

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ HENRIQUE MERLIN

BEM JURÍDICO, ESTRUTURA DO DELITO E ANTECIPAÇÃO DO DIREITO

PENAL: novos e velhos discursos de ampliação do poder punitivo nas
sociedades contemporâneas

**CURITIBA
2010**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ HENRIQUE MERLIN

BEM JURÍDICO, ESTRUTURA DO DELITO E ANTECIPAÇÃO DO DIREITO

PENAL: novos e velhos discursos de ampliação do poder punitivo nas sociedades contemporâneas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos

**CURITIBA
2010**

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUIZ HENRIQUE MERLIN

BEM JURÍDICO, ESTRUTURA DO DELITO E ANTECIPAÇÃO DO DIREITO

PENAL: novos e velhos discursos de ampliação do poder punitivo nas
sociedades contemporâneas

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Presidente: _____
Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro 01: _____
Profa. Dra. Katie Argüello
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro 02: _____
Prof. Dr. Juarez Tavares
UFRJ

Ao meu sobrinho-afilhado

Meu xará

Luiz Eduardo Merlin

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a meu orientador, Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos, pelas aulas, ensinamentos e orientação. A todos os professores e funcionários da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Em especial aos meus pais, que me apoiaram e sempre tiveram paciência para me ajudar e consolar quando foi necessário nestes dois anos que se passaram – eles sabem bem como foi difícil. Também aos meus queridos irmãos.

Ao pessoal do escritório que compreendeu bem a importância que a vida profissional e acadêmica tem para mim; obrigado Eduardo Sanz, Marion Bach, Rossela Lewandowski, Carlinha.

Ao Balcão dos Notáveis, na pessoa de seus presidentes, Rubens e Rubens – aqui soa melhor o nome invertido. Vocês também agüentaram firme. Obrigado.

Ao Professor Luís Greco por ter cedido, gentilmente, parte de material ainda inédito.

Aos amigos, tantos e tão próximos. Aos meus professores.

Obrigado.

Resumo

O bem jurídico é um tema central dentro do Direito Penal dentro e fora do Brasil. O desenvolvimento da sociedade e a complexidade das relações sociais têm justificado discursos de ampliação do poder punitivo, legitimando o que se convencionou chamar de antecipação do Direito Penal. Em resposta a isso, propõe-se um refortalecimento do caráter crítico do bem jurídico como limitador do poder estatal de punir. Como forma definir melhor e combater a expansão do Direito Penal, propõe-se o estudo particularizado da estrutura do delito, delimitando as técnicas ilegítimas de tipificação. A identificação de falsos bens jurídicos coletivos também é um passo importante nesse caminho. Um estudo comparado com as formas de legitimação da lei penal na experiência anglo-americana, desde que apropriado de modo crítico, deve ajudar também a identificar melhor estruturas e bens jurídicos ilegítimos. Por fim, propõe-se a idéia de conflito interpessoal como princípio reitor das funções críticas e limitadoras do bem jurídico e da estrutura do delito.

Palavras-chave: Bem jurídico. Desvalor de Ação. Desvalor de Resultado. Finalismo. Funcionalismo. Estrutura do Delito. Proporcionalidade. Conflito.

ABSTRACT

The legal interest is a central theme in criminal law in and outside Brazil. The development of society and the complexity of social relations have justified the expansion of speeches punitive power, legitimizing the so-called anticipation of criminal law. In response, it is proposed a redevelopment of the critical nature of the legal and limiting state power to punish. In order to better define and combat the spread of criminal law, it is proposed to study the structure of individualized offense, limiting the techniques illegitimate typing. The identification of false collective legal interests is also an important step in this path. A comparative study with the legitimation of the criminal law in Anglo-American experience, where appropriate, critically, should also help better identify structures and legal interests illegitimate. Finally, it is proposed the idea of interpersonal conflict as a guiding principle of the critical functions and limiting the legal and the structure of the offense.

Keywords: Legal interest. Worthlessness of Action. Worthlessness of Result. Finalism. Functionalism. Structure of Crime. Proportionality. Conflict.

