos valorativos, dentre os quais o bem jurídico-penal se destaca como indispensável. Isso porque, do ponto de vista material, o tipo penal descreve uma conduta humana que ofende ou põe em perigo um bem jurídico⁵⁸⁶. Daí que os conceitos de tipo penal e bem

⁵⁸⁰ AMELUNG, Knut. El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 255-256.

⁵⁸¹ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, 2010. p. 115.

⁵⁸² *Id.*, El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 186-187.

⁵⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 187.

⁵⁸⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013 p. 226 e 230.

⁵⁸⁵ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, loc. cit.

jurídico estão de tal maneira entrelaçados que o juízo de tipicidade se apresenta incompleto sem a verificação da ofensividade da conduta ao bem jurídico.

A partir dessa concepção material da tipicidade, o princípio da insignificância foi proposto por Roxin como instrumento de interpretação restritiva dos tipos penais, tendo por escopo afastar a criminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não configuram agressões relevantes a bens jurídico-penais. Logo, o mencionado princípio se funda no brocado romano *de minimis non curat praetor* (“o juiz não cuida de coisas pequenas”) e se orienta pelo princípio penal da intervenção mínima.

Apesar de, inicialmente, acolhido apenas no âmbito dos crimes patrimoniais, o recurso ao princípio da insignificância alcançou aceitação por parcelas da doutrina e jurisprudência em relação a outras modalidades delituosas (lesões corporais, ameaça, injúria, etc.). Contudo, a questão da aplicabilidade do princípio aos crimes contra bens jurídicos supraindividuais permanece controversa.

De fato, no tocante aos crimes tributários, a jurisprudência brasileira se consolidou no sentido de reputar penalmente irrelevante a conduta nos casos em que o débito tributário com a Fazenda Pública da União não ultrapassa o montante de R\$ 10.000,00. No entanto, em rigor, não se trata de aplicação do princípio da insignificância – o valor não é insignificante –, mas de transporte para a seara penal do raciocínio fiscal respaldado nos princípios da oportunidade e da eficiência.

Conforme esclarece Cintra, “o que ocorre é uma análise de custo-benefício para o ajuizamento de uma ação fiscal. Estimou-se que o custo total da cobrança de débitos não superiores a esse patamar é superior ao valor do próprio débito cobrado”⁵⁸⁷. Assim, para a jurisprudência dominante, se a própria União renuncia à execução de débitos fiscais até esse limite, deve-se, em respeito ao princípio da *ultima ratio*, renunciar também à persecução penal.

Já em relação ao crime de peculato, a jurisprudência oscila a respeito da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Os julgados que não a admitem utilizam o argumento de que, ao lado do patrimônio público, tutela-se também a moralidade administrativa⁵⁸⁸. Quanto aos julgados que admitem a aplicação, constata-se a ausência de

⁵⁸⁷ CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011. p. 92.

⁵⁸⁸ “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO RECURSO ESPECIAL. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 514 DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. AÇÃO PENAL LASTREADA EM INQUÉRITO POLICIAL. DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PARA DEFESA PRÉVIA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA

uma reflexão acerca do reconhecimento de crimes de bagatela no âmbito do Direito Penal supraindividual, uma vez que o patrimônio público é tomado como bem jurídico estatal, titularizado por pessoas jurídicas de direito público, e não coletivo⁵⁸⁹.

De forma geral, o entendimento jurisprudencial predominante é pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra bens jurídicos supraindividuais. Tal posicionamento se fundamenta em três argumentos principais: 1) como o bem jurídico atingido possui caráter supraindividual, a reprovabilidade da conduta não pode ser considerada de grau reduzido; 2) não há como quantificar a lesão jurídica provocada pelo comportamento delituoso contra um bem jurídico supraindividual; e 3) a maioria dos crimes contra bens jurídicos supraindividuais é de perigo abstrato, cuja configuração não depende da ocorrência de efetivo prejuízo.⁵⁹⁰

CORTE. 1. Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (AgRg no REsp n.1.382.289/PR, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 11/6/2014).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 614.524/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/04/2015, publicado em 23/04/2015).

⁵⁸⁹ “APELAÇÃO - PECULATO - ABSOLVIÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - ADMISSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVER O ACUSADO. Se o valor do objeto apropriado é irrisório, sem qualquer repercussão no patrimônio do Estado, não se justifica o reconhecimento do delito e nem a imposição de pena.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC 1.0024.01.114927-5/001, Relator Des. Paulo César Dias, 3ª Câmara Criminal, julgado em 30/11/2004, publicado em 16/02/2005)

⁵⁹⁰ “HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTES QUE INTRODUZIRAM EM CIRCULAÇÃO DUAS NOTAS FALSAS DE CINQUENTA REAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE EM FUNÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA, QUE, NO CASO, É A FÉ PÚBLICA, DE CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. ORDEM DENEGADA. I - Mostra-se incabível, na espécie, a aplicação do princípio da insignificância, pois a fé pública a que o Título X da Parte Especial do CP se refere foi vulnerada. Precedentes. II – Em relação à credibilidade da moeda e do sistema financeiro, o tipo exige apenas que estes bens sejam colocados em risco para a imposição da reprimenda.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 112708, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, publicado em 18/09/2012).

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 298 DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. BEM JURÍDICO TUTELADO. FÉ PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. O objeto jurídico do tipo penal em comento é a fé pública, que possui caráter supraindividual, de modo que não há como quantificar a lesão jurídica provocada pelo comportamento delituoso. Crime de perigo abstrato, que se consuma com a efetiva falsificação ou alteração do documento, não tendo como pressuposto a ocorrência de prejuízo, na medida em que o risco de dano à fé pública é presumido. 5. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Precedentes do STF e deste Tribunal. 6. Ordem de habeas corpus denegada.” (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 3ª REGIÃO. HC 00102098120154030000, Relator Juiz Convocado Sidmar Martins, Décima Primeira Turma, publicado em 05/08/2015).

“INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - POSSIBILIDADE PRESUMIDA DE DANO AO BEM JURÍDICO TUTELADO - QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA EM PODER DO INFRATOR - IRRELEVÂNCIA- INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DAQUELE PRINCÍPIO EM SEU BENEFÍCIO. O ilícito do art. 16 da Lei 6.368/76 (porte de substância entorpecente para uso próprio) não fica descaracterizado, ainda que ínfima a quantidade apreendida, por tratar-se de delito de perigo presumido (risco social e de saúde pública), bastando, para configurá-lo, que o infrator esteja a portá-la com o propósito de dela - substância tóxica - fazer uso.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC 1.0223.02.095720-3/001, Relator Des. Hyarco Immesi, Segunda Câmara Criminal, julgamento em 20/04/2006, publicação em 21/06/2006).

Todavia, no julgamento da AP 439-1/SP⁵⁹¹, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da insignificância para absolver um Deputado Federal da imputação do crime previsto no art. 40 da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais)⁵⁹². Nesse caso, a denúncia descrevia o desmatamento, no Parque Estadual da Serra do Mar, de vegetação capoeira em estágio inicial, que alcançou área de 0,0652 hectare – equivalente a 652 metros quadrados. A absolvição teve como fundamento a abrangência mínima da área desmatada e o fato de que a reparação do dano ambiental teria um custo estimado em apenas R\$ 130,00. Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio consignou que “a circunstância de ter-se como bem protegido o meio ambiente não é de molde a afastar” o reconhecimento da bagatela.

O acórdão em tela é importante porque foi o primeiro em que a Suprema Corte reconheceu expressamente a aplicabilidade do princípio da insignificância a crimes contra bens jurídicos supraindividuais. Todavia, os julgadores não enfrentaram a questão da eventual cumulatividade do dano sofrido pelo meio ambiente, bem como da antecipação da punição pela tipificação de crimes de perigo abstrato, aos quais bastaria a mera criação do risco. Como visto, tais fatores são indicados pela jurisprudência dominante como impeditivos da aplicação do princípio da insignificância.⁵⁹³

Mais recentemente, no julgamento do HC 112.563/SC⁵⁹⁴, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da insignificância para absolver um pescador da Baía da

⁵⁹¹ “CRIME - INSIGNIFICÂNCIA - MEIO AMBIENTE. Surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AP 439, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, publicado em 13/02/2009.)

⁵⁹² “Art. 40. Causar dano direito ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização. Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos.” (BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015).

⁵⁹³ CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011. p. 109.

⁵⁹⁴ “EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. Rei furtivae de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 112563, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, publicado em 10/12/2012).

O Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da insignificância em situação semelhante: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PESCA VEDADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. O denunciado é pescador de origem simples, amadorista, tendo sido apreendidos apenas três molinetes, três varas e dois bagres, o que demonstra a mínima ofensividade da conduta. Ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verificando-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente. 2. Recurso

Babitonga que, flagrado com doze camarões e rede de pesca proibida pelo IBAMA, foi condenado pela prática do crime previsto no art. 34, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 9.605/98⁵⁹⁵. Em voto vencido, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou que o tipo penal “não tem como pressuposto a ocorrência de um prejuízo econômico objetivamente quantificável, mas a proteção de um bem intangível”, expressando, ainda, preocupação com a prática de delitos ambientais por outros pescadores, incentivados pela certeza da impunidade.

Nota-se que o posicionamento jurisprudencial majoritário que se opõe à aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra bens jurídicos supraindividuais parte de uma hierarquização que confere preponderância aos bens jurídicos coletivos em relação aos individuais. Essa compreensão contraria a perspectiva aqui defendida, segundo a qual os bens jurídico-penais supraindividuais servem à autodeterminação dos seres humanos. Portanto, se mesmo lesões diretas aos indivíduos podem ser consideradas insignificantes, com mais razão se deve aplicar o princípio da insignificância a ofensas diminutas a bens jurídicos supraindividuais, as quais atingem os indivíduos apenas indiretamente:

Uma pequena lesão a um bem jurídico difuso, dessa forma, será ainda menor em relação a cada ser humana, ainda que socialmente considerado.

Ora, se ninguém pode ser considerado o titular desse bem, tampouco pode ser atribuída uma parcela do bem a qualquer indivíduo, essa lesão será sentida por todos, embora de forma cada vez mais indireta.

[...] os bens jurídicos difusos se distanciam do ser humano, de modo que as lesões a esses bens sejam sempre reduzidas em relação ao indivíduo. Se a lesão já for pequena em relação ao próprio bem jurídico difuso, será mínima em relação ao indivíduo, podendo chegar ao ponto de ser considerada insignificante.

[...] as lesões ao bem jurídico difuso atingem apenas indiretamente o indivíduo sendo por ele sentidas de forma menos intensa. Sendo o indivíduo a razão de ser do próprio ordenamento penal, quando o reflexo da lesão ao bem jurídico difuso atingir o indivíduo (de hoje ou do futuro) de forma muito reduzida, pode ser considerada insignificante. [...]

Dessa forma, ao contrário do que entende (grande) parte da jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais do país, a característica da

ordinário provido para conceder a ordem e determinar o trancamento da Ação Penal n. 5000614-16.2011.404.7200 (Juízo Federal da Vara Ambiental da Subseção Judiciária de Florianópolis/SC).” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 33.465/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/05/2014, publicado em 02/06/2014).

⁵⁹⁵ “Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único: Incorre nas mesmas penas quem: [...] II – pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos.” (BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015).

supraindividualidade dos bens jurídicos difusos é exatamente o que os torna ainda mais aptos à aplicação do princípio da insignificância.⁵⁹⁶

Assim, o princípio da insignificância é aplicável a situações como a introdução em circulação de uma única nota falsa de R\$10,00, o recebimento pelo funcionário público, em razão da função, de um panetone como lembrancinha de final de ano⁵⁹⁷, a apropriação pelo funcionário público de um grampeador pertencente à repartição pública, a pesca de um único peixe em período no qual a pesca seja proibida, etc.⁵⁹⁸

Isto posto, a questão passa a ser estabelecer critérios para a identificação da insignificância no que se refere aos crimes de perigo abstrato e, mais especificamente, aos crimes de acumulação ou acumulativos, os quais punem a conduta não em razão da lesão causada por ela sozinha, mas do eventual resultado decorrente da acumulação reiterada de inúmeras condutas da mesma espécie⁵⁹⁹.

Para Cintra, a conduta formalmente adequada a um tipo de perigo abstrato (p. ex.: desmatar vegetação capoeira no Parque Estadual da Serra do Mar) será materialmente atípica em duas hipóteses: 1) se a possibilidade de dano ao bem jurídico for insignificante, isto é, “o próprio risco gerado é de tal forma diminuto que se torna praticamente impossível a hipótese

⁵⁹⁶ CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011. p. 111-112.

⁵⁹⁷ Esse exemplo é, comumente, citado nos manuais como hipótese de exclusão da tipicidade do crime de corrupção passiva por aplicação do princípio da adequação social. Esse princípio, proposto originalmente por Welzel, evoluiu no sentido de excluir do âmbito do tipo penal as condutas socialmente aprovadas ou toleradas. Contudo, a utilidade da categoria é contestada, havendo quem entenda que seu potencial pode ser absorvido por outros institutos menos controversos, como o risco juridicamente irrelevante ou permitido e o princípio da insignificância (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 295-297). Segundo Bechara, as condutas insignificantes se diferenciam das condutas socialmente adequadas por não possuírem aprovação social, mas relativa tolerância em razão de sua escassa gravidade. A autora entende que subsiste algum espaço para a aplicação do princípio da adequação social em um momento anterior à análise dos elementos típicos, como instrumento de interpretação restritiva da intervenção penal. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 165).

⁵⁹⁸ Conforme o acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal no HC 84.412-0/SP, a aplicação do princípio da insignificância deve observar os seguintes parâmetros: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Contudo, segundo Cintra, os três últimos vetores não se relacionam com a tipicidade, mas com a culpabilidade. Assim, se for mínima a ofensividade da conduta do agente, restará afastada a tipicidade por aplicação do princípio da insignificância (absoluta). Não sendo mínima a ofensividade da conduta, não será mais o caso de afastar a tipicidade, mas a culpabilidade desde que presentes os demais vetores, tratando-se de hipótese de insignificância relativa. A respeito do tema, Cf. CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011. p. 98 *et seq.*

⁵⁹⁹ O mencionado delito de pesca em período ou local proibido (art. 34 da Lei nº 9.605/98) é um exemplo de crime de acumulação. Afinal, a pesca proibida realizada por um agente não é suficiente para colocar em risco o bem jurídico meio ambiente. Só há que se falar em risco relevante para o meio ambiente se a conduta for praticada em larga escala. A respeito dos crimes de acumulação, vide item 6.4.3 *infra*.

de concretização deste risco e consequente lesão ao bem jurídico”; e 2) “o risco não é insignificante, mas a lesão que poderia dele resultar seria absolutamente insignificante”.⁶⁰⁰

No que tange aos delitos de acumulação, o autor sustenta que, num primeiro momento, há que se analisar se a conduta (p. ex.: pescar camarões na Baía da Babitonga com rede de pesca ou em período defeso) já é uma prática reiterada, lesionando ou causando risco iminente de lesão a bem jurídico. Em segundo lugar, “a conduta individual será absolutamente insignificante se a reiteração desta exata conduta (nos mesmos moldes, na mesma intensidade) não vier a causar uma lesão significativa ao bem jurídico”.⁶⁰¹

A relação entre bens jurídicos supraindividuais e crimes de perigo abstrato e o problema dos crimes de acumulação serão abordados mais adiante⁶⁰². Contudo, no tocante à questão ora em debate, adianta-se que o presente trabalho não vincula a legitimidade dos crimes de acumulação à exigência de que a conduta já seja realizada de maneira reiterada, como faz Cintra, bastando que haja uma possibilidade real e iminente de que ocorra a acumulação de condutas.

5.5 Bem jurídico-penal supraindividual e causas de exclusão da ilicitude

Um ponto que merece atenção é a relação entre as causas de exclusão da ilicitude, previstas no art. 23 do Código Penal brasileiro, e os bens jurídico-penais supraindividuais. Em geral, não se discute a aplicação do estado de necessidade, do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito aos crimes contra bens jurídicos coletivos. Vejam-se alguns exemplos:

Quem mata um animal silvestre para defender a si mesmo ou outrem de um ataque ou para saciar a fome própria ou de sua família não comete o crime ambiental descrito no art. 29 da Lei nº 9.605/98⁶⁰³, porquanto age em estado de necessidade. Já o agente do órgão competente que, no cumprimento do dever funcional, abate animal silvestre considerado nocivo pelo mesmo órgão também não incorre na prática de crime contra a fauna, estando

⁶⁰⁰ CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011. p. 113.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 117.

⁶⁰² Vide Capítulo 6 *infra*.

⁶⁰³ “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção de seis meses a um ano, e multa.” (BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015).

amparado pela causa de justificação do estrito cumprimento de dever legal⁶⁰⁴. Por fim, o turista que leva em viagem ao exterior, sem declaração ao órgão competente, quantia em dinheiro igual ou inferior a R\$ 10.000,00 não pratica o crime de evasão de divisas⁶⁰⁵, uma vez que a Receita Federal exige a declaração apenas para valores acima desse limite⁶⁰⁶, tratando-se de hipótese de exercício regular de direito.

Da mesma forma, não se discute a possibilidade de atuação em estado de necessidade para salvar de perigo atual bem jurídico-penal supraindividual. Assim, por exemplo, quem invade propriedade alheia e subtrai um extintor para apagar incêndio em área de preservação ambiental não responde pelos crimes de invasão de domicílio e furto, afastando-se a ilicitude da conduta em razão da configuração do estado de necessidade.⁶⁰⁷

Porém, há polêmica na doutrina a respeito da possibilidade de legítima defesa de bens jurídicos supraindividuais. Isso se deve à influência da doutrina alemã, para a qual a reação em legítima defesa pode recair sobre qualquer bem jurídico do agressor, inclusive a vida, se não há outro meio para salvar o bem jurídico atacado, aplicando-se o balanceamento de bens somente ao estado de necessidade. Assim, para os alemães, o proprietário está autorizado a matar o ladrão caso não haja disponível outro meio capaz de impedir a consumação do furto.⁶⁰⁸

De fato, os países latinos de maneira geral não acolheram a tradição germânica, reconhecendo a ocorrência de excesso na causa (ou excesso extensivo) quando há

⁶⁰⁴ “Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado: I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III - (VETADO); IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.” (BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015)

⁶⁰⁵ “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.” (*Ibid.*).

⁶⁰⁶ A Receita Federal exige a Declaração Eletrônica de Porte de Valores (e-DPV) apenas do viajante que ingressar no Brasil ou dele sair com recursos em espécie, em moeda nacional ou estrangeira, em montante superior a R\$ 10.000,00. (MINISTÉRIO DA FAZENDA. Receita Federal do Brasil. *Declaração Eletrônica de Porte de Valores – e-DPV*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/dpv/>>. Acesso em: 16 ago. 2015, às 11h50.)

⁶⁰⁷ A respeito da ponderação de bens nas situações de estado de necessidade em que há colisão entre bem jurídico individual e bem jurídico coletivo, Tiedemann explica que o bem jurídico coletivo não deve prevalecer sempre sobre o bem jurídico individual, sendo que “especialmente en el supuesto em que estén en juego la protección de bienes jurídicos elementales del individuo, tales como la integridade corporal, la vida y la libertad, pueden estos bienes estar por encima de intereses de la colectividad.” (TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 10, n. 1, p. 59-68, 1983. p. 63).

⁶⁰⁸ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1978. v. 1. p. 445.

desproporção entre o bem defendido e o bem lesado⁶⁰⁹. Todavia, a discussão é relevante para o Direito Penal brasileiro, tendo em vista que, diferentemente do estado de necessidade⁶¹⁰, a legítima defesa⁶¹¹ é oponível tanto à agressão atual quanto iminente e não tem como requisito legal expresso a preponderância do bem defendido sobre o bem sacrificado.

Diante disso, a corrente majoritária não admite a legítima defesa de bens jurídicos pertencentes à coletividade, restringindo-a aos bens jurídicos individuais. A jurisprudência alemã, conforme registra Roxin, rechaça a faculdade de autotutela pelos indivíduos de bens jurídicos da comunidade, sob o fundamento de que a salvaguarda de uma vida social ordenada é missão dos órgãos estatais competentes e não da iniciativa privada⁶¹².

Segundo Asúa, somente os bens jurídicos que constituem objeto de direitos subjetivos podem ser defendidos pelos particulares quando ilegitimamente atacados⁶¹³. Nessa linha, alguns autores aludem ao Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, assumindo-o como titular de bens jurídicos, à semelhança das pessoas jurídicas de direito privado, e permitindo o exercício da legítima defesa em prol da propriedade estatal (ex.: praticar ameaças e vias de fato para repelir a destruição de telefone público)⁶¹⁴.

Para Jescheck, é possível a legítima defesa de bens jurídicos do Estado ou de outras pessoas jurídicas de Direito Público que possuam caráter individual, bem como de bens jurídicos da coletividade nas situações em que a agressão afeta de forma imediata um particular. Dessa maneira, por exemplo, o cidadão pode autotutelar seu sentimento de pudor caso venha a presenciar alguém praticando ato obsceno em lugar público, mas não está autorizado a retirar da vitrine de uma loja um escrito ou objeto pornográfico (*vide* arts. 233 e 234 do Código Penal). Na visão do autor, ao cidadão não compete repelir as agressões contra a ordem pública ou o ordenamento jurídico em seu conjunto, cabendo tal tarefa somente ao Estado e seus órgãos.⁶¹⁵

⁶⁰⁹ A respeito do excesso na causa, Cf. GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do excesso em legítima defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 104 *et seq.*

⁶¹⁰ “Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 ago. 2015.)

⁶¹¹ “Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (*Ibid.*)

⁶¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 626.

⁶¹³ ASUA, Luis Jimenez de. *El delito - segunda parte*. Buenos Aires: Losada, 1961. p. 127. (Tratado de Derecho Penal, t. 4).

⁶¹⁴ SOLER, *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1978. v. 1. p. 447.

⁶¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1978, v. 1. p. 463- 464.

A corrente minoritária pondera que a lei é indiferente quanto à natureza individual ou coletiva do bem jurídico atacado, inexistindo fundamento jurídico que autorize a conclusão de que os bens da coletividade são menos merecedores de proteção contra agressões injustas do que os bens do indivíduo. Nesse sentido, para Fragoso, “Através da legítima defesa qualquer bem jurídico pode ser protegido. A agressão pode, assim, dirigir-se contra bem jurídico de qualquer natureza, sendo irrelevante que pertença ao agente ou a terceiro, podendo tratar-se inclusive da coletividade ou o Estado”.⁶¹⁶

Apesar de ambas as correntes entenderem cabível a legítima defesa do patrimônio estatal, a doutrina em geral diverge quanto à admissibilidade da denominada “legítima defesa da Pátria”, que diz respeito à reação de particulares frente a agressões à soberania do Estado⁶¹⁷. O exemplo mais citado é o caso do espião que está a ponto de cruzar a fronteira portando segredos de Estado imprescindíveis à segurança nacional. Nesse cenário, o sujeito que o mata ou fere, para impedir que saia do país e divulgue os segredos, atua em legítima defesa?

Asúa critica a tese da “legítima defesa da Pátria”, reputando-a inadequada à previsão legal que estabelece como requisito do instituto a necessidade de repelir injusta agressão a direito próprio ou alheio. Ademais, a possibilidade de estender a legítima defesa em favor do Estado, no afã de salvaguardar a organização política, oferece riscos ao Direito Penal liberal, servindo mais a governos autoritários do que à democracia.⁶¹⁸

Já Jescheck observa que os atos de violência praticados pelo particular para defender o Estado em si mesmo podem ser acudidos pelo estado de necessidade justificante. Todavia, nesses casos, a defesa privada só é justificável quando: 1) o Estado não puder se defender por meio dos seus próprios órgãos e 2) não houver outra forma de evitar grave e irreparável dano para a coletividade.⁶¹⁹

Com efeito, não é desejável dotar a população de faculdades policiais amplas por meio do alargamento descomedido dos limites tradicionais da legítima defesa. Por isso, concorda-se com Roxin quando afirma que a legítima defesa de bens jurídicos

⁶¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 229.

⁶¹⁷ Segundo anota Guerrero, o Código Penal da União Soviética de 1926 previa expressamente a legítima defesa contra “ataque ao poder soviético”. A legítima defesa da Pátria também foi prevista no Código Penal da Bulgária de 1950, no Código Penal da Hungria de 1950 e 1961, dentre outros países do bloco socialista. O Código de Justiça Militar da Argentina de 1951 e o Código Penal da Bolívia de 1834 também a previam. (GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do excesso em legítima defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 102).

⁶¹⁸ ASUA, Luis Jimenez de. *El delito* - segunda parte. Buenos Aires: Losada, 1961, p. 107. (Tratado de Derecho Penal, t. 4).

⁶¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1978, v. 1. p. 464.

supraindividuais só é admissível nas hipóteses em que se protege, simultaneamente, um bem jurídico individual⁶²⁰. Conforme analisa Roxin:

À ordem social pacífica se produziria mais prejuízo do que benefício se cada cidadão a pudesse defender violentamente ainda que não houvesse nenhum particular necessitado de proteção; pois, nesse caso, ante cada violação ao Direito real ou imaginária se poderiam produzir cenas de luta que são precisamente as que o Estado quer evitar estabelecendo “guardiães da ordem” específicos (a polícia).⁶²¹ (tradução nossa).

Dessa forma, age em legítima defesa aquele que viola segredo profissional para evitar que outrem pratique falso testemunho, desde que uma pessoa pudesse vir a ser prejudicada pela falsa declaração, como é de praxe que ocorra. A questão, no entanto, é mais complexa quando se trata, por exemplo, da prática de constrangimento ilegal para impedir a depredação de um monumento histórico ou artístico.

Se não for o caso de proteger, ao mesmo tempo, direito individual próprio ou alheio, a legítima defesa só deve ser admitida para repelir agressão a bens coletivos materializados, tais como o patrimônio público, o patrimônio histórico-cultural e o meio ambiente⁶²². Esse é o posicionamento de parte da doutrina alemã, que restringe a possibilidade da legítima defesa de bens jurídicos coletivos para excluir bens jurídicos genéricos e pouco precisos como a “ordem pública”, a “paz social” e a “segurança nacional”⁶²³.

Logo, em nenhuma hipótese, a legítima defesa de bens jurídicos supraindividuais pode ser usada como pretexto para ataques privados aos “inimigos do Estado”, sejam eles o terrorista ou o subversivo. Contudo, nada impede que, em situações como a do espião descrita acima, aquele que pratica lesões corporais para evitar a divulgação dos segredos de Estado seja isentado de pena pela aplicação de causa de exclusão da culpabilidade.

Quanto ao consentimento do ofendido, causa supralegal de exclusão da ilicitude⁶²⁴, a doutrina é unânime em afirmar sua irrelevância no que toca aos crimes contra bens jurídicos

⁶²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 625.

