

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

LUANA CUBAN DA COSTA

**A LEGITIMIDADE DA TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS
TRANSINDIVIDUAIS**

**CURITIBA
2012**

LUANA CUBAN DA COSTA

**A LEGITIMIDADE DA TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS
TRANSINDIVIDUAIS**

**Monografia apresentada à Faculdade de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

**CURITIBA
2012**

À minha mãe, razão de tudo isto, meu tudo, minha vida. Quem viveu este sonho comigo e ajudou a realizá-lo, participando ativamente de absolutamente todas as angústias e vitórias da minha vida, seja secando minhas lágrimas, seja celebrando as conquistas acumuladas ao longo desta jornada. A você, mãe, meu exemplo de vida, dedico este trabalho -que representa mais uma conquista, pois você quem tornou tudo isto possível. Te amo infinitamente.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço especialmente ao meu orientador Prof. Dr. Paulo César Busato, com quem tive a honra de ter aulas por dois anos, que me renderam além de conhecimento, o aumento da paixão pelo Direito Penal, seja por sua visão sempre crítica, seja pelo visível e contagioso empenho e dedicação com o qual desempenhou tal tarefa. Obrigada Professor pelo conhecimento passado, pela paciência na elaboração deste trabalho, pela solicitude nas orientações, com sugestões de autores e empréstimos de materiais e também pela gentileza quando das necessárias críticas, que permitiram o aperfeiçoamento desta monografia.

Agradeço também aos Mestres Rui Carlo Dissenha e Marion Bachi, com os quais, infelizmente, não tive oportunidade de conviver, mas que aceitaram prontamente este convite, engrandecendo a banca de Defesa deste trabalho.

Agradeço, ainda, às grandes amigas que fiz, Malu, Thaisa e Sara, três pessoas que ficarão para sempre em meu coração e minha memória, por mais que trilhemos caminhos diferentes. Obrigada, meninas, por me oferecerem esse bem tão precioso que é a amizade, por tornarem tudo divertido e por aceitarem tão bem as peculiaridades da Fazenda!

Malu, minha amiga gênio, obrigada pelas risadas, pelos planos mirabolantes, pelas longas conversas no Café, pelas gordices, pelos conselhos, pela parceria, por me inteirar dos meus próprios compromissos da faculdade, pela sinceridade (nem que seja para me dizer que não tenho qualidades), por me confortar pelo fato de sermos chatas, por me ensinar sobre nexos causais e, também, por subir o IRA do nosso grupo. Adoro você.

Thaísa, minha alma gêmea, como você mesma disse, tão parecida comigo! Desde o signo até a vagareza, a tranquilidade, os gostos. Obrigada por ser assim leal, alegre, divertida, espontânea e doidinha. Não fosse você e essa nossa semelhança de personalidade eu poderia ter um IRA como o da Malu. Mas eu prefiro ir ao café com você! Obrigada pela companheirismo, pelo ombro nos momentos tristes, pela parceria nos alegres (que foram a esmagadora maioria). Adoro você.

Sara, minha linda, nerdinha, obrigada pelo companheirismo, pela sinceridade, pela amizade, pela bondade. Obrigada por ter esse coração enorme e ser essa menina meiga e inteligente, dedicada e honesta, digna de admiração. Obrigada também por tentar me ensinar processo civil. Não funcionou, mas adoro você.

Por fim, meu agradecimento a todos os professores que contribuíram para a minha formação ao longo da minha estadia nesta casa e aos demais colegas.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture

SUMÁRIO

RESUMO.....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUÇÃO.....	1
1 BEM JURÍDICO-PENAL.....	4
1.1 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO BEM JURÍDICO.....	4
1.2 POSSIBILIDADES (E DIFICULDADES) DE CONCEITUAÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL.....	7
1.3 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO BEM JURÍDICO-PENAL.....	12
1.4 A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL.....	14
2 BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS.....	17
2.1 A EXPANSÃO DA TUTELA PENAL PARA BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS: NOVA TENDÊNCIA OU APENAS NOVOS BENS JURÍDICOS?.....	17
2.2 CRÍTICAS A TEORIA DO BEM JURÍDICO E A TUTELA DAQUELES TRANSINDIVIDUAIS.....	20
2.3. TEORIAS MONISTAS x TEORIA DUALISTA.....	23
2.3.1 Teoria Monista Personalista.....	24
2.3.2 Teoria Monista Coletiva.....	25
2.3.3 Teoria dualista.....	26
2.4 A TEORIA SOCIAL DE HEFENDEHL.....	27
2.4.1 Críticas a Teoria Social.....	29
2.5 A POSIÇÃO DE CLAUS ROXIN.....	30
3 A NECESSIDADE DE EXPANSÃO DA TUTELA PENAL FACE ÀS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS.....	34
3.1 CONCEITO E PRINCÍPIO DA LESIVIDADE NA TUTELA DE BENS TRANSINDIVIDUAIS.....	34
3.2 TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS: QUESTÕES DE LEGITIMIDADE.....	36

3.3 BEM JURÍDICO-PENAL COMO REALIZAÇÃO DE UM MODELO DE ESTADO.....	39
4. CONCLUSÃO.....	45
5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

RESUMO

A proteção de bens jurídicos é entendida pela maioria dos autores, na atualidade, como a função do Direito Penal. Nesse sentido, o instituto tem o papel de definir os objetos merecedores de tutela e impor limites a atuação do legislador, em vista das garantias constitucionais e dos princípios do Direito Penal. Justamente por tal importância, a doutrina, então, procura construir um conceito material para o instituto, tarefa ainda por cumprir e dificultada no atual modelo de Estado social e democrático de direito, pelo surgimento de novos riscos sociais decorrentes da globalização, aonde afloram bens de caráter social e coletivo, levantando a dúvida quanto a legitimidade do Direito Penal para essas novas tutelas.

Palavras-chave: Bem jurídico. Legitimidade. Princípios.

ABSTRACT

The protection of property beings is understood today, as the function of the criminal law. In this sense, the institute's role is to define the objects worthy of protection and imposing limits the performance of the legislature, in view of constitutional guarantees and the principles of criminal law. Precisely because of such importance, the doctrine, then, seeks to build a material concept for the institute, and unfulfilled task even more difficult in the current model of social and democratic state of law, the emergence of new social risks arising from globalization, where outcrop goods social and collective character, raising doubts about the legitimacy of the criminal law to these new guardianships.

Keywords: Protected beings. Legitimacy.Principles.

INTRODUÇÃO

A par da busca do conceito material de bem jurídico-penal, a doutrina se depara com outra discussão: a legitimidade do Direito Penal para o trato de bens coletivos, marcados pela massificação e diluição da vítima, dificuldade de identificação do autor e inexistência de lesão concreta, típicas do momento pós-industrialização e globalização e, portanto, de incremento das situações de risco.

Critica-se a elevada abstração do conteúdo dos bens coletivos e a compatibilização dessas novas situações com os princípios vetores da matéria, tais como lesividade, culpabilidade, fragmentariedade, intervenção mínima e *ultima ratio*, restando o questionamento se não haveria outros âmbitos eficazes na promoção dessas tutelas.

Apesar da posição majoritária quanto a função de proteção de bens jurídicos do Direito Penal, a tutela daqueles coletivos levanta a dúvida acerca da violação das garantias individuais.

Há de se ter em mente, ademais, que qualquer análise acerca do tema deve levar em conta a relatividade do instituto, pois construído histórica e temporalmente, motivo pelo qual se inaugura o presente trabalho com a exposição de um breve histórico da evolução do instituto, cujo papel oscilou ao longo de diferentes modelos de estado e linhas argumentativas doutrinárias, até o alcance do atual, aonde tem espaço garantido tanto na política criminal quanto no campo dogmático.

A partir da contextualização do instituto, cabe a exposição das dificuldades de delimitação do conteúdo material de bem jurídico, momento em que se apresenta algumas definições encontradas na doutrina, quais, em sua totalidade, reconhecem a já mencionada historicidade e, assim, a característica arguida por Roxin¹ da mutabilidade, qual dificulta a tarefa.

A partir dessa trajetória, o segundo capítulo ingressa, de fato, na questão da expansão da tutela penal para bens jurídicos coletivos, demonstrando que a legitimidade que se questiona se refere a bens jurídicos 'novos' decorrentes da já

¹ROXIN, C. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luis. e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

mencionada evolução social pós-globalização, pois, há muito o direito penal protege bens de caráter eminentemente coletivo², porém, não aqueles relacionados ao Estado social e democrático de direito.

Nesse sentido, muitas são as críticas, que vão desde a ilegitimidade da própria teoria do bem jurídico até a ilegitimidade da tutela dos bens jurídicos coletivos, objeto deste trabalho, sob argumento de que o Direito Penal não seria o espaço adequado para tanto em razão de seus princípios norteadores, qual o estabelecem como *ultima ratio*.

Os posicionamentos a respeito do tema se resumem a duas ordens de classificação: as teorias monistas, que vêem a sobreposição ou do bem jurídico individual ou daquele coletivo, numa escala hierárquica de valoração aonde um tipo de bem só recebe tutela na medida em que servir à tutela do outro; e a teoria dualista, que vê a possibilidade de tutela de bens coletivos e individuais, autonomamente considerados.

Ao lado dessas, há duas visões diferenciadas, defendidas por Hefendehl³ e Roxin⁴. A primeira delas é identificada como teoria social, qual reconhece a tutela de ambas as classes de bem jurídico e classifica aqueles coletivos em diferentes níveis, apontando critérios de identificação de um núcleo mínimo comum a eles.

Roxin, por sua vez, tem como referência a pessoa, tal como o viés monista personalista, porém, reconhece a tutela de bens coletivos, mesmo os novos, apresentando uma teoria fundada na Constituição.

Após a exposição das teorias, no capítulo 3, é tratada a questão da expansão da tutela penal para os bens coletivos, compatibilizando-a com as transformações sociais e o atual modelo de estado.

Discute-se o impasse através da abordagem do princípio da lesividade e, por fim, fala-se especificamente da legitimidade do Direito Penal face ao novo modelo de estado.

²GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais 2011, RBCCRIM 88. P. 118.

³HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010.

⁴ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Refere-se a duas funções dos bens jurídicos transindividuais em relação aqueles individuais, quais sejam de segurança da fruição, numa dimensão negativa, e de promoção, numa dimensão positiva⁵. E seria, de acordo com GraciaMantín, justamente, nessa funcionalização que residiria a legitimidade da tutela dos bens coletivos.

Ao lado dessa funcionalização, ainda, se terá a referência a proteção penal de bens coletivos como forma de limitação do uso do Direito Penal para controle social e dominação de classes, pois é nesse âmbito de tutela da coletividade que participa o excluído socialmente, eis que, apenas assim é titular/destinatário de bens tutelados pelo direito penal.

Em contraposição, se verá, por fim, a arguição atual de defensores do viés monista, quais destacam a ilegitimidade do fenômeno de expansão do Direito penal justamente pelo afastamento do referencial do indivíduo, o que se daria em nome de interesses coletivos insuficientemente esclarecidos, desviando a matéria de sua finalidade e a utilizando (da mesma forma como aponta a teoria dualista – por diferentes fundamentos) como mecanismo para controle social de ajuste de conduta destinada a processos de padronização e alienação.

⁵GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 132.

1. BEM JURÍDICO-PENAL

A teoria do bem jurídico surge para fundamentar a teoria do delito ao se apresentar como instrumento para a escolha e justificação dos objetos merecedores de proteção penal, limitando a atuação estatal.