ÍNDICE

1. Introdução	3
2. O injusto: linhas gerais	6
2.1 A separação entre injusto e culpabilidade.	7
2.2 O nascimento do “bem jurídico”.	9
2.4 Desvalor de ação e injusto pessoal.	13
2.4.1 <i>Desvalor de ação como conteúdo único do injusto.</i>	17
2.4.2 <i>Desvalor de ação como ação perigosa.</i>	20
2.5 Desvalor de ação e a interpretação da legislação brasileira.	25
2.6 Primeiro diagnóstico: desvalor de ação versus bem jurídico.	28
2.6.1 <i>A legitimação material do Direito Penal pela estabilidade da norma: o funcionalismo sistêmico normativista de Günther Jakobs.</i>	32
3. A “Constitucionalização” do Bem Jurídico	36
3.1 O princípio da proporcionalidade e bem jurídico: proibição e excesso.	40
3.2 A proteção deficiente e os imperativos de tutela: afronta a teoria do bem jurídico.	41
4. A tutela penal de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais	43
4.1 Direito Penal e a emergência de uma “sociedade de risco”.	43
4.2 A questão dogmática da titularidade individual e coletiva de bens jurídicos.	51
4.3 A teoria pessoal do bem jurídico.	52
4.4 As teorias dualistas do bem jurídico.	53
4.4.1 <i>Bens jurídicos gerais e difusos.</i>	54
4.5 Vantagens da teoria pessoal do bem jurídico.	56
5. Estrutura do delito: técnicas de tipificação e ofensividade	59
5.1 Delitos de perigo e delitos de dano	59
5.1.1 <i>Perigo abstrato e perigo concreto</i>	59
5.1.2 <i>A presunção de perigo</i>	62
5.2 Antecipação do Direito Penal: a ampliação do poder punitivo	63
5.2.1 <i>Críticas e erro metodológico</i>	68
5.3 PROPOSTAS DOGMÁTICAS DO DUALISMO: estruturas e técnicas de vulneração de bens jurídicos supra-individuais	69
5.3.1 <i>Bens jurídicos mediatos e imediatos</i>	69

5.3.2 <i>Bens jurídicos intermediários desmaterializados e bens jurídicos com função representativa</i>	70
5.3.3 <i>A tese de Tiedemann</i>	71
5.4 Desmascarando os falsos bens jurídicos coletivos	73
5.5 Desmascarando os falsos bens jurídicos coletivos parte 2: bem jurídico versus função	74
5.6 Delitos por cumulação: tentativa de legitimação por metonímia	79
6. Harm Principle: discurso anglo-americano sobre a legitimação do Direito Penal em intercâmbio com a tradição continental	81
6.1 Outras formas de discurso legitimador: Legal Paternalism, Offence Principle e Legal Moralism	84
6.2 Possibilidade de intercâmbio com o bem jurídico e sua função crítica	90
6.3 Possibilidade de intercâmbio: apenas a função crítica	91
7. A idéia fundamental de conflito.	94
7.1 Aplicando a idéia de conflito aos casos propostos no início do trabalho ...	96
Bibliografia.	100

1. Introdução

O tema do bem jurídico é amplamente debatido no Direito Penal de tradição continental. Chegou-se a dizer ser este “o tema da moda”.¹ Sintoma disso é o grande número de publicações que já existem e continuam a ser publicadas nos últimos tempos, dentro e fora do Brasil.

Já a idéia que quer se expor aqui sobre estrutura do delito tem um tratamento mais restrito. Entretanto, os temas correlatos como a idéia de ofensividade, de tradição italiana e portuguesa,² vêm sendo também tratado com freqüência, embora por vezes sem qualquer diferenciação importante com a idéia de bem jurídico.

Com antecipação do Direito Penal, pretende-se, de modo crítico, identificar estruturas que punem condutas em um momento anterior à lesão por dano ou por perigo concreto.

Ao apresentar este estudo indicando três temas, o bem jurídico, a estrutura do delito e antecipação do Direito Penal, se quer traçar parâmetros críticos e limitações ao poder de punir.

Propõe-se, como ponto de partida, a análise dos exemplos a seguir, a princípio definidos como crime pela legislação penal brasileira:

a) Um sujeito A é um diretor de uma grande empresa petroquímica. Cabe a ele a decisão de programar políticas de respeito ao meio ambiente na produção industrial daquela empresa. Entretanto a ele coube cortar os elevados custos que resultavam da realização do programa ambiental da empresa. A ausência de estudos periódicos e má conservação do sistema de tratamento de resíduos provocou o vazamento de milhares de litros de um líquido tóxico. O vazamento chegou a um rio causando a morte de centenas de peixes. A área foi

¹ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.º 49. Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2004.