⁶²¹ No original: “Al orden social pacífico le produciría más perjuicio que beneficio que cada ciudadano lo pudiera defender violentamente aunque no haya ningún particular que necesite protección; pues en ese caso, ante cada violación del Derecho real o imaginaria se podrían producir escenas de lucha que son precisamente las que el Estado quiere evitar estableciendo ‘guardianes del orden’ específicos (la policía)” (*Ibid., loc. cit.*).

⁶²² TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 79-80.

⁶²³ Esse posicionamento é sustentado por Schroeder, Zipf e Schmidhäuser. Roxin critica esse ponto de vista: ROXIN, *op. cit.*, p. 626.

⁶²⁴ A importante discussão sobre se o consentimento do ofendido exclui a tipicidade ou a ilicitude da conduta, ou ambos a depender do tipo penal, foge aos limites do presente trabalho. Sobre o tema, Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. *passim*.

supraindividuais, reputando-os indisponíveis⁶²⁵. Como o presente trabalho emprega o verbo “dispor” no sentido de “usufruir”, o melhor é falar em disponibilidade limitada dos bens jurídicos supraindividuais, tendo em vista que os sujeitos que deles usufruem não gozam da prerrogativa de anuir com seu menoscabo⁶²⁶.

Como visto, no presente trabalho recusa-se a ideia de que o Estado é titular de bens jurídicos próprios, de forma que os bens costumeiramente denominados estatais são, na realidade, bens da coletividade. Diante disso, impõe-se a questão: pode o Estado, na condição de gestor de bens jurídicos da coletividade, consentir com a prática do injusto? A resposta há de ser negativa, uma vez que todos os bens jurídicos supraindividuais se caracterizam pela disposição limitada.

Os raros casos em que o Estado renuncia à ação penal, como ocorre nos crimes tributários federais quando há pagamento do débito⁶²⁷, referem-se, a toda evidência, a causas de exclusão da punibilidade e não de exclusão da ilicitude. O consentimento do ofendido não afasta apenas a punibilidade, mas a própria existência de crime.

A relação entre bens jurídicos supraindividuais e a exclusão do crime pelo consentimento do ofendido adquire destacada relevância no que se refere à problemática dos bens apenas aparentemente coletivos, a seguir exposta. Consoante se observará, a criação de falsos bens jurídicos coletivos tem o poder de encobrir a relevância do consentimento válido do ofendido, levando a interpretações ampliativas dos tipos penais que ignoram a liberdade dos titulares em dispor dos seus bens individuais.

⁶²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 60.

⁶²⁶ A situação é diversa em relação aos bens jurídicos individuais, os quais são de livre disposição dos titulares. Não se desconhece a opinião majoritária de que a disponibilidade de bens jurídico-penais é a exceção e não a regra. Entretanto, considera-se essa uma visão paternalista do Direito Penal, incompatível com a própria teoria do bem jurídico, a qual tem por pilar a autonomia humana. Dessa forma, em relação aos bens jurídicos individuais, a questão importante não é a disponibilidade do bem, que é inegável, mas investigar os requisitos para a validade do ato de disposição (p. ex.: o aproveitamento de situação de vulnerabilidade social da vítima exclui a validade do seu consentimento no crime de favorecimento-facilitação da prostituição, previsto no art. 228 do Código Penal). Já no que concerne aos bens jurídicos individuais com reflexos transindividuais, como já dito, a relevância do consentimento do ofendido deve ser analisada no caso concreto.

⁶²⁷ “Art. 34 “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.” (BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 19 ago. 2015.)

5.6 “Falsos” bens jurídicos supraindividuais

Já foram aqui definidos bens jurídico-penais supraindividuais como sendo aqueles que atendem, ao mesmo tempo, às necessidades fundamentais de pessoas indetermináveis ou de difícil determinação. Contudo, Hefendehl salienta que o fato de que devem servir a interesses gerais não basta como critério exclusivo para precisar a estrutura dos bens jurídicos supraindividuais. Para o autor, o núcleo conceitual de um bem jurídico coletivo é definido com base nos seguintes critérios: 1) não exclusividade do uso; 2) não rivalidade do consumo; e 3) não distributividade conceitual, fática ou jurídica.⁶²⁸

Em razão do critério da não exclusividade do uso, nenhum membro da coletividade pode ser excluído do gozo de um bem jurídico coletivo. Assim, por exemplo, não há sequer um único habitante de determinado território nacional que não tire proveito do bem jurídico coletivo “segurança das fronteiras”, na hipótese de estar o país sob a ameaça de uma invasão por exército estrangeiro.⁶²⁹

Segundo o critério da não rivalidade do consumo, o aproveitamento do bem jurídico supraindividual por um indivíduo em nada prejudica ou impede o desfrute do mesmo bem por outro. No entanto, isso não significa que o bem jurídico supraindividual seja imune a perdas, pois, como dito, os autênticos bens jurídicos não são valores ideais, mas realidades passíveis de serem lesionadas. Logo, o bem jurídico supraindividual pode sim ser vulnerado pelo consumo, vindo a ser reduzido ou destruído, mas apenas pelo consumo ilegal ou abusivo.⁶³⁰

Por fim, pelo critério da não distributividade (ou indivisibilidade), imediatamente ligado ao critério da não exclusividade do uso, “um bem é coletivo quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas”⁶³¹. Retomando o exemplo supracitado, o bem “segurança das fronteiras” não pode ser dividido em porções individuais, de modo que o ataque a uma dessas porções não atinja os

⁶²⁸ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 182 *et seq.* Há que se esclarecer que o fato de aqui se definirem critérios para a identificação de autênticos bens jurídicos supraindividuais não contraria a adesão desta autora à perspectiva monista-pessoal. Com efeito, os bens jurídicos individuais e coletivos estão sujeitos ao mesmo filtro de legitimidade, fornecido pelo modelo de teoria pessoal aqui acolhido. Tal filtro visa estabelecer pressupostos para a postulação legítima de bens jurídico-penais ou, numa linguagem mais direta, balizar a decisão sobre o que deve e o que não deve constituir um bem jurídico-penal. Por outro lado, os requisitos analisados no presente trópico são requisitos adicionais, extras, para uma melhor definição do que é um bem jurídico-penal supraindividual. Se faltar algum desses requisitos adicionais, não se estará diante de um bem supraindividual, mas nada impede que se reconheça um bem jurídico individual.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 187-188.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 188.

⁶³¹ *Id.*, Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, 2010. p. 114.

titulares das demais. A invasão do território nacional por um exército estrangeiro, independentemente de onde ocorra, coloca em apuros todos aqueles que nele se encontram.

Conforme demonstram os exemplos a seguir, a aplicação prática dos três critérios (não exclusividade, não rivalidade e não distributividade) leva à descoberta de falsos bens jurídicos supraindividuais (ou bens jurídicos supraindividuais aparentes)⁶³², presentes tanto no Direito Penal clássico quanto no Direito Penal moderno.

O primeiro e mais importante exemplo de pseudobem supraindividual é a saúde pública, indicada pela doutrina majoritária como sendo o objeto de proteção dos tipos penais previstos na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06). Ocorre que a saúde pública nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais. Assim, a saúde pública não preenche o requisito da não distributividade, isto é, da indivisibilidade do bem entre os diversos titulares. Afinal, cada um tem sua própria integridade física, independente da dos demais.⁶³³

No caso dos crimes da Lei de Drogas, a desconstrução do bem jurídico só aparentemente coletivo tem duas principais vantagens: 1) desvelar o conteúdo paternalista da proibição penal, que criminaliza autolesões mesmo quando praticadas por sujeitos capazes no livre exercício de sua autonomia; e 2) reconhecer esses crimes como de perigo abstrato contra bem individual, evidenciando a desproporcionalidade da pena prevista para o crime de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão, além de multa), em comparação à pena imposta ao crime de lesão ao mesmo bem jurídico (de 2 a 8 anos, para o crime de lesão corporal gravíssima).⁶³⁴

Nota-se que, em geral, a doutrina que diferencia duas modalidades de bens jurídico-penais supraindividuais, os difusos e os coletivos, não observa o critério da não distributividade, elevando à categoria de bens jurídicos coletivos a mera soma de bens jurídicos individuais pertencentes a várias pessoas. É o caso dos ditos crimes contra a

⁶³² Amelung trabalha com noção diversa, indicando como bens jurídicos aparentes a moralidade, os sentimentos, a confiança e a segurança, pois “[...] no se remiten a ningún objeto específico que se encuentre <<de trás>> de tales tipos de normas de conducta, sino que reifican efectos que tales tipos de normas tienen siempre cuando gozan de vigencia fáctica” (AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 249). Concorda-se que a moralidade, a confiança, a segurança e os sentimentos em geral devem ser excluídos da categoria de bens jurídicos, mas tal conclusão não depende da aplicação dos três critérios aqui mencionados. Isso porque a exclusão se dá por uma questão preliminar, anteriormente analisada: não se está diante de bens, em si, mas de meros sentimentos.

⁶³³ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 115; SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 214.

⁶³⁴ GRECO, *op. cit.*, p. 114.

organização do trabalho (arts. 197 a 207 do Código Penal), nos quais o suposto bem jurídico coletivo em sentido estrito – a organização do trabalho – pode ser dividido em vários bens jurídicos individuais – a liberdade de trabalho, de comércio, de associação, etc.⁶³⁵

Outro exemplo de crime contra falso bem jurídico supraindividual é o crime de incêndio⁶³⁶, que, para a doutrina majoritária, é crime de perigo concreto contra o bem jurídico supraindividual “incolumidade pública”, definido como a segurança de um número indeterminado de pessoas. Contudo, a configuração desse tipo penal depende da produção de perigo concreto para bens jurídicos individuais (vida, integridade física e patrimônio) de um número indeterminado de pessoas (determinadas no caso de lesão), uma vez que se trata de crime de perigo comum⁶³⁷.

Da mesma forma, os bens jurídicos segurança coletiva (crimes previstos no Estatuto do Desarmamento), segurança no trânsito e relações de consumo fazem referência ao somatório de bens jurídicos individuais (vida, integridade física, saúde, liberdade, etc.) de várias pessoas. A criação desses falsos bens jurídicos coletivos induz interpretações dos tipos penais correspondentes como crimes de dano, quando se está, na realidade, antecipando a intervenção penal, muitas vezes de maneira excessiva, por meio da tipificação do perigo, abstrato ou concreto.

Nesses casos, uma terceira vantagem da desconstrução dos falsos bens jurídicos supraindividuais diz respeito ao manuseio das situações em que sobrevém lesão efetiva aos bens individuais subjacentes. Cita-se como exemplo o crime contra as relações de consumo previsto no art. 7º, inc. IX, da Lei nº 8.137/90, que pune a venda de matéria-prima ou

⁶³⁵ Outro exemplo é o patrimônio da sociedade anônima, afetado pelos crimes societários, o qual é divisível entre os acionistas, sendo a parte de cada indivíduo no todo perfeitamente identificável. Logo, está-se diante de um bem jurídico individual, ainda que se possa afirmar que sua agressão produz reflexos transindividuais, no plano socioeconômico.

⁶³⁶ “Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 ago. 2015.) As mesmas considerações também valem para os demais crimes de perigo comum, como os crimes de explosão (art. 251 do CP), inundação (art. 254 do CP) e desabamento ou desmoronamento (art. 256 do CP).”

⁶³⁷ O perigo comum é definido como o perigo para um número indeterminado de pessoas, opondo-se ao perigo individual, isto é, perigo para uma pessoa determinada ou para um grupo determinado de pessoas. As dicotomias perigo individual/perigo comum e perigo concreto/perigo abstrato são independentes, porquanto indicam a classificação dos crimes segundo diferentes critérios. Assim, podem existir crimes de perigo individual abstrato ou concreto e crimes de perigo comum abstrato ou concreto. Todavia, o mais comum é que os crimes de perigo individual sejam de perigo concreto e os crimes de perigo comum sejam de perigo abstrato, mas as duas classificações não se confundem, não tendo, *prima facie*, nada a ver uma com a outra. Por outro lado, observa-se que a classificação dos crimes em de perigo individual e de perigo comum não é pertinente aos crimes contra bens jurídicos supraindividuais, mas somente aos crimes contra bens jurídicos individuais (GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 112).

mercadoria em condições impróprias ao consumo. Caso o fornecedor venda produto impróprio ao consumo, e os consumidores, em razão do uso, sofram danos, haverá concurso aparente de normas ou concurso formal de crimes entre o crime contra as “relações de consumo” e o crime de lesão?

A verificação de que o tipo penal em comento é crime de perigo abstrato a bens jurídicos individuais impõe a conclusão de que, se todo o perigo gerado pela conduta se concretizar em dano, o crime de lesão absorverá o de perigo, por aplicação do princípio da subsidiariedade. É claro que, tratando-se de crime de perigo comum, o dano sofrido por apenas alguns dos que foram expostos ao perigo não exaure o potencial lesivo da conduta proibida, o que afasta os princípios do concurso aparente de normas e determina a aplicação do concurso de crimes⁶³⁸.

Os crimes de falsificação de moeda e de documentos também oferecem exemplos interessantes. De forma geral, a fé pública é indicada como o bem jurídico supraindividual atingido pelas falsidades. Todavia, numa análise mais detida, a fé pública pode ser desmembrada em dois bens jurídicos supraindividuais específicos: a segurança do tráfico monetário e a segurança do tráfico documental ou probatório.

Para Hefendehl, as falsidades envolvendo documentos particulares não afetam nenhum bem jurídico coletivo, pois tais documentos não são providos de fé pública. Assim, a perda da confiança em determinado documento particular (p. ex.: nota fiscal) só afetará as relações jurídicas entre o emissor ou usuário do documento e o seu destinatário, não afetando o tráfico documental ou probatório em sua totalidade, como ocorreria com a perda da confiança em um documento público (p. ex.: documento de identidade).⁶³⁹

A descoberta dos bens jurídicos supraindividuais aparentes despertou nova crítica à teoria pessoal do bem jurídico penal: será que tal teoria, ao reconduzir os bens jurídicos coletivos aos interesses dos indivíduos concretos, não admite apenas falsos bens jurídicos coletivos? De fato, toda vez que se cria um bem jurídico coletivo para antecipar a tutela de bens individuais se estará postulando falsos bens coletivos. Porém, para a teoria pessoal nos moldes defendidos no presente trabalho, existem autênticos bens jurídicos coletivos, que não são meras punições antecipadas de menoscabos a bens individuais.

⁶³⁸ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. 2006. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2006. p. 150-151.

⁶³⁹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 186.

A teoria pessoal reconhece, por exemplo, o meio ambiente como bem jurídico-penal supraindividual. A diferença é que o meio ecológico não é tido como um fim em si mesmo, mas como o conjunto de condições vitais para a qualidade de vida humana⁶⁴⁰. A referência aos indivíduos pode ser apenas indireta, mas não longínqua e etérea, uma vez que o fundamento personalista desse bem jurídico não é mera ficção.

A qualidade de verdadeiro bem jurídico-penal do meio ambiente é indiscutível, pois esse bem atende aos três critérios supramencionados, considerando que: 1) não pode ser usufruído por A ou B com exclusividade; 2) seu aproveitamento sustentável por A não perturba o aproveitamento por B; e 3) não há uma parte do meio ambiente que assista exclusivamente a A ou B⁶⁴¹. A peculiaridade do meio ambiente está em ser esse um bem consumível devido ao caráter limitado e não renovável de alguns recursos naturais, o que impõe limitações à sua fruição pela generalidade⁶⁴².

Há quem insista que os bens jurídicos reputados como aparentes, como a saúde pública e a incolumidade pública, são mais do que a mera soma de bens jurídicos individuais, pois o potencial lesivo da colocação em risco de toda a coletividade iria além do menoscabo à integridade física de pessoas isoladamente tomadas. Além disso, afirma-se que nem sempre a suposta criação de um falso bem jurídico coletivo oculta a existência de um crime de perigo por trás da fachada de crime de dano – é o caso dos crimes contra a incolumidade pública, os quais o próprio legislador penal denomina de crimes de perigo comum.⁶⁴³

Em verdade, nas hipóteses em que um número indeterminado de bens jurídicos individuais for exposto a perigo não consentido (o que não é o caso dos crimes da Lei de Drogas), uma maior reprovabilidade da conduta arriscada é admissível. No entanto, a invenção de bens jurídicos pelo legislador é sempre ilegítima, sendo certo que evitar a postulação arbitrária de bens jurídico-penais, sejam eles individuais ou supraindividuais, para justificar incriminações é o principal objetivo de uma teoria crítica do bem jurídico.

⁶⁴⁰ “[...] el medio ambiente en el delito ecológico como el conjunto de las condiciones vitales de las personas y no como la pureza del agua o del aire como tales [...]” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 109).

⁶⁴¹ Nas situações em que um recurso natural é privatizado (p. ex.: um córrego dentro de uma fazenda particular), ele deixa de compor o bem jurídico supraindividual meio ambiente, tornando-se um bem individual ligado ao patrimônio particular.

⁶⁴² HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 189-190.

⁶⁴³ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. 2006. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2006. p. 150-151.

5.7 Bens jurídicos imediatos e intermediários

Os falsos bens jurídicos supraindividuais não se confundem com os denominados bens jurídicos imediatos e intermediários, cujas definições dependem da referência a outro bem jurídico-penal (mediato e final, respectivamente).

Segundo Pérez, os crimes econômicos são, em sua maioria, pluriofensivos, sendo possível identificar neles um bem jurídico imediato e um bem jurídico mediato. O bem jurídico imediato é aquele ao qual se faz referência na teoria do delito clássica por estar incorporado ao tipo penal, sendo que sua vulneração pelo dano ou perigo de dano tipicamente previsto deve ser abarcada pelo dolo ou culpa.⁶⁴⁴

Já o bem jurídico mediato está ligado à *ratio legis* ou finalidade da norma, não se fazendo necessária a produção do resultado típico em relação aos fins da incriminação, nem que o agente tenha sequer conhecimento de quais sejam esses fins. Logo, o bem jurídico mediato não possui nenhuma relevância direta para os tipos objetivo e subjetivo. Além disso, a conduta que lesiona o bem imediato só constitui um ataque ao bem mediato no plano do perigo, tendo em vista a imprecisão e amplitude desse último.⁶⁴⁵

O autor cita como exemplo os crimes contra a propriedade industrial, nos quais o bem jurídico imediato seria o patrimônio individual imaterial e o bem jurídico mediato seria a projeção desse bem individual sobre a ordem econômica. Para ele, a ordem econômica é um interesse de índole supraindividual, difuso e abstrato, que reforça a importância da proteção da propriedade industrial. Assim, a propriedade industrial representa um aspecto concreto e tangível da ordem econômica, passível de sofrer dano.⁶⁴⁶

Os crimes tributários ou fiscais também são utilizados como modelo para a teoria dos bens jurídicos imediatos/mediatos. Para Amaral, nos tipos penais da Lei nº 8.137/1990 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária), o bem jurídico imediato é a arrecadação tributária. Porém, mediamente, são tuteladas as funções extrafiscais e constitucionais do tributo, “visto não só como meio de recolhimento de recursos financeiros para a estruturação do Estado, mas

⁶⁴⁴ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho Penal Económico*. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 90.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 90. Para o autor, os bens jurídicos mediatos cumprem as funções de orientação da atividade legislativa de criminalização e descriminalização, sistematização dos tipos penais e de auxílio na dosimetria da pena, uma vez que os reflexos da conduta no bem mediato podem indicar a maior ou menor gravidade do injusto.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 93.

principalmente [...] como instrumento de intervenção na economia e de distribuição da riqueza nacional”⁶⁴⁷.

Logo, o bem mediato nos crimes tributários tem por base o interesse social na consecução dos objetivos fundamentais do Estado: a construção de uma sociedade justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, a efetivação de direitos sociais básicos (saúde pública, educação gratuita e de qualidade, previdência e assistência sociais, dentre outros)⁶⁴⁸.

Segundo Amaral, a configuração do crime tributário depende da ocorrência de dano significativo à arrecadação tributária e perigo de dano para as funções político-econômicas do tributo. Afinal, se não houver dano efetivo ao bem jurídico imediato, o qual é capaz de sofrer lesão material e quantitativamente apreciável, o perigo para o bem jurídico mediato supraindividual não passará de perigo de perigo de dano, isto é, de perigo abstrato. Diante disso, o autor preceitua que a tentativa de crime tributário e figuras típicas como a do art. 2º, inc. V, da Lei nº 8.137/90⁶⁴⁹ só podem ser punidas no âmbito administrativo, pois não atendem à exigência de afetação material ao bem jurídico imediato.⁶⁵⁰

Em paralelo à teoria dos bens jurídicos imediatos/mediatos, desenvolveu-se a noção de bem jurídico intermediário, definido como bem-meio típico do Direito Administrativo sancionador, ao qual foi atribuída dignidade penal em razão de seu valor instrumental para a garantia de bens-fim essenciais à realização humana⁶⁵¹. Os bens intermediários foram pensados por Tiedemann, no âmbito dos crimes econômicos, como categoria autônoma situada entre os bens coletivos e os bens individuais. Nessa concepção, os bens jurídicos intermediários, exemplificados pelo sistema de crédito e pela liberdade de concorrência, teriam como característica a referência direta a bens jurídicos individuais.⁶⁵²

⁶⁴⁷ AMARAL, Leonardo Coelho do. Crimes sócio-econômicos e crimes fiscais: algumas características. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 43, p. 187-225, abr.-jun. 2003. p. 211.

⁶⁴⁸ No presente trabalho, diverge-se parcialmente da análise apresentada por Amaral, em primeiro lugar, porque as funções extrafiscais do tributo compõem os fins da norma penal, não constituindo um verdadeiro bem jurídico. Além disso, como se verá adiante, entende-se o crime de sonegação fiscal como crime de dano contra o patrimônio público, o que dispensa a introdução da noção de bem jurídico mediato e imediato.

⁶⁴⁹ “Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza: [...] V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.” (BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.)

⁶⁵⁰ AMARAL, *op. cit.*, p. 213-221.

⁶⁵¹ Portanto, o que alguns autores denominam bem jurídico intermediário corresponde ao que outros autores denominam bem jurídico imediato.

⁶⁵² SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, p. 231-246, set.-out. 2010. p. 240.

Antes mesmo de Tiedemann, Schünemann já admitia bens jurídicos intermediários⁶⁵³. Assim, o controle estatal sobre o tráfico de drogas seria um bem jurídico institucional constituído com o fim de manter a criminalização da traficância nas hipóteses em que o consentimento do usuário é inválido, em razão, por exemplo, da menoridade. Da mesma forma, o controle estatal sobre o comércio de armas seria um bem jurídico intermediário supraindividual intercalado pelo legislador como meio para a proteção de bens jurídicos individuais. Nos dois casos, segundo o autor, é possível orientar e restringir a interpretação dos tipos penais com suporte no caráter instrumental do bem intermediário, cuja vulneração só deve ser reprimida na medida em que represente ameaça ao bem jurídico-fim (saúde, vida, integridade física e psíquica, liberdade etc.).⁶⁵⁴

Mata y Martín afirma que os bens jurídicos intermediários são bens jurídicos supraindividuais vinculados a bens jurídicos individuais, de forma que ambos se situam na mesma direção ou linha de ataque do comportamento punível⁶⁵⁵. Isso significa que a lesão efetiva ao bem jurídico intermediário é etapa prévia necessária à colocação em perigo dos bens jurídicos individuais de uma pluralidade de pessoas.⁶⁵⁶ Para o autor, os bens intermediários, a exemplo das relações econômicas e das relações de consumo, são bens jurídicos artificialmente construídos a partir das conveniências e necessidades sociais⁶⁵⁷.

Com base em Mata y Martín, Ospina aplica a presente categoria aos crimes cibernéticos, identificando o bem jurídico-penal intermediário como sendo o direito supraindividual à informação. Segundo a autora, a conduta que atenta efetivamente contra esse bem jurídico intermediário, em suas dimensões de confidencialidade, integridade e disponibilidade da informação⁶⁵⁸, expõe a perigo concreto bens jurídicos individuais como a

⁶⁵³ Em sentido semelhante, Roxin fala em “bem jurídico intermediário espiritualizado” e Jakobs prefere a denominação “objeto com função representativa”.

⁶⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 223-224.

⁶⁵⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico). Granada: Comares, 1997. p. 36.

⁶⁵⁶ OSPINA, Sandra Jeannette Castro. Delitos informáticos: La información como bien jurídico y los delitos informáticos en el Nuevo Código Penal Colombiano. *Delitos Informáticos*, 15 de julio 2002. Disponível em: <<http://www.delitosinformaticos.com/delitos/colombia1.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2015, às 12h30.

⁶⁵⁷ Segundo Marques, os bens jurídicos intermediários “são mais propriamente valores que bens, pois atendem aos critérios de *urgência social* e não propriamente aos critérios de *essência*” (MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 64).

⁶⁵⁸ Sobre cada uma das dimensões do direito à informação, a autora explica que: “En cuanto a la confidencialidad debe decirse que, en la sociedad moderna, la comunidad tiene derecho a la privacidad de los datos atinentes a la vida personal de sus miembros; a las estrategias comerciales, publicitarias o mercantiles; a los secretos industriales; y las comunicaciones; entre otras. Este derecho se traduce en un sentimiento de

intimidade, a honra, o patrimônio e a autonomia pessoal. Para ela, a introdução desse bem jurídico intermediário permite extirpar do âmbito dos crimes cibernéticos as condutas que, não afetando a confidencialidade, integridade e disponibilidade da informação, geram apenas perigo abstrato para os bens jurídicos individuais de várias pessoas⁶⁵⁹.

Na análise de Malan, os crimes financeiros também se identificam por possuírem um bem jurídico intermediário (o sistema financeiro nacional) e um bem jurídico final (o patrimônio público e privado nele investido), uma vez que o sistema financeiro não é um fim em si mesmo, mas meio de desenvolvimento do direito de propriedade dos titulares dos ativos. O autor afirma que a Lei nº 7.492/86 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) adotou técnica legislativa de antecipação da intervenção penal, protegendo o bem jurídico intermediário para melhor proteger o bem jurídico final. Apesar disso, tal técnica, que deve ser excepcional, só será legítima na medida em que se exija a ocorrência de lesão ou perigo concreto de lesão para os interesses patrimoniais individuais.⁶⁶⁰

Por outro lado, Coria pondera que a técnica de postulação de bens jurídicos intermediários evita a tipificação de crimes de perigo abstrato. Geralmente, considera-se inevitável a estrutura delitiva do perigo abstrato nos crimes contra bens jurídicos supraindividuais, pelo fato de ser a lesão ou perigo concreto para tais bens “difícilmente imaginável, tornando incerta a determinação do grau de lesividade exigível à conduta individual em relação ao bem coletivo”⁶⁶¹ (tradução nossa). Assim, o recurso ao bem jurídico

seguridad y de tranquilidad en la convivencia social. Así mismo, la colectividad tiene derecho a la autenticidad e integridad de la información. La falta de confianza en los medios y documentos electrónicos genera dificultades en el tráfico jurídico. Por último, los miembros del grupo social tienen derecho a la disponibilidad de la información sin perturbaciones ni trabas, pues ella les permite ejercer libremente sus derechos. Solo el conocimiento hace posible la libertad.” (OSPINA, Sandra Jeannette Castro. Delitos informáticos: La información como bien jurídico y los delitos informáticos en el Nuevo Código Penal Colombiano. *Delitos Informáticos*, 15 de julio 2002. Disponível em: <<http://www.delitosinformaticos.com/delitos/colombia1.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2015, às 12:30.)