Acerca do tema, vale citar o entendimento de Paulo César Busato⁶, para quem “a construção dogmática do injusto traz como consequência a despenalização das condutas fundamentadas na expressão de ideias, religiosas, políticas ou ideológicas.”

Assim, o que se pretende é que o instituto impeça que o Direito Penal persiga finalidades meramente ideológicas, desempenhando importante papel tanto em termos de política criminal, como no que se refere a dogmática penal.

1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO BEM JURÍDICO

Apesar de se tratar de noção datada de cerca de dois séculos atrás (surgida no século XIX), a teoria do bem jurídico-penal ainda suscita discussões e o instituto recentemente voltou a ocupar espaço de destaque na dogmática, em especial quanto ao incremento das situações de risco social típicas da sociedade pós-industrial, quais, algumas das vezes, reclamam tutela penal.

De início, era predominante o entendimento, defendido principalmente por Feuerbach⁷, de que o delito consistia na lesão de um direito subjetivo, já a partir da ideia de contrato social.

Em crítica a tal proposição, no início do século XIX, o penalista alemão Birnbaum⁸ contribuiu para as construções conceituais mais atuais de bem jurídico ao criticar que somente objetos de um direito, pertencentes ao mundo exterior, podem ser subtraídos ou reduzidos, não o direito em si, definindo aqueles como bens cuja

⁶BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sando Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2003. P. 48.

⁷ Excertos de Feuerbach citados por PolainoNavarrete, Miguel. **El bien jurídico en el derecho penal**. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla: Publicaciones de La Universidad de Sevilla, 1974 (Serie: Derecho, 19). P. 96.

⁸Passagens de Birnbaum referidas por HORMAZÁBAL MALÁREE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991. P. 28-9.

titularidade é juridicamente atribuída a alguém em razão da própria natureza ou do desenvolvimento social, situando o instituto para além do Direito e do Estado⁹.

Assim, o delito enquanto lesão deveria manter relação com bens atribuídos aos cidadãos e que o Estado deve tutelar, não a direitos. Tal entendimento buscou resgatar a legitimidade da punibilidade de condutas ofensivas a religião e moralidade.

No entanto, alguns autores¹⁰ não veem grande ruptura com o liberalismo, tampouco significativo avanço no sentido da construção da ideia de bem jurídico, tal qual se aventa hoje, pois, apesar da atribuição da lesão a um bem materialmente considerado, este não constituía limite à política-criminal.

Nesse viés, discorre Roxin¹¹ que “a verdadeira história dogmática do conceito de bem jurídico crítico à legislação começa (...) na época posterior à Segunda Guerra.” A justificativa é que, até então, a teoria não tinha em seu bojo a pretensão de limitar o trabalho do legislador com a imposição de barreiras à punibilidade.

Sem abandono da ideia de tutela de bem jurídico até então difundida, surge, então, o positivismo de Binding¹², qual procurava novamente situar o bem jurídico nos limites ditados pelo Direito e pelo Estado, partindo do posicionamento imanentista de que este último servia, a partir do contrato social, para proteção dos direitos subjetivos do indivíduo, eleitos, então, a partir da valoração do legislador.¹³

Franz Von Liszt¹⁴, logo após e num viés transcendentalista dominante no cenário atual, defende que os bens jurídicos estão para além do direito positivo, eis

⁹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sando Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2003. P. 53.

¹⁰ Cite-se ClausRoxin, LuisGracia Martín, HernánHormazábalMalarée.

¹¹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 183.

¹² BINDING, Karl. Die Normen, v. 1, p. 4. (Apud COSTA ANDRADE, Manuel. Consentimento e acordo em direito penal, p. 73).

¹³BUSATO, P. C.; KÄSSMAYER, K.A legitimidade da proteção penal do bem jurídico meio ambiente. Disponível

em<http://direitoerisco.com/site/artigos/A%20Legitimidade%20da%20Prote%20E7%E3o%20Penal%20do%20Bem%20Jur%20EDdico%20Meio-Ambiente%20-%20Karin%20Kassmayer,%20Paulo%20C%E9sar%20Busato.pdf>.

Acesso em 07/10/2012.

¹⁴LISZT, Franz Von. **Tratado de derechopenal**.Tomo II, 3ª ed. Trad. Por Luis Jiménez de Asúa da 20ª ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S/A, 1927.

que são produto do meio social filtrados a partir dos interesses do cidadão e da comunidade, que, assim, passam a receber tutela penal.

Em seguida, o surgimento do Estado de bem estar social, novamente, propiciou mudanças na percepção da noção de bem jurídico, agora consagrado com a Constituição de Weimar, contraposta ao modelo liberal e atenta às desigualdades sociais do momento pós-industrial.

Porém, com o advento do nacional-socialismo na Alemanha, o instituto perdeu o papel que possuía no âmbito dogmático e o conteúdo material do injusto passou a ser um dever de fidelidade do indivíduo para com o povo e o Estado. Assim, a tutela penal não mais repousava na ofensa a um bem externamente considerado, mas a infração a um dever.

Destaca-se nesse período a Escola de Kiel, que difundia tal visão, defendendo a ideia de que essa vontade do povo, a qual todo indivíduo deveria curvar-se, era interpretada pelo Estado, o que contribuiu para a expansão do hitlerismo e, assim, restrição das garantias.¹⁵ Tanto é assim, que Juarez Mercante¹⁶ refere a “negação de todos os valores liberais da revolução burguesa.”

Welzel foi quem resgatou o instituto no pós-guerra. Porém, o fez de modo insuficiente, pois, apesar de reconhecer a noção de bem jurídico, a situou como função mediata da tutela penal, que teria em primeiro plano a tarefa de tutelar deveres ético-sociais¹⁷.

Após esse momento de mediatização do instituto, em contraposição aos estados totalitários, o Estado social e democrático de direito operou um resgate de princípios e garantias do estado liberal e, com isso, passa-se a buscar um conceito material para o bem jurídico, eis que sua proteção é tida como função do Direito Penal.

¹⁵ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sando Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2003. P 56.

¹⁶ MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do direito penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais** Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. P. 68.

¹⁷ Juarez Mercante critica duramente tal posicionamento, pois argumenta a imprecisão de juízos éticos, transcendentais ao Direito. Nesse sentido, discorre que “os fatos, por sua vez, devem valorar-se juridicamente por seus efeitos sociais, não por sua concordância ou contraposição a uma determinada ética.” O fenômeno expansivo do Direito Penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais. P. 22.

Atualmente, portanto, o que se observa é a aproximação do instituto com a política criminal, eis que intenta limitar o *ius puniendi* estatal ao fornecer os objetos merecedores de tutela e dar a medida da atuação legislativa. Nesse sentido, seu estudo apresenta dois posicionamentos: o primeiro deles identificado como constitucional e o outro como sociológico.

O viés sociológico, representado, principalmente, por WinfriedHassemer, KnutAmelung e GüntherJacobs¹⁸, utiliza as noções de funcionalidade e disfuncionalidade para explicar os fenômenos, partindo sempre de uma dimensão de integração social. O delito, nesse sentido, é manifestação da disfuncionalidade, ou seja, do desvio daquele que ignora o código moral, prejudicando o sistema social.

Acerca do tema, explica Amelung que “a lesão de uma pessoa é socialmente danosa, pois nenhum sistema de interações pode subsistir sem pessoas.”¹⁹ O delito, então, é lesão a bens jurídicos, estabelecidos a partir do critério da danosidade social, em atendimento aos limites ditados pela Constituição.

Já os adeptos da posição constitucional²⁰ buscam o conceito material de bem jurídico na Constituição. A ideia é que valores ditados pelas normas constitucionais, classificados como por Juarez Mercante em duas ordens a saber: “princípios de direito penal constitucional e princípios constitucionais pertinentes a matéria penal”, sejam utilizados na construção do conceito material do instituto.

1.2 POSSIBILIDADES (E DIFICULDADES) DE CONCEITUAÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL

Não é de hoje que se pretende conceituar o bem jurídico-penal. Apesar do consenso da maioria dos doutrinadores quanto a função subsidiária do direito penal

¹⁸ Citados por MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do direito penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais** Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. P. 72.

¹⁹ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a M., Athenaüm Verlag, 1972, p. 388 (Apud HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991. P. 111).

²⁰ Cite-se Claus Roxin e Jorge Figueiredo Dias.

de proteção desses bens, difundida pelo mestre Claus Roxin²¹, a problemática acerca do tema surge num segundo momento, quando da conceituação deles.

O problema que se coloca diz respeito, justamente, a dificuldade da tarefa de escolha de um conceito unitário, acabado, largo o suficiente para abarcar todas as situações fáticas merecedoras de tutela penal e, ao mesmo tempo, específico o suficiente para delimitar a matéria a ser tratada pelo legislador, impondo limites a criminalização de condutas em vista dos princípios da lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade (*ultima ratio*) e proporcionalidade.

Mesmo assim, em passeio a doutrina nacional e estrangeira, é de se deparar com algumas definições, quais valoram em maior ou menor grau o cidadão individualmente considerado, na tentativa, ao menos, de delinear um suporte mínimo de características de um bem merecedor de tutela penal.

Já Karl Binding²², em 1872, definia o instituto como

tudo o que constitui em si mesmo um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda lesão ou perigo indesejado, o legislador se empena através das normas.

Eugenio Raul Zaffaroni fala na “relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas.”²³

Franz Von Liszt²⁴, por sua vez, discorre que a noção de bem jurídico repousa em dois aspetos principais: necessidade e utilidade, de modo que se caracterizaria, portanto, pela historicidade e, assim, não sendo naturalístico, é relativo e histórico, porque ambos os adjetivos só servem como parâmetro quando considerados dentro de um determinado contexto sociocultural.

²¹ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²²BINDING, Karl. *Die Normen*, 1ª ed., 1872, p. 353 (Apud CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, série Estudos e monografias. 1995. P. 50-51).

²³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Desafios do Direito Penal na era da Globalização**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano V, n. 106, junho/2001 Tratado de Derecho Penal. P 238.

²⁴LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II, 3ª ed. Trad. Por Luis Jiménez de Asúa da 20ª ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S/A, 1927.

Francisco Munõz Conde, fala em “pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização e o desenvolvimento da sua personalidade na vida social;”²⁵ e Hans-Heinrich Jescheck em “bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade que são, por isso, merecedores de proteção através do poder coativo do Estado representado pela pena.”²⁶

Francisco Assis Toledo aproxima o conceito da ideia de valores eleitos como bens merecedores de tutela também em vista da função do direito penal de zêlo pela harmonia e passividade das relações sociais (comprovando a aceitação da ideia de Roxin, mencionada anteriormente), definindo-os, *in verbis*, como “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”²⁷

Além de valores, há que se mencionar, ainda, Jorge de Figueiredo Dias, que associa o instituto a ideia de “interesse”, definindo bens jurídicos como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo, socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”²⁸

Discorre o autor ainda que²⁹

(...) talvez jamais venha a ser determinada com um nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.” Assim, em que pese o reconhecimento da impossibilidade construção de um conceito satisfatório, menciona, a existência de um núcleo essencial, derivado, justamente, da perspectiva valorativa da sociedade.

Ainda no sentido de interesse, há a visão de Franz Von Liszt³⁰, para quem “todo objeto de garantia legal típica constitui um interesse em sentido técnico-jurídico”.³¹

²⁵ MUNÓZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho Penal. Parte General.** 3ª ed., Valencia: TirantloBlanch, 1998. P. 65.

²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte General.** 4ª ed., Granada: Comares, 1993. P. 6.

²⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1995. P. 16.

²⁸ Dias, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal – sobre a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra Editora. 2001. P. 43.