² D’ÁVILA, Fávio Roberto. Aproximações à teoria da exclusive proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 80. set-out/2009. Revista dos Tribunais, São Paulo. P. 07-34.

isolada e durante meses a água foi considerada imprópria para o consumo humano.

b) Um sujeito B, com o fim de demonstrar sua satisfação pessoal com o a infelicidade particular de algumas pessoas, invade uma cerimônia fúnebre declarando em voz alta que estava feliz com aquela morte, causando mal estar na família que estava presente.

c) Um sujeito C, pretendendo conseguir peças para seu ritual satânico, viola a sepultura de indigentes, dali subtraindo crânios. Neste mesmo lugar deixa inscrições e sua urina, o que acredita fazer escravizar a alma da pessoa morta, atendendo-a em todos os pedidos que lhe forem dirigidos.

d) Um sujeito D sonha em ser pai, porém nem ele ou sua esposa podem ter filhos biológicos. Um determinado dia a empregada que faz a limpeza diária de sua residência vem com a notícia de que estava grávida de um desconhecido e queria ir a uma clínica clandestina para realizar um aborto. D então convence a moça a levar adiante a gravidez e, em troca de cinco mil reais, ela deixa que sua esposa e ele registrem a criança como se fossem os pais biológicos.

e) Um sujeito E compra uma impressora com capacidade de reproduzir fielmente qualquer tipo de documento; com alguma modificação para aperfeiçoamento na máquina, ele começa a fabricar notas de cem reais. Em apenas seis meses, com a ajuda de terceiros, ele coloca em circulação mais de duas mil notas falsas.

f) F é empresário do ramo têxtil. Com a invasão do mercado por produtos importados, ele começou a amargar sérios prejuízos. Como não pretendia deixar este ramo de negócio, decidiu não repassar à previdência social os valores que para este fim eram descontados do salário de seus empregados.

g) G é um senhor que vive da venda de pequenas máquinas no interior do estado. Ele possui algumas motosserras, máquina bastante útil para a poda das árvores existentes nas propriedades de uma região de preservação ambiental. G não possui qualquer autorização para comercializar o equipamento.

Com estes exemplos em mente, bem como com a análise detida de todo o desenvolvimento do bem jurídico penal e outros modos de justificação material do crime, pretende-se demonstrar um método de análise crítica destes delitos; método que possa identificar bens jurídicos e estruturas ilegítimas, principalmente do que diz respeito às diversas formas de antecipação do Direito Penal.

2. O injusto: linhas gerais

O que afinal é intuitivo dizer sobre o significado de um fato criminoso? Partindo-se das causas e conseqüências, invadimos as mais diversas áreas do saber, dentre as quais aquilo que se designa “ciências criminais”. Deixando propositadamente de fora (mas não totalmente) as reflexões não propriamente jurídico-dogmáticas, sob o ponto de vista formal, o crime representa a violação de uma lei penal, uma norma jurídico-penal em sentido formal; sob o ponto de vista material ela representa mais: o significado aqui alude a uma violação de um tal conteúdo, um fundamento, aquilo que de fato é sofre uma depreciação quando se diz existir uma conduta ilícita.

Pense-se naquilo que é de fato prejudicado em uma ação humana típica e antijurídica; o resultado desta reflexão está intimamente ligado com os pontos de partida e finalidades do Direito Penal – com aquilo que responde ao “o que pretendo?” e ao que responde ao “como consigo?”.

A discussão sobre o que é esse conteúdo e seus limites é o que envolve definir o conceito material de delito, ou, em termos mais específicos e atuais, o conteúdo material do injusto (ação típica e antijurídica).

Como nem toda pretensão pode ser tida automaticamente como legítima no moderno Estado Democrático de Direito, e nem toda forma de execução destas pretensões são possíveis, estas questões que envolvem o sentido de um fato criminoso sob o ponto de vista jurídico e político também exigem de si próprias limites, garantias.

Sendo o crime, no moderno Direito Penal, a expressão de uma opção de Estado que expropria o conflito interpessoal e criminaliza grandes camadas da sociedade, estas garantias dizem respeito ao cidadão. A legalidade, por exemplo, é uma destas garantias – porém em relação a ela não se tratará neste trabalho.

Afinal, existe algo intrínseco e anterior àquilo que