⁶⁵⁹ Ospina esclarece que os delitos que implicam a lesão de bens jurídicos individuais por meio eletrônico ou informático, como, por exemplo, a obtenção de dados e senhas bancárias para a realização de transferências financeiras indevidas e o uso das mídias sociais para a prática de ofensas, devem ser tipificadas a partir das figuras clássicas, nos exemplos, o estelionato e os crimes contra a honra, sem necessidade de referência ao bem jurídico intermediário. (*Ibid.*)

⁶⁶⁰ MALAN, Diogo Rudge. Bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/86. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 91, p. 367-391, jul.-ago. 2011, p. 380-382.

⁶⁶¹ “[...] actualmente suele aceptarse el planteamiento de Schünemann sobre la necesidad de recurrir a los llamados "delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado", a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo.” (CORIA, Dino Carlos Caro. “Sociedades de riesgo”, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Caro&Asociados*, Diciembre 2006, p. 10. Disponível em: <<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caros/Bjc-concurso.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015, às 10h20.)

intermediário visa estabelecer um referencial de lesividade, na medida em que o dano ao bem-meio equivale, no mínimo, ao perigo concreto para o bem-fim supraindividual.

Pelo exposto, verifica-se que a doutrina apresenta uma variedade de definições e aplicações das ideias de bem jurídico imediato/mediato e bem jurídico intermediário. Em alguns casos, nota-se que o bem jurídico-penal é confundido com a finalidade da lei ou com o objeto material do crime. Em outros, cria-se um bem jurídico intermediário ou mediato para se referir ao que já definimos como bem jurídico individual de reflexos transindividuais (p. ex.: a propriedade industrial). Por fim, há situações em que se inclui na categoria de bem intermediário ou imediato, o que é, na realidade, um falso bem jurídico coletivo (p. ex.: as relações de consumo).

Diante disso, Cervini pondera que, apenas em poucas hipóteses, o bem jurídico intermediário constituirá um bem jurídico em sentido estrito, pois, na maioria das vezes, melhor se apresenta como “um marco de referência ou um conjunto de condições que asseguram a viabilidade dos bens jurídicos individuais”⁶⁶² (tradução nossa). Contudo, as noções de bem-meio e bem-fim, desde que não sirvam à invenção de bens jurídicos coletivos, podem auxiliar na escolha da estrutura delitiva mais adequada ao direito penal supraindividual, reduzindo a tipificação de crimes de perigo abstrato.

Segundo Mantovani, a identificação de bens-meio autônomos – porém funcionalizados à tutela de bens-fim preexistentes e de *rango superiore* – é necessária para compensar a insuficiência dos instrumentos tradicionais de proteção dos bens-fim frente às novas formas de agressão, bem como para preservar o princípio da ofensividade e delimitar o âmbito da criminalização das condutas a partir da objetividade típica intermediária ou instrumental⁶⁶³. Para tanto, há que se resguardar a natureza subsidiária e complementar dos bens jurídicos intermediários, de modo que seja tipificado apenas o dano contra tais bens, representativo de perigo para bens jurídicos básicos e elementares.

⁶⁶² No original: “Más bien constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales” (CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – Concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, p. 81-108, abr.-jun. 2003. p. 103). Com base em Jakobs, Baratta afirma que os bens jurídicos intermediários são fragmentos funcionais do bem jurídico principal e configuram expediente de antecipação de bens jurídicos para fins de intervenção penal (BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994. p. 15).

⁶⁶³ No original: “[...] [bene intermedi] la cui tutela, anche se autonoma, è pur sempre funzionale alla tutela di <<beni giuridici finali>>, <<preesistenti>>, e di rango superiore a quelli confliggenti, e non più adeguatamente protetti, attraverso le forme tradizionali di tutela di fronte alle nuove forme di aggressione. E l’aggancio a tali sottostanti beni giuridici finali è fondamentale per legittimare, con sufficiente preservazione del principio di offensività, la criminalizzazione e per delimitare l’ambito della criminalizzazione del fatti, raggruppati sotto oggettività intermedie, strumentali.” (MANTOVANI, Ferrando. *Parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. p. 196. (Diritto Penale), itálico no original).

Daí que o bem-meio deve ser um autêntico bem jurídico supraindividual material e tangível, suficientemente corporizado para figurar como referencial de lesividade. O bem-fim, por sua vez, deve corresponder a bens jurídicos individuais de uma pluralidade de pessoas indeterminadas ou a bens jurídicos supraindividuais incorpóreos e mais resistentes a lesões. Dessa forma, os bens-fim coletivos se caracterizam por serem menos facilmente danificados, de forma efetiva e irreversível, pela generalidade das condutas, consideradas isoladamente ou em situações de normalidade fática.

No mais, os predicados de instrumentalidade e materialidade atribuídos aos bens jurídicos imediatos e intermediários impõem que se cuide para não confundi-los com funções ou com o objeto material do delito, tornando indispensável diferenciar tais noções.

5.8 Bem jurídico-penal supraindividual e funções

Os bens jurídico-penais são divididos por Ramírez em referidos à existência do sistema e referidos ao funcionamento do sistema. Os primeiros são compostos por bens jurídicos individuais clássicos, como a vida, a liberdade e a integridade física, que são as bases da convivência social e estão implicados nas relações microssociais. Já os segundos garantem, no plano macrossocial, o funcionamento adequado do sistema, assegurando as condições indispensáveis para a produção das relações sociais básicas e equilibrando eventuais desajustes (meio ambiente, fé pública, livre concorrência, etc.).⁶⁶⁴

O autor ainda subdivide essa segunda categoria de bens em coletivos, institucionais e de controle. Assim, os bens jurídicos coletivos se dirigem à satisfação de necessidades de caráter social e econômico de uma generalidade de pessoas; os bens institucionais se referem a instituições básicas para o funcionamento do sistema e os bens de controle se orientam à proteção do aparato estatal para que ele possa cumprir as suas funções⁶⁶⁵. Segundo Vega, os bens jurídico-penais institucionais e de controle são aqueles em que a proteção dos interesses aparece mediatizada por uma pessoa jurídico-pública, enquanto os coletivos não dependem da mediação de um ente institucional que opere como aglutinador da proteção penal⁶⁶⁶.

Angioni explica que se denomina instituição, primeiramente, o complexo de normas que resguardam determinado instituto jurídico, como, por exemplo, o matrimônio, a família e a propriedade. Nesse primeiro sentido, o bem jurídico institucional corresponderia a um grupo

⁶⁶⁴ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Parte especial. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1991. p. 6.

⁶⁶⁵ CERVINI, Raúl. Derecho Penal económico – Concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, p. 81-108, abr.-jun. 2003. p. 101-102.

⁶⁶⁶ VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 77.

de normas extrapenais tutelado pela norma penal. Em um segundo sentido, designa-se como instituição uma série de comportamentos conformes a um complexo de normas jurídicas, sendo que o bem jurídico institucional corresponderia à efetiva vigência dessas normas. No entanto, o conteúdo essencialmente normativista dessas noções impede que o bem jurídico desempenhe qualquer função crítica, tendo em vista que o bem jurídico institucional é identificado ao próprio ordenamento jurídico em si mesmo.⁶⁶⁷

É comum incluir entre os bens institucionais e de controle os denominados “bens-prestação”, que traduzem um interesse funcional ao bem-estar da coletividade, representado pela disponibilidade econômico-financeira necessária ao desempenho das funções típicas do Estado Social. Ocorre que ditos bens-prestação – como, por exemplo, o correto funcionamento e o desenvolvimento estável da ordem econômica – mais se assemelham a uma ordem pública ideal, autêntica *ratione di tutela* e não *oggeto di tutela*.⁶⁶⁸

Para Moccia, a utilização do instrumento penal para tutelar a funcionalidade dos mecanismos de intervenção da administração pública, a partir da criação artificiosa de bens jurídicos de referência, visa atender exigências pragmáticas de eficiência do controle e coerência do sistema. Assim, tal técnica legislativa é uma opção utilitarista, tomada em detrimento das preocupações de ordem axiológica, que busca superar problemas práticos na redação dos tipos penais e previsíveis dificuldades na produção probatória.⁶⁶⁹

O resultado é que o conteúdo material do ilícito penal se reduz à mera transgressão da norma de organização, impulsionando o já mencionado fenômeno da administrativização do Direito Penal. Como visto, esse processo leva à confusão entre as noções de bem jurídico e função, convertendo o Direito Penal em instrumento de regulação de atividades de interesse estatal e gerenciamento dos riscos sistêmicos a elas inerentes, em consonância com as diretrizes político-governamentais momentâneas⁶⁷⁰.

As funções são atividades administrativas do Estado referentes ao controle sobre determinado setor da vida comum ou sobre o seu próprio organismo. Por isso, a equiparação entre bem jurídico e função permite que sejam elevados à condição de objeto de tutela penal meros atos administrativos sem repercussão na vida das pessoas.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 59-63.

⁶⁶⁸ MOCCIA, Sergio. Dalla tutela dei beni ala tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, n. 2, p. 343-374, apri.-giu. 1995. p. 351.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 345-346.

⁶⁷⁰ MALAN, Diogo Rudge. Bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/86. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 91, p. 367-391, jul.-ago. 2011. p. 378.

⁶⁷¹ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 53-54.

Com efeito, a confusão entre bem jurídico e função – que ocorre quando se identifica as funções de controle de arrecadação e o patrimônio público, as funções de controle ambiental e o próprio meio ambiente, a função de controle e estabilidade da economia e a ordem econômica, tomada como ente coletivo e abstrato – é consequência inevitável da visão de que o Direito Penal cumpre, em primeiro lugar, funções programáticas de proteção e não de delimitação do poder punitivo.⁶⁷² Diante disso, a distinção entre as duas categorias se mostra essencial à preservação da função crítico-garantista da teoria do bem jurídico.

Na definição de Tavares, as funções se caracterizam pela instrumentalidade e dependência em relação a outro objeto. Nas ciências matemáticas, por exemplo, denomina-se “função” a grandeza variável cujo valor depende de outra grandeza. Logo, o conceito de função é inseparável do conceito de relação, uma vez que, da mesma forma que as variáveis dependentes, a função não tem significado próprio fora do contexto da relação.⁶⁷³

Contudo, Tavares alerta para a necessidade de diferenciar uma relação funcional de uma relação real ou substancial. Na relação funcional, os objetos reais (p. ex.: João e Maria) são substituídos por objetos simbólicos (p. ex.: x e y). Por isso, a relação funcional pode ser desdobrada em muitas outras relações, suscetíveis de quantificação. Como consequência, à medida que as variáveis são substituídas, estabelece-se uma infinidade de combinações possíveis, todas sem substância material.⁶⁷⁴

Nesse sentido, as normas administrativas de controle no âmbito do tráfico viário (p. ex.: as que determinam a circulação pelo lado direito da via e as que proíbem o estacionamento em determinados locais) destinam-se a regular relações funcionais e não relações reais:

O controle do tráfico por si só não tem a menor relevância, só adquirindo importância quando feito sobre veículos em circulação pelas ruas e estradas, isto é, como o desdobramento de uma relação funcional determinada, onde os objetos em circulação seriam as variáveis dependentes das condições e dimensões das ruas e estradas. Desta relação é que nasce a função de controle, [...] os elementos de relação (os veículos) não representam, aqui, qualquer conteúdo material, mas servem apenas de variáveis que conduzem à proposição de que circulam conforme as regras de trânsito. As regras de condução ou de controle resultam, pois, de uma simples execução de ajuste entre a quantidade de veículos e as dimensões das vias, sem nenhuma referência aos objetos reais que circulam, apenas a um número estatístico. (tradução nossa).⁶⁷⁵

⁶⁷² TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 70.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 56 e 59.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 59-60.

⁶⁷⁵ No original: “El control del tráfico por sí solo no tiene la menor relevancia, sólo cobrará dimensión cuando se haga sobre vehículos es circulación por calles y rutas, esto es, como el desdoblamiento de una relación funcional determinada, donde los objetos en circulación serían las variables dependientes de las condiciones y

Segundo Tavares, essa forma de controle difuso ou anônimo é peculiar às sociedades pós-modernas capitalistas que experimentaram a descentralização e o distanciamento do Estado dos processos de produção e distribuição de bens, bem como da satisfação das necessidades básicas das pessoas. Nesse contexto, o papel do Estado foi reduzido ao de instância fiscalizadora desses processos, ao passo que o controle material foi substituído pelo mero controle de informação. Daí que, à imposição de sanções aos que infringem as normas de trânsito, são irrelevantes circunstâncias como a de que, no momento da infração, nenhum outro veículo ou transeunte transitava por aquela via pública, não tendo havido, por conseguinte, ameaça a bens jurídicos.⁶⁷⁶

No entanto, problemáticas são as situações em que a punição para a inobservância da regra de controle difuso ou anônimo é penal e não apenas administrativa. É o caso da função de controle da saída de dinheiro do país, cuja finalidade é obter a comunicação da movimentação financeira, independentemente das repercussões reais na economia. Assim, o sujeito que transporta dez mil dólares para fora do país sem comunicação à autoridade competente responde pelo crime de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/86), enquanto aquele que comunica a transferência de dez milhões de dólares para o exterior não pratica crime, apesar de essa segunda conduta ocasionar um prejuízo infinitamente superior às reservas cambiais nacionais.⁶⁷⁷

Do ponto de vista da teoria pessoal adotada pelo presente trabalho, as reservas cambiais do país – as quais devem ser mantidas em níveis satisfatórios para atender ao interesse dos membros da coletividade no desenvolvimento equilibrado da economia nacional – podem, em tese, ser indicadas como o bem jurídico-penal supraindividual no crime em questão. Entretanto, como a remessa de divisas ao exterior, acima de determinado patamar, não configura crime desde que realizada após comunicação à autoridade competente, impõe-se a conclusão de que o tipo penal pune a mera atuação inconveniente à função estatal de controle da saída de dinheiro e não a ofensa ao bem jurídico.⁶⁷⁸

dimensiones de las calles y rutas. De esta relación es que nace la función de controle, [...] los elementos de relación (los vehículos) no representan, aquí, cualquier contenido material, sino que sirven sólo que de variables que conducen a la proposición a la proposición de que circulan conforme a las reglas de tránsito. Las reglas de conducir o de control resultan, pues, de una simple ecuación de ajuste entre la cantidad de vehículos y las dimensiones de las vías, sin ninguna referencia a los objetos reales que circulan, sólo un número estadístico.” (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 61-62).

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 62-63.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶⁷⁸ TÓRTIMA, José Carlos; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de divisas*. Uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 20-21. A despeito da literalidade do tipo penal falar em necessidade de autorização para promover a saída de

Nas palavras de Tavares, os bens jurídicos se caracterizam por constituir, ao mesmo tempo, objeto de referência e objeto de preferência da norma penal. Se entendido apenas como objeto de referência – isto é, como pressuposto de validade e eficácia da norma –, é fácil confundi-los com as funções. Entretanto, a fim de tornar o bem jurídico um instrumento de garantia e não simplesmente de incriminação, é indispensável pensá-lo também como objeto de preferência, vinculado a um valor humano.⁶⁷⁹

A partir disso, Tavares explica que as funções se diferenciam dos bens jurídicos por não possuírem caráter de universalidade, uma vez que estão subordinadas a critérios de oportunidade e conveniência. A função depende de uma relação e de suas variáveis, não existindo autonomamente por si mesma, motivo pelo qual ela não detém valor substancial, mas somente valor quantitativo, dito valor de utilidade. Já o bem jurídico possui valor por si mesmo, não sendo possível medir quantitativamente o grau de intensidade desse valor: o valor da vida humana, por exemplo, é intrínseco, não importando se nos referimos à vida de um “herói” ou de um “vilão”.⁶⁸⁰

Com a modernização e aumento da complexidade da vida social, algumas funções se materializaram o suficiente para constituir uma realidade não puramente normativa, tornando-se indispensáveis para o próprio indivíduo. É o caso da administração da justiça, que, além de indispensável a qualquer Estado democrático, serve, indistintamente, a todos os cidadãos com caráter de universalidade, tendo adquirido a estabilidade necessária para se constituir em verdadeiro bem jurídico.⁶⁸¹

Por outro lado, mesmo aos bens jurídicos concebidos como conjuntos de relações pode ser atribuída a característica de universalidade, desde que correspondam a relações vitais reais, não meramente simbólicas, e acessíveis a todos⁶⁸². O bem jurídico patrimônio, por exemplo, é definido por Moccia como uma unidade dinâmico-funcional cuja disponibilidade

moeda ou divisa para o exterior, de acordo com as regras atuais do vigente regime cambial brasileiro, basta a efetuação da comunicação da operação ao órgão competente. Essas novas regras buscaram adequar a disciplina da matéria ao texto constitucional, que dispõe no art. 5º, inc. XV, que qualquer pessoa pode, em tempos de paz e nos termos da lei, sair com seus bens do território nacional.

⁶⁷⁹ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 55.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 64-67.

⁶⁸¹ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. *Ibid.*, p. 65. Rudolphi utiliza o exemplo dos crimes contra a administração da justiça para fundamentar sua definição de bem jurídico como unidades funcionais valiosas para uma vida social próspera, as quais importa proteger de danos e perturbações. Para ele, a administração da justiça compreende uma unidade funcional, vivente e não estática, que se apresenta imprescindível à sociedade politicamente organizada nos moldes constitucionais e, portanto, também à liberdade individual dos cidadãos. (RUDOLPHI, Hans Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. *Nuevo Pensamiento Penal – Revista de Derecho e Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, año 4, n. 5 a 8, p. 329-347, 1975. p. 343).

⁶⁸² TAVARES, *op. cit.*, *loc. cit.*

assegura ao titular uma margem de desenvolvimento da sua personalidade no âmbito da experiência social⁶⁸³. Dessa forma, o simples fato de determinado bem figurar como variável de uma relação funcional – como ocorre com os bens jurídicos intermediários – não afasta o requisito da universalidade, desde que esse bem possua, para além do valor instrumental, também valor em si.

Todavia, a universalidade não é o único critério de diferenciação entre autênticos bens jurídicos e meras funções. Como já dito anteriormente, além da vinculação a um valor em si, o bem jurídico se caracteriza pela substancialidade, definida como a capacidade de sofrer uma alteração real em sua constituição. É claro que isso não significa restringir a noção de bem jurídico aos objetos sensíveis, reconhecíveis pelos sentidos. Afinal, os dados reais da vida espiritual também são suscetíveis a lesões causadas por condutas humanas.⁶⁸⁴

De fato, o Direito Penal influi tanto em fatos naturalísticos quanto em fatos institucionais – embora ele próprio seja também um fato institucional –, os quais se apresentam como realidades prévias à normatização jurídica⁶⁸⁵. Por isso, o tipo penal é apenas limitadamente uma criação do legislador, que deve selecionar uma realidade, natural ou social, preexistente e com significado próprio, dando-lhe, a partir de um ato de disposição normativa, um sentido valorativo específico⁶⁸⁶. O que realmente diferencia os bens naturais e institucionais, não puramente normativos, é que esses últimos não estão sujeitos a desgastes físicos e, em alguns casos, não podem ser afetados de maneira considerável por um ataque individual.

Logo, o bem jurídico, seja material ou imaterial, tem sempre por referência um dado do ser, cuja existência como tal precede, logicamente, sua disposição normativa. Apesar disso, o bem jurídico não pode prescindir desse enfoque normativo, responsável por sua construção valorativa. A questão, então, é fixar o limite até o qual é possível ao bem jurídico se espiritualizar – isto é, apresentar-se como um fato institucional e não naturalístico – sem perder a substancialidade. Para Tavares, esse limite é dado por duas exigências: 1) que a lesão

⁶⁸³ MOCCIA, Sergio. Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, n. 2, p. 343-374, apri.-giu. 1995. p. 364-365.

⁶⁸⁴ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 74-75.

⁶⁸⁵ A qualificação de institucional não é aqui empregada no mesmo sentido em que foi utilizada, como visto acima, por Ramírez, mas com o sentido, atribuído por Puig, de fato social definido pelo normativo (PUIG, Santiago Mir. Límites del normativismo en Derecho Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho Penal del siglo XXI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, 2007. p. 70-71).

⁶⁸⁶ PUIG, Santiago Mir. Límites del normativismo en Derecho Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho Penal del siglo XXI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, 2007. p. 70-71.

ou o perigo para o bem jurídico possa ser demonstrado procedimentalmente e 2) que tal demonstração possa ser submetida a um procedimento de contestação.⁶⁸⁷

Ante o exposto, os bens jurídicos intermediários e imediatos, a despeito de seu caráter instrumental, distanciam-se das funções desde que atendam aos requisitos de universalidade e substancialidade. Por outro lado, mesmo naquelas hipóteses em que verdadeiras funções são, declaradamente, elevadas à condição de bem jurídico – como, por exemplo, a atividade estatal de controle do comércio de armas, indicada como bem jurídico intermediário por Schünemann –, a validade dessa operação dependerá da observância aos mesmos requisitos.

5.9 Bem jurídico-penal supraindividual e objeto material do delito

Há que se distinguir, ainda, bem jurídico e objeto material do crime (ou objeto da ação, segundo preferem alguns). Como o presente trabalho opta por definir bem jurídico como uma entidade real, extraída das relações sociais concretas, a tendência é a diluição dos marcos distintivos, aumentando as chances de uma indesejável confusão entre os conceitos.

O objeto material do crime é o elemento objetivo do tipo que identifica a pessoa ou coisa sobre a qual recai a ação proibida do sujeito ativo⁶⁸⁸. Alguns autores utilizam a nomenclatura objeto da ação, sob o fundamento de que a coisa ou a pessoa em concreto só podem ser objeto da conduta, já que o crime, enquanto ente jurídico, possui objeto igualmente jurídico e ideal, qual seja, o direito violado que a lei protege com a proibição⁶⁸⁹.

Segundo Vargas, as coisas que correspondem a objetos materiais do crime podem ser móveis ou imóveis, animadas ou inanimadas, mas serão sempre corpóreas – ou seja, perceptíveis pelos sentidos –, uma vez que o conceito de objeto material tem conteúdo naturalístico. As coisas incorpóreas – como, por exemplo, a autoria de obra literária, artística ou científica – não constituem objetos materiais do crime, podendo figurar como bens jurídicos. Já a base física que corporifica o bem jurídico imaterial – o livro, a partitura musical, a invenção, etc. – pode ser indicada como objeto material.⁶⁹⁰

Por outro lado, o objeto material não se confunde com os instrumentos ou meios dos quais o agente se utiliza para a prática da ação criminosa e que compõem o corpo de delito.

⁶⁸⁷ TAVARES, Juez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 76-77.

⁶⁸⁸ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 118.

⁶⁸⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal*. Parte geral. Trad. José Luiz V. De A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1956. § 36.

⁶⁹⁰ VARGAS, *op. cit.*, p. 122.

Embora possa haver coincidência parcial, a noção de objeto material é distinta da de corpo de delito, “cuja conceituação pertence ao direito processual, significando ‘o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso’”. Assim, “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 crime”.⁶⁹¹

A conclusão é que nem toda coisa ou pessoa sobre a qual recaia a ação do sujeito ativo será considerada objeto material do crime, mas apenas aquelas que integram, explícita ou implicitamente, a descrição típica. Dessa forma, o cofre arrombado em que se encontrava a joia furtada constitui corpo de delito, sendo que o objeto material é a coisa alheia móvel subtraída, a joia.⁶⁹²

Além disso, o objeto material pessoal – isto é, a pessoa natural, consciente ou inconsciente, sobre a qual recai a ação delituosa, denominada, por alguns, sujeito passivo da ação – não coincide, necessariamente, com o sujeito passivo do crime, definido como o titular do bem jurídico afetado⁶⁹³. Logo, por exemplo, no crime de corrupção ativa, o funcionário público ao qual é oferecida ou prometida a vantagem indevida é o objeto material da ação, mas não o sujeito passivo do delito, que são os membros da coletividade.

Observa-se que autores como Mayer diferenciam o objeto da ação ou material do bem jurídico partindo do pressuposto de que apenas o primeiro é elemento do tipo penal. Todavia, essa distinção só se sustenta a partir de uma teoria metodológica do bem jurídico, que o compreende como expressão do conteúdo valorativo de todo o tipo penal, ou melhor, como a síntese da descrição típica. Se o bem jurídico se identifica ao sentido do tipo penal em sua totalidade, ele não pode, por óbvio, ser apenas um dos seus elementos.⁶⁹⁴ Entretanto, afastada a teoria metodológica do bem jurídico-penal, há que se investigar outros critérios de diferenciação entre as noções de bem jurídico e de objeto material.

Em primeiro lugar, a existência de tipos penais sem objeto material é admitida pela doutrina majoritária, ao passo que a possibilidade de crime sem bem jurídico ou sem sujeito passivo é majoritariamente rechaçada. Nessa linha, alguns crimes de mera atividade (ou, entre nós, crimes formais) não apresentam objeto material, como, por exemplo, os crimes de desobediência e de falso testemunho, além de todos os crimes omissivos próprios.⁶⁹⁵ Somente

⁶⁹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 333.

⁶⁹² ASUA, Luis Jimenez de. *El delito*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1950. (Tratado de Derecho Penal, t. 3). p. 112.

⁶⁹³ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 130.

⁶⁹⁴ ASUA, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁹⁵ VARGAS, *op. cit.*, p. 128-129.

em algumas hipóteses será possível identificar um objeto material nos crimes comissivos de mera atividade: é o caso, por exemplo, dos crimes de posse de arma de fogo e de posse de apetrechos para falsificação de moeda.