²⁹ Idem. Ibidem P. 43.

Luis Gracia-Martín³², por sua vez, divide o conceito de bem jurídico em dois aspectos: formal e material. No primeiro, “bem jurídico é ‘todo bem, situação ou relação desejados e protegidos pelo Direito.’” No segundo, “porém, não parece ser possível apreendê-lo sob a forma de um “conceito” classificatório, mas apenas como um ‘tipo’ ou diretriz normativa.”³³ Nesse viés, o conceito de bem jurídico seria, então, composto de um substrato material e de um valorativo.

A partir disso, o autor, define bens jurídicos como “tudo aquilo que seja apto a promover condições reais de dignidade humana, igualdade, liberdade e justiça”, em observância às “diretrizes axiológicas do programa ético-político do atual modelo de Estado” e em observância, ainda, dos princípios do direito penal, principalmente o da subsidiariedade e da existência de dano social, caracterizado através de lesão ou perigo.³⁴

Assim, o primeiro passo na análise do merecimento de pena de uma dada conduta repousa na ideia de ofensa a bem jurídico (não sendo este, portanto, o único critério) e, nesse sentido, “es un requisito necesario, pero no suficiente de la legitimidade constitucional de la intervención penal sobre la libertad general de los ciudadanos.”³⁵

Há, ainda, uma divisão também em dois aspectos operada por Martínez-Buján Pérez³⁶, qual identifica um viés procedimental e outro substancial na ideia de bem jurídico e discorre que o problema das diversas críticas a teoria repousa, justamente, na insistente tentativa de conceituação substancial da noção, tarefa esta

³⁰ LISZT, Franz Von.. **Tratado de derecho penal**. Tomo II, 3ª ed. Trad. Por Luis Jiménez de Asúa da 20ª ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S/A. P. 06.

³¹ Heleno Claudio Fragoso, em sua obra intitulada **Lições de Direito Penal**, Parte Geral. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 266; critica tais posicionamentos, pois entende que o bem em si não pode ser tido como um interesse, mas como um objeto que, por sua vez, se relaciona a um interesse e, nesse sentido, discorre que “o objeto da tutela é o bem e não o interesse”.

³² GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 121.

³³ Idem. Ibidem. P. 121.

³⁴ Idem. Ibidem. P. 134.

³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique. **Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)**, Valencia: TirantloBlanch, 2004. P. 157.

³⁶ MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de La Empresa. Parte General**. 2ª Edición. Valencia: TirantloBlanch, 2007.

que, além de impossível, furta-se ao objeto do instituto, que funciona como um instrumento técnico-jurídico.³⁷

Tal distinção se justifica, ainda segundo este autor, em razão da diversidade de bens merecedores de tutela penal, pois sequer é viável falar em conteúdo mínimo como conceituação, sendo difícil identificar características comuns a todos eles, motivo pelo qual Martínez-Buján Pérez concebe o instituto numa perspectiva procedimental (e não substancial), para justificação da legitimidade da incriminação de condutas.

Para boa parte da doutrina, dentre a qual se destaca a obra de Enrique Orts Berenguer e José L. González Cussac³⁸, o conceito mais fundamental de bem jurídico está fundado na ideia de valor, de modo que poderia ser considerado ‘bem’ aquilo que tem relevância para a vida individual ou coletiva e receberia a qualidade de ‘jurídico’ se fosse essencial a vida harmônica a ponto de reclamar a tutela do direito penal, podendo, portanto, ser material ou imaterial.

Nesse viés, o injusto penal é, justamente, a “lesão ou a colocação em perigo de um bem jurídico”, ou seja, longe de ser definido como relação de causalidade (que é condição necessária, mas não suficiente), o injusto penal pode ser descrito como “a realização de um risco não permitido”, de modo que “ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos.”³⁹

Um grande contribuinte do reavivamento da teoria do bem jurídico, segundo Roxin⁴⁰, foi a teoria do ‘*harmprinciple*’ ou *harmtooths*, pois limita a tutela penal a ‘danos a terceiros’, delimitando a atuação do legislador em vista dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade, lesividade e culpabilidade, não tutelando situações meramente imorais ou de dano a si próprio. John Stuart Mill, um dos seus precursores, defende que “a única finalidade em nome da qual se pode exercer

³⁷ Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ tudo que recebe proteção do direito penal é tido por bem jurídico, o que dificulta o desenvolvimento de um conceito único e acabado. Nesse sentido, “el bien jurídico se convertiría en el presupuesto del principio constitucional de proporcionalidad.”

³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique. **Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

³⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 40.

⁴⁰ Idem. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 180.

licitamente coação contra a vontade de um membro de uma sociedade civilizada é: prevenir danos a outros.”⁴¹

Do mesmo modo que Roxin, Schünemann⁴², também preocupado com o futuro das próximas gerações e, portanto, com a tutela do meio ambiente, vê a solução, também, na extensão do contrato social, chegando a declarar que a preservação ambiental deve ser tida como uma “norma fundamental universal”.

1.3 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO BEM JURÍDICO-PENAL

O que permeia, direta ou indiretamente as definições elencadas no item anterior é, sem dúvida, a construção social do instituto, de modo que (inobstante a posição imanentista), aceita-se de modo geral que o bem jurídico-penal possui como maior característica a relatividade, já que dependente do contexto sociocultural em que for considerado.

Ao lado da relatividade, situa-se uma necessária amplitude da noção apta a conceder ao legislador uma dimensão de discricionariedade, já descrita por Hassemer como característica do instituto, a partir da ideia de que “o conceito de bem jurídico tem que ser aberto o suficiente para permitir decisões discricionárias do legislador penal.”⁴³

Franz Von Liszt⁴⁴ menciona também como característica comum dois aspetos principais que seriam identificáveis em todos os bens, a saber: necessidade e utilidade. Tal arguição, também, reforça a historicidade do instituto, pois ambas dependem do contexto histórico vivenciado.

⁴¹Idem. Ibidem. P 182.

⁴²SCHUNEMANN, Bernd. O Princípio da Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 32.

⁴³HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 21.

⁴⁴LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II, 3ª ed. Trad. Por Luis Jiménez de Asúa da 20ª ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S/A, 1927.

O bem a ser tutelado, então, deve possuir importância social tal, que reclame a tutela jurídica e, além dessa essencialidade, que não possa ser eficazmente protegido através de outras instâncias jurídicas.

Gracia Martín⁴⁵ atenta para a necessária diferenciação entre as noções de corporalidade e materialidade. Apenas esta última é característica essencial de bem jurídico; de modo que, geralmente, bens jurídicos coletivos são incorpóreos.

Porém, apesar da existência de bens jurídicos não corpóreos, Roxin atenta para a imprescindibilidade de sua existência empírica, pois “objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos.”⁴⁶

Ademais, o autor destaca alguns critérios que norteiam a teoria do bem jurídico, dentre os quais o da restrição da punibilidade e da proporcionalidade, quais determinam o rumo da atividade legislativa.

Em que pese o entendimento identificador da posição imanentista de que somente é tido por bem jurídico aqueles objetos eleitos como tal pelo legislador penal, a maioria da doutrina aceita a relatividade como característica principal do instituto, justamente o que dificulta, como visto anteriormente, a construção de um conceito satisfatório de bem jurídico.

Quanto a temporalidade do conceito de bem jurídico, Roxin⁴⁷ discorre que

a existência de um bem jurídico depende, portanto, de pressupostos mutáveis. Isso nada modifica no fato de que a exigência de uma lesão a bem jurídico numa dada situação concreta e no âmbito de uma dada ordem constitucional pode dar diretrizes bem concretas à legislação penal.

Como visto, em que pese a dificuldade de conceituação do conteúdo da noção de bem jurídico, há características que contribuem a sua delimitação, sendo marcado, portanto, pela historicidade/relatividade, materialidade e não abstração.

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010.

⁴⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 25.

⁴⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 192.

Ademais, deve atender aos princípios constitucionais penais e garantias constitucionais.

1.4A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Roxin⁴⁸ foi o percussor da ideia de que o direito penal tem como função a tutela de bens jurídicos e, nesse viés, são eles, justamente, que dão a medida da atuação repressiva.

Assim, na dicção de Roxin⁴⁹,

a função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Para o autor, portanto, sendo o direito penal o âmbito que se ocupa das tutelas elementares a vivência social pacífica, entendido como mecanismo de ‘controle social do intolerável’, só são seu objeto bens de grande relevância, em vista dos princípios norteadores da matéria, dentre os quais destaca-se a fragmentariedade, de modo que só aqueles temas impassíveis de tratamento em outros âmbitos que terão a tutela do direito penal, funcionando como ‘*ultima ratio*’.

No mesmo sentido é a postura de Hefendehl⁵⁰, que chega a declarar que: “não existe alternativa para o compromisso com a proteção de bens jurídicos como única finalidade do direito penal”. Justamente essa delimitação que serviria a legitimar a atividade legislativa, impedindo que escândalos sociais sejam tratados no âmbito normativo e que o direito penal vire palco de promoção política, tendência esta denominada pelo autor como ‘*governingthrough crime*’ (governando através do crime).

⁴⁸ Idem. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁴⁹ Idem. Ibidem. P. 17.

⁵⁰ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010. P. 104.

O critério mais adequado, portanto, na visão de Roxin⁵¹, para manutenção do equilíbrio entre segurança/proteção estatal e liberdade individual, seria o fornecido pela teoria do bem jurídico, apto a assegurar a população uma existência pacífica e livre, com a proteção dos direitos humanos. Desse modo, longe de expandir a tutela penal, o critério do bem jurídico, mesmo a tutela daqueles coletivos, faria o caminho contrário, restringindo a punibilidade ao delimitar a atuação do direito penal a ofensas a tais bens, identificáveis no caso concreto.

Assim, uma norma penal que não protege um bem jurídico é tida por ineficaz por representar intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos.

Tanto é assim, que o autor coloca a eficácia do conceito justamente nos casos mais discutíveis, duvidosos, nos quais a noção de bem jurídico oferece parâmetros para uma argumentação elaborada, com uma decisão segura e convicta.

A exemplo disso, cita três decisões enigmáticas do Tribunal Constitucional Alemão (qual refuta a teoria) em que se mantém a punibilidade de três situações bastante criticadas: o homossexualismo entre adultos, a posse da droga para consumo próprio e o incesto.⁵²

Sendo a noção de proteção de bem jurídico, portanto, a delimitação do espaço de atuação do direito penal, Roxin alerta para seus limites, enquanto tutela subsidiária, pois, “o aplicador do direito tampouco deve proteger os bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente à lesões produzidas mediante riscos não permitidos.”⁵³

Ora, a proteção de bens jurídicos só é possível com a proibição de criação de riscos não permitidos, valorados, assim, como injusto penal (lesão ao bem jurídico) que

pressupõe uma lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, e que a teoria da imputação objetiva estabelece com detalhes, a partir do dito fundamento, o âmbito

⁵¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁵² Idem. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 188.

⁵³ Idem. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 41.

do jurídico penalmente proibido, mediante a ponderação dos interesses pela proteção e pela liberdade.⁵⁴

É de tal raciocínio, portanto, que decorre a teoria da imputação objetiva, que guarda íntima relação com o princípio da proteção de bens jurídicos, e, ao delimitar de modo objetivo a permissividade ou não do risco e estabelecer critérios e regras, determina a medida da tutela.

Porém, apesar de entender ser a função precípua do direito penal, Roxin também afirma que o princípio da proteção de bens jurídicos não é o único critério para legitimação de tipos penais (ideia compartilhada também por Hassemer).

Segundo o autor, haveria situações tuteladas em que não se identifica verdadeira lesão a bem jurídico; casos em que a punibilidade está localizada em um estágio anterior e é justificada em vista da forma característica de um Estado de Direito, para a efetiva proteção do bem jurídico correspondente a proibição.

⁵⁴Idem. Ibidem. P. 43.

2. BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

Como já mencionado, o maior obstáculo encontrado pela teoria do bem jurídico, arguido por seus críticos, repousa naquilo que, ao contrário, é exaltado por seus adeptos: a ausência de conceituação teórica.

O problema se agrava em relação aos bens jurídico-penais coletivos, sob argumento da amplitude e abstração conceitual, que obstaría a própria análise crítica da legitimidade.

O que é comum a todos os críticos é a arguição de que a tutela penal de bem coletivo, na tentativa de acompanhamento da evolução social, acabaria por expandir ilegitimamente o direito penal, violando os princípios da culpabilidade, lesividade, proporcionalidade, fragmentariedade e intervenção mínima, além das garantias constitucionais.

2.1 A EXPANSÃO DA TUTELA PENAL PARA BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS: NOVA TENDÊNCIA OU APENAS NOVOS BENS JURÍDICOS?

A funcionalização do direito penal em vista do aumento das situações de risco social, decorrentes dos avanços de setores como ciência e tecnologia preocupa os doutrinadores, face ao temido uso do direito penal como instrumento de governo.⁵⁵

Vale citar a obra de Hefendehl⁵⁶, para quem a melhor resposta às novas situações sociais seria a eficiência, pois a atual tendência utilitária do direito penal levaria a uma antecipação da tutela de tal forma que impediria a identificação no caso concreto do nexo entre a conduta e o bem jurídico a que a norma proibitiva visa proteger.

⁵⁵ SOUSA, Susana Aires. **Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 245.

⁵⁶ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 86, 2010. P. 236-7.

Segundo Roland Hefendehl, delitos de perigo abstrato sempre existiram, mesmo no denominado 'direito penal clássico', motivo pelo qual a teoria pessoal não se sustenta, ao menos sobre tal fundamento. Desse modo, defende o autor, o que garantiu tal denominação ao período inicial da incriminação não foi a referência a pessoa nas tutelas punitivas, mas o foco na proteção da propriedade, bem individualmente considerado.

Tal confusão, portanto, é fruto do antigo problema da desigualdade, que, em razão do desvio de função do direito penal que acaba servindo à promoções eleitoreiras, valora sobremaneira crimes patrimoniais.

Susana Aires de Sousa⁵⁷, nesse mesmo sentido, menciona a defasagem do pensamento iluminista, pois os instrumentos trazidos pelos autores consagrados não mais se mostram suficientes para cuidar eficazmente dos novos bens jurídicos.

Haveria, portanto, um impasse, pois, o clássico entendimento acerca da tutela penal de bens jurídicos, não mais dá conta de todo o leque de possibilidades de infração possíveis na atualidade. Por outro lado, a funcionalização do direito penal fugiria completamente de sua natureza, violando escandalosamente os princípios vetores da matéria.

Como solução, a autora sugere o reconhecimento da tutela de bens jurídicos coletivos, sob arguição de que há institutos essenciais a vida comum e pacífica que não podem ser atribuídos a um cidadão individualmente, dado a seu caráter coletivo.

Da mesma forma, Hassemer⁵⁸ discorre sobre a necessidade dessa adequação, pois

uma sociedade moderna amplia as possibilidades de ação e, com novas instituições, cria novas possibilidades de lesão. Seria míope querer salvar os princípios jurídicos clássicos minimizando a importância dessa evolução. Intenso tráfico de drogas, desgaste do meio ambiente e atentados ameaçadores a estruturas econômicas ou de tecnologia e comunicação conduzem a novos problemas sociais, que devem ser enfrentados pela teoria do bem jurídico.

⁵⁷ SOUSA, Susana Aires. **Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 86, 2010. P. 245.

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 22.

No entanto, o autor critica duramente a moderna criminalização de condutas violadoras de bens jurídicos coletivos, feita através da técnica de tipificação de crimes de perigo abstrato. Para ele, tal façanha esvazia de sentido os pressupostos da punibilidade, pois, restaria extinto o laço vítima concreta - dano e nexa causal, restando apenas uma vítima diluída e a punição de comportamentos tidos por perigosos, o que torna obscura e questionável a ligação entre a ação (isenta de dano concreto) e o resultado de perigo criado.

Da mesma forma que Hefendehl, Gracia Martin⁵⁹ afirma que a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais não é privilégio do [rechaçado por ele] direito penal 'moderno', mas, ao revés, sempre existiu, de modo que é possível verificar nas codificações do período iluminista a incriminação de condutas como "falso testemunho e falsificação de moeda", bens de caráter inequivocamente coletivo.

Segundo este autor,

a necessidade de reconhecer bens jurídicos é consequência da escassez dos substratos com potencial de realização, bem como do fato de que estes são suscetíveis apenas de usos alternativos e, na maioria dos casos, excludentes. Se fossem abundantes e suscetíveis de uso e consumo ilimitados por todos, então não seria necessária nenhuma distribuição normativa segundo determinados fins e tampouco seu reconhecimento como objetos dignos e necessitados de tutela jurídica.⁶⁰

Tanto seria assim que, para exemplificar, cita a argumentação de Birbaum, que classifica os bens merecedores de tutela penal como inatos e aqueles fruto do desenvolvimento social.

Portanto, a repulsa dos adeptos da teoria pessoal a tutela de bens coletivos se refere não a esse tipo de bens jurídicos transindividuais, mas aos novos, que vem ganhando reconhecimento como merecedores de proteção no âmbito penal, típicos de um modelo de estado social, pois, aqueles coletivos já tutelados no período das luzes se relacionavam ao estado liberal, deixando de fora aquilo que pudesse atrapalhar o desenvolvimento da classe burguesa (tais como recursos naturais, tributários e condições mínimas de trabalho).⁶¹

⁵⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 117.

⁶⁰ Idem. Ibidem. P. 123.

⁶¹ Idem. Ibidem. P. 118.

2.2 CRÍTICAS A TEORIA DO BEM JURÍDICO E A TUTELA DAQUELES SUPRAINDIVIDUAIS

Schunemann⁶², um dos críticos a dificuldade de conceituação do tema em razão de seu elevado grau de abstração, menciona o fracasso dos critérios desenvolvidos a partir do tradicional método de exposição do *genus proximum* e *differentia specifica*, quais sejam, (a) propriedades empiricamente mensuráveis ('ou membro importante do corpo humano'), (b) definição tautológica e (c) a remissão a outro sistema de atribuição de significados.

A solução proposta por esse autor seria a compreensão do instituto como uma

diretriz normativa, não se tratando esta de uma espécie de artifício jurídico, mas sim de uma aplicação de conhecimentos filosóficos. Afinal, na moderna filosofia da linguagem, já há tempos se reconhece que a definição clássica por meio do *genus proximum* e da *differentia specifica* se trata de um caso específico extremo, que deve ceder lugar (...) ao tipo, à semelhança de família (...) de que fala Wittgenstein ou à exemplificação de uma intenção compreendida de modo apenas vago por meio de alguns casos da extensão, que devem ser ulteriormente explicados por meio de um procedimento analógico que a hermenêutica ontológica de qualquer maneira considerava ser o mais frequente no método jurídico.⁶³

Stratenwerth⁶⁴ lembra as diversas definições que se pode conceber a categoria bem jurídico, obstando, portanto que o tema sirva de limite e norte a atividade legislativa, de modo que a tutela penal se dirigiria ao controle social em razão de critérios de conveniência ou não de um dado comportamento.

Vale, ainda no que tange aos detratores da teoria, mencionar o mestre Jakobs e seu princípio da "norma pela norma", segundo o qual a função do direito penal seria tão somente a confirmação da vigência da norma, de modo que entraria em ação para mostrar ao sujeito violador a plena vigência da norma proibitiva.

⁶² SCHUNEMANN, Bernd. O Princípio da Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 29.

⁶³ Idem. Ibidem. P. 31.

⁶⁴ Citado em ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 31.

Já para Hirsch⁶⁵, o problema consiste não na insuficiência do conceito, mas em sua própria inexistência, dada a sua abstração, o que obsta a vinculação do legislador.

Na mesma esteira, em recente discussão acerca da constitucionalidade do tipo de incesto, o Tribunal Constitucional Alemão articulou duas críticas a teoria do bem jurídico: a primeira quanto a dificuldade de sua definição e a segunda a respeito de sua legitimidade, em vista de sua fundamentação, no sentido de que violaria a democracia ao se posicionar acima do legislador legitimado democraticamente, limitando sua atuação.⁶⁶

Hassemer, por sua vez, em crítica a tutela de bens coletivos, atenta para uma mudança dimensional do foco da teoria nos últimos anos, qual teria motivado o crescimento do pensamento funcionalista, pois, se teria, ao invés de restringir e limitar as situações passíveis de incriminação, expandido a punibilidade, passando de “um contexto crítico-penal descriminalizador para um contexto jurídico-penal fundamentador e criminalizador.”⁶⁷

O autor diz que, desde Birnbaum e Feuerbach até por volta da década de 80, a teoria do bem jurídico pretendia descriminalizar condutas que não lesionassem efetivamente um bem jurídico, exigindo do legislador a demonstração de um substrato empírico legitimador da conduta incriminada (qual seja, o bem jurídico que a proibição visava proteger).

Ainda segundo Hassemer, tais discrepâncias ocorrem porque o conceito de bem jurídico é ambivalente, podendo adotar posição criminalizadora ou descriminalizadora, em vista do contexto histórico da legislação penal. Além disso, no ‘moderno direito penal’ os bens jurídicos coletivos se mostram mais suscetíveis a funcionalização em razão de uma maior tendência a ideologizações.

O autor afirma que

⁶⁵HIRSCH, Hans Joaquim. **Derecho Penal – Obras Completas**. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

⁶⁶GRECO, L. **Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 82, 2010. P. 169 e 170.

⁶⁷HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 17.

sob o ponto de vista do bem jurídico, isso significa uma diluição do conceito: a palavra de ordem não é mais a proteção de interesses humanos concretos, mas sim a proteção de instituições sociais ou 'unidades funcionais valiosas'.⁶⁸

O autor destaca que a tarefa do direito penal é a imputação de um crime a uma pessoa, devendo, então, tomar cautelas quando, em meio ao natural dinamismo social, a população exigir uma posição funcionalista, que efetive a política criminal.

Luís Greco também se posiciona e discorre que, ao mesmo tempo em que a teoria do bem jurídico supostamente combate o moralismo jurídico-penal, intitulando-se liberal, adota uma postura consequencialista, qual, da mesma forma, traz várias implicações, pois, ao deixar de punir determinado comportamento sob a arguição de que não ofende qualquer bem jurídico, se esta afirmando a inutilidade daquela punição, fazendo valoração denominada pelo autor de "empírico-contingente", pois a análise se um ato fere ou não um bem jurídico e, portanto, merece pena, é, para o autor (ainda que não totalmente, empírica).⁶⁹

Descreve este crítico da teoria do bem jurídico que

a teoria do bem jurídico, enquanto teoria consequencialista, enxerga apenas as vantagens e desvantagens que podem decorrer de proibições penalmente sancionadas. Numa lógica consequencialista, é simplesmente impossível operacionalizar a ideia de que há direitos que operam como trunfos contra qualquer apelo ao bem comum ou como limites colaterais (*sideconstraints*) à promoção de qualquer fim, pois tais considerações são não consequencialistas, dizem respeito a barreiras que têm de ser respeitadas, e não a consequências que têm de ser maximizadas. Desde uma perspectiva consequencialista, direitos de um indivíduo são no máximo "contraintereses", passíveis de ponderação, que, portanto, só serão respeitados enquanto os outros não tiverem um interesse suficientemente forte no sentido de que esses direitos sejam desconsiderados.⁷⁰

Os dois problemas levantados na decisão do tribunal constitucional alemão são colocados por Luís Greco⁷¹ em seu trabalho como os dois maiores problemas da teoria do bem jurídico, quais sejam: sua definição e/ou demarcação e sua fundamentação.