Para Roxin, o bem jurídico é o bem ideal incorporado pelo objeto da ação, cuja ofensa se dá por meio da lesão ao objeto concreto especificamente atingido pelo ataque. Assim, no crime de falsidade documental, o bem jurídico é a fé pública e o objeto da ação é o documento falsificado; no crime de furto, o bem jurídico é a propriedade ou posse e o objeto da ação é a coisa alheia subtraída; no crime de homicídio, o bem jurídico é a vida humana e o objeto da ação é a pessoa específica cuja vida foi ceifada.⁶⁹⁶

Em sentido oposto, Amelung afirma que há situações em que o bem jurídico não se diferencia do objeto da ação, como ocorre, por exemplo, com o crime de homicídio, no qual a vida da pessoa é, ao mesmo tempo, o bem jurídico ofendido e o objeto físico deteriorado. Para ele, adotando-se a posição de Roxin, os indivíduos concretos não estariam pessoalmente protegidos pela norma penal que pune o homicídio, mas seriam apenas pontos de passagem em potencial da ofensa à ideia de pessoa⁶⁹⁷.

Segundo Amelung, a diferença entre bem jurídico e objeto material não é determinada pela separação platônica entre o plano das ideias e o plano sensível, mas pelo próprio legislador. O juízo de valor do legislador eleva três principais categorias de objetos à condição de bens jurídicos: as coisas em estado bruto, as possibilidades de ação que emergem de fatos institucionais e os processos sociais. Nos casos em que o legislador pretende proteger possibilidades de ação (p. ex.: o patrimônio e a fé pública) e processos sociais (p. ex.: a administração da justiça), a diferença entre bem jurídico e objeto material é mais evidente. Já nos casos em que se trata de proteger fatos brutos, isto é, objetos que existem independentemente das normas sociais (p. ex.: vida e meio ambiente), o legislador identifica o bem jurídico e o objeto material.⁶⁹⁸

Na análise de Jescheck, os objetos materiais, diferentemente dos bens jurídicos que são valores ideais da ordem social, são objetos acessíveis à percepção sensorial. Eles podem se apresentar em distintas formas: como unidade psíquico-corporal (p. ex.: o corpo ou a vida humana), como valor social (p. ex.: a honra do ofendido), como valor econômico (p. ex.: o

⁶⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 62-63.

⁶⁹⁷ Para Amelung, adotando-se a posição de Roxin, “ni Claus ROXIN ni Knut AMELUNG estarían personalmente protegidos por los §§ 211 ss. StGB, sino que serían potenciales estaciones de paso en el menosprecio de la idea de persona” (AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 244).

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 244-245.

patrimônio), como coisa (p. ex.: os animais) e como situação real (p. ex.: o uso de um objeto). Portanto, para o autor, as noções de bem jurídico e objeto material se complementam uma a outra como ideia e manifestação, mas devem ser mantidas separadas conceitualmente.⁶⁹⁹

Para Hefendehl, o objeto material surge da observação da manifestação exclusivamente externa da conduta incriminada, sem que se tenha em conta a contrariedade à norma. O autor identifica três diferentes técnicas legislativas de definição da relação entre bem jurídico e objeto material: 1) coincidência formal e de conteúdo: quando o próprio bem jurídico (p. ex.: patrimônio) é utilizado na formulação típica para descrever o objeto da ação, unificando as duas noções (ex.: crime de estelionato na legislação alemã); 2) coincidência só de conteúdo: o bem jurídico e o objeto material são diferentes, mas possuem o mesmo conteúdo (ex.: nos crimes contra a vida, o bem jurídico é a vida humana e o objeto material é a pessoa); e 3) ausência de qualquer coincidência: o legislador proíbe a causação de uma modificação no mundo exterior que não pode ser considerada lesão ao bem jurídico (ex.: crimes ambientais e crimes de perigo comum).⁷⁰⁰

Sobre o mesmo tema, Mantovani esclarece que a diferenciação entre objeto material e objeto jurídico do crime remonta a Liszt. De acordo com a concepção clássica, o objeto material é uma entidade biofísica correlacionada à ação naturalística, enquanto o objeto jurídico pertence ao universo normativo, permanecendo alheio aos nexos físicos de causalidade. Contudo, o autor italiano salienta que, modernamente, passou-se a reconhecer que o objeto material compreende tanto entidades biofísicas quanto não biofísicas e a concebê-lo, simplesmente, como o objeto da conduta típica.⁷⁰¹

Ademais, o bem jurídico, diferentemente do que pensava Liszt, participa igualmente dos mundos do ser e do dever ser. Diante disso, qual seria a diferença entre bem jurídico e objeto material? Para Mantovani, a noção de bem jurídico se distingue da noção de objeto material pelo fato de expressar a função de tutela da norma penal. Por essa razão, crimes com o mesmo objeto material (p. ex.: o corpo humano) podem proteger bens jurídicos diversos (p. ex.: a vida, a liberdade, a integridade física) e crimes com o mesmo bem jurídico (p. ex.: a

⁶⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2012. p. 278. Na visão dos autores, “el bien jurídico como valor ideal que está sustraído a la intervención del autor puede, ciertamente, ser despreciado y también atacado en su materialización a través del objeto de la acción pero, en realidad, nunca puede ser ‘lesionado’”.

⁷⁰⁰ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 180-181.

⁷⁰¹ MANTOVANI, Ferrando. *Parte general*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 193.

incolumidade física) podem possuir objetos materiais diversos (p. ex.: incêndio, inundação, naufrágio, etc.).⁷⁰² No mesmo sentido, a perspectiva de Prado:

[...] a distinção não consiste no fato de os dois conceitos pertencerem a mundos diversos (empírico e normativo). Ao contrário, ambos os conceitos pertencem tanto ao mundo da norma como ao da realidade (ou da experiência), sendo que a distinção entre eles reside na diversa função exercida. O objeto da conduta exaure o seu papel no plano estrutural; do tipo, é elemento do fato. Já o bem jurídico se evidencia no plano axiológico, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal. Não são conceitos absolutamente independentes um do outro, mas que se inter-relacionam, numa mútua imbricação.⁷⁰³

Conforme a definição de Schulenburg, o objeto da ação é “a entidade concreta, real, existente, corpórea ou incorpórea, na qual desemboca a ação típica” (tradução nossa). Nessa conceituação, “o decisivo é que se trate de uma entidade realmente existente, que possa ser causalmente modificada ou prejudicada pelo comportamento humano”⁷⁰⁴ (tradução nossa).

O autor diferencia o objeto da ação do objeto do bem jurídico, que representa uma encarnação concreta do bem jurídico (p. ex.: o tráfico monetário encarna o bem jurídico segurança do tráfico monetário). Contudo, a distinção entre o objeto do bem jurídico e o próprio bem jurídico só faz sentido para aqueles que entendem esse último como um valor abstrato e ideal. Pelo contrário, para aqueles que – como nós – partem “de um conceito real de bem jurídico, essa distinção resulta supérflua” e “o objeto do bem jurídico e o bem jurídico podem ser tratados como sinônimos” (tradução nossa).⁷⁰⁵

A despeito das controvérsias doutrinárias, define-se aqui objeto material ou objeto da ação como o objeto corpóreo ou incorpóreo sobre o qual recai a ação do sujeito ativo,

⁷⁰² MANTOVANI, Ferrando. *Parte general*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 193.

⁷⁰³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 51. O entendimento de Angioni é o mesmo: “L’oggetto dela condotta esaurisce il suo piano strutturale dela fattispecie, é um elemento del fato. Il bene giuridico releva invece sul piano teleológico e valorativo, cioè rappresenta il peculiare oggetto di tutela dela norma, o di offesa del fato di reato” (ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 106).

⁷⁰⁴ No original: “El objeto de la acción es la entidad concreta, real, existente, corpórea o incorpórea, en la cual desemboca la acción típica, es decir, a la que va referida. (...) Lo decisivo es que se trate de una <<entidad realmente existente>>, que pueda ser causalmente modificada o perjudicada por el comportamiento humano.” (SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura de delito e imputación objetiva. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 354-355, itálico e grifos no original).

⁷⁰⁵ No original: “La noción de *objeto del bien jurídico* caracteriza, por el contrario, aquel objeto que representa una concreción en el sentido de una <<encarnación>> o <<realización>> del bien protegido por el tipo. (...) La definición del objeto del bien jurídico como concreción del bien jurídico presupone, sin embargo, asumir la concepción ampliamente extendida de que el objeto del bien jurídico se diferencia, no sólo conceptualmente sino también materialmente, del *bien jurídico* como un valor abstracto e ideal (concepto ideal de bien jurídico). Por el contrario, si se parte de un concepto real de bien jurídico, esa distinción resulta superflua. El objeto del bien jurídico y bien jurídico pueden ser tratados como sinónimos” (*Ibid.*, p. 355-356, itálico e grifos no original).

constando, explícita ou implicitamente, como elemento objetivo do tipo penal. O objeto material se diferencia do bem jurídico-penal, principalmente, por desempenhar apenas funções intrassistemáticas (interpretação, classificação e individualização da pena), enquanto que o bem jurídico exerce também função transistemática de limitação da atividade de criminalização.

Por outro lado, o presente trabalho unifica as noções de bem jurídico e objeto do bem jurídico, porquanto toma por base uma noção substancial de bem jurídico. De fato, apenas o objeto material e o bem jurídico em sentido real (ou objeto do bem jurídico) podem ser alvos de lesão ou ameaça concreta, enquanto que o bem jurídico em sentido ideal se subtrai a essa possibilidade. Por isso, objeto material e bem jurídico (ou objeto do bem jurídico) podem, eventualmente, coincidir na prática. Porém, o objeto da ação não se identifica, necessariamente, à base material, eventualmente existente, em que se concretiza o bem jurídico, mantendo-se, conceitualmente, como algo distinto dele.⁷⁰⁶

Ressalta-se que a distinção entre bem jurídico e objeto material é decisiva para o estudo dos bens jurídicos supraindividuais. Segundo Hefendehl, nesses casos, o objeto da ação é “representante ocasional” do bem jurídico supraindividual, sendo certo que aquilo que representa não se confunde com o que deve ser representado. Não afeta essa distinção o fato de que o bem jurídico representado, da mesma forma que o objeto material de representação ocasional, também está submetido às leis da causalidade. Afinal, em atenção ao requisito da substancialidade, o próprio bem jurídico ou as propriedades valiosas nele designadas são passíveis de sofrer menoscabos, ainda que sejam, em geral, limitados os efeitos diretos das condutas individuais sobre os bens jurídicos supraindividuais.⁷⁰⁷

Reforça-se que o conceito de bem jurídico deve permanecer o mais concreto possível, sem que isso importe no desaparecimento das fronteiras que circunscrevem sua abrangência em face da noção de objeto material. Essa afirmação vale, inclusive, para os bens jurídicos intermediários, os quais, a despeito de seu conteúdo material e seu caráter tangível, não se relacionam, obrigatoriamente, com um objeto material ou da ação. Assim, mesmo para aqueles que aplicam a noção de bem jurídico intermediário aos crimes tributários, os crimes de sonegação fiscal omissivos próprios, por exemplo, não possuem objeto material.

⁷⁰⁶ SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura de delito e imputación objetiva. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 356-357.

⁷⁰⁷ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 181.

Por fim, salienta-se que a diferenciação entre bem jurídico e objeto material é relevante para a devida classificação dos crimes – sobretudo dos crimes contra bens jurídicos supraindividuais –, consoante as categorias de crime de resultado/crime de atividade⁷⁰⁸ e crime de dano/crime de perigo.

Segundo Schulenburg, a delimitação entre os crimes de resultado e os crimes de mera atividade tem como referência o objeto da ação. Os crimes de resultado pressupõem um resultado material, destacado da conduta em si, que se traduz na produção de uma alteração no mundo exterior, suportada pelo objeto material. Já os crimes de atividade, conquanto possam, em determinadas hipóteses, apresentar um objeto material, não dependem da produção do resultado naturalístico em relação a ele, pois o tipo objetivo se esgota na descrição do comportamento ilícito.⁷⁰⁹

De maneira diversa, a divisão das figuras delitivas em crimes de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato se orienta pelo grau de intensidade do ataque ao bem jurídico. Como os referenciais são distintos, não há obstáculo a que um determinado tipo penal seja enquadrado, ao mesmo tempo, como crime de resultado e crime de perigo. Em muitos crimes ambientais, por exemplo, há produção de resultado naturalístico para o objeto material (ar, água, solo, flora, fauna, etc.), mas apenas geração de perigo, geralmente abstrato, para o bem jurídico meio ambiente⁷¹⁰. Schulenberg esclarece que, em razão da confusão entre bem jurídico e objeto material, a doutrina majoritária sustenta, erroneamente, a tese de que os crimes de perigo abstrato são sempre crimes de mera atividade.⁷¹¹

Destarte, a diferenciação entre objeto da ação ou objeto material do crime e bem jurídico-penal é essencial para desvelar a real estrutura delitiva de diversos crimes contra bens jurídicos supraindividuais. Em especial alguns crimes ambientais – como, por exemplo, o crime de poluição (art. 54 da Lei nº 9.605/90) e o crime de desmatamento ilegal (art. 38 da Lei nº 9.605/90) – são classificados como crimes de dano, quando, na realidade, constituem crimes de perigo, uma vez que a água poluída e a vegetação destruída são representantes ocasionais do bem jurídico meio ambiente.

⁷⁰⁸ A doutrina brasileira, por influência da doutrina italiana, não classifica os crimes em crimes de resultado e crimes de atividade, como o faz a doutrina alemã, preferindo falar em crimes materiais, formais e de mera conduta.

⁷⁰⁹ SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura de delito e imputación objetiva. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 352-353.

⁷¹⁰ Outro exemplo de crime de resultado e de perigo é o crime de incêndio, no qual há afetação do objeto material – a destruição do espaço físico pelo incêndio – e, para sua configuração, basta o perigo para os bens jurídicos (vida, integridade física, etc.).

⁷¹¹ SCHULENBURG, *op. cit.*, p. 358.

A análise sistemática dos crimes contra autênticos bens jurídicos supraindividuais, sob essa perspectiva, revela notável predomínio dos tipos penais de perigo abstrato, tornando imprescindível à complementação do presente estudo a abordagem das técnicas de tipificação de crimes mais apropriadas ao direito penal supraindividual.

6 BEM JURÍDICO-PENAL SUPRANDIVIDUAL E CRIMES DE PERIGO

ABSTRATO

6.1 Crimes de dano e crimes de perigo

Numa distinção preliminar, os crimes de dano são aqueles cuja consumação depende de relevante e efetiva destruição, diminuição ou perda do bem jurídico em decorrência da conduta típica. Já os crimes de perigo se satisfazem com a criação ou incremento de um perigo proibido e não insignificante de ocorrência do resultado danoso para o bem jurídico. Portanto, o que diferencia os crimes de dano dos crimes de perigo é a intensidade do ataque ao bem jurídico.

Tradicionalmente, os doutrinadores se dividiam conforme adotassem uma noção subjetiva ou objetiva de perigo. Para a teoria subjetiva, o perigo não é uma realidade fática, mas a expectativa subjetiva de um evento indesejado, ou seja, o resultado imaginativo do esforço humano em antecipar os acontecimentos. Contudo, o perigo de natureza psicológico-emotiva pode existir para algumas pessoas e para outras não. Logo, essa teoria confunde perigo e juízo de perigo e, ao entender o perigo como produto da limitada capacidade humana de previsão, identifica-o ao temor.⁷¹²

Por outro lado, a teoria objetiva concebe o perigo como elemento objetivo do crime, isto é, como dado material e não hipotético do tipo penal, indicativo de uma capacidade ínsita a determinadas condutas em provocar efeitos danosos. Hoje, os autores encaram o perigo, majoritariamente, pelo prisma objetivo, de forma que a teoria subjetiva detém importância apenas histórica.⁷¹³ Nesse sentido, a Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro define o perigo como um “trecho da realidade”, “um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo”⁷¹⁴.

Além disso, a doutrina discute se o perigo é probabilidade ou mera possibilidade de dano. Para Luna, enquanto parte do mundo do ser, o perigo é possibilidade de dano. Contudo, ao ser tratado pelo Direito Penal, o perigo se transforma em realidade jurídica e adquire significação especial. Assim, a simples possibilidade de dano não tem relevância penal, exigindo-se do perigo certo grau de possibilidade, de modo que o perigo penalmente relevante

⁷¹² LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 49; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92-93.

⁷¹³ LUNA, *op. cit.*, p. 49; SILVEIRA, *op. cit.*, p. 92-93.

⁷¹⁴ Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal brasileiro (1984).

pode ser definido como probabilidade – jurídica e não matemática – de que um resultado danoso se produza como consequência normal de dada conduta.⁷¹⁵

Observa-se que a possibilidade de dano se estrutura numa escala “em que os graus revelam desde os mais remotos aos mais próximos perigos, desde o perigo cuja possibilidade mínima confronta com a impossibilidade até o perigo cujo grau de probabilidade se limita com a efetividade do dano”⁷¹⁶. Então, a questão fundamental passa a ser determinar, na escala da possibilidade, qual grau corresponde à probabilidade de dano.

Grosso modo, os crimes de perigo são subdivididos em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Do ponto de vista da descrição típica, os crimes de perigo concreto são aqueles em que o resultado de perigo foi inserido pelo legislador como elemento expresso do tipo penal, devendo ser demonstrado no caso concreto. Nos crimes de perigo abstrato, por sua vez, o resultado de perigo não integra expressamente a formulação típica, embora tenha motivado o legislador a incriminar a conduta em questão.⁷¹⁷

6.1.1 Crimes de perigo concreto

A primeira questão a ser enfrentada no tocante à definição de perigo concreto diz respeito à perspectiva a partir da qual esse conceito deve ser construído. Duas foram as principais opções apresentadas pela doutrina: a perspectiva naturalista e a perspectiva normativa.

Para a teoria naturalista de Horn, haverá perigo concreto quando a não produção de dano efetivo ao bem jurídico pela conduta perigosa não for explicável por qualquer lei causal conhecida. Em outras palavras, “se as leis naturais de que dispomos levassem-nos a diagnosticar a ocorrência de um resultado o qual, na verdade, não se sucedeu, estão estaríamos diante de uma verdadeira situação de perigo concreto”⁷¹⁸. Esse conceito foi criticado porque se poderia negar a existência de um perigo concreto, anteriormente reconhecido, pelo simples fato de ter sido descoberta lei natural capaz de fornecer uma explicação científica para a não superveniência do dano⁷¹⁹.

⁷¹⁵ LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 45.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁷¹⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Parte general*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 207.

⁷¹⁸ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 121.

⁷¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 405.

A doutrina majoritária tem preferência por um conceito normativo de perigo concreto. A teoria normativa – desenvolvida, principalmente, por Schünemann – afirma a existência de perigo concreto nas situações em que o agente não poderia confiar na não ocorrência do dano. Cita-se, como exemplo, uma conduta perigosa no trânsito que só não dá causa a lesão a bem jurídico alheio por mero acaso, em razão da destreza da vítima em potencial, que realiza manobra milagrosa para impedir o desastre.⁷²⁰

Em sentido semelhante, Demuth entende o perigo concreto como “crise aguda” do bem jurídico, a qual tem lugar depois de ultrapassado o momento em que o agente poderia lançar mão das medidas de segurança regulares para evitar o dano. Na mesma linha, Ostendorf afirma que há perigo concreto quando o curso da colocação em perigo não for mais dominável pelo agente.⁷²¹ Tais concepções evidenciam que a tentativa idônea de crime danoso nada mais é do que a criação de uma situação de perigo concreto para o bem jurídico.

Em síntese, “para termos um concreto pôr-em-perigo, é necessário que a probabilidade de dano ao bem jurídico seja de tal forma intensa, que se torne possível falar em uma situação [...] em que a continuidade existencial do objeto jurídico de proteção da norma esteja seriamente ameaçada”. Destarte, “o reconhecimento do perigo concreto passa a exigir que o bem jurídico tenha entrado efetivamente no raio de ação da conduta perigosa”.⁷²²

Quanto aos crimes de perigo abstrato, conforme se verá na sequência, as controvérsias vão além da conceituação dessa modalidade de tipificação do perigo, alcançando também a questão sobre sua admissibilidade em um sistema penal orientado pelos princípios da ofensividade, culpabilidade e intervenção mínima.

6.1.2 Crimes de perigo abstrato

Como se viu, os crimes de perigo abstrato se caracterizam pela ausência da referência ao perigo no tipo penal. Assim, tradicionalmente, os crimes de perigo abstrato são definidos de maneira negativa, incluindo-se nessa categoria residual todos os delitos que não sejam de lesão ou de perigo concreto.⁷²³

⁷²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 406.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 406.

⁷²² D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109-110.

⁷²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97.

Conforme a concepção clássica, o crime de perigo abstrato é um crime de perigo presumido, isto é, o legislador penal presume *juris et de jure* a periculosidade dos comportamentos tipificados. A consequência é que o aplicador da lei se vê impedido de considerar o caso fático, estando vinculado à presunção legislativa de perigo.⁷²⁴

Contudo, a doutrina mais moderna apresenta propostas no sentido de admitir prova em contrário da periculosidade, convertendo a presunção absoluta de perigo em presunção relativa, ou seja, *juris tantum*. Nessa linha, para Zaffaroni e Pierangeli, a técnica legislativa do perigo abstrato procede à inversão do ônus probatório, de forma que passa a caber à defesa comprovar a ausência de perigo. Nessa perspectiva, os crimes de perigo abstrato se afastam dos crimes de perigo concreto pelo fato de esses últimos exigirem a apresentação pelo órgão de acusação de prova efetiva do perigo para o bem jurídico. Portanto, a diferença entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato seria meramente processual.⁷²⁵

Ocorre que a compreensão dos crimes de perigo abstrato como crimes de presunção de perigo, seja absoluta ou relativa, conflita com os princípios da não culpabilidade e do *in dubio pro reo*, que atribuem à parte acusadora todo o ônus probatório no processo penal. Com efeito, a única presunção admitida em âmbito penal é a presunção de inocência.

Com o fim de afastar a ideia de presunção de perigo, Schröder propõe uma categoria intermediária entre o perigo abstrato e o perigo concreto – o perigo abstrato-concreto –, na qual “a concordância formal entre ação e descrição legislativa conduz à afirmação de que a sua tipicidade há de ser verificada judicialmente, a fim de que se comprove a idoneidade desta ação para a produção de um perigo ao bem jurídico protegido”.⁷²⁶

Já Cramer busca precisar o perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto. Porém, tal definição acaba por reduzir o perigo abstrato a um perigo concreto de menor intensidade e dificilmente determinável. Frisch, por outro lado, sugere a substituição dos crimes de perigo abstrato por “delitos de aptidão”, que acentuam a aptidão concreta *ex ante* da conduta para provocar os resultados que se pretende evitar.⁷²⁷

Para Roxin, os delitos de perigo abstrato-concreto, introduzidos por Schröder, e os delitos de aptidão abstrata, propostos por Frisch, não deixam de ser crimes de perigo abstrato, uma vez que dispensam a produção de um resultado de perigo concreto. Em geral, nesses

⁷²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97.

⁷²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. V. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 482.

⁷²⁶ SILVEIRA, *op. cit.*, p. 99.

⁷²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 408-409.

casos, mostra-se suficiente que o julgador identifique os elementos indicativos de aptidão da conduta para produzir a lesão ao bem jurídico.⁷²⁸

Em outra direção, Horn e Brehm encaram os crimes de perigo abstrato como crimes de imprudência sem resultado. Para eles, da mesma forma que nos delitos imprudentes, a punibilidade das condutas abstratamente perigosas depende da infração ao cuidado devido. A diferença em relação aos delitos imprudentes sem resultado seria que os crimes de perigo abstrato não exigem sequer o resultado de perigo, bastando o perigo de resultado.⁷²⁹

Na mesma linha, Olivares afirma que os crimes de perigo apresentam características estruturais semelhantes aos crimes culposos, na medida em que ambas as estruturas tipificam a criação de um risco antinormativo. Segundo o autor, o denominado dolo de perigo não passa de uma ficção acadêmica que visa omitir o caráter culposo dos crimes de perigo. Essa realidade é reconhecida pela própria lei ao prever a punição por delito culposo para a hipótese em que o perigo criado se materializa em resultado de lesão.⁷³⁰

Ante ao exposto, observa-se que a doutrina atual apresenta uma série de propostas de releitura dos crimes de perigo abstrato que visam superar as tradicionais compreensões formal-positivistas. Tais releituras vão desde a presunção relativa de perigo, passando pelo perigo abstrato como perigosidade e como probabilidade de perigo concreto, chegando até a noção de delito imprudente sem resultado.⁷³¹

6.2 A polêmica envolvendo os crimes de perigo abstrato

Como dito anteriormente, o processo de modernização do Direito Penal se caracteriza, dentre outros aspectos, pela ênfase na tipificação de crimes de perigo abstrato, em detrimento dos tradicionais crimes de dano ou de perigo concreto, de tal forma que essa tipologia é vista como a estrutura delitiva própria dos crimes contra bens jurídicos supraindividuais.

⁷²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 411. Contudo, o autor registra que há casos em que a aptidão da conduta para produzir o resultado indesejado só estará demonstrada com a efetiva colocação em perigo do bem jurídico.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 408.

⁷³⁰ OLIVARES, Gonzalo Quintero. Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 244 e 246.

⁷³¹ D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78.

Frente à atual preferência do legislador penal pelos crimes de perigo abstrato, permanece atual a antiga polêmica sobre a legitimidade dessa modalidade típica⁷³². Do ponto de vista crítico, salienta-se a possibilidade de que os crimes de perigo abstrato, sob o pretexto de prevenir resultados lesivos, acabem por reprimir a mera desobediência do agente a um preceito normativo, não raramente de cunho administrativo, funcionando o Direito Penal como reforço às atividades estatais de gestão⁷³³.

O discurso de resistência aos crimes de perigo abstrato é uma das principais contribuições dos membros da Escola de Frankfurt. Para Hassemer, a opção do legislador pelos crimes de perigo abstrato visa permitir que o órgão julgador penalize com maior facilidade, uma vez que basta a comprovação da prática da conduta proibida para que se imponha a condenação, dispensando-se a prova do prejuízo e, por consequência, do nexo de causalidade. Assim, os crimes de perigo abstrato ampliam o âmbito de aplicação do Direito Penal ao reduzirem os requisitos para a incidência da norma penal, bem como as possibilidades de defesa.⁷³⁴

Noutro sentido, Schünemann pondera que as leis penais preveem crimes de perigo abstrato desde a época da Ilustração, “de modo que só do ponto de vista quantitativo é acertado qualificá-los de ‘forma delitiva da era moderna’”⁷³⁵. Ademais, para o autor, os crimes de perigo abstrato são menos problemáticos do que os crimes culposos, já que, nesses últimos, a norma incriminadora não descreve a conduta proibida, mas tão somente o resultado, cabendo ao julgador complementar o tipo penal. Nos tipos de perigo abstrato, por sua vez, o legislador pode e deve delimitar melhor a conduta proibida, descrevendo-a com clareza.⁷³⁶

Por outro lado, ainda segundo Schünemann, a sociedade industrial atual se caracteriza pelo extraordinário incremento das interconexões causais, que não podem ser

⁷³² Por influência da doutrina italiana (Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por violação aos princípios da ofensividade, culpabilidade e intervenção mínima foi acolhida por parte da doutrina brasileira (Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

⁷³³ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale – Parte generale*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995. 176.