⁶⁸Idem. Ibidem. P. 19.

⁶⁹GRECO, Luis. **Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)**.In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 82, 2010. P. 176.

⁷⁰Idem. Ibidem. P. 176 e 177.

⁷¹GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 P. 11.

O autor⁷², então, apresenta soluções diversas, cujas diferenças são mais teóricas que práticas. Para ele, que atribui a teoria do bem jurídico a característica de consequencialista, o melhor critério para legitimação da punibilidade seria a autonomia da vontade. Assim, a análise acerca do merecimento de pena se daria da conclusão se o comportamento está ou não inserido na esfera privada da vida, de modo que, um determinado comportamento seria punível se se entendesse que está fora da autonomia do agente.

Portanto, independente da prerrogativa do legislador e da perspectiva da eficiência e consequência, haveria uma esfera da vida dos cidadãos tida por intocável.

Porém, quanto a crítica de Luís Greco acerca da violação pela teoria do bem jurídico à legitimidade democrática do trabalho do legislador, há que se destacar que Roxin ressalta o espaço de discricionariedade a ele atribuído, declarando claramente que “haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos.”⁷³ O que se depreende pelo simples fato do autor alemão situar a ideia de bem jurídico temporalmente/historicamente e, ainda, conceituá-lo não apenas como circunstâncias, mas, também, “finalidades”, deixando espaço a criação legislativa.

Além disso, “a teoria do bem jurídico não diz quais das lesões de bens jurídicos devem ser prevenidas por meio do Direito Penal, mas apenas os comportamentos que, por inexistir lesão a bem jurídico, não devem ser punidos.”⁷⁴ Assim, não se vislumbra violação ao papel atribuído ao legislador, mas apenas a delimitação do espaço atuação.

2.3 TEORIAS MONISTAS X TEORIA DUALISTA

⁷²GRECO, Luis. **Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 82, 2010.

⁷³ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 37.

⁷⁴Idem. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 192-193.

É possível identificar duas vertentes principais no que tange a conceituação de bem jurídico: a teoria monista, que admite apenas uma ordem de bens jurídicos e detém uma subdivisão em pessoal e coletiva; e a dualista, qual admite duas ordens de bens jurídico-penais.

2.3.1 Teoria Monista Personalista

A teoria monista personalista, como o nome sugere, tem como referência a pessoa, de modo admite como legítimos e, portanto, merecedores de tutela penal, bens jurídicos individuais, restando aos coletivos uma tutela mediata, somente na medida em que sirvam ao sujeito individualmente considerado.

O fundamento reside na realização do direito penal mínimo (clássico), em vista dos princípios de subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade. Nesse sentido, seriam indignos de tutela os crimes de perigo abstrato.⁷⁵

É aqui que se situa a Escola Penal de Frankfurt, podendo-se destacar como representantes da posição Naucke, Albrecht e Hassemer⁷⁶.

Para este último⁷⁷,

os bens jurídicos universais têm, nessa medida, somente uma base, quando comprovadamente forem interesses indiretos do indivíduo. Na origem dessa tradição está uma compreensão liberal de Estado, para a qual o Estado não é fim em si próprio, mas deve apenas promover o desenvolvimento e a garantia das possibilidades vitais do ser humano.

Tal definição limita a tutela de instituições e valores na medida em que representam a proteção de pessoas humanas, retomando a antiga pretensão da teoria de bens jurídicos em sua concepção, de dar concretude aos objetos de sua tutela, momento em que se mostra anacrônica ao pensamento funcionalista, objeto

⁷⁵ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010. P. 109.

⁷⁶ MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do direito penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais**. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. P. 96.

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 21.

de crítica de Hassemer, para quem a funcionalização é possível, mas apenas no interesse, ainda que indireto, da pessoa humana.

Assim, ainda segundo Hassemer, “no Direito Penal Ambiental, o bem jurídico não é o meio ambiental em si próprio, mas somente como meio necessário à vida e à saúde humanas.”⁷⁸

Hassemer, então, define a teoria, em resumo, como “a vinculação da determinação de merecimento de pena à lesão ou a perigo de lesão a um bem jurídico.”⁷⁹ Quanto a estes, diz que “bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção penal. Isso quer dizer, antes de tudo, que a proteção de instituições só pode ir até onde ela for condição da possibilidade de proteção de pessoas humanas.”

No mesmo sentido, há a orientação do professor orientador do presente trabalho, Paulo César Busato⁸⁰, para quem a teoria monista pessoal ainda apresenta a melhor resposta e deve ser aclamada mesmo em vista do chamado ‘moderno direito penal’, pois assim como se vê na obra de Hassemer⁸¹, seria justamente em momentos de maior clamor social que se deveria ater a este direito penal nuclear, para combater tentativas de interferência de outros aspectos da vida social no direito penal (impedindo, assim, a subversão de sua finalidade) e obedecendo e realizando os princípios norteadores da matéria.

2.3.2 Teoria Monista Coletiva

⁷⁸Idem. Ibidem. P. 22.

⁷⁹ HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 16.

⁸⁰ BUSATO, P. C; KÄSSMAYER, K. A legitimidade da proteção penal do bem jurídico meio ambiente. Disponível

em <http://direitoerisco.com/site/artigos/A%20Legitimidade%20da%20Prote%27E3o%20Penal%20do%20Bem%20Jur%20EDdico%20Meio-Ambiente%20-%20Karin%20Kassmayer,%20Paulo%20C%20E9sar%20Busato.pdf>.

Acesso em 13/10/2012.

⁸¹Hassemer exalta a teoria em vista da atual fase do direito penal arguindo que “épocas de maior densidade social são, no Direito Penal, épocas de teorias orientadas para a pessoa.” Em HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 20.

O segundo viés da teoria monista apenas admite a existência de bens jurídicos numa ótica coletivista, na qual os bens transindividuais se sobreporiam àqueles individuais, a partir da ideia de funcionalidade.

Binding⁸², um dos adeptos da noção, entende que “só como bens jurídicos sociais, e nunca como bens meramente individuais é que os objetos dos juízos individuais de valor gozam de proteção jurídica.”

Ainda a exemplo, vale citar os códigos socialistas, que proclamam a realização de interesses coletivos, desconsiderando tutelas individuais autônomas.

2.3.3 Teoria Dualista

Nesta visão são essenciais novas tutelas em razão das novas situações promovidas pelos avanços sociais e tecnológicos, desde que inseridas nos limites determinados pelos princípios do direito penal, não havendo hierarquia entre os bens jurídicos.

Admite-se, então, duas classes de bens jurídicos: uma formada pelos bens individuais e outra por aqueles transindividuais por si só.

Para os adeptos dessa teoria os bens jurídicos não derivam apenas de interesses individuais, tampouco apenas de interesses coletivos, mas de um ou de outro independentemente.

Um de seus nomes é Figueiredo Dias⁸³, para quem “existem autênticos bens jurídicos sociais, transindividuais, coletivos”.

Quanto a concepção dualista, discorre Susana Aires Sousa que,

assim é de se reconhecer a irrupção de bens jurídicos pessoais e patrimoniais, por vezes com características novas, que apesar de difusos e fluidos nos limites,

⁸² BINDING, Karl. Die Normen, I, p. 351 (Apud ANDRADE. Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 199. P. 39.)

⁸³ DIAS, Jorge Figueiredo. **O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’**. São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33, jan./mar. 2001. P. 57.

permitem ainda a identificação de um núcleo essencial e continuam a fornecer um padrão crítico ao legislador para selecionar as condutas puníveis.⁸⁴

Ambas as classes de bem, portanto, possuiriam existência e legitimidade autônoma, tendo em comum, tão somente, um núcleo essencial identificável na totalidade dos bens jurídicos.

Gracia Martin discorre que não é possível no atual contexto de estado social e democrático, que o direito penal sancione apenas lesões concretas, pois, outras situações hoje caracterizam condutas socialmente danosas.

Segundo este autor⁸⁵,

se a teoria pessoal do bem jurídico formula a pretensão de manter um direito penal reduzido, ela o faz de uma maneira que, a meu ver, é reacionária: ela assume a perspectiva da classe dominante, cujas posses, em sentido amplo, ela quer proteger.

Nesse sentido, Gracia Martin⁸⁶ discorre, em crítica a teoria pessoal de bem jurídico, que

(...) o volume de condições de liberdade teoricamente passíveis de distribuição entre todos os homens é constante e invariável em cada espaço e tempo históricos, aquela acumulação de liberdade (e bem-estar) pelas classes dominantes traduziu-se, simultânea e necessariamente, na correspondente “construção” da liberdade material (e do bem estar) – já em si mesma escassa – das classes dominadas, pois toda extensão da liberdade de uma classe só é possível à custa da respectiva limitação da liberdade dos demais.

Como se vê, a crítica do autor é direcionada a necessidade de criminalização material, que sirva e, assim, seja adequada, ao atual Estado social e democrático de direito.

2.4 A TEORIA SOCIAL DE HEFENDEHL

Como se observa da obra assim intitulada, Hefendehl⁸⁷ adota a teoria social de bem jurídico, qual se propõe a ser uma verdadeira teoria de esquerda e que parte

⁸⁴ SOUSA, Susana Aires. **Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 86, 2010. P. 239.

⁸⁵ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010. P. 105.

⁸⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático).** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P.117.

de dois aspectos para análise do merecimento de tutela penal ou não de um determinado bem jurídico: o objeto em si e o respectivo titular do bem.

Nesse sentido, inexistente a predominância proposta pelas teorias monistas em bens individuais e coletivos, em forma hierárquica. Diferenças se limitam tão somente a grupos de bens jurídicos coletivos, a partir dos já mencionados critérios de estrutura e titularidade.

O que ocorria, portanto, é que, alguns bens jurídicos individuais são inatos, ao passo que aqueles supraindividuais caracterizam por uma legitimação diferenciada, eis que indispõem de tal prerrogativa, mas, ao revés, decorrem de decisões da sociedade e do Estado, o que, por razões óbvias, são marcadas pela instabilidade e dinamismo. Tal peculiaridade, segundo o autor, dificulta a delimitação de bens jurídicos coletivos legítimos de tutela penal.

A partir disso, o autor elabora uma classificação dos bens jurídicos coletivos em três categorias distintas, referindo-se sempre a um conceito nuclear comum a todos, elaborado a partir dos critérios de não exclusividade do gozo, não rivalidade do consumo e não distributividade; este último significa que o bem será tido como supraindividual se for “conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos em forma de cotas.”⁸⁸

Susana Aires de Sousa⁸⁹, ao discorrer acerca do posicionamento de Hefendehl, descreve o critério da distributividade do bem jurídico coletivo dizendo que

Todo o bem jurídico coletivo se caracteriza por poder ser desfrutado por cada um dos membros da sociedade, sem que seja possível relacioná-lo, no todo ou em parte, a um único setor daquela.

Assim, é possível definir o conceito de bem jurídico coletivo de Hefendehl como aquele bem passível de uso/gozo a todos e que tal uso por um indivíduo não obste que outro o faça também.

⁸⁷ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010.

⁸⁸ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010. P. 114.

⁸⁹ SOUSA, Susana Aires. **Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 86, 2010. P. 243.

Para Hefendehl, adepto que é da teoria social do bem jurídico, a distinção daqueles coletivos se dá em três categorias, a saber: a) dispositivos penais criados pelo e para proteção do Estado, chamados “delito de proteção do Estado”, cujos exemplos são o pagamento de impostos e o trabalho policial e a titularidade é atribuída aos representantes da sociedade; b) recursos ambientais, quais, em se tratando de bem consumível e, ao mesmo tempo, essencial à vida, o esgotamento representa perigo a sociedade, representado na tutela das gerações futuras, cujos titulares são, portanto, a própria população (Como menciona o autor, por óbvio este último se mostra merecedor de maior legitimidade protetiva, eis que concebido não pela tributação (como os recursos estatais), mas pela natureza).⁹⁰

Por fim, a terceira e última classificação se refere a c) dimensão de confiança presente em alguns bens jurídicos coletivos, tidos por clássicos, cuja titularidade, da mesma forma que os recursos ambientais, é de toda a sociedade.

Adotando-se essa visão, segundo Hefendehl⁹¹, se possibilitaria a participação do excluído socialmente, daquele que não possui patrimônio e só se vê inserido na proteção do direito penal no que se refere a tutela de comportamentos socialmente danosos.

Assim, ao se admitir bens de índole unicamente coletiva na tutela penal se estaria incluindo a totalidade dos cidadãos no âmbito de proteção do direito penal, pois somente assim o desprovido de patrimônio figuraria como vítima, ainda que diluída.

2.4.1 Críticas a Teoria Social

Roxin critica a legitimidade daqueles bens jurídicos classificados por Hefendehl como integrantes daquela esfera da confiança, arguindo a dificuldade de comprovação da sua violação no caso concreto. Além disso, a lesão, nesses casos,

⁹⁰ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010. P. 112 e 113.

⁹¹ Idem. Ibidem.

estaria situada na mente do cidadão, “abstraindo-se da real ocorrência lesiva”, afastando-se da definição fornecida por Roxin, no início dessa exposição.

Em citação de Anastosopoulou, o mestre alemão⁹² descreve que “o fundamento da existência pessoal não é confiança em determinados complexos funcionais, mas o próprio funcionamento desses complexos.” E, ainda, Hassemer: “a confiança [...] bem como a proteção da paz jurídica, encontram-se num plano demasiado elevado e abstrato, que não pode ser objeto de proteção penal”.

Portanto, os críticos da tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, colocam que o denominado moderno direito penal, ao abandonar a exigência do dano, empiricamente verificável, estaria expandindo sua atuação para além do espaço estabelecido pelos princípios da proporcionalidade, *ultima ratio*, lesividade, legalidade, culpabilidade e subsidiariedade.

2.5 A POSIÇÃO DE CLAUS ROXIN

Roxin⁹³ apresenta uma posição relativizada da teoria monista pessoal, fundada constitucionalmente, pois, defende que, ainda que se adote a visão personalista de bem jurídico, é de se admitir a existência de bens da generalidade, porém, apenas serão legítimos de tutela se, para além dessa característica servirem ao cidadão em particular. Desse modo, os bens jurídicos universais merecem proteção do direito penal por se fazerem necessários também para o desenvolvimento e vivência pacífica do sujeito, individualmente considerado.

A visão do mestre alemão, baseada na referência a pessoa, se mostra menos radical, pois não rechaça a existência de bens jurídicos coletivos, mas, apenas condiciona a tutela penal a referência ao ser humano. Assim, argumenta que, em alguns casos é necessária a antecipação da punibilidade, em vista,

⁹² ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 198.

⁹³ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 185.

justamente, da forma característica de um Estado social e democrático de Direito, para a efetiva proteção do bem.

Em resposta a crítica de alguns autores como Stratenwerth⁹⁴ acerca da indeterminação do conceito de bem jurídico, Roxin aponta para a falta de compromisso dos autores que buscam um conceito com uma análise crítica da legislação, criando apenas um conceito metodológico acerca do tema, de onde decorrem problemas de imprecisão e abstração, pois, procuram algo permeável a totalidade dos tipos.⁹⁵

Já o conceito por ele apresentado, com fundamento constitucional, excluiria as tutelas decorrentes unicamente de moralismo e paternalismo (posse de drogas para consumo pessoal, por exemplo, considerada contravenção em nosso ordenamento) e, ainda, aquelas simbólicas. Ademais, rechaça tutelas de excessiva abstração, como se depreende do conceito por ele fornecido, qual menciona 'circunstância reais dadas'.⁹⁶

Roxin conclui, portanto, que o injusto penal exige violação a norma que regulamente e realize o equilíbrio entre convivência pacífica e segurança, através da prática de um risco não permitido. Nesse sentido, tal noção (criação de risco não permitido) "aporta, assim, pois, para o âmbito do injusto, a escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade civil."⁹⁷

Nesse sentido, o autor afirma que

as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.⁹⁸

⁹⁴ Citado por ROXIN na obra **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 40.

⁹⁵ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 187.

⁹⁶ Idem. Ibidem. P. 187.

⁹⁷ Idem. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 41.

⁹⁸ Idem. Ibidem. P. 17-8.

Portanto, para esse autor, todos os institutos, protegidos pelas normas aptas a concretizar o ideal de sociedade representado pelo binômio 'proteção estatal e liberdade individual' são tidos por bem jurídico, passíveis, assim, de tutela penal.

Desse modo, não há violação de qualquer princípio penal ou garantia constitucional, pois, para justificar a intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos faz-se necessário que a transgressão perpetrada não possa ser resolvida em nenhum dos demais âmbitos do direito.

Além disso, como já dito, o autor afirma que o instituto do bem jurídico não é o único critério para legitimação dos tipos penais.

Admitindo essa pluralidade de critérios, seria possível, em concordância ao autor Stratenwerth - que, no geral, discorda da teoria da proteção de bens jurídicos - a tutela penal de maus-tratos de animais e dos danos às futuras gerações, através da extensão do contrato social para além dos cidadãos que vivem atualmente.

Assim, destaca Roxin⁹⁹ que não há renúncia ou extensão fictícia da teoria do bem jurídico, tampouco falha na prestação jurisdicional, pois, em que pese tais atos não afetarem direta ou necessariamente a coexistência pacífica dos homens, devem ser objeto de tutela penal. A diferença está no fato de que para este autor, diferentemente de Stratenwerth, não é necessário a negação e o afastamento do princípio, uma vez que danos às futuras gerações, animais e plantas, representam (i) lesão concreta e grave, que (ii) afeta, ainda que indiretamente, os interesses da sociedade atual e (iii) tem fundamento constitucional, legitimando a tutela mais efetiva.

Ao contrário de Hefendehl e Wohlers¹⁰⁰, Roxin não vê a necessidade de criação de novas categorias e mecanismos para abarcar os bens jurídicos supraindividuais típicos da atualidade. Para ele é perfeitamente possível a concepção de tais bens dentro da teoria pessoal, pois "uma justiça que funciona, uma estrutura de funcionários públicos isenta de corrupção, uma moeda intacta, um sistema de tributos justo e um meio ambiente não destruído têm importância

⁹⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁰⁰ Citados por Claus Roxin em **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 197.

essencial para as possibilidades de desenvolvimento do indivíduo na sociedade (...)"¹⁰¹.

Assim, tais bens, que não são novos, merecem a tutela penal, como já dito, por servirem não apenas a população como um todo, mas também por sua essencialidade para a realização de cada indivíduo.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 196.

3. A NECESSIDADE DE EXPANSÃO DA TUTELA PENAL FACE AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

O atual momento, pós-industrial, marcado pela globalização e, conseqüentemente, pelo incremento das situações de risco social impõe outro desafio a instituto do bem jurídico-penal: ao lado da busca por um conceito material, aflora a discussão quanto a legitimidade do direito penal na tutela daqueles bens que transcendem a existência do individuo isoladamente considerado, marcados pela vitimização diluída, ausência de dano concreto e algumas vezes dificuldade de identificação do autor.

Apesar da concordância acerca da necessidade de reconhecimento de novas tutelas, se questiona se estas devem se dar a cargo do direito penal, ou seja, se seriam compatíveis com os princípios norteadores do ramo específico¹⁰² e, ainda, com as garantias constitucionais ou se representam a expansão ilegítima e distorção da finalidade do Direito Penal, instrumentalizado para perseguição de outros fins, muitas vezes políticos.

3.1 CONCEITO E PRINCÍPIO DA LESIVIDADE NA TUTELA DE BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

Nas palavras de Nilo Batista¹⁰³, “o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade”, assim somente é aferível a lesividade de ações que afetem algo externamente.

Assim, não se pode falar em lesividade de condutas que firam sentimentos morais, não verificáveis na realidade empírica. Desse modo, pode-se qualificar a lesividade com os adjetivos exterioridade e alteridade, pois, se exige a violação material, externa de um dado bem e que se refira a outrem, ferindo a paz social (como já tratado no item referente ao conceito de bem jurídico).

¹⁰² Legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, humanidade, lesividade e proporcionalidade, descritos em SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral** 2ª ed. rev., ampl. Lumen Jures, 2007; e LUISI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁰³BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. P. 91.

A par disso, Nilo Batista¹⁰⁴ refere a quatro principais funções do princípio da lesividade a saber: (a) a vedação da incriminação de meros desejos ou vontades, pois não há a exigida exterioridade da ofensa, restando ilegítima dada intervenção penal, atuante unicamente na subjetividade do agente, até porque, como se sabe, não se pune a fase de cogitação do ilícito penal, mas apenas a partir do início da execução (tentativa).

Em segundo lugar (b) a vedação de condutas situadas no âmbito unicamente do autor, pois, ações que não afetam terceiros, mas apenas o próprio praticante, dispõem de lesividade, pela ausência do requisito da alteridade. Vale citar a autolesão e as hipóteses de crime impossível mencionadas pelo autor, em que, inobstante a configuração formal de um tipo penal, não há ofensa no aspecto material. Nesse sentido, Roxin¹⁰⁵ justificaria com a ausência de criação de risco proibido.

Em terceiro lugar estaria (c) a vedação da incriminação de “estados e condições existenciais”, de modo que apenas é legítima a incriminação de ações, jamais condições do sujeito, eis que o ordenamento serve como “ordem reguladora de conduta”¹⁰⁶, referindo-se unicamente a fatos no momento da tipificação.

Por fim, em quarto lugar, o princípio veda (d) a incriminação de condutas apenas socialmente indesejáveis. Como se vê, só se autoriza a tipificação de ações que afetem algum bem jurídico, como se denota dos dois requisitos elencados por Nilo Batista como caracterizadores da lesividade.

Assim, desvios de conduta, ainda que agridam o sentimento social de uma dada comunidade, dispõem de legitimidade para tutela do direito penal. Nesse caso é nítida a ausência tanto da exterioridade da suposta ofensa, bem como da alteridade, pois se fere apenas ou, no máximo, as convicções pessoais de terceiros.

Como se vê, a importância do princípio da ofensividade/lesividade é tal que Enrique Orts Berenger e José L. González Cussac¹⁰⁷, entendem que a noção de bem jurídico como delimitação da atuação do legislador é sua própria manifestação, referindo a um ‘dogma do bem jurídico’.

¹⁰⁴Idem. Ibidem.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁰⁶BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. P. 93.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENQUER, Enrique **Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)**, Valencia: TirantloBlanch, 2004. P. 157.