⁷³⁴ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999. p. 24.

⁷³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, tomo 49, fasc. 1, p. 187-217, 1996. p. 199.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 201. No mesmo sentido, Salvador Netto afirma que, antes de se chegar aos problemas práticos e acadêmicos dos tipos de perigo, o Direito Penal enfrentou a entrada no sistema de uma grande quantidade de delitos culposos, “sendo necessária toda uma construção acadêmica para integrar essa então nova modalidade”. Agora, os tipos de perigo seguem o mesmo caminho anteriormente percorrido pelos crimes culposos. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 101).

esclarecidas em detalhes pelos métodos e instrumentos científicos à disposição. As inovações tecnológicas impõem ao legislador o desafio de lidar com situações em que o dano projetado, além de grave, conecta-se a uma multiplicidade infinita de causas. Assim, a causalidade múltipla cria dificuldades consideráveis à imputação penal, tornando necessário retroceder na antecipação da punibilidade a estágios anteriores ao perigo concreto.⁷³⁷

Diante disso, pontua Schünemann, se o Direito Penal tem por missão proteger bens jurídicos, “o trânsito do delito de resultado clássico até o moderno delito de perigo abstrato” deriva da própria natureza das coisas. Nesse cenário, rejeitar, por princípio, os crimes de perigo abstrato resulta reacionário, porquanto obstrui a necessária investigação pela ciência penal de critérios para uma legitimação tanto construtiva quanto crítica dos tipos de perigo abstrato.⁷³⁸

De fato, o recurso aos crimes de perigo abstrato traz ínsito o risco de se penalizar a mera violação ao dever, atrelando o conteúdo do injusto penal somente ao desvalor da ação, desprezando-se o desvalor do resultado. Uma noção material de crime assentada apenas no desvalor da ação constitui retrocesso a um Direito Penal policialesco e subjetivista⁷³⁹, incompatível com a visão de bem jurídico como objeto ofendido pelo crime e não objeto tutelado pela norma penal. Afinal, o desvalor do resultado, inseparável de um determinado desvalor da ação, constitui a essência da noção de crime como fato ofensivo a bens jurídicos.

O Código Penal brasileiro parte do princípio de que não há crime sem resultado: os institutos da tentativa (art. 14, inc. II, do CP) e do crime impossível (art. 17 do CP) demonstram que não existe crime sem, no mínimo, perigo para o bem jurídico; o art. 13 do CP, primeira parte, afirma textualmente que a existência do crime depende do resultado. A exposição de motivos também reafirma a inexistência de crime sem que ocorra, pelo menos, perigo de lesão ao bem jurídico, sendo que o perigo “não pode deixar de ser considerado,

⁷³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 225.

⁷³⁸ *Id.*, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, tomo 49, fasc. 1, p. 187-217, 1996. p. 199-200.

⁷³⁹ Segundo Baratta, o recurso ao perigo abstrato se relaciona com a emergência da legislação contra o crime organizado na Itália, que, ao atribuir maior relevância aos elementos subjetivos e normativos do tipo, promoveu uma subjetivação da antijuridicidade, voltando-se “a controlar não só a conduta do sujeito, mas também a sua fidelidade ao ordenamento e ao Estado” (BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994. p. 14).

objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão⁷⁴⁰.

Ressalta-se que o resultado em questão não é o resultado material, mas o resultado jurídico. Como visto, o resultado material é a modificação no mundo naturalístico, materialmente distinta da ação ou omissão em si, presente nos crimes materiais ou de resultado, mas ausente nos crimes de atividade ou formais. Por outro lado, o resultado jurídico, consistente na lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, deve existir, obrigatoriamente, em todo e qualquer crime.

O resultado jurídico como elemento indispensável ao conteúdo material do crime constitui imposição da vertente principiológica do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos: o princípio da ofensividade. Afinal, a pretensão de ofensividade não se realiza com a simples indicação de um bem jurídico na condição de objeto tutelado pela norma incriminadora, sendo imperioso que o bem jurídico ocupe a posição de objeto afetado.

Com efeito, o princípio da ofensividade é “uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito”⁷⁴¹. Por isso, o princípio da ofensividade é deduzido, na Constituição brasileira, da inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput* e incs. IV, VI e IX, da CR) e do princípio da dignidade humana (art. 1º da CR), bem como da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de *lesão* ou *ameaça* a direito (art. 5º, inc. XXXV, da CR) e da previsão de infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, inc. I, da CR), indício de que todas as infrações penais, inclusive as contravenções, possuem potencial ofensivo.

Dito isso, pode-se concluir que os crimes de perigo abstrato são, necessariamente, inconstitucionais por violação ao princípio da ofensividade? A resposta deve ser negativa⁷⁴². Afinal, a ofensividade comporta variados níveis de atualidade e intensidade de perigo de

⁷⁴⁰ Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal brasileiro (1984).

⁷⁴¹ D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68.

⁷⁴² O Supremo Tribunal Federal tem afastado a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: “LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 102087*, Relator. Ministro Celso de Mello, Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, publicado em 14/08/2012).

dano, sendo que é possível interpretar as condutas tipificadas nas estruturas delitivas de perigo abstrato como detentoras de resultado desvalioso de perigo e não como ilícitos de mera desobediência à norma ou violação ao dever. Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato se apresentam como categoria limite na escala do perigo penalmente relevante.

Logo, o recurso excessivo aos crimes de perigo abstrato é criticável, pois importam, realmente, na ampliação do horizonte de criminalização. Por essa razão, o princípio da intervenção mínima recomenda que a presente estrutura delitiva seja usada com parcimônia, permanecendo como modalidade criminosa excepcional em nosso sistema. Uma consequência dessa excepcionalidade é a não punibilidade da tentativa de crime de perigo, que configuraria forma de perigo abstrato. Por certo, a tentativa de crime de perigo não passa de ato preparatório, cuja punição penal, em nosso sistema, é restrita às hipóteses em que há previsão legal expressa, exatamente por não chegar a produzir perigo real para o bem jurídico, mas apenas perigo abstrato.⁷⁴³

Apesar disso, há que se admitir a tipificação de crimes de perigo abstrato, não porque a estratégia se justifique pela necessidade de proteger bens jurídicos⁷⁴⁴, mas por ser possível adequá-los aos princípios da ofensividade e da culpabilidade. No mesmo sentido, a Associação Internacional de Direito Penal, em seu XIII Congresso Internacional, julgou válida a tipificação de crimes de perigo abstrato, desde que a conduta proibida seja especificada e os bens jurídicos sejam claramente determinados⁷⁴⁵.

6.3 Definindo perigo abstrato e perigo concreto: os juízos *ex post* e *ex ante*

A compreensão dos crimes de perigo abstrato em termos meramente formais, como crimes de perigo presumido ou de desobediência à norma, há de ser abandonada em favor da recuperação hermenêutica do conteúdo de ofensividade material dessa modalidade típica.

Segundo Bottini, a tipicidade material de todo injusto penal se caracteriza pelo fator objetivo da periculosidade. Para o autor, a periculosidade ou risco é o “substrato mínimo sobre o qual se constroem” todas as espécies típicas, sejam de dano, perigo concreto ou perigo abstrato. Por isso, o risco é elemento implícito da tipicidade objetiva, “mesmo nos casos em

⁷⁴³ A respeito dos atos preparatórios como formas de perigo abstrato, Cf. tópico 6.4.2.

⁷⁴⁴ Nota-se, por exemplo, que a tipificação de crimes de perigo em lugar de crimes de dano não tem o poder de reduzir o número de mortes e lesões no trânsito.

⁷⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94.

que o texto legal não a mencione expressamente, como ocorre nos tipos penais de perigo abstrato”.⁷⁴⁶

Em relação aos crimes de perigo, a periculosidade – leia-se idoneidade da conduta para produzir o resultado danoso – deve ser auferida pelo intérprete, na condição de observador externo imparcial, postumamente à prática do fato. A tipicidade do crime de perigo será afirmada sempre que o resultado danoso não se apresentar como certo nem como impossível, mas como provável. Esse juízo objetivo de probabilidade de dano, conforme indica a doutrina, pode ser de duas espécies: *ex post* ou *ex ante*.⁷⁴⁷

Na apuração *ex post* do perigo, o julgador se coloca na posição de um observador situado depois da prática da conduta e da não verificação do evento lesivo. Nesse juízo, são consideradas todas as circunstâncias concretas existentes no momento do fato, tanto as conhecidas ou cognoscíveis pelo agente, quanto as extraordinárias, que só aparecem posteriormente.⁷⁴⁸

Cita-se, como exemplo, o caso em que um motorista embriagado ultrapassa uma motocicleta pela direita, invadindo a faixa em que essa última transitava. Suponha que o motociclista participe de competições de *motocross* e, por esse motivo, não tem a menor dificuldade em recuar a motocicleta e evitar a colisão. Pela perspectiva *ex post*, a ocorrência de perigo restará excluída em razão das habilidades especiais do motociclista, circunstância imprevisível que só vem a ser conhecida posteriormente à prática da conduta em questão.⁷⁴⁹

O juízo *ex post*, acolhido pela doutrina alemã, é criticado pela doutrina italiana. Para Mantovani, é inconcebível um juízo de perigo por essa perspectiva, uma vez que, pelo ponto de vista *ex post facto*, o evento danoso ocorreu ou não ocorreu, não sendo mais apenas provável ou improvável. Assim, o juízo *ex post* está fadado a deduzir da ocorrência do dano a existência de perigo e da não ocorrência do dano, a inexistência de perigo.⁷⁵⁰

De acordo com o critério *ex ante*, o julgador retroage ao instante em que a conduta é praticada para, colocando-se na mesma posição espaço-temporal do agente, avaliar a ocorrência ou não do perigo. Para a doutrina alemã, esse prognóstico só inclui as

⁷⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 44-121, jul.-ago. 2006. p. 82-84.

⁷⁴⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Parte general*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale). p. 205.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 205.

⁷⁴⁹ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 121. A situação hipotética aqui citada não se confunde com o exemplo, apresentado acima, em que a vítima em potencial consegue realizar manobra milagrosa para impedir o acidente. Nesse caso, diferentemente do competidor de motocross, o condutor não detém capacidades superiores, dando apenas sorte em realizar a manobra correta.

⁷⁵⁰ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 206.

circunstâncias fáticas conhecidas ou cognoscíveis pelo agente no momento da conduta. Desse modo, no exemplo do motociclista que participa de competições de *motocross*, as habilidades especiais da vítima em potencial, as quais o agente desconhecia e não tinha como conhecer quando da prática da conduta, são irrelevantes e não afastam o juízo positivo de perigo.⁷⁵¹

A doutrina italiana, por outro lado, diferencia o juízo *ex ante* de *base parziale* e o de *base totale*. O critério *ex ante* de *base parziale* leva em conta as circunstâncias fáticas que, no momento da conduta, eram efetivamente conhecidas pelo agente ou, pelo menos, previsíveis, porquanto verossímeis e não excepcionais. Já o critério *ex ante* de *base totale* tem como base todas as circunstâncias existentes no instante da atuação, conhecidas ou não pelo agente, ainda que inverossímeis e extraordinárias.⁷⁵²

Com efeito, o prognóstico conduzirá a diferentes conclusões conforme seja aplicado o critério *ex ante* de *base parziale* ou o de *base totale*. Imagine as seguintes situações: 1) o agente incendeia coisa própria em local geralmente lotado de pessoas, mas casualmente deserto; e 2) o agente incendeia coisa própria em local geralmente deserto, mas casualmente lotado de pessoas. A casual ausência ou presença de pessoas no local não era conhecida nem previsível pelo agente. Para a perspectiva *ex ante* de *base parziale*, houve perigo apenas na primeira situação. Em sentido contrário, a perspectiva *ex ante* de *base totale* constata perigo apenas na segunda.⁷⁵³

Nesse quadro, uma questão relevante diz respeito aos parâmetros que serão utilizados para auferir o grau de cognoscibilidade das circunstâncias desconhecidas. Considerando que, para o Direito Penal, o perigo existe na realidade e não apenas na cabeça do agente ou do juiz, fato é que a cognoscibilidade ou não das circunstâncias não deve ser investigada a partir da experiência individual de um ou outro. Contudo, há discussão sobre se essa análise deve ser feita tendo como referência a experiência do homem médio ou de toda humanidade.

A noção de homem médio é, por certo, problemática. Isso porque é uma abstração que inexiste na vida real, sendo que o padrão humano mediano é algo inalcançável e inapreensível, servindo mais à arbitrariedade e à insegurança jurídica.⁷⁵⁴ Por isso, a melhor opção é orientar o juízo de perigo pela mais alta ciência disponível no momento histórico,

⁷⁵¹ GRECO, Luís. 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 120.

⁷⁵² MANTOVANI, Ferrando. *Parte general*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. (Diritto Penale).p. 206 e 445.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 206.

⁷⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 116-117.

composta pelos saberes naturais, estatísticos e sociais não refutados e pelas máximas da experiência⁷⁵⁵.

Em resumo, o denominado juízo *ex ante* é realizado “por meio de um observador externo, que incorpore os conhecimentos especiais do autor sobre o contexto do risco” e “agrega a experiência e o conhecimento geral da época sobre cursos causais e projeções futuras do risco criado”. Logo, “exige-se que o intérprete se transporte ao passado e avalie o ato praticado e sua periculosidade diante das regras de experiência geral e o normal acontecer dos fatos”, isto é, os conhecimentos disponíveis a respeito dos riscos da conduta.⁷⁵⁶

A doutrina debate a perspectiva a partir da qual o perigo concreto deve ser definido. Segundo Greco, a doutrina alemã formula a noção de perigo concreto com base no critério *ex post*, enquanto que a doutrina italiana utiliza o critério *ex ante*. Por essa razão, o autor entende que “os autores italianos acabam tendo um conceito de perigo concreto que é muito mais amplo do que o dos alemães, um conceito que compreende grande parte daquilo que os alemães chamam de perigo abstrato”⁷⁵⁷.

Contudo, não passa despercebido o fato de que o juízo *ex post* da doutrina alemã só se diferencia do critério *ex ante* de *base totale* da doutrina italiana em razão da posição em que o observador externo é situado, antes ou depois do fato. Assim, as duas análises se aproximam por considerar todas as circunstâncias existentes no momento da conduta, tanto as conhecidas ou cognoscíveis pelo agente quanto as que não poderiam ser por ele conhecidas. A diferença que faz com que apresentem soluções distintas está no fato de que somente o juízo *ex post* leva em conta a intervenção das circunstâncias que só se manifestam depois da prática do fato.

Diante disso, o presente trabalho adota o entendimento de que a existência de perigo abstrato deve ser afirmada a partir de uma perspectiva *ex ante* de base total, ou seja, “um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas *in casu* relevantes, independente do seu conhecimento por parte do autor”⁷⁵⁸. Isso significa que o juízo de perigo abstrato será positivo se um observador, situado na mesma posição espaço-temporal que o agente no

⁷⁵⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Parte general*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011. p. 206 e 445. (Diritto Penale). p. 206-207.

⁷⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 44-121, jul.-ago. 2006. p. 84-85.

⁷⁵⁷ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 120.

⁷⁵⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 113.

instante da prática da conduta, investido em seus saberes especiais e detendo conhecimento de todas as circunstâncias fáticas atuantes nesse momento, concluir, com base nos danos empíricos e nos conhecimentos científicos já consagrados, pela potencialidade de que a conduta produza dano ao bem jurídico.

Segundo D'Avila, na perspectiva *ex ante*, o bem jurídico ainda não entrou no raio de ação da conduta submetida ao juízo de perigo. Como consequência, os crimes de perigo abstrato não se referem a uma verdadeira crise do bem jurídico, sendo que “o ilícito-tipo de perigo abstrato se satisfaz com uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, a qual retira deste a segurança da sua continuidade existencial”⁷⁵⁹.

O juízo de perigo concreto, por sua vez, deve ser realizado pela perspectiva *ex post*, tendo em vista todas as particularidades presentes no ato concreto. Nesse caso, o observador externo é situado depois do desenrolar fático, em condições de averiguar se a expectativa de perigo chegou ou não a se concretizar em face de uma vítima determinada. Por isso, essa análise considera todas as circunstâncias existentes no momento da prática da conduta, sejam elas conhecidas pelo agente, cognoscíveis ou não passíveis de serem conhecidas, inclusive aquelas que só se apresentam durante ou depois da prática da conduta.⁷⁶⁰

Assim, os crimes de perigo concreto se diferenciam pela existência de um bem dentro do raio da ação perigosa, exigindo-se que haja uma vítima em concreto e não apenas em potencial, como ocorre nos crimes de perigo abstrato. Daí que o perigo concreto pode ser definido como uma crise aguda do bem jurídico, na qual, a despeito da exposição do bem de titular determinado a risco real, a lesão só não se consuma por mero acaso, verdadeiro “milagre”, em cuja ocorrência o agente não poderia confiar.⁷⁶¹

A diferença entre perigo concreto e perigo abstrato é ilustrada por D'Avila a partir das seguintes situações hipotéticas: 1) o condutor A decide ultrapassar outro veículo na curva, apesar da falta de visibilidade, e encontra com um carro transitando no sentido contrário, com o qual só não colide em razão de manobra defensiva realizada pelo condutor B; 2) o condutor A realiza a ultrapassagem na curva, sem visibilidade, não encontrando nenhum carro

⁷⁵⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 115.

⁷⁶⁰ Zaffaroni, Alagia e Slokar criticam a tentativa de entender o perigo abstrato como o perigo existente pela perspectiva *ex ante* e o perigo concreto como o perigo reconhecido do ponto de vista *ex post*. Para os autores, todo perigo é abstrato *ex ante* e concreto *ex post*, devendo, portanto, ser sempre valorado *ex ante*, com a condição de não ser reduzido à pura imaginação sem substrato real no mundo dos fatos. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 492).

⁷⁶¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 44-121, jul.-ago. 2006. p. 90.

transitando em sentido contrário. Na análise de D’Avila, as duas situações são idênticas do ponto de vista *ex ante*, mas se diferenciam pelo fato de, numa perspectiva *ex post*, o juízo de perigo se confirmar apenas na primeira e não na segunda. Logo, no primeiro caso, há perigo concreto e, no segundo, perigo abstrato.⁷⁶²

Nota-se que os crimes de perigo concreto também dependem da periculosidade *ex ante* da conduta, de modo que a constatação da situação de perigo *ex post* é um elemento adicional da completude típica. Os crimes de perigo concreto representam, portanto, a soma entre a periculosidade inicial da conduta e o ambiente de perigo efetivamente criado:

A constatação da conjuntura concreta de perigo se dá através de uma análise *ex post*, que apreende a periculosidade inicial da conduta e a analisa em um momento posterior, diante do ambiente de perigo criado efetivamente. Essa verificação *ex post* exige a presença de um atributo autônomo da própria ação, que independe desta, um resultado de perigo alheio às características da conduta. Porém, cabe ressaltar mais uma vez que a base do injusto nestes delitos será similar àquela dos crimes de perigo abstrato: a periculosidade inicial, atrelada ao comportamento, que independe dos resultados concretos exteriores.⁷⁶³

Da mesma forma, a materialidade típica dos crimes de dano também está atrelada à periculosidade inicial da conduta, verificada *ex ante*, e à criação de um ambiente concreto de perigo, verificado *ex post*, às quais se acrescenta a lesão efetiva ao bem jurídico exposto ao perigo. Logo, os crimes de resultado lesivo constituem “a fase final de um *continuum* quantitativo desenhado pelas diferentes técnicas de tipificação, com início nos delitos de perigo abstrato, e intermediada pelos delitos de perigo concreto”.⁷⁶⁴

Registra-se que a não punibilidade do crime impossível em nosso sistema sedimenta a periculosidade *ex ante* como requisito mínimo da tipicidade material, pois, nesses casos, a conduta não possui capacidade sequer em abstrato de causar lesão ao bem jurídico. Conforme salienta Bottini, “mesmo os delitos de perigo abstrato devem ser perpetrados com meios idôneos e contra objetos próprios, ou seja, têm que apresentar periculosidade, do contrário não serão punidos”⁷⁶⁵. Por isso, no exemplo citado do condutor que realiza ultrapassagem em local de curva e sem visibilidade, não haveria sequer perigo abstrato na hipótese da pista em sentido contrário estar bloqueada, porquanto inexistiria possibilidade de dano.

⁷⁶² D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 115-116.

⁷⁶³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 44-121, jul.-ago. 2006. p. 91.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 91.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 92.

Como o juízo de possibilidade varia desde a “quase-certeza” até a “quase-impossibilidade”, exige-se certa dose de possibilidade, a qual denominamos de probabilidade, para compor o conteúdo de desvalor suficiente para servir de substrato material da incriminação. Por conseguinte, nos crimes de perigo abstrato, a possibilidade de dano não pode ser insignificante, embora não precise alcançar o grau de alta probabilidade exigido nos crimes de perigo concreto.⁷⁶⁶

Para D’Avila, a possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico não deve ser entendida “em termos probabilísticos, mas sim em termos de significação, de comunicação do fato em um determinado contexto”. Assim, por exemplo, “no âmbito de regulamentação da energia nuclear, mesmo uma possibilidade remota de dano ao bem jurídico pode já ser detentora de desvalor suficiente para servir de substrato a um crime de perigo abstrato”. Por outro lado, a recíproca também é verdadeira: quanto menor a gravidade do dano referencial, menores as chances de uma possibilidade remota de dano ao bem jurídico possuir a relevância necessária para embasar a intervenção penal.⁷⁶⁷

Destarte, como regra geral, o desvalor do resultado é introjetado nos crimes de perigo abstrato a partir da aferição de dois critérios: 1) a idoneidade da conduta para causar dano ao bem jurídico, apurada com base em um juízo *ex ante* de base total; e 2) a não insignificância dessa possibilidade de dano ao bem jurídico. Isto posto, vejamos a aplicabilidade desses critérios aos crimes contra bens jurídicos supraindividuais.

6.4 Bem jurídico-penal supraindividual e estruturas delitivas de perigo abstrato

Conforme salientado, a maioria dos autores vê na técnica legislativa do perigo abstrato a estrutura delitiva típica dos crimes contra bens jurídicos supraindividuais. Todavia, há também quem afirme, em sentido oposto, que os crimes contra bens jurídicos supraindividuais são, na realidade, crimes de lesão⁷⁶⁸. Por outro lado, Tiedemann, por

⁷⁶⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 112-113.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 113. De maneira semelhante, Feinberg afirma que a magnitude e a probabilidade do dano – cuja combinação se convencionou denominar “risco” – são os critérios que devem orientar a decisão sobre criminalizar ou não determinada conduta arriscada. Assim, quanto mais grave o possível dano, menos provável ele precisa ser para justificar a proibição penal; e quanto mais provável o dano, menos grave ele precisa ser. (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1. p. 190-191).

⁷⁶⁸ BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho penal del siglo XXI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, p. 365-402, 2007. p. 376.

exemplo, entende que os crimes de dano e de perigo são categorias inadequadas aos bens jurídicos supraindividuais, em relação aos quais é preferível falar em crimes de mera conduta⁷⁶⁹. Há, ainda, um quarto grupo de autores, encabeçados por Hefendehl, que se propõe a investigar a estrutura delitiva mais adequada a cada subgrupo de bens jurídicos supraindividuais⁷⁷⁰.

Com efeito, alguns crimes contra bens jurídicos supraindividuais são, na realidade, crimes de lesão e não de perigo. É o caso dos crimes contra o patrimônio público em sentido amplo, que abarcam desde os crimes de sonegação fiscal e de peculato até os crimes de dano contra bem público ou contra coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico. Contudo, certo é que os crimes de dano contra bens jurídicos supraindividuais constituem exceções, não indo muito além das hipóteses indicadas.

A elasticidade própria ao conteúdo da maioria dos bens jurídicos supraindividuais cria uma insegurança na identificação da ofensa, de forma que “Conforme o bem jurídico perde a vinculação ao seu substrato empírico e tangível, resulta mais complexo precisar a produção da lesão”. Por isso, sobretudo no que diz respeito aos bens jurídicos coletivos, a ofensividade não pode ser encarada a partir de uma perspectiva naturalística, devendo ser analisada com base em critérios normativos relacionados à relevância jurídica do comportamento.⁷⁷¹

Em geral, os bens jurídicos supraindividuais são estruturados de forma a se autodefenderem de ataques isolados. Daí que, por mais que nos esforcemos na concretização desses bens, não é comum que as condutas contra eles dirigidas cheguem a causar-lhes dano efetivo ou a expô-los a perigo concreto, a não ser em situações extremas. O seguinte exemplo relativo aos crimes contra a fé pública, citado por Hefendehl, ilustra essa propriedade da maioria dos bens jurídicos supraindividuais:

⁷⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 219; GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 132.

⁷⁷⁰ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 193 *et seq.*; GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 132.

⁷⁷¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 155 e 229. A atribuição de um caráter normativo e não naturalístico à noção de ofensividade é uma consequência da distinção entre resultado material e resultado jurídico.

[...] quem se vale de notas de banco falsas para comprar uma televisão poderia lesionar o bem patrimônio e cometer um estelionato. O bem jurídico da confiança na segurança do dinheiro em circulação permanece intocado e continua a ser de benefício para todos os membros da sociedade. A confiança nessa segurança do dinheiro só seria destruída quando os membros da sociedade passassem a ter a impressão de que dinheiro falso é a regra. Nesse caso eles deixariam de usar essa moeda, tornando-se inevitável uma crise econômica existencial.⁷⁷²

Assim, a estrutura delitiva de perigo abstrato se apresenta, de fato, como o principal caminho para a tipificação de ataques contra bens jurídicos supraindividuais. Todavia, numa análise mais apurada, observa-se que a denominação única de crimes de perigo abstrato corresponde, na realidade, a uma categoria aglutinativa que engloba um conjunto heterogêneo de modalidades típicas não qualificáveis como de dano ou de perigo concreto.

Na verdade, a embriaguez ao volante, a falsificação de moeda e a poluição do ar são condutas típicas demasiadamente diferentes para serem contempladas por uma construção dogmática única, com a qual se pretenda acobertar todas as estruturas delitivas problemáticas⁷⁷³. Em cada caso, a definição da modalidade típica em específico dependerá da correta identificação do bem jurídico-penal ameaçado pela conduta proibida, pois, conforme observa Hassemer, a teoria do bem jurídico também tem por missão “tornar plausíveis, mais claras e justas, as decisões do legislador a respeito do âmbito e técnica de proteção”⁷⁷⁴ (tradução nossa).