3.2 TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS: QUESTÕES DE LEGITIMIDADE

Discorre Luis Gracia Martín¹⁰⁸ (defensor da tutela penal de bens supraindividuais), que os combatentes veem, equivocadamente, na moderna tutela penal um direito penal simbólico, que visa fins meramente educativos com a tutela de bens de dimensões indelimitáveis.

Gracia ainda descreve a importância na atualidade dos bens coletivos, pois os define como “antepostos” àqueles individuais, uma vez que lhes concedem funcionalidade, garantindo sua fruição. Assim, o valor dos bens jurídicos coletivos, diferentemente dos individuais, não é intrínseco, mas decorrente da utilidade e funcionalidade que concede a estes últimos.

Nesse sentido, os bens supraindividuais apresentariam duas funções em relação aos bens individuais: uma primeira negativa, no sentido de garantia e segurança de fruição e uma segunda na perspectiva positiva, no sentido de promoção dos bens jurídicos individuais.¹⁰⁹

Ademais, para Gracia Martín¹¹⁰ a função precípua dos bens jurídicos coletivos seria a positiva, pois é justamente a função que desempenham nessa perspectiva que lhes garante legitimidade “para uma eventual tutela penal autônoma”.

Além disso é, inequivocamente, na tutela penal de bens jurídicos coletivos que ocorrem mais violações pelas classes dominantes, o que, também, corrobora a necessidade de proteção penal para limitação da atuação dessa parcela da sociedade, que, ao violar tais normas, lesiona bens comuns a toda a coletividade, afetando, assim, não só o gozo desses bens comuns, mas a própria funcionalidade e consumo daqueles bens individuais, cuja potencialidade, como dito, reclama a promoção pelos bens jurídicos coletivos.

¹⁰⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 104-5.

¹⁰⁹ Idem. Ibidem. P. 132.

¹¹⁰ Idem. Ibidem. P. 132-3.

Nesse sentido, a legitimidade da tutela penal de bens jurídicos coletivos estaria, justamente, na funcionalização dos novos institutos a partir do ser humano, ou seja mantendo como foco a referência a pessoa, impedindo, assim, a utilização do direito penal como instrumento de governo, pois, é justamente em momentos de maior clamor público que a tutela penal deve agarrar-se as suas finalidades e princípios, atentando-se a sua tarefa de atribuir um crime a uma pessoa, como bem define Hassemer.

Assim, a tutela de bens coletivos condicionados a referência a pessoa, propiciaria a manutenção do equilíbrio entre a necessidade de novas tutelas e os princípios basilares do direito penal, mantendo-se um estado de modelo liberal.

A tutela de bens jurídicos coletivos deve, desse modo, obedecer a alguns critérios, conforme a dicção de Hassemer¹¹¹, em vista de sua legitimidade. O primeiro deles refere-se a uma necessária hierarquia entre os bens individuais e coletivos, pois, como estes últimos representam uma antecipação da punibilidade a lesão, reclamam uma legitimidade diferenciada, mais rigorosa.

Em segundo lugar, menciona uma “percepção valorativa da sociedade”. Como é alegado por seus adeptos, a teoria do bem jurídico é contextualizada, situada historicamente, de modo que a criminalização de condutas ameaçadoras de bens jurídicos deve considerar as consequências da ação e a intensidade da lesão em relação a sociedade em que está inserida.

Assim, a teoria do bem jurídico seria a única a fornecer elementos concretos e propiciar uma análise crítica e racional acerca do merecimento de pena, em vista, especialmente, do princípio da subsidiariedade.

Resgatando o já mencionado pensamento de Carlos Martínez-Buján Pérez de que, apesar de se tratar da questão mais elementar acerca da validade de uma norma, o bem jurídico não é o único requisito de legitimidade, o autor defende que este deve funcionar como procedimento de justificação da intervenção penal. Assim, limita a atividade do legislador não quando da análise substancial de um comportamento, mas de um viés procedimental.

¹¹¹ HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 22-3.

Assim, como se denota do conceito fornecido por este autor¹¹², o bem jurídico possui valor dogmático enquanto procedimento, sendo, inclusive, pressuposto de proporcionalidade.

Tal perspectiva (procedimental) supõe um aparato de instrumentos para abordagem da legitimidade da incriminação, concebendo a noção de bem jurídico como justificação, como um “primeiro momento no processo racional de limitação da liberdade”¹¹³ e não como todas as coisas que o legislador escolhe incriminar.

Hefendehl¹¹⁴, por sua vez, com sua teoria social, propõe que a legitimidade de um bem jurídico enquanto tal é proporcional a sua referência aos membros da sociedade; quanto mais imediata a relação, mais legítimo e, conseqüentemente mais merecedor de tutela será o bem jurídico.

O próprio autor questiona se sua teoria social não estaria violando o princípio da *ultima ratio* e a própria finalidade do direito penal ao vincular seu conceito de bem jurídico coletivo a valores fundamentais de igualdade, justiça e solidariedade, promovendo por meio da tutela repressiva, ideais que devem ser perseguidos em outros âmbitos do ordenamento jurídico, onde é o espaço legítimo de desejadas mudanças sociais.

E o próprio responde a questão dizendo que o bem jurídico consumível antecede o direito penal, não é por ele criado, em vista de realização de políticas sociais pela via ilegítima, ao revés, o direito penal tutela situações/relações de confiança já existentes no seio social.

Vale esclarecer que a confiança arguida por Hefendehl não é na vigência da norma jurídica, que é prevenção geral positiva, mas a confiança na regularidade do bem jurídico em si: a confiança na segurança do tráfego monetário, confiança na administração da justiça; e é justamente essa confiança, que o autor coloca como ‘aceitação da sociedade’ que atribui ao instituto o título de bem.¹¹⁵

¹¹² “(...) *bien jurídico es todo valor, interés o derecho digno, necesitado y susceptible de ser protegido y cuya existencia o tutela no está proscrito constitucionalmente.*”

¹¹³ MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ. Carlos. **Derecho Penal Económico y de La Empresa. Parte General**. 2ª Edición. Valencia: TirantloBlanch, 2007. P. 154.

¹¹⁴ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010.

¹¹⁵ Idem. Ibidem. P. 112-115.

Ainda no que tange a legitimidade da tutela de bens jurídicos coletivos, discorre LuisGracia Martín¹¹⁶ que

o reconhecimento e a proteção de bens jurídicos coletivos são uma exigência ético-social e ético-política derivada dos – e que, ao mesmo tempo, dita os – referentes axiológicos do contrato social e dos fins do Estado social e democrático. O reconhecimento geral dos bens coletivos e o mandado de sua proteção por parte do Estado são garantias constitucionais do Estado de Direito.

Assim, a antecipação da incriminação para o momento anterior a lesão decorre da própria natureza do bem tutelado, de modo legítimo e justificado, portanto, em razão, dentre outras, de seus inúmeros destinatários.

3.3 BEM JURÍDICO-PENAL COMO REALIZAÇÃO DE UM MODELO DE ESTADO

Como relatado por autores como Roland Hefendehl¹¹⁷, LuisGracia Martín¹¹⁸ e Paulo César Busato¹¹⁹, entre outros, a tutela penal, assim como o ordenamento jurídico em geral, reflete o modelo de estado vivenciado, motivo pelo qual se identifica como característica do atual *standard* do bem jurídico, a relatividade.

Nesse sentido, o bem jurídico-penal, ao se situar entre a política criminal e a dogmática penal e oferecer, assim, parâmetros de avaliação e delimitação da atuação legislativa e, face as já tratadas impossibilidades de uma conceituação material universal, acompanha o aspecto sociocultural da comunidade em que está inserido, restando, assim, mais visível no aspecto da política criminal.

¹¹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 133.

¹¹⁷ HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010.

¹¹⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. **A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010.

¹¹⁹ BUSATO, P. C; KÄSSMAYER, K.A legitimidade da proteção penal do bem jurídico meio ambiente. Disponível

em <http://direitoerisco.com/site/artigos/A%20Legitimidade%20da%20Prote%20E7%E3o%20Penal%20do%20Bem%20Jur%20EDdico%20Meio-Ambiente%20-%20Karin%20Kassmayer,%20Paulo%20C%E9sar%20Busato.pdf>.

Acesso em 13/10/2012.

Assim, em que pese a repulsa já tratada ao entendimento do instituto como juízes éticos¹²⁰, é inegável a promoção de valores que opera.

Da mesma forma, as teorias constitucionalistas acerca do conceito material de bem jurídico, destacam a importância do referencial do modelo de estado vivenciado, pois se utilizam do conteúdo da Constituição para identificar bens jurídicos e impor limites a atuação do legislador.

Percebe-se, portanto, a importância das correntes mencionadas anteriormente (monista e dualista) acerca da concepção de bem jurídico-penal, pois, atribuindo maior ou menor leque de deveres a potestade estatal, adotam um determinado modelo de estado.¹²¹

É, inclusive, a partir dessa argumentação de realização de um modelo de estado, que Hefendehl¹²² menciona a possibilidade de participação no processo de criminalização daqueles excluídos socialmente, através da teoria social e do reconhecimento da tutela penal de bens jurídicos coletivos, em contraposição ao estado liberal, marcado pela incriminação de ofensas a bens jurídicos individuais, especialmente patrimoniais, que operavam a dominação de classes.

Em vista da mudança de modelo de estado pertinente ao tema, vale citar LuisGracia Martín¹²³, qual questiona as denominações “moderno e clássico direito penal”. Para ele, de fato, é possível identificar rupturas da dogmática penal do Iluminismo e a presente, mais se referem a “criminalização formal da criminalização material das classes sociais poderosas, que foi ignorada ou tolerada quase em sua totalidade, e inclusive favorecida pelo Direito Penal Liberal.”

Discorre que tanto é assim que, o suposto ‘moderno’ de modo algum abandonou os princípios e garantias da matéria, ao revés, apenas buscou adaptá-

¹²⁰ MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do direito penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais**. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. P. 22.

¹²¹ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 67.

¹²² HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010.

¹²³ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010.

los a uma nova realidade social. Assim, o que houve foi uma mudança de foco de “Direito Penal Liberal (modelo de estado liberal), para um Direito penal social e democrático (em adequação a um modelo de estado social e democrático).”

Portanto, para esse autor, o discurso da ‘modernização’ objetiva

formular os enunciados e determinar objetos que permitam incluir toda a criminalidade material (...) das classes sociais poderosas no discurso político-criminal, mas tudo isso de um modo rigorosamente ajustado as garantias do Estado de Direito.

Com tal discurso, Gracia Martin, afasta a possibilidade de adoção na atualidade de uma teoria pessoal de bem jurídico, fundada no contrato social que admite tão somente a tutela de direitos individuais naturais, sob argumentação de que essa só se sustentaria num contexto de estado liberal, já que ignora a realidade social atual e realiza uma igualdade meramente formal, típica dos séculos XVIII e XIX, não realizando os princípios de igualdade e liberdade.

Para os adeptos de uma teoria dualista, portanto, a teoria pessoal, longe de defender o *standard* do direito penal nuclear, com intervenção mínima, típico da postura esquerdista e abolicionista, acabaria por reproduzir um contexto neoliberal, de instrumentalização e reprodução de miséria e desigualdade, motivo pelo qual não se poderia sustentar na atualidade.

Figueiredo Dias¹²⁴, também adepto da teoria dualista menciona, ainda, a existência de um núcleo essencial, derivado da perspectiva valorativa da sociedade, qual, no atual modelo de estado social, se identifica com a tutela de bens jurídicos coletivos por si só. Para ele, algumas questões de caráter coletivo somente agora foram apreendidas pela realidade social e, então, passaram a integrar o núcleo essencial dos bens jurídicos.