Nesse sentido, é possível identificar três principais estruturas de antecipação da intervenção penal a etapas anteriores à exposição do bem a perigo concreto: os crimes de ação

⁷⁷² HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, 2010. p. 115. No mesmo sentido: FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 335-336. Como dito, uma exceção à regra seria o bem jurídico patrimônio público, em relação ao qual se emprega, de forma excepcional, a estrutura delitiva do crime de dano (HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 196).

⁷⁷³ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 04-14, p. 1-13, 25 julio 2002. p. 7. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015, às 21h40.

⁷⁷⁴ “[...] la teoría del bien jurídico puede hacer plausibles, más claras y justas, las decisiones del legislador respecto al ámbito y técnica de protección. “Si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico constituye el núcleo de la determinación del merecimiento de pena, todas las cuestiones relativas al grado de lesión o puesta en peligro (tales como la anticipación de la punibilidad a simples situaciones periféricas de peligro, la utilización de los delitos cualificados por el resultado, la punibilidad de la tentativa o de la imprudencia, elección del marco penal, etc.) deben ser también tenidas en cuenta a la hora de decidir legislativamente los presupuestos y formas de la punibilidad.” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 104).

concretamente perigosa, os crimes de preparação e os crimes de acumulação⁷⁷⁵. A individualização dos diferentes grupos de crimes de perigo abstrato se faz necessária para que se possa analisar criticamente as técnicas legislativas de tipificação de crimes contra bens jurídicos supraindividuais, bem como propor critérios que busquem garantir o padrão mínimo de ofensividade das condutas incriminadas.

6.4.1 Crimes de ação concretamente perigosa

Os delitos de ação concretamente perigosa se referem “àqueles tipos que proíbem uma ação que leva, tipicamente, a uma situação não mais controlável pelo agente e, portanto, perigosa para um bem jurídico”⁷⁷⁶. Esse subgrupo de crimes de perigo abstrato se diferencia dos crimes de preparação e dos crimes de acumulação por penalizar condutas potencialmente perigosas em si mesmas, isto é, cujo potencial ofensivo ao bem jurídico não depende da prática de outras condutas⁷⁷⁷.

Segundo Hirsch e Wohlers, os crimes de ação concretamente perigosa visam fornecer estandartes de conduta vinculantes, nas situações em que não se pode confiar a cada indivíduo o poder de decidir, por si mesmo, como se comportar. No caso do trânsito de veículos automotores, por exemplo, são necessários modelos de conduta prévios e vinculantes, sem os quais seria impossível coordenar as condutas dos condutores em massa, de forma a garantir a segurança de todos os participantes do tráfego viário.⁷⁷⁸

Contudo, a tipificação de crimes de ação concretamente perigosa pressupõe que o risco inerente à conduta não possa ser controlado pelo próprio agente, de maneira suficientemente segura, nem devidamente compensado pelos esforços exigíveis de terceiros. Logo, exige-se que a ocorrência ou não de dano ao bem jurídico, como decorrência da criação de um risco incontrolável, escape totalmente ao domínio humano.⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 288 *et seq.* Ressalta-se que os diferentes autores utilizam diferentes subclassificações dos crimes de perigo abstrato. Roxin, por exemplo, prefere falar em crimes de perigo abstrato clássicos, ações de massa, crimes com bem jurídico intermédio espiritualizado e delitos de aptidão abstrata ou de perigo abstrato-concreto (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 407-411).

⁷⁷⁶ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 127.

⁷⁷⁷ HIRSCH; WOHLERS, *op. cit.*, p. 305.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 305.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 306

Conforme esclarecem Wohlers e Hirsch, o juízo legislativo sobre se determinada situação perigosa é ou não controlável deve desconsiderar as habilidades especiais dos sujeitos envolvidos, orientando-se pelo padrão de comportamento humano:

Isso significa, por exemplo, que a questão de se um automobilista com uma determinada quantidade de álcool no sangue está ou não em condições de conduzir de forma suficientemente segura não pode depender da tolerância individual ao álcool. Do mesmo modo, tampouco pode depender da capacidade pessoal individual para conduzir a questão de se um condutor está, todavia, em condições de conduzir seu automóvel de maneira suficientemente segura a uma determinada velocidade – para Michael Schumacher tem que valer as mesmas regras que para qualquer outra pessoa que circule –.⁷⁸⁰ (tradução nossa).

O atual art. 306 do Código de Trânsito brasileiro, que prevê a conduta de embriaguez ao volante, é um exemplo de crime de ação concretamente perigosa, anteriormente tipificado como crime de perigo concreto e não de perigo abstrato. Em sua redação original, o mencionado dispositivo impunha ao juiz a obrigação de apurar a existência de alta probabilidade de dano a bens jurídicos alheios, deduzida da ocorrência de uma situação de perigo real⁷⁸¹. Com a nova redação, o juízo de tipicidade se satisfaz com a mera conduta de dirigir embriagado, sem que seja necessário o requisito adicional do perigo para a vida ou integridade física de uma vítima concreta e não apenas potencial⁷⁸².

Além dos delitos de trânsito, os ditos crimes contra as relações de consumo também fornecem exemplos de tipos de ação concretamente perigosa. É o caso do crime de ter em depósito para a venda produto impróprio para o consumo, previsto no art. 7º, inc. IX, da Lei

⁷⁸⁰ No original: “Esto significa, por ejemplo, que la cuestión de si un automovilista con una determinada cantidad de alcohol en la sangre todavía está en condiciones de conducir de forma suficientemente segura o no lo está no se puede hacer depender de la tolerancia individual al alcohol. Del mismo modo, tampoco puede hacerse depender de la capacidad personal individual para conducir la cuestión de si un conductor todavía está en condiciones de conducir su automóvil de manera suficientemente segura a una determinada velocidad – para Michael Schumacher tienen que regir las mismas reglas que para cualquier otra persona que circule –.” (HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 306-307).

⁷⁸¹ “Art. 306. **Conduzir** veículo automotor, na via pública, **sob a influência de álcool** ou substância de efeitos **análogos**, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.” (BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 11 out. 2015).

⁷⁸² O artigo em questão foi convertido em crime de perigo abstrato pela Lei nº 11.705/08, que lhe deu a seguinte redação: “Conduzir veículo automotor, na via pública, **estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas**, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Posteriormente, a Lei nº 12.760/2012 introduziu nova modificação: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. A pena foi mantida a mesma.

nº 8.137/90⁷⁸³, o qual exige que sejam expostas a um perigo incontornável a vida e a integridade física de consumidores indeterminados. Tratando-se de crime de perigo abstrato, o juízo de tipicidade da conduta será negativo naquelas circunstâncias em que a possibilidade de dano pode ser excluída de antemão. Assim, por exemplo, não haverá crime se os produtos impróprios para o consumo mantidos em depósito, embora com o prazo de validade vencido, estiverem em plenas condições de serem consumidos⁷⁸⁴. Da mesma forma, a periculosidade da conduta será afastada na hipótese de ter o comerciante tomado todas as precauções para que os produtos armazenados não fossem colocados em circulação⁷⁸⁵.

Outros exemplos, menos comumente citados, são os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, descritos no art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 7.492/86⁷⁸⁶. Nos dois casos, a conduta praticada deve gerar “um risco de quebra da instituição financeira – e, portanto, de lesão ao patrimônio de todos os investidores – acima do risco tolerado pelas regras de mercado e a ocorrência ou não do dano escapa do domínio do responsável pela administração da instituição financeira”⁷⁸⁷.

Na visão de Greco, os crimes de ação concretamente perigosa se assemelham aos crimes culposos na medida em que, nos dois casos, a proibição penal se legitima em razão de uma ponderação de interesses, realizada tanto na definição do risco permitido quanto na concretização do dever objetivo de cuidado⁷⁸⁸.

⁷⁸³ “Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo: [...] IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.” (BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.)

⁷⁸⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 116-117.

⁷⁸⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 44-121, jul.-ago. 2006. p. 87.

⁷⁸⁶ “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.” (BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 18 jun. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.)

⁷⁸⁷ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio da proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 196. Alguns autores acrescentam, ainda, à lista de crimes de perigo abstrato de ação concretamente perigosa os crimes de perigo comum contra a incolumidade pública, previstos no art. 250 e seguintes do Código Penal, como, por exemplo, o crime de incêndio. Outros autores, no entanto, entendem que os crimes de perigo comum contra a incolumidade pública são crimes de perigo concreto, uma vez que os tipos penais fazem referência expressa ao resultado de perigo. Para nós, o crime de incêndio e demais crimes previstos no mesmo capítulo exigem, além do perigo comum, que se verifique perigo concreto para, pelo menos, uma pessoa determinada.

⁷⁸⁸ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 127-128.

Com efeito, a incriminação do perigo ainda dominável e compensável pelo autor ou terceiro se mostra injustificável, sobretudo num contexto em que a produção de riscos é inexorável face ao estilo de vida moderno. No entanto, o requisito da criação de perigo incontrolável não é capaz de afastar a indesejável possibilidade de se criminalizar, primordialmente, a desobediência a normas administrativas.

A condução sem habilitação de veículo automotor, por exemplo, é uma ação, em tese, concretamente perigosa, mas é preferível que o legislador a tipifique como crime de perigo concreto e não como crime de perigo abstrato⁷⁸⁹. Por outro lado, não parece razoável exigir que a exploração de usina nuclear sem autorização da autoridade competente só seja punível quando verificada a ocorrência de perigo concreto. As duas situações devem ser diferenciadas com base no critério, já mencionado, da não insignificância da possibilidade de perigo: a gravidade do dano advindo de um acidente nuclear impede que se considere diminuto o perigo gerado pelo funcionamento não autorizado de usina nuclear.⁷⁹⁰

Observa-se, pelo exposto, que os crimes de perigo abstrato de ação concretamente perigosa não se referem a bens jurídicos supraindividuais, mas a bens jurídicos individuais – tais como a vida, a integridade física e o patrimônio – ou, no máximo, a bens jurídicos individuais de reflexos transindividuais. Ocorre que, em geral, tais bens individuais se ocultem por trás de falsos bens jurídicos coletivos, como a incolumidade pública, a segurança no trânsito, as relações de consumo, etc. Já os crimes contra verdadeiros bens jurídicos coletivos utilizam, em geral, a estrutura típica dos crimes de preparação e de acumulação.

6.4.2 Crimes de preparação

Os crimes de preparação descrevem condutas que – não obstante sejam consideradas inócuas quando tomadas isoladamente, porquanto incapazes de gerar, sozinhas, dano efetivo

⁷⁸⁹ O legislador nacional acertou ao tipificar a direção inabilitada como crime de perigo concreto e não de perigo abstrato: “Art. 309 Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: detenção, de seis meses a um ano, ou multa.” (BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 11 out. 2015). Assim, a produção de perigo concreto de dano é o que diferencia esse crime da infração administrativa prevista no art. 162, inc. I, do Código de Trânsito Nacional.

⁷⁹⁰ Em sentido diverso, Cf. HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 307-308.

ou perigo concreto de dano para o bem jurídico – podem servir de base para a prática de fatos ofensivos a bens jurídicos.⁷⁹¹

De fato, as condutas abarcadas pelos crimes de preparação não se mostram, em si mesmas, diretamente lesivas a um bem jurídico, “mas se limitam a criar um perigo de que o próprio agente ou um terceiro futuramente cometam uma ação lesiva”⁷⁹². Logo, a tipificação de delitos de preparação corresponde a expediente de antecipação da intervenção penal, no qual a incriminação alcança condutas cujo sentido se esgota no favorecimento de plano delitivo próprio ou alheio⁷⁹³.

Nesse grupo de crimes, a periculosidade manifestada *ex ante* pela conduta é mediata e condicional, pois o ato de preparação não pode conduzir a um resultado lesivo sem a intervenção do próprio agente ou de terceiro. Assim, o potencial lesivo dos crimes de preparação se reduz à capacidade de possibilitar, facilitar ou assegurar uma atividade delitiva posterior.⁷⁹⁴

Os atos ditos de preparação ou preparatórios se caracterizam por integrarem a primeira fase externa do *iter criminis*, imediatamente posterior à fase interna da cogitação e anterior à fase executória. Em nosso sistema, a regra é que os atos meramente preparatórios são impuníveis, uma vez que a conduta só adquire relevância jurídico-penal a partir do momento em que corresponde, pelo menos, à tentativa de crime, sendo que a identificação do crime tentado tem como marco referencial a prática de atos de execução⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 290-291.

⁷⁹² GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 128-129.

⁷⁹³ FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 330.

⁷⁹⁴ OSORIO, Juan L. Fuentes. Formas de anticipación de la tutela penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 08-08, p. 08:1-08:40, 24 agosto 2006. p. 6-7. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015, às 11h00. O autor inclui na categoria de delitos preparatórios os denominados delitos de tentativa de participação que “son aquellos en los que se castiga un comportamiento que es una realización imperfecta de una forma de intervención secundaria (cooperación/complicidad o inducción)”.

⁷⁹⁵ “Art. 14. Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 ago. 2015.) Todavía, há que se ter em mente que “[...]puede suceder que ciertos actos preparatorios en su sentido material lleguen a ser tentativas en el sentido formal porque de la interpretación del tipo se deduzca que éste abarca como formas de ejecución conductas que materialmente sólo facilitan la posterior actividad delictiva principal. [...] Así puede generar la inclusión en la fase ejecutiva de formas de preparación que aunque contienen una peligrosidad mediata (con respecto al bien jurídico de referencia) se encuentran en una relación de proximidad con la conducta típica en un sentido formal estricto.” (OSORIO, *op. cit.*, p. 31).

Daí que os crimes de preparação são exceções à regra da impunidade dos atos de preparação e decorrem da opção do legislador por criminalizar autonomamente atos que, comumente, voltam-se à preparação da prática delitiva. Tais hipóteses se diferenciam das demais situações de colaboração com a conduta criminosa alheia, tendo em vista que, com a criação de tipos penais autônomos, a incriminação do ato prévio se desvincula da própria ocorrência de um delito futuro que nele se ampare⁷⁹⁶. Por conseguinte, o potencial de risco do crime preparatório se exaure na mera possibilidade de que o comportamento prévio favoreça a prática de crimes pelo próprio agente ou por outros indivíduos.

Os crimes de preparação são problemáticos porque, em geral, penalizam comportamentos neutros, como, por exemplo, a simples posse de determinados objetos (armas de fogo, petrechos para falsificação de moeda, etc.), cuja periculosidade não advém da posse dos objetos *per se*, mas do uso que se *pode* fazer deles. No caso da posse de arma de fogo, a conduta do mero possuidor é ainda menos perigosa do que os atos de preparação que a antecedem, quais sejam, a fabricação e a comercialização da arma. Todavia, conforme analisa Nestler, a incriminação da simples posse é, muitas vezes, motivada pelas dificuldades em comprovar a fabricação e a comercialização do objeto tido como perigoso.⁷⁹⁷

Além disso, há que se questionar a legitimidade dos crimes de preparação pela perspectiva do princípio da culpabilidade. Afinal, *a priori*, os atos criminosos que venham a ser praticados por outros sujeitos, tendo como suporte uma conduta neutra do sujeito que atua em primeiro lugar, pertencerão à esfera de responsabilidade pessoal desses outros sujeitos e não daquele que atuou primeiro. Em razão disso, mostra-se necessário estabelecer os pressupostos a partir dos quais é válido proibir determinada conduta com fundamento apenas na possibilidade de que ela venha a auxiliar um delito em potencial.⁷⁹⁸

Na investigação desses pressupostos, Wohlers e Hirsch afirmam que a previsibilidade da conduta delituosa futura que se conecta ao ato preparatório é irrelevante.

⁷⁹⁶ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio da proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 182. Vejam-se os dispositivos legais: “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”; “Art. 31 O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 ago. 2015).

⁷⁹⁷ NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 66-67 e 70.

⁷⁹⁸ HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 291-292.

Segundo os autores, “o importante não é tanto a previsibilidade empírico-fático de um concreto resultado delitivo, senão que do domínio sobre uma fonte de perigo resultam determinadas exigências de conduta”⁷⁹⁹ (tradução nossa). Assim, do controle sobre uma específica fonte de perigo derivam exigências concretas de agir.

Com efeito, os crimes de preparação não dependem sequer da efetiva ocorrência do desdobramento criminoso e, muito menos, de que ele seja previsível. Por outro lado, também não se faz necessário que o agente do crime preparatório pretendesse praticar ou colaborar para que outrem praticasse o crime futuro. Entretanto, se a previsibilidade não é pressuposto para a tipificação de crimes de preparação, a partir de qual critério é possível limitar o recurso a estrutura delitiva tão controversa?⁸⁰⁰

Com esteio nos trabalhos de Wohlers e Hirsch, Greco observa que a proibição autônoma de atos de preparação só é legitimável desde que existam “especiais fundamentos que justifiquem o dever antecipado de responsabilizar-se pela integridade do bem jurídico ou pelo comportamento de terceiros, como é o caso em hipóteses de entrega de objetos perigosos ou de existência de sentido delitivo unívoco da contribuição”⁸⁰¹.

Nessa linha, Wohlers e Hirsch concluem que a criminalização autônoma de atos de preparação deve se orientar pelo critério da conformidade da conduta ao seu fim. De acordo com esse critério, a conduta que não apresenta um caráter delitivo claro, quando acompanhada por outra conduta conforme a seu fim, merece, desde o princípio, ser excluída de uma possível penalização nos moldes dos tipos de preparação.⁸⁰²

Registra-se que a simples possibilidade de que a conduta seja aproveitada de forma abusiva para a prática de delitos não é suficiente para justificar sua incriminação, sendo necessário que o agir criminoso se vincule ao ato anterior em conformidade com os fins específicos desse último. O contrário “seria expressão de uma ‘sociedade da desconfiança’

⁷⁹⁹ No original: “[...] lo importante no es tanto la previsibilidad empírico-fáctica de un concreto resultado delitivo, sino que del dominio sobre una fuente de peligro resultan determinadas exigencias de conducta.” (HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 293).

⁸⁰⁰ Hirsch e Wohlers também descartam os princípios da adequação social e da confiança como possíveis critérios para a definição dos limites de legitimidade dos crimes de preparação (*Ibid.*, p. 293-294).

⁸⁰¹ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 129.

⁸⁰² HIRSCH; WOHLERS, *op. cit.*, p. 295.

limitadora da liberdade de ação de uma forma inadequada e incompatível com a imagem do homem consagrada na Constituição”⁸⁰³ (tradução nossa).

Por outro lado, a técnica legislativa dos crimes de preparação alcança as condutas precedentes que, em conformidade com seu fim, só podem se vincular a condutas ulteriores que possuem fins delitivos (p. ex.: fabricação de petrechos destinados à falsificação de moeda). Do mesmo modo, as hipóteses em que se verifica apenas uma possibilidade teórica de que uma conduta não delitiva se conecte à conduta precedente também são passíveis de serem abarcadas pelos tipos de preparação⁸⁰⁴.

Para ilustrar essa colocação, a mera possibilidade de que a arma de fogo não seja utilizada na prática de crimes, mas somente para autodefesa, não torna ilegítima a penalização da posse ilegal de arma de fogo. A situação é diversa em relação a outros objetos que, conquanto gerem riscos para bens jurídicos, não se vinculam, como regra, à prática de delitos, desde que usados de acordo com a sua finalidade ordinária. É o caso, por exemplo, dos veículos automotores, cujo uso conforme seu fim é o de circulação de pessoas e bens e não de atacar a vida e integridade física alheias.⁸⁰⁵

De acordo com a sistematização realizada por Wohlers e Hirsch, os crimes de preparação admissíveis podem ser divididos em três grandes grupos: 1) condutas voltadas direta e imediatamente a determinar ou instigar outras pessoas a praticar condutas delitivas (p. ex.: incitação ao crime e apologia ao crime); 2) condutas dirigidas à transmissão de *know-how* criminoso (p. ex.: o crime de difundir instruções para a fabricação de bombas, previsto na legislação alemã) e 3) condutas orientadas à disponibilização de objetos perigosos (p. ex.: falsificação de documentos e manejo ilegal de armas de fogo).⁸⁰⁶ Um quarto grupo de crime de preparação, não mencionado pelos autores, corresponde às condutas de associação entre pessoas, em caráter estável e permanente, com o fim exclusivo de praticar uma pluralidade indefinida de crimes (p. ex.: o crime de associação criminosa)⁸⁰⁷.

⁸⁰³ No original: “El hecho de que nunca se pueda descartar la posibilidad de que les siga una conducta abusiva no puede justificar si incriminación. Ésta sería expresión de una <<sociedad de la desconfianza>> limitadora de la libertad de acción de una forma inadecuada e incompatible con la imagen del hombre consagrada en la Ley Fundamental.” (HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 295).

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 295.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 296-297.

⁸⁰⁷ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio da proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 185.

Ainda segundo Wohlers e Hirsch, os crimes de preparação indicados têm como denominador comum o fato de dispensarem, ao terceiro que, supostamente, pode vir a se aproveitar da conduta anterior para atuar delituosamente, o tratamento devido a um sujeito capaz de tomar, de formar responsável, suas próprias decisões. Nas palavras dos autores:

Este princípio implica que a responsabilidade do primeiro agente pela conduta do segundo não pode derivar apenas de que com a primeira ação se criara uma base fática para o empreendimento da segunda, senão que é necessário que à primeira ação lhe seja imanente uma qualidade pela qual pareça adequado também, desde pontos de vista normativos, atribuir àquele que a empreendeu responsabilidade pelas consequências que podem resultar da segunda ação.⁸⁰⁸ (tradução nossa).

Todavia, ainda que se observe o critério da conformidade da conduta com seu fim, a criminalização autônoma de atos de preparação não deixa de ser problemática. Por isso, impõe-se ao legislador a obrigação de especificar os motivos de política-criminal que fundamentam a persecução excepcional de atos preparatórios concretos. Ademais, a incriminação deve se restringir aos atos que se apresentam especialmente perigosos em comparação com a generalidade das condutas preparatórias. Por fim, a pena do crime de preparação há de ser proporcionalmente inferior à prevista para as figuras situadas em fases mais avançadas do *iter criminis*, mormente as modalidades tentada e consumada dos delitos contra o mesmo bem jurídico.⁸⁰⁹

Por outro lado, nada impede que, para além dos pressupostos gerais indicados por Wohlers e Hirsch, a tipificação de determinados crimes de preparação se vincule a requisitos adicionais específicos. Nesse sentido, Estellita e Greco entendem que, nos crimes de associação criminosa, o especial perigo que justifica a antecipação da punição aos atos preparatórios está presente na estrutura organizacional objetivamente orientada à prática de delitos, “que possibilite a persecução de finalidades criminosas como independência da

⁸⁰⁸ No original: “Este principio implica que la responsabilidad del primer actor por la conducta del segundo no se puede derivar sólo de que con la primera acción se creara una base fáctica para el emprendimiento de la segunda; sino que es necesario que a la primera acción le sea inmanente una cualidad por la que parezca adecuado también desde puntos de vista normativos atribuir a aquél que la emprendió responsabilidad por las consecuencias que puedan resultar de la segunda acción.” (HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 299). Em razão disso, os autores discordam da criminalização de condutas que não passam de “maus exemplos” para outras pessoas – como, por exemplo, a prática de sadomasoquismo entre adultos, encenações fictícias de condutas delituosas (imitadores), a distribuição de pornografia e a divulgação de cenas violentas para adultos – sob a alegação de que poderiam influenciar terceiros a praticar crimes, desde que não haja incitação ou apologia ao crime.

⁸⁰⁹ OSORIO, Juan L. Fuentes. Formas de anticipación de la tutela penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 08-08, p. 08:1-08:40, 24 agosto 2006. p. 32. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015, às 11:00.

vontade individual dos membros da organização”. Segundo os autores, “o cometimento de novos crimes no seio da organização tem de poder ocorrer quase que *automaticamente*, como manifestação de uma *vontade coletiva*, autônoma, que torna dispensáveis maiores esforços no sentido de encontrar executores dispostos a cometer os delitos em questão” (itálico no original).⁸¹⁰

A respeito das condutas que não são em si perigosas (p. ex.: embriaguez, posse de armas de fogo), mas que podem preceder atividades perigosas (direção de veículo automotor em estado de embriaguez e disparo de arma de fogo em local público), Feinberg entende que não seria justo proibi-las indiscriminadamente. Entretanto, o autor também discorda de proibições seletivas e discriminatórias baseadas em estatísticas (p. ex.: proibir determinadas etnias de consumir álcool, em razão de as estatísticas indicarem que os membros de tais grupos étnicos abusam mais do álcool e, por isso, envolvem-se em acidentes de trânsito com mais frequência). Como consequência, nesses casos, mostra-se prudente implantar um sistema de licenças administrativas, cuja violação é passível de punição penal.⁸¹¹

Além disso, tratando-se de crimes de perigo abstrato, a tipicidade do crime de preparação restará excluída nas hipóteses em que não se constatar, por meio de um juízo *ex ante* de base total, uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico. Assim, não haverá crime de porte ilegal de arma de fogo se a arma portada não puder ser usada conforme seu fim específico, isto é, para lesionar a vida ou a integridade física de alguém, estando a arma, por exemplo, desmuniada e inexistindo munição acessível à mão⁸¹². Do mesmo modo, não há como falar em crime de moeda falsa se a falsificação for grosseira, sem aptidão para iludir terceiros e, portanto, desprovida de periculosidade para a credibilidade do trânsito monetário⁸¹³.

⁸¹⁰ ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 91, p. 392-409, jul.-ago. 2011. p. 403.

⁸¹¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1. p. 193-202.

⁸¹² “EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime. Arma de fogo. Porte ilegal. Arma desmuniada, sem disponibilidade imediata de munição. Fato atípico. Falta de ofensividade. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 10 da Lei nº 9.437/97. Voto vencido. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada, sem que o portador tenha disponibilidade imediata de munição, não configura o tipo previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 99449, Relatora Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, publicado em 11/02/2010).

⁸¹³ “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O crime de moeda falsa exige, para sua configuração, que a falsificação não seja grosseira. A moeda falsificada há de ser apta à circulação como se verdadeira fosse. 2. Se a falsificação for grosseira a ponto de não ser hábil a ludibriar terceiros, não há crime de estelionato. 3. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica. 4. Habeas corpus deferido, para trancar a ação penal

A estrutura delitiva dos crimes de preparação é aplicada tanto ao âmbito dos bens jurídicos individuais quanto dos bens jurídicos supraindividuais. Em geral, a tipificação de crimes contra bens jurídicos supraindividuais utiliza a combinação entre as modalidades típicas de preparação e de acumulação. Nas falsidades monetária e documental, por exemplo, o ato de falsificar a moeda ou o documento público configura crime de preparação e o ato de introduzir ou restituir à circulação moeda falsa ou de fazer uso do documento público falsificado configuram crimes de acumulação. Isso porque, nesses casos, só haverá dano ou perigo concreto de dano para o bem jurídico supraindividual, se tanto os atos preparatórios quanto os fatos a eles vinculados se reproduzirem em quantidade consideravelmente grande de casos particulares.⁸¹⁴

6.4.3 Crimes de acumulação

Os delitos de acumulação ou acumulativos permitem a penalização de uma conduta individual que, em si, não é lesiva ao bem jurídico nem o expõe a perigo relevante, desde que se conte com “a possibilidade certa de que dita conduta – não lesiva de *per se* – se realize também por outros sujeitos, de modo que o conjunto de comportamentos culminará certamente lesionando o correspondente bem jurídico”⁸¹⁵.