Em identificação desse núcleo essencial, Franz Von Liszt¹²⁵, aponta dois critérios, já mencionados: merecimento e necessidade da proteção penal. Ambos imbuídos de valoração social e entendidos como essencialidade ao desenvolvimento dos indivíduos e subsistência da coletividade e identificáveis através de processos

¹²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal – sobre a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001. P. 43.

¹²⁵ LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal.** Tomo II, 3ª ed. Trad. Por Luis Jiménez de Asúa da 20ª ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S/A, 1927.

de interação social, política, econômica (no sentido de apropriação e não apenas produção).

Após esse primeiro momento, referente a essencialidade da necessidade, o autor refere a um segundo, identificado como necessidades qualitativas e, ainda, um terceiro, referente a necessidades radicais, realizadas através da promoção da participação igualitária e impedimento da criminalização de classes sociais.¹²⁶

Também Juarez Mercante¹²⁷ coloca que o positivismo que operou a consolidação da ideia de bem jurídico (ainda no século XIX) serviu bem aos interesses da época em que vigorou, pois, apesar do instituto objetivar limitar o *ius puniendi* estatal, funcionava como legitimação e reprodução de desigualdades típicas do liberalismo, pois tudo se justificava pela estrita proteção de bens jurídicos valorados pelo legislador de modo acrítico, ocasionando a expansão do processo de incriminação.

Por outro lado, é a partir desse mesmo viés de adequação a um determinado modelo de estado que os adeptos da teoria monista personalista¹²⁸ argumentam pela ilegitimidade da tutela penal de bens jurídicos coletivos.

Para estes, é em momentos de maior clamor social que se deve exaltar os princípios basilares do direito penal e as garantias constitucionais, restando a teoria do direito penal nuclear não apenas compatível, mas necessária ao estado social e democrático.

Nesse sentido, Paulo César Busato¹²⁹, em argumentação da tutela baseada na teoria monista personalista, refere a necessidade de resgate da primazia do interesse individual frente ao coletivo e menciona que a adequação com o atual modelo de estado reside, justamente, na preservação das garantias do indivíduo e,

¹²⁶TERRADILLOS BASOCO, Juan. **La satisfacción de necesidades como critério de determinación del objeto de tutela jurídico-penal.** Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, n. 63. P. 140-141.

¹²⁷MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do direito penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais.** Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. P. 58.

¹²⁸ Destaca-se a obra de Winfried Hassemer e Paulo César Busato e Karin Käsmayer, ambas já citadas.

¹²⁹ Ressalta-se a diferenciação apontada pelo autor e, ainda, por Juarez Mercante, entre bens jurídicos e direitos fundamentais.

concretamente, na referência negativa propiciada pela constituição para a eleição dos bens jurídicos a receberem proteção penal.

Com tal ideia seria possível a preservação dos princípios norteadores do direito penal e a compatibilização com o modelo de estado atual, social e democrático, com a vitimização diluída e massificada.

O autor menciona a defasagem do Direito Penal que, até o presente, não realizou os ideais iluministas de igualdade e liberdade e, ao revés, ainda funciona como mecanismo de controle social seletivo e discriminatório. Nesse sentido, a tendência da adoção do critério 'periculosidade' para a eleição dos bens objeto de proteção penal, reaproxima o Direito Penal a postura absolutista, através da adoção do discurso do 'interesse social' que reserva as garantias individuais a nível inferior.

Esse viés coletivista era justamente o que fundamentava o absolutismo científico do Terceiro Reich, no qual se buscava a "inocuidade" dos violadores das regras sob arguição de busca do consenso, de modo que as técnicas atuais de "ressocialização, reeducação e persuasão" operadas contemporaneamente pelo controle social não se mostram muito diferentes.¹³⁰

Como se vê, ambas as linhas argumentativas apresentam soluções e justificativas para a tutela ou não dos novos perigos, típicos do Estado social e democrático.

Para Susana Aires Sousa¹³¹ a tarefa da compatibilização dos novos riscos, marcadamente atinentes a bens jurídicos coletivos, está a cargo dos doutrinadores, que devem se empenhar na busca de novas soluções com observância não apenas dos princípios do direito penal, como também da limitação da atividade legislativa e, assim, da punibilidade, oferecida pela teoria do bem jurídico.

Na mesma esteira, Gracia Martín refere ao combate as desigualdades no processo de criminalização de condutas, com a necessária adequação entre criminalidade material e objeto formal, sempre em observância ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

¹³⁰BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹³¹SOUSA, Susana Aires. **Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 86, 2010.

O desafio recente consiste, então, na busca de um novo paradigma penal que compatibilize os princípios da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da proporcionalidade, lesividade, culpabilidade, legalidade, humanidade, fragmentariedade e *ultima ratio* com o atual modelo de Estado social e democrático de direito, considerando os fenômenos da globalização e da sociedade de risco e tendo em conta, por óbvio, as garantias constitucionais.

4. CONCLUSÃO

Como demonstrado ao longo dessa exposição, qualquer análise acerca do bem jurídico-penal não pode ser dissociada da realidade fática na qual está inserido. Além disso, sendo a proteção do instituto a função do Direito Penal, é certo que não pode ser vazio de conteúdo.

No entanto, também é certo que a consideração do dinamismo social é essencial ao ordenamento jurídico em geral, de modo que, a criação de um conceito acabado, com apontamento de caracteres comuns a todos os bens protegidos, se mostra impossível em razão dessa mutabilidade e da vasta gama de bens merecedores de tutela. Tanto é assim, que se deve assegurar ao legislador penal um espaço mínimo de discricionariedade.

Desse modo, é de se convir que os bens aptos ao abrigo penalsão aqueles valorados socialmente, cuja proteção é essencial a vivência pacífica e harmônica da comunidade e aos quais a tutela oferecida pelos demais âmbitos do Direito se mostra ineficaz, de modo que reste protegido somente no cerne do Direito Penal e sua tutela atenda às garantias constitucionais e princípios penais.

A teoria do bem jurídico, então, em vista, em especial, do princípio da lesividade, seria o único critério apto a restringir a punibilidade e delimitar a potestade estatal, baseada na ficção do contrato social que concebeu ao Estado a tarefa de equilibrar a segurança e a liberdade dos cidadãos, com a mínima intervenção possível.

Como visto, a teoria, assim, impede a incriminação de condutas que não apresentam lesividade externamente verificável, protegendo o cidadão de ingerências do estado.

Nesse sentido, conforme exposto no capítulo 2, ambas as ordens de teorias apresentadas (monistas e dualistas) reconhecem a relação da teoria do bem jurídico penal com o modelo de estado vigente e proclamam a compatibilidade com o atual Estado social democrático de direito, por fundamentos diferentes.

Para a doutrina defensora da teoria dualista, a tutela penal é necessária justamente para realizar o ideário de igualdade constitucional, eis que o processo de criminalização típico dos modelos de estado que tinham como referencial único a pessoa, operava a desigualdade social, pois protegia em primeiro lugar o patrimônio e aqueles que tinham, por sua vez, como referencial a coletividade, suprimiram

garantias fundamentais. Além disso, a tutela penal de bens coletivos seria necessária, ainda, pela maior apreensão desses bens pela classe dominante.

Assim, além da compatibilidade com os preceitos de direito penal e constitucional e da impossibilidade de tutela em outros âmbitos, não só seria legítima, como também necessária a intervenção penal em crimes cujo titular do bem ofendido é a coletividade, para combate da criminalização formal.

Já a posição contraposta, refere, em primeiro lugar, a violação dos princípios penais de fragmentariedade, lesividade, culpabilidade, intervenção mínima e *ultima ratio* no trato de bens transindividuais, atentando para o risco da antecipação da punibilidade a tal ponto que culmine na quebra do nexos causal entre a conduta e o resultado criado.

O que se conclui é a que a visão personalista argumenta pela ilegitimidade dos bens coletivos com fundamento nas garantias do indivíduo, pois, inobstante a superação do estado liberal, cabe ao Direito Penal intervir minimamente na vida do cidadão. Ademais, como mencionado na exposição, o viés social fundamentou estados totalitários, justificados por um discurso de “interesse coletivo e bem estar social”, no qual se operou supressão de garantias.

Do exposto, tem-se que as sugestões de solução da questão da legitimidade ou não da tutela penal de bens transindividuais, são várias, desde a adoção do instituto num viés procedimental, passando pela exigência de uma legitimidade diferenciada até a funcionalização dos novos institutos a partir da pessoa, restando clara a necessidade de construção de um novo paradigma penal, apto a solucionar o impasse.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução a sociologia do direito penal**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999 (Coleção Pensamento Criminológico 1).

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUSATO, Paulo César; KÄSMAYER, Karin. **A legitimidade da proteção penal do bem jurídico meio ambiente**. Disponível em <http://direitoerisco.com/site/artigos/A%20Legitimidade%20da%20Prote%20E7%E3o%20Penal%20do%20Bem%20Jur%20EDdico%20Meio-Ambiente%20-20Karin%20Kassmayer,%20Paulo%20C%E9sar%20Busato.pdf>. Acesso em 13/10/2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge Figueiredo. **O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’**. São Paulo, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33, jan./mar. 2001.

Dias, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal – sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte Geral. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, jul/set 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique. **Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)**, Valencia: TirantloBlanch, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In:

Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010.

GRECO, Luis. **Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch).** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 82, 2010.

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE. Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Valencia: TirantloBlanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal de Bem Jurídico. In GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland. **Debeocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos coletivos y delitos de peligro abstrato.** Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia, <http://criminet.ugr.es/recpc>, artículos – 04-14 (2002). Acesso em 03/10/2012.

HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 87, 2010.

HIRSCH, Hans Joaquim. **Derecho Penal – Obras Completas.** Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)**. Barcelona: Promociones y PublicacionesUniversitarias, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte General**. 4ª ed., Granada: Comares, 1993.

LISZT, Franz Von. **Tratado de derechopenal**. Tomo II, 3ª ed. Trad. Por Luis Jiménez de Asúa da 20ª ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S/A, 1927.

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LUIZI, Luiz. Direito Penal: **Bens constitucionais e criminalização**. Revista. Disponível em: <[http:// www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13. htm](http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm)>. Acesso em 03/10/12.

MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ. Carlos. **Derecho Penal Económico y de La Empresa. Parte General**. 2ª Edición. Valencia: TirantloBlanch, 2007.

MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do direito penal: da proteção dos bens jurídicos transindividuais**. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MUNÓZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho Penal. Parte General.** 3ª ed., Valencia: TirantloBlanch, 1998.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico em el direito penal.** Anales de laUniversidadHispalense, Sevilla: Publicaciones de La Universidad de Sevilla, 1974 (Serie: Derecho, 19).

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-Penal e Constituição.** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Org. e trad. André Luiz Callegari, José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral.** 2ª ed., rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SCHUNEMANN, Bernd. O Princípio da Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos TiposIn: GRECO, Luís e

TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUSA, Susana Aires. **Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 86, 2010.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. **La satisfacción de necesidades como critério de determinación del objeto de tutela jurídico-penal.** Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, n. 63.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Tratado de Derecho Penal.** Parte General. Coimbra: Ediar, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Desafios do Direito Penal na era da Globalização.** Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano V, n. 106, junho/2001.

_____. **Os Princípios Constitucionais Penais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. **A globalização e o direito penal (ou o Tributo da Consonância ao Elogio da Incompletude).** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, abril/junho de 2001.