Segundo Sánchez, o paradigma da lesividade global derivada da acumulação identifica a relevância penal da conduta a partir de uma perspectiva, em geral, alheia ao modo de pensar do penalista: *What if everybody did it?* E se todo mundo fizesse isso? Essa preocupação se justifica pelo fato de que a reprodução da conduta por uma pluralidade de pessoas não é apenas hipotética, mas uma realidade atual e iminente.⁸¹⁶

Nota-se que os crimes de acumulação se aproximam dos crimes de preparação por criminalizarem condutas que, sozinhas, não são capazes de produzir dano ou perigo concreto para o bem jurídico. Da mesma forma que o ato preparatório, o delito de acumulação só apresenta periculosidade *ex ante* mediata ou condicional, sendo que o risco gerado pela conduta proibida, tomada isoladamente, é insignificante.

em que o paciente figura como réu.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 83526, Relator Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 16/03/2004, publicado em 07/05/2004).

⁸¹⁴ HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 288-289.

⁸¹⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

⁸¹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

A diferença entre as duas modalidades de crimes de perigo abstrato é que, no caso dos crimes de acumulação, a tipicidade material da conduta não se vincula à possibilidade de que ela venha a favorecer uma prática delituosa própria ou alheia, mas à possibilidade de sua repetição e reiteração. Logo, a criação de delitos de acumulação se fundamenta no temor das consequências lesivas que decorreriam do possível somatório de uma pluralidade dessas condutas, praticadas repetidas vezes⁸¹⁷.

Os tipos penais de acumulação, portanto, alcançam atitudes que, se praticadas uma única vez ou por um único agente, não chegam a produzir risco relevante de lesão para o bem jurídico. Contudo, a norma penal incriminadora se baseia na constatação de que, caso comportamentos idênticos a esses se generalizem, passando a ser praticados reiteradamente pelo agente ou replicados por uma quantidade significativa de pessoas, o conjunto total dessas condutas acarretará ofensa ao bem jurídico.

A terminologia delitos de acumulação, ou *Kumulationsdelikte*, foi proposta por Kuhlen, em artigo publicado em 1986. Para ilustrar a lógica dos crimes de acumulação, o autor recorre ao exemplo do indivíduo que utiliza indevidamente o transporte público sem pagar pela passagem. Conquanto reprovável, o comportamento do *free rider* não conduz, por si só, a nenhum prejuízo grave para outrem ou para a sociedade. Ocorre que, se todo mundo fizer o mesmo e ninguém mais pagar pela passagem, o próprio funcionamento do transporte público restaria impossibilitado.⁸¹⁸

Na visão de Kuhlen, a estrutura delitiva da acumulação é um dos principais mecanismos de enfrentamento aos novos desafios trazidos pela sociedade de risco. Para o autor, a efetividade da tutela penal do meio ambiente, em especial, depende do manejo de crimes de acumulação, pois condutas como a poluição das águas merecem punição ainda que seja pequena a quantidade de dejetos poluidores despejados no ambiente, tendo em vista as consequências lesivas advindas da difusão de idêntica prática na sociedade.⁸¹⁹

⁸¹⁷ OSORIO, Juan L. Fuentes. Formas de anticipación de la tutela penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 08-08, p. 08:1-08:40, 24 agosto 2006. p. 25. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015, às 11h00.

⁸¹⁸ KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *apud* DIAS, Augusto Silva. “What if everybody did it?”: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 13, n. 3, p. 303-346, jul.-set. 2003. p. 314.

⁸¹⁹ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 128. O crime previsto no art. 29 da Lei nº 9.605/98 (“Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”) é um exemplo de crime ambiental de acumulação, não configurando crime de dano, como imaginam alguns. Segundo esclarece D’Avila, “É a continuidade e o equilíbrio existencial, normativamente exigidos, das espécies nativas, concretizados em um determinado ecossistema, que consiste o objeto de tutela da norma. Daí que a morte de um único animal,

De fato, o principal âmbito de aplicação do raciocínio de acumulação é o do direito penal supraindividual, de forma que os crimes contra bens jurídicos supraindividuais são considerados verdadeiros protótipos de crimes de acumulação.⁸²⁰ Além disso, embora a doutrina se refira aos crimes de acumulação, geralmente, como uma inovação introduzida pelo paradigma do Direito Penal do risco, observa-se que essa estrutura delitiva se faz presente tanto na tipologia da criminalidade moderna (crimes ambientais, lavagem de dinheiro, etc.) quanto da criminalidade clássica (corrupção, falsidade documental, moeda falsa, etc.)⁸²¹.

Segundo Hefendehl, a aplicabilidade da técnica da acumulação se estende desde os crimes contra o meio ambiente até os crimes contra bens jurídicos integrados pelo elemento da confiança, como é o caso dos crimes contra a fé pública – exceto os que, como visto, constituem crimes de preparação – e os crimes contra a administração da justiça e a probidade administrativa. Para o autor, o pensamento da acumulação oferece um equivalente material apto a suprir a ausência de uma causalidade lesiva real entre a ação e o bem jurídico supraindividual.⁸²²

Em sentido diverso, Bidasolo afirma que em todo e qualquer crime, com a exceção apenas do crime de homicídio, a destruição do bem jurídico, seja ele individual ou coletivo, depende da repetição de condutas. Assim, em geral, a vítima de um único roubo não perde todo o seu patrimônio nem a prática de uma única lesão corporal destrói completamente a

embora seja, *in casu*, um resultado material exigido pelo tipo, não só não consiste, *per se*, em um dano ao bem jurídico-penal, como apenas em casos excepcionais, como, *v.g.* na hipótese de espécies animais em extinção, poderia ser suficiente para consubstanciar o perigo indispensável à existência do crime.” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e ilícito penal ambiental*. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 122).

⁸²⁰ HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 289.

⁸²¹ Sánchez chama atenção para o fato de que a lógica da cumulação também está presente em delitos tradicionais, estando, portanto, “bastante mais arraigada do que à primeira vista poderia parecer”. O autor chega a incluir entre os crimes de acumulação o crime de sonegação fiscal. (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 119 e 125). Contudo, como já visto, entendemos que tal figura típica configura crime de dano, uma vez que o patrimônio público resulta lesionado com cada redução ou supressão de tributo, não sendo necessário recorrer aos crimes de acumulação. Nesse mesmo sentido, ver: HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 195-196; GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 129.

⁸²² HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 194-195.

saúde física do sujeito passivo. Diante disso, Bidasolo qualifica os crimes de acumulação como crimes de dano efetivo e não de perigo abstrato.⁸²³

Com efeito, a autora tem razão ao ressaltar que o resultado de dano também compreende, para além da destruição e da perda, a diminuição de um bem jurídico⁸²⁴. Ocorre que, nos crimes que qualificamos como de perigo abstrato e de acumulação, verifica-se que a afetação ao bem jurídico em razão da conduta individual é insignificante, tendo em vista as dimensões do bem jurídico supraindividual, bem como a diferenciação anteriormente realizada entre resultado para o bem jurídico e resultado naturalístico ou material.

É claro que se pode contestar que nos crimes contra o patrimônio público, por nós classificados como crimes de lesão, a diminuição do bem jurídico também é mínima em relação ao bem jurídico supraindividual, a despeito de produzir, eventualmente, um resultado perceptível no mundo natural. No entanto, os crimes contra o patrimônio público não se mostram problemáticos do ponto de vista da estrutura do delito, porquanto são construídos em analogia aos crimes contra o patrimônio individual. Por conseguinte, como já dito, não se faz necessário recorrer, nesses delitos, à lógica de acumulação, evitando-se submetê-los aos requisitos especiais que se pretende estabelecer para a tipificação de crimes de acumulação.

Em comparação aos crimes de ação concretamente perigosa e de preparação, os crimes de acumulação são os mais duramente criticados pela doutrina. Segundo Dias, a punibilidade da ação cumulativa parte da sua disfuncionalidade sistêmica e não da ofensividade, o que permite que condutas do cotidiano sejam sancionadas penalmente, levando à “bagatelização do direito penal”⁸²⁵. Além da tendência a criminalizar bagatelas⁸²⁶, os críticos afirmam que os crimes de acumulação estabelecem uma forma de ilícito *ex iniuria tertii*, isto é, no qual a responsabilidade se funda em fato de terceiro e não próprio.

Ademais, a distância entre a conduta individual criminalizada e o dano ao bem jurídico é longínqua, e a real ocorrência do resultado indesejado está sujeita a uma série de fatores alheios à vontade do agente. Como consequência, para os críticos, os tipos de acumulação violam o princípio da culpabilidade ao responsabilizarem o indivíduo por evento

⁸²³ BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho penal del siglo XXI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, p. 365-402, 2007. p. 376-377.

⁸²⁴ Da mesma maneira, a definição de crime de dano apresentada no início do presente capítulo.

⁸²⁵ DIAS, Augusto Silva. “*What if everybody did it?*”: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 13, n. 3, p. 303-346, jul.-set. 2003. p. 340 *et seq.*

⁸²⁶ GRECO, Luís. ‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004. p. 133.

danoso que ele nem sequer poderia prever.⁸²⁷ Na análise de Sánchez, “A dispersão no espaço e no tempo das condutas integradas na relação de acumulação impede falar de modo racional de um único fato e de um único risco ao qual se teria contribuído”. Por isso, em relação aos comportamentos massificados, haveria um fato global e permanente, impossível de ser abarcado como tal nos limites do processo penal.⁸²⁸

Por outro lado, os delitos acumulativos vulnerariam o princípio da proporcionalidade, uma vez que a pena prevista pelo tipo penal, tendo como referência o dano por acumulação, supera a gravidade da conduta individual⁸²⁹. Para Marques, “Apesar da *acumulação* ser real e não meramente hipotética, não se aceita como justa e como legítima a imposição de uma pena indiscriminada, a qual poderia, inclusive, atingir populações inteiras”⁸³⁰ (itálico no original).

Sánchez relaciona a introdução dos crimes de acumulação ao processo de “administrativização” do Direito Penal, em razão do qual este abdica de critérios concretos de danosidade ou periculosidade e passa a admitir uma ofensividade meramente estatística. Segundo o autor, a lógica da acumulação é própria do Direito Administrativo, órbita responsável pela gestão ordinária de problemas estruturais e sistêmicos, não se adequando ao perfil de um Direito Penal orientado pelos princípios da ofensividade, culpabilidade e intervenção mínima.⁸³¹

Numa abordagem diferenciada, outros autores se dedicam a investigar os pressupostos a partir dos quais é possível conformar os crimes de acumulação aos princípios penais fundamentais, resguardando, todavia, as particularidades dogmáticas para não convertê-los em crimes de dano ou de perigo concreto.

Na análise de Hirsch e Wohlers, a obrigação de omitir condutas que só produzem resultados lesivos aos bens coletivos quando praticadas por uma pluralidade significativa de pessoas tem como fundamento normativo o princípio da igualdade. O paradigma democrático atribui a todos os cidadãos os mesmos direitos, não sendo justo que um indivíduo, ao se comportar de forma contrária ao bem comum, beneficie-se do fato de que os demais agirão de

⁸²⁷ DIAS, Augusto Silva. “*What if everybody did it?*”: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 13, n. 3, p. 303-346, jul.-set. 2003. p. 340 *et seq.*

⁸²⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124.

⁸²⁹ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho Penal Económico*. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 181-182.

⁸³⁰ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 211.

⁸³¹ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 117 *et seq.*

acordo com as regras para evitar suportar as consequências negativas que sua própria conduta colaboraria a provocar. Para os autores, a convivência em sociedade impõe aos cidadãos, para além da obrigação de não prejudicar direito alheio, o dever de cooperar para garantir as condições mínimas necessárias ao bem-estar comum.⁸³²

Ocorre que praticamente qualquer conduta, caso reproduzida por um número grande de pessoas, pode conduzir a resultados inaceitáveis para a convivência social⁸³³. Por isso, a tipificação de crimes de acumulação deve se limitar às hipóteses em que se pode contar, de modo realista, com a ocorrência dos efeitos acumulativos⁸³⁴. Logo, antes de recorrer à estrutura delitiva dos crimes de acumulação, o legislador deve verificar, a partir de prognóstico respaldado pelas ciências empíricas, a presença de dois pressupostos: 1) que a conduta proibida possua potencial de se multiplicar em uma quantidade x de condutas e 2) que a acumulação de uma quantidade x dessas condutas seja suficiente para lesar o bem jurídico.⁸³⁵

Na mesma linha, Frisch destaca que a legitimidade dos crimes de acumulação depende da observância de três requisitos. Em primeiro lugar, a imposição de sanção penal aos danos por acumulação só será adequada e necessária se um número consideravelmente grande das condutas penalizadas, a despeito de sua escassa importância singular, representar autêntica ameaça ao bem jurídico. Além disso, a ameaça projetada há que se apresentar como realista e não passível de ser evitada sem a previsão de pena. Por fim, o bem jurídico ameaçado pela acumulação deve ser de tal importância que justifique a criminalização nesses moldes para a sua proteção.⁸³⁶

⁸³² HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 300.

⁸³³ Os autores citam o seguinte exemplo: “la persona que pasea silbando o cantando, no plantea ningún problema; la cosa cambia si imaginamos a miles de ciudadanos paseando por las calles silbando o cantando” (*Ibid.*, p. 301).

⁸³⁴ Conforme registra Sánchez, o próprio Kuhlen nunca apresentou a acumulação como um elemento hipotético do crime, mas como um elemento real, ou seja, “considera-se de antemão com a realização atual ou iminente de fatos similares por uma múltipla variedade de sujeitos” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 122).

⁸³⁵ HIRSCH; WOHLERS, *op. cit.*, p. 301. Os autores destacam que há casos em que, por ausência de provas empíricas, não é possível afirmar com segurança que a acumulação das condutas acarretará lesão ao bem jurídico (*Ibid.*, p. 301-302). É o caso, na Alemanha, dos tipos penais da Lei Federal Alemã de Proteção de Embriões e, no Brasil, de vários dos crimes previstos na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05). Conforme dito anteriormente, entende-se que esses crimes devem ser classificados como crimes de precaução e não de perigo abstrato (Vide Capítulo 3, item 3.3).

⁸³⁶ FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 337.

Na indicação dos requisitos para a postulação de crimes de acumulação, Hirsch, Wohlers e Frisch se inspiram na doutrina anglo-americana, especialmente nos trabalhos do norte-americano Joel Feinberg. Para Feinberg, as condutas que só podem conduzir a danos acumulativos (*accumulative harms*) devem ser toleradas quando não for provável que sejam realizadas em quantidade suficiente para ofender significativamente o bem jurídico coletivo.⁸³⁷

Por outro lado, Feinberg entende que a criminalização também se justifica nos casos em que a acumulação apenas não é provável porque, não obstante a realização da conduta atenda a interesses individuais egoísticos, os escrúpulos morais ou o espírito cívico impedem que as pessoas a realizem. Segundo o autor, não punir a conduta, nesse caso, seria premiar aquele se aproveita da honestidade dos demais para agir injustamente.⁸³⁸

De outro modo, nos casos em que o legislador concluir, com base em conhecimentos empíricos, pela probabilidade de acumulação, cumpre implantar, primeiramente, um sistema regulatório vinculado à previsão de infrações administrativas, passível de ser reforçado por sanções penais. Assim, evita-se a criminalização de atividades que são socialmente valiosas, muito embora lhes seja inerente o risco de produzir danos por acumulação (p. ex. a produção, transformação e circulação de bens e as obras de infraestrutura urbana envolvem, em boa parte, a poluição do meio ambiente e a exploração de recursos naturais).⁸³⁹

Hirsch e Wohlers registram que só se pode falar em dever de cooperação juridicamente relevante nas situações em que é preciso salvaguardar um bem jurídico supraindividual. Entretanto, as limitações e gravames associados ao dever de cooperação não são idênticos para todos os indivíduos, sendo necessário valorar as consequências da renúncia à conduta proibida para cada sujeito em função da posição em que ele atua. Diante disso, por exemplo, uma mesma conduta com potencial de gerar dano por acumulação pode ser permitida quando praticada, regularmente, no âmbito de atividade profissional e proibida quando praticada fora desse contexto justificador.⁸⁴⁰

Nesse enfoque, é possível compreender a opção do legislador por recorrer à acessoriedade administrativa⁸⁴¹ na tipificação de parte dos crimes de acumulação, sobretudo

⁸³⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1. p. 245.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 245.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 245.

⁸⁴⁰ HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 303.

⁸⁴¹ A terminologia acessoriedade administrativa alude à remissão feita pela norma penal a um conceito ou ato de direito administrativo, por meio de expressões como “sem permissão, licença ou autorização da autoridade

no que diz respeito aos crimes ambientais. Conforme ilustram Hirsch e Wohlers, grande parte das perturbações contra o meio ambiente atribuíveis às atividades empresariais se apresenta, desde que realizadas dentro de determinadas balizas, como autorizada pela autoridade administrativa competente. Já as contribuições dos particulares para o dano ambiental e as atividades empresariais nocivas ao meio ambiente desenvolvidas em desacordo com a autorização administrativa permanecem acobertadas pelo ilícito típico.⁸⁴²

O problema é que, tendo em vista a dimensão e gravidade do dano ambiental decorrente das atividades econômico-empresariais, não parece justo nem eficiente fazer pesar sobre os ombros do “cidadão a pé” uma responsabilidade maior pela preservação do meio ambiente⁸⁴³. Esse é um dos motivos por que Hassemer afirma que o Direito Penal do meio ambiente é simbólico, uma vez que “nunca são castigados os grandes poluidores, mas apenas os pequenos”⁸⁴⁴, sendo que menoscabos a bens jurídicos continuam a ocorrer com a conivência da Administração Pública e sem que o Direito Penal possa lhes fazer frente.

Para Frisch, face à evolução da consciência ambiental nas sociedades modernas, a imposição de punições administrativas ao “cidadão a pé” se mostra suficiente no tocante a algumas condutas aptas a provocar dano por acumulação, previstas na maioria das legislações como crimes ambientais. Em outras hipóteses de dano por acumulação, como, por exemplo, nos crimes de falsificação de moeda, não é realista esperar que a aplicação de multas se revele suficiente para persuadir o agente a não falsificar.⁸⁴⁵

Na doutrina nacional, D’Avila ressalta que, como ocorre em todas as modalidades de crimes de perigo abstrato, também na presente modalidade delituosa o determinante para a

competente” ou “em desacordo com o ato concedido”. A acessoriedade administrativa cria uma dependência do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo, consistindo em mais uma das facetas do fenômeno de administrativização do Direito Penal. A consequência dessa dependência é que as normas penais punem a ofensa ao bem jurídico tão somente quando praticada em contrariedade às normas administrativas. Segundo Hassemer, em razão da “acessoriedade administrativa”, a intervenção penal perde a autonomia, uma vez que “a entidade que controla o respeito pelas fronteiras do direito penal deixou de ser o juiz para passar a ser a Administração. O direito penal transformou-se, por esta via, num instrumento auxiliar da administração, passando a depender, para a demarcação das respectivas fronteiras, da intervenção da Administração” (HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 27-35, abr.-jun. 1998. p. 31). Para o autor, a “acessoriedade administrativa” torna o ilícito penal menos visível e deprecia a credibilidade do Direito Penal frente aos cidadãos, pois “a matéria da ilicitude penal passa a ser objeto de negociação direta entre a Administração e o potencial infrator” (*Ibid.*, p. 32).

⁸⁴² HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 303.

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 304.

⁸⁴⁴ HASSEMER, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁴⁵ FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 337-338.

identificação da periculosidade *ex ante* da conduta é o contexto em que ela se realiza e não, como se imagina, a acumulatividade da conduta. O que os diferencia, realmente, é que nos demais crimes de perigo abstrato “o contexto normalmente fornece *in concreto* os elementos necessários para afirmar ou negar um prognóstico de possível dano ao bem jurídico” (vide *supra* os exemplos dos crimes de trânsito e de porte ilegal de arma de fogo), enquanto que nos crimes de acumulação o contexto fático possui alto grau de complexidade e de instabilidade, decorrente da interação de inúmeros fatores flutuantes e incertos que condicionam a possibilidade de dano para o bem jurídico (no crime de poluição do ar, por exemplo, o evento danoso depende das condições climáticas, da geografia do local, do grau de urbanização e industrialização da área afetada, etc.).⁸⁴⁶

Por isso, se o contexto fático, a despeito da sua instabilidade, excluir a possibilidade de dano efetivo, não há que se falar em crime de acumulação. O autor cita o exemplo da proibição da utilização industrial de determinado gás que, se acumulado em certo índice na atmosfera, causa danos à camada de ozônio, a despeito de ser inofensivo na quantidade emitida por uma única fábrica. Se esse gás vier a ser substituído pelas indústrias por outro equivalente e não prejudicial, a atividade daquela pequena fábrica que, em descompasso com a evolução técnica da demais, continua a utilizar o gás não possui qualquer ofensividade. Nessa situação hipotética, ainda que a conduta tenha se mantido a mesma e teoricamente acumulável, o contexto em que ela se projetou mudou e fez desaparecer a possibilidade não insignificante de dano para o bem jurídico.⁸⁴⁷

Ademais, os crimes de acumulação se diferenciam dos crimes de perigo abstrato em geral pela presença, excepcional, do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa. Os demais crimes de perigo abstrato se satisfazem com a possibilidade de que o bem jurídico entre no raio de ação da conduta perigosa, enquanto que os crimes de acumulação, uma vez que o bem jurídico já se encontra no raio de ação da conduta perigosa, dependem da possibilidade de conjugação dos fatores contextuais necessários para ocorrência de dano ao bem jurídico. Destarte, “Enquanto nos tradicionais casos de perigo abstrato a concorrência ideal dos fatores contextuais serve, normalmente, para afirmar apenas uma possibilidade de

⁸⁴⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 122-123. O autor sugere que seria mais adequada a denominação “crimes de contexto situacional de instabilidade” em lugar de crimes de acumulação, a fim de destacar que tais crimes se caracterizam mais pela instabilidade do contexto fático em que a conduta é realizada do que pela acumulatividade da conduta proibida.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 122.

dano ao bem jurídico, nesse particular grupo de crimes, a concorrência ideal de fatores permite afirmar um efetivo dano”.⁸⁴⁸

Pelo exposto, observa-se que, a despeito das críticas, os crimes de acumulação se mostram, a bem da verdade, menos problemáticos do que os crimes de preparação, tendo em vista que o bem jurídico já se encontra no raio de ação da conduta perigosa. No mais, todas as condutas que se acumulam estão orientadas ao mesmo propósito antijurídico, de forma que o agente não pode alegar que o menoscabo ao bem jurídico foi causado por culpa exclusiva de terceiro. Por fim, o fato de que a tipicidade material dos crimes de acumulação exige uma possibilidade real e iminente de que a conduta formalmente típica seja praticada reiteradamente afasta uma criminalização baseada em meras presunções hipotéticas. Assim, nos casos em que, a despeito da possibilidade teórica de acumulação, o contexto fático refutar a possibilidade real de reiteração da conduta (por exemplo, nos casos dos crimes ambientais, em razão da mudança na consciência ambiental ou da evolução tecnológica), o controle social extrapenal será suficiente, não sendo necessário recorrer aos crimes de acumulação.

⁸⁴⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 123-124.

7 CONCLUSÕES

1. Como resultado da polêmica entre as concepções materiais de crime em Feuerbach e Birnbaum, a noção de crime como violação a direitos subjetivos dos cidadãos ou do Estado foi substituída pela de crime como ofensa a bens, possibilitando o reconhecimento da existência de bens da coletividade e, conseqüentemente, de delitos contra a coletividade. Birnbaum, ao definir “bem” como realidade do mundo exterior passível de sofrer ameaça ou lesão, lançou as bases para uma concepção real (e não ideal) de bem jurídico-penal, a qual tem como enfoque o indivíduo e suas relações sociais em concreto.

2. O bem jurídico-penal foi uma das categorias teóricas mais afetadas pelo processo de modernização do direito penal, tendo o conceito se tornado demasiado elástico ao ser progressivamente alargado para abarcar bens supraindividuais abstratos, inapreensíveis e intangíveis. A postulação de bens jurídicos coletivos carentes de qualquer referencial pessoal, desprovidos de substrato material e desvinculados da realidade social concreta levou à tipificação excessiva de crimes de perigo abstrato. Por isso, a fim de resgatar o potencial da teoria do bem jurídico para limitar o recurso ao poder punitivo penal, mostra-se necessário estruturar um conceito “substanciável” de bem jurídico, definido como dado da realidade, que seja capaz de abarcar também os bens jurídicos supraindividuais.

3. A Constituição é ponto de partida obrigatório para a construção do conceito de bem jurídico, pois só assim ele pode vincular o legislador. A postulação de bens jurídico-penais deve tomar como base a Constituição em sentido material e não apenas em sentido formal, conforme orienta o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição brasileira. No entanto, tendo em vista o caráter formal e normativo da concepção constitucionalizada de bem jurídico, a Constituição em sentido amplo não pode ser o critério exclusivo de identificação dos bens jurídico-penais, cujo conjunto há de ser mais restrito do que o dos valores constitucionais.

4. A teoria personalista de Hassemer fornece um critério material para a identificação dos bens jurídico-penais, na medida em que os concebe como uma necessidade humana cuja satisfação é imprescindível ao desenvolvimento pessoal dos indivíduos em concreto. No entanto, tal teoria não impede o reconhecimento de bens jurídicos supraindividuais, mas exige que eles sejam subordinados e preordenados à pessoa, ou seja, que também sirvam ao desenvolvimento e estruturação da personalidade individual. Logo, as teorias constitucional e pessoal do bem jurídico se complementam mutuamente e sintetizam o núcleo essencial do conceito de bem jurídico-penal adotado na atualidade pelos principais defensores da teoria do bem jurídico.

5. A teoria “negativa” do bem jurídico representa uma perspectiva que, por reconhecer o caráter seletivo do instrumento penal, atribui ao conceito de bem jurídico o papel de conter o horizonte de criminalização e não de justificar a atividade punitiva. Dessa forma, deve-se substituir a compreensão do bem jurídico como objeto de tutela pela de bem jurídico como objeto de ofensa, em consonância com uma concepção real e não ideal de bem jurídico.

6. Os bens jurídicos são entidades dinâmicas resultantes dos processos interativos próprios da convivência social. Ainda que a indicação dos bens jurídico-penais dependa, inevitavelmente, de uma decisão política e tendenciosa do Estado, no bojo de um Estado Social e Democrático de Direito, é possível submeter as decisões hegemônicas de seleção de bens jurídico-penais à permanente discussão participativa e revisão democrática.

7. O potencial crítico da teoria do bem jurídico não se reduz aos tipos penais exóticos ou obsoletos, excluindo a punibilidade penal de incriminações moralistas e paternalistas ainda presentes na legislação brasileira. Os “bens jurídicos” indicados como passíveis de serem vindicados nas hipóteses de proibição de condutas tão somente imorais ou autolesivas, bem como de heterolesões e heterocolocações em perigo validamente consentidas, são incompatíveis com uma teoria do bem jurídico que incorpore em sua estrutura, reflexivamente, o pluralismo axiológico e o liberalismo democrático.

8. A teoria do bem jurídico não tem aptidão para, sozinha, delimitar de modo preciso o âmbito da criminalização legítima, necessitando de complementação. Apesar disso, o debate atual demonstra que há ainda muito espaço para desenvolvê-la, principalmente no que diz respeito aos bens jurídicos supraindividuais. Diante disso, o abandono do conceito de bem jurídico seria um retrocesso do ponto de vista teórico.

9. Ainda que formuladas como mandados, as indicações de criminalização extraídas da Constituição não obrigam o legislador ordinário a criminalizar ou a não descriminalizar determinadas condutas, devendo ser interpretadas apenas como recomendações de incriminação. A Constituição não tem como função regular o comportamento dos cidadãos entre si, mas estabelecer as balizas fundamentais do exercício do poder político, cabendo ao legislador ordinário decidir, dentre as condutas ofensivas a bens jurídicos, quais serão criminalizadas.

10. Em países como Brasil e Alemanha, em que o dogma do bem jurídico não está expressamente vertido em norma constitucional, a declaração da inconstitucionalidade de tipos penais não pode se basear apenas na teoria do bem jurídico, devendo ser deduzida da aplicação de princípios constitucionais. No entanto, isso não significa que a teoria do bem jurídico se reduza a uma proposta político-criminal não vinculativa, tendo também capacidade

de levar à desclassificação jurídica de normas jurídicas, uma vez que a aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da ofensividade pressupõe a noção de bem jurídico como ponto de referência.

11. A aceitação da existência excepcional de crimes sem bens jurídicos reforça a crise da função crítica da teoria, porquanto afasta sua aplicação justamente àqueles casos difíceis em que ela tem mais a contribuir. Por outro lado, não há qualquer utilidade em abandonar a teoria do bem jurídico em relação aos crimes de maus tratos aos animais e aos crimes contra as gerações futuras. Nesses casos, basta atribuir um *status pessoal* excepcional aos seres sencientes não humanos e reconhecer que os bens jurídico-penais também se referem aos indivíduos que viverão no futuro.

12. Os bens jurídico-penais podem ser classificados em individuais, supraindividuais e individuais de reflexos transindividuais. Os bens jurídicos individuais servem aos interesses diretos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas, considerados isoladamente, sendo que, em caso de agressão ou ameaça a tais bens, os sujeitos passivos são perfeitamente identificáveis (vida, integridade física, patrimônio, liberdade de locomoção, etc.). Os bens jurídicos supraindividuais satisfazem, ao mesmo tempo e ainda que indiretamente, às necessidades essenciais de todos e cada um dos membros da sociedade, tomados coletivamente, e, em caso de agressão ou ameaça a tais bens, os sujeitos passivos só são identificados de forma vaga e imprecisa (meio ambiente, tráfico monetário, patrimônio público, etc.). Os bens jurídicos individuais de reflexos transindividuais são bens individuais cuja ofensa repercute ou pode repercutir nos interesses de outros indivíduos (livre iniciativa, segredo empresarial, identidade genética, etc.).

13. O bem jurídico-penal individual é de plena disponibilidade, podendo, inclusive, ser destruído por seu titular ou, no caso de ser titularizado por um grupo determinado de pessoas, por seus titulares, desde que de comum acordo. No que diz respeito aos bens jurídico-penais supraindividuais, pessoas indetermináveis ou de difícil determinação estabelecem com o mesmo bem uma relação de disponibilidade limitada, sendo vedada a destruição do bem por seus titulares.

14. O Estado não é titular de bens jurídicos próprios, mas mero gestor de bens jurídicos pertencentes aos seres humanos, considerados coletivamente. Por isso, não há que se falar em bens jurídicos estatais, sendo que o Estado deve agir sempre em prol dos interesses dos cidadãos. Assim, por exemplo, o bem jurídico-penal, nos crimes tributários, não é o patrimônio do Estado, mas o patrimônio público ou coletivo.

15. A diferenciação entre bens coletivos e bens difusos não possui relevância para o Direito Penal, pois a atribuição de proteção jurídica transmuta o interesse difuso em coletivo e, antes desse processo de formalização, os interesses difusos são excessivamente abstratos e mal delimitados, o que descarta sua utilidade como instrumento de limitação do Direito Penal. Por isso, este trabalho emprega as expressões “bem jurídico supraindividual” e “bem jurídico coletivo” como sinônimas, dando-se preferência à primeira por, além de estar consagrada na literatura e legislação nacionais, evitar a discussão sobre a pertinência ou não dos interesses difusos. No entanto, o predicado supraindividual não deve ser entendido no sentido de acima do individual, uma vez que todos os bens jurídicos se colocam a serviço dos indivíduos.

16. A perspectiva monista-pessoal é adotada no presente trabalho para estabelecer um referencial único para a identificação de bens jurídico-penais, de forma que todos eles, sejam individuais ou coletivos, devem consistir em recursos imprescindíveis ao desenvolvimento da pessoa em concreto, no contexto da coexistência social. Tal perspectiva não impede o reconhecimento autônomo de bens jurídicos supraindividuais, já que o filtro de referência não é o indivíduo isolado, em abstrato, mas o indivíduo real inserido na sociedade, condição para que o ser humano possa desenvolver plenamente sua personalidade.

17. Os bens jurídicos supraindividuais não se confundem com os interesses supraindividuais. O interesse supraindividual é o nexos psicológico que liga um mesmo bem, de natureza supraindividual, aos indivíduos indeterminados que dele necessitam. O bem só existe enquanto tal a partir do momento em que o ser humano o valora positivamente como algo útil à satisfação de uma necessidade, individual ou coletiva, manifestando nele um interesse. Apesar disso, a mera existência de um interesse não é suficiente para fundamentar a existência de um bem jurídico-penal, sendo necessário que o interesse seja valorado positivamente pelo ordenamento jurídico.

18. Os bens jurídico-penais compreendem apenas bens e não valores, sendo indesejável identificar bem e valor. O valor é propriedade atribuída pelo juízo humano ao bem, em razão dos interesses humanos, sendo que a valoração precede a existência do bem. A noção de que bens jurídicos são valores corresponde a concepções idealizadas de bem jurídico-penal, as quais permitem que o legislador invente livremente bens jurídicos atingidos sempre que pretender justificar uma incriminação. Por isso, há que se abdicar das noções idealizadas de bem jurídico-penal, optando por defini-lo como um dado da realidade.

19. O Direito Penal só deve se ocupar de ofensas a bens jurídicos e não de meros menoscabos a sentimentos. Caso não se identifique, em cada uma das figuras típicas que aparentam estar voltadas exclusivamente à tutela de sentimentos, a existência de ofensa a um

autêntico bem jurídico-penal subjacente, há que se concluir que a criminalização da conduta contraria os postulados da teoria do bem jurídico. Dessa forma, no caso do crime de associação criminosa, a “paz pública” deve ser substituída pelo bem jurídico individual ou coletivo possivelmente atingido pelos crimes que a associação criminosa pretende praticar (vida, liberdade, patrimônio, etc.).

20. A confiança e a segurança não constituem, em si mesmas, bens jurídico-penais, pois nada mais são do que a ausência de desconfiança ou de perigo. No entanto, bens jurídico-penais supraindividuais, como o tráfico monetário e documental (ou fé pública), a probidade do serviço público e a administração da justiça possuem a confiança como componente. Ocorre que a confiança elementar a esses bens jurídicos é uma confiança específica em determinado bem da vida, não se confundindo com a confiança genérica na vigência da ordem jurídica (ou segurança jurídica).

21. O princípio da insignificância é aplicável aos crimes contra bens jurídicos supraindividuais, porquanto as ofensas diminutas a bens coletivos, além de não acarretarem prejuízos efetivos ou potenciais graves, atingem os indivíduos apenas indiretamente. No caso dos crimes de perigo abstrato em geral, o princípio da insignificância é aplicável se insignificantes forem o risco de ocorrência de dano ou o dano possivelmente resultante. No caso dos crimes de acumulação em específico, o princípio é aplicável quando a reiteração exata da conduta formalmente típica não gerar dano relevante ao bem jurídico.

22. A legítima defesa de bens jurídicos supraindividuais só é admissível nas hipóteses em que se protege, simultaneamente, um bem jurídico individual ou para repelir agressões contra bens coletivos materializados, tais como o patrimônio público, o patrimônio histórico-cultural e o meio ambiente. Afinal, não seria benéfico à convivência social pacífica dotar a população de faculdades policiais amplas para, por meio do alargamento descomedido dos limites tradicionais da legítima defesa, fazer uso da força em situações que supostamente ameacem bens jurídicos coletivos genéricos e pouco precisos como a “ordem pública”, a “paz social” e a “segurança nacional”.

23. O consentimento do ofendido não tem o condão de excluir a existência de crime contra bem jurídico-penal supraindividual, porquanto os bens jurídicos supraindividuais se caracterizam pela disponibilidade limitada. O consentimento do Estado, enquanto mero gestor e não titular de bens jurídicos próprios, também não configura hipótese de exclusão do crime, não obstante a renúncia do Estado à ação penal possa constituir causa de exclusão da punibilidade.

24. Os autênticos bens jurídico-penais supraindividuais são identificados com base em três critérios: 1) não exclusividade do uso; 2) não rivalidade do consumo regular e 3) não distributividade conceitual, fática ou jurídica. A saúde pública, a incolumidade pública, a segurança pública, a segurança no trânsito e as relações de consumo são falsos bens jurídicos coletivos, resultantes do mero somatório de bens jurídicos individuais (vida, integridade física, saúde, etc.). Em muitos casos, a indicação de um falso bem jurídico supraindividual encobre a utilização de técnicas de tipificação do perigo contra bens jurídicos individuais.

25. A noção de bem jurídico intermediário ou imediato é aceitável desde que se trate de um autêntico bem jurídico supraindividual material e tangível, suficientemente corporizado para figurar como referencial de lesividade. O bem jurídico final ou mediato ao qual ele se refere deve corresponder a bens jurídicos individuais de uma pluralidade de pessoas indeterminadas ou a bens jurídicos supraindividuais incorpóreos e mais resistentes a serem lesionados, de forma efetiva e irreversível, pela generalidade das condutas, consideradas isoladamente ou em situações de normalidade fática.

26. Os bens jurídicos supraindividuais não se confundem com as funções, sendo que essas últimas, em geral, não atendem aos requisitos da universalidade (possuir valor em si e não mera utilidade instrumental) e da substancialidade (capacidade de sofrer uma alteração real em sua constituição). O crime de evasão de divisas, na forma como está definido na legislação brasileira, não atinge qualquer bem jurídico, mas apenas a função estatal de controle da saída de divisas. Contudo, observa-se que algumas funções se materializaram o suficiente e passaram a atender aos mencionados requisitos, tornando-se indispensáveis aos indivíduos em um Estado democrático, como é o caso da administração da justiça, que deve ser reconhecida como um verdadeiro bem jurídico-penal.

27. O objeto material ou objeto da ação corresponde ao objeto corpóreo ou incorpóreo sobre o qual recai a ação do sujeito ativo, constando, explícita ou implicitamente, como elemento objetivo do tipo penal. O objeto material pode na prática coincidir, eventualmente, com o bem jurídico-penal, mas com ele não se confunde no plano conceitual. O objeto material desempenha apenas funções intrassistemáticas, enquanto que o bem jurídico exerce também função transistemática de limitação da atividade de criminalização. No caso dos bens jurídicos supraindividuais, o objeto material é “representante ocasional” do bem jurídico. Não há que se distinguir bem jurídico e objeto do bem jurídico, na medida em que se toma como base uma noção real e substancial de bem jurídico, de acordo com a qual ele, da mesma forma que o objeto material, é capaz de sofrer lesões ou ameaças concretas.

28. A diferenciação entre crimes de resultado e crimes de mera atividade (ou crimes materiais e crimes formais) tem como referência a produção ou não de um resultado naturalístico suportado pelo objeto material ou objeto da ação. Já a divisão das figuras delitivas em crimes de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato se orienta pelo grau de intensidade do ataque ao bem jurídico. Crimes ambientais como, por exemplo, o crime de poluição (art. 54 da Lei nº 9.605/90) e o crime de desmatamento ilegal (art. 38 da Lei nº 9.605/90) configuram crimes de resultado ou materiais e de perigo.

29. Os crimes de perigo abstrato se harmonizam com o princípio da ofensividade desde que não sejam interpretados como ilícitos de mera desobediência à norma ou crimes de perigo presumido. Isso porque a ofensividade é uma categoria variável e comporta diferentes níveis de atualidade e intensidade de dano. Contudo, a tipificação de crimes de perigo abstrato deve observar determinados pressupostos, de forma que tal recurso permaneça como uma exceção em nosso sistema (como consequência, a tentativa de crime de perigo é impunível, salvo previsão expressa).

30. Nos crimes de perigo abstrato, a idoneidade da conduta para produzir dano deve ser afirmada a partir de uma perspectiva *ex ante* de base total, enquanto que, nos crimes de perigo concreto, esse juízo deve ser realizado pela perspectiva *ex post*. Os crimes de perigo abstrato, de uma forma geral, diferenciam-se dos crimes de perigo concreto pela inexistência de um bem dentro do raio da ação perigosa, bem como pela ausência de uma vítima em concreto, bastando que haja vítima em potencial. Conquanto não seja exigido o alto grau de probabilidade de dano presente nos crimes de perigo concreto, a possibilidade de dano não pode ser insignificante nos crimes de perigo abstrato. Por outro lado, a insignificância ou não do risco de dano deve ser definida tendo como referencial a gravidade do dano em potencial.

31. Não obstante a existência excepcional de crimes de dano contra bens jurídicos supraindividuais (crimes tributários e crimes contra o patrimônio público), a estrutura delitiva de perigo abstrato se apresenta como a principal técnica de tipificação dos ataques aos bens coletivos. Tal fato ocorre porque, em razão da dimensão desses bens, não é comum que ataques isolados causem dano efetivo ou exponham a perigo concreto os bens jurídicos supraindividuais. Contudo, a categoria dos crimes de perigo abstrato, na realidade, engloba um conjunto heterogêneo de modalidades de antecipação da intervenção penal a estágios anteriores ao perigo concreto: os crimes de ação concretamente perigosa, os crimes de preparação e os crimes de acumulação.

32. Os crimes de ação concretamente perigosa tipificam condutas perigosas em si mesmas, às quais é inerente um risco incontrolável de dano para o bem jurídico. A avaliação

sobre se o risco é ou não dominável não considera as habilidades especiais do agente. Tratando-se de crime de perigo abstrato, o juízo de tipicidade da conduta será negativo naquelas circunstâncias em que a possibilidade de dano pode ser excluída de antemão. Essa estrutura delitiva é aplicável a crimes contra bens jurídicos individuais (vida, integridade física, patrimônio, etc.), como é o caso de alguns crimes de trânsito, crimes contra as relações de consumo, crime de gestão fraudulenta ou temerária, etc.

34. Os crimes de preparação penalizam condutas, em si mesmas, inócuas, mas aptas a favorecer a prática de crimes pelo próprio agente ou por terceiros. A utilização dessa estrutura delitiva deve ser reservada àquelas condutas cujo aproveitamento para fins delituosos está em conformidade com o seu fim. Todavia, ainda que observado esse critério, os crimes de preparação não deixam de ser problemáticos do ponto de vista do princípio da culpabilidade, motivo pelo qual se demanda fundamentação especial para a persecução excepcional de atos preparatórios. Essa técnica legislativa é empregada tanto no âmbito dos crimes contra bens jurídicos individuais quanto dos crimes contra bens jurídicos supraindividuais (falsificação de moeda e de documentos públicos, etc.).

35. Os crimes de acumulação tipificam condutas que, isoladamente, não geram um perigo relevante, mas cuja repetição é capaz de causar dano ao bem jurídico. A criação de crimes de acumulação depende da verificação, a partir de prognóstico respaldado pelas ciências empíricas, da possibilidade real e iminente de acumulação da conduta proibida e do potencial lesivo dessa acumulação. Tal modalidade típica se diferencia dos demais subtipos de crimes de perigo abstrato pela presença do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa. Os tipos de acumulação correspondem à principal estrutura delitiva aplicável aos crimes contra bens jurídicos supraindividuais (crimes ambientais, crimes contra a probidade administrativa e a administração da justiça, crime de lavagem de dinheiro, crime de uso de moeda falsa e documento público falso, etc.).

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Juan Obert Sotomayor. ¿El Derecho penal garantista en retirada? España, *Revista Penal*, Medellín, Colombia, n. 21, p. 148-164, jan. 2008.
- ALBRECH, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 471-488.
- AMARAL, Leonardo Coelho do. Crimes sócio-econômicos e crimes fiscais: algumas características. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 43, p. 187-225, abr.-jun. 2003.
- AMELUNG, Knut. El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 227-264.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes contra a economia* (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro). In: VÁRIOS. *Problemas Gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 378-411. (Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários; 1).
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do Direito Penal. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 51-62.
- ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Parte generale. 13. ed. Milano: Giuffrè, 1994.
- ANTÓN, Tomás Salvador Vives. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela, n.º 25, p. 399-441, 2004.
- ARANA, Raúl Pariona. Aproximaciones al Derecho penal económico. Del nacimiento de un nuevo Derecho penal a una aproximación crítica. In: ALFARO, L. Reyna (Coord.). *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la empresa*. Lima: Ara Editores, 2005. p. 257-279.
- ASUA, Luis Jimenez de. *El delito*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1950. (Tratado de Derecho Penal, t. 3).
- ASUA, Luis Jimenez de. *El delito - segunda parte*. Buenos Aires: Losada, 1961. (Tratado de Derecho Penal, t. 4).

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Bogotá: Temis, 1994.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. As fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador: um ensaio sobre os critérios de distinção entre crime e infração administrativa. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (Orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 73-101.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Reflexões sobre o bem jurídico na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 53-72, jan.-jun. 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan.-mar. 1994.

BARRETO, Tobias. Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Filosofia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editorial Grijalbo, 1977. p. 346-371.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: USP, 1973. v. 1.

BECCARIA, Cesare Bonesana, *marchese di*. *Dos delitos e das penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 1973.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Derecho penal del siglo XXI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, p. 365-402, 2007.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos. O Direito na pós-modernidade. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 44-121, jul.-ago. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 9 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 18 jun. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 19 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 ago. 2015.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 147-176.

BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012. p. 29-49.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal*. Parte geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1956.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, p. 435-461, mar. 2004.

CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do Direito Penal: crítica criminológica à dogmática jurídico-penal. In: CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 170-201.

CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico – Concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, p. 81-108, abr.-jun. 2003.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011.

CORIA, Dino Carlos Caro. “Sociedades de riesgo”, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Caro&Associados*, Diciembre 2006. Disponível em: <<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/car0/Bjc-concurso.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015, às 10h20.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 133-149.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D’AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e direito sancionador. Sobre a identidade do Direito Penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, p. 9-35, 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105-127.

D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57-79.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1972.

DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e delicta mere prohibita*. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Augusto Silva. "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 13, n. 3, p. 303-346, jul.-set. 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O "Direito Penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 249-261.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 39-65, jan.-mar. 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 4, fasc. 2, p. 151-198, abr.-jun. 1994.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 91, p. 392-409, jul.-ago. 2011.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "Sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal*. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hegemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*. Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995.

FIGUEIREDO, Frederico. Política criminal populista: para uma crítica do Direito Penal instrumental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 70, p. 100-132, jan. 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 309-341.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 5, n. 17, p. 77-104, jan.-mar. 2005.

GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*. Estudo sobre o delicto e a repressão penal. 4. ed. Trad. Julio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 45-54, jun. 1994.

GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico-penal*. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho*. Derecho penal e processo I. Problemas fundamentales del derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONZÁLEZ, Carlos J. Suárez. Derecho Penal y riesgos tecnológicos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 289-297.

GRECO, Luís. 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010.

GREGORI, Giorgio. *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*. Padova: CEDAM, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 29-45.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do excesso em legítima defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <<cambio de paradigma>> en el derecho penal? In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 489-505.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 27-35, abr.-jun. 1998.

HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, nº 15, 1991. p. 400-441.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal - Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo 45, fasc. 1, p. 235-249, 1992.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 55-69, jan.-mar. 1994.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Presentación de Enrique Gimbernat. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 04-14, p. 1-13, 25 julio 2002. Disponible em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015, às 21:40.

HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Presentación de Enrique Gimbernat. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 459-475.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 179-196.

HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 409-414.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, 2010.

HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo. Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 249-258.

HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 37-52.

HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 285-308.

HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 383-399.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. 2006. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2006.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21-50.

JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31-52.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1978. v. 1.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das contravenções penais anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.

KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio: Editora Rio, 1976.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Rev. e coord. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 57-208.

KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 95, p. 85-94, mar.-abr. 2012.

LAGODNY, Otto. El Derecho Penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 129-136.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1.

- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal*. Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MALAN, Diogo Rudge. Bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/86. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, v. 91, p. 367-391, jul.-ago. 2011.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011.
- MANZINI, Vincenzo. *Primera Parte*. Teorias Generales. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948. (Tratado de Derecho Penal; II).
- MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico). Granada: Comares, 1997.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 1.0024.01.114927-5/001*, Relator Des. Paulo César Dias, Terceira Câmara Criminal, julgado em 30/11/2004, publicado em 16/02/2005.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 1.0223.02.095720-3/001*, Relator Des. Hyparco Immesi, Segunda Câmara Criminal, julgado em 20/04/2006, publicado em 21/06/2006.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA. Receita Federal do Brasil. *Declaração Eletrônica de Porte de Valores – e-DPV*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/dpv/>>. Acesso em: 16 ago. 2015, às 11h50.
- MOCCIA, Sergio. Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, n. 2, p. 343-374, apri.-giu. 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 9, p. 169-208, jan. 2002.

NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 63-77.

NEUMANN, Ulfrid. “Alternativas: nenhuma?”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 116, p. 97-110, set.-out. 2015.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 519-532.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 241-247.

ORDEIG, Gimbernat. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 11-22.

OSORIO, Juan L. Fuentes. Formas de anticipación de la tutela penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 08-08, p. 08:1-08:40, 24 agosto 2006. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015, às 11:00.

OSPINA, Sandra Jeannette Castro. Delitos informaticos: La información como bien jurídico y los delitos informáticos en el Nuevo Código Penal Colombiano. *Delitos Informaticos*, 15 de julio 2002. Disponível em: <<http://www.delitosinformaticos.com/delitos/colombia1.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2015, às 12:30.

PALAZZO, Francesco. I confini della tutela penale: selezione del beni e criteri di criminalizzazione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, p. 453-482, 1992.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal*. Um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho Penal Económico*. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 31-45, mar. 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y Derecho Penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 259-287.

PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

PUIG, Santiago Mir. Límites del normativo en Derecho Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Derecho penal del siglo XXI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. VIII, p. 41-81, 2007.

PULITANÒ, Domenico. Obblighi costituzionali di tutela penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, anno XXVI, fasc. 2, p. 484-531, apr.-giu. 1983.

QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso de Diritto Penale I*. Principi costituzionali e interpretazione della legge penale. Torino: G. Giappichelli, 1991.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. Parte especial. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1991.

RAMÍREZ, Juan Bustos; MALARÉE, Hernán Hormozábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. I.

RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio da proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e *jus puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93-100.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Viviane Martins. *Tutela penal das atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 17, n. 4, p. 547-599, out.-dez. 2007.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 06-03, p. 03:1-03:34, 19 mayo 2004. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2015, às 17h00.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Trad. Gerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2005.

ROJAS, Ricardo Manuel. Una visión económica del tema: la protección de los derechos frente al crimen, considerada como un bien público. In: ROJAS, Ricardo Manuel. *Las contradicciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 59-72.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alair Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 291-322, ago. 2012.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Escritos de Direito Penal*. 2. ed. Org. Luís Greco e Fernanda Gama de Miranda Netto. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 31-53.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. *Nuevo Pensamiento Penal – Revista de Derecho e Ciencias Penales*. Buenos Aires, Depalma, año 4, n. 5 a 8, p. 329-347, 1975.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 416-435, jun. 2006.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Um estudo sobre o significado ideológico da parte especial do Código Penal nos (ex) países socialistas não democráticos. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 45-84.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 240, p. 43-82, abr.-jun. 2005.

SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura de delito e imputación objetiva. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 349-362.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo 49, fasc. 1, p. 187-217, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 69-92.

SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social*: Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal. Buenos Aires: Ábaco, 1998.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal de interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1978. v. 1.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, p. 231-246, set.-out. 2010.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. Contribuição para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Ed.).

Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 245-280.

STERBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 105-127.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005. (Tratados y Manuales de Derecho).

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 365-372.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 54*, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, publicado em 30/04/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AP 439*, Relator Min. Marco, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, publicado em 13/02/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 102087*, Relator. Ministro Celso de Mello, Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, publicado em 14/08/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 104410*. Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, publicado em 27/03/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 112563*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, publicado em 10/12/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 112708*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, publicado em 18/09/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 83526*, Relator Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 16/03/2004, publicado em de 07/05/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 99449*, Relatora Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, publicado em 11/02/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MI 107*; Voto do Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1990, publicado em 02/08/1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MI 670*. Relator Ministro Maurício Corrêa, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, publicado em 31/10/2008

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 10, n. 1, p. 59-68, 1983.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TOMILLO, Manuel Gomez. Consideraciones em torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Revista Actualidade Penal*, nº 4, 2000, p. 69-89.

TÓRTIMA, José Carlos; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de divisas*. Uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 3ª REGIÃO. *HC 00102098120154030000*, Relator Juiz Convocado Sidmar Martins, Décima Primeira Turma, publicado em 05/08/2015.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VEGA, Dulce Maria. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte geral - Aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 403-408.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Parte geral. In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Trad. Adán Nieto Martín e Eduardo Demétrio Crespo. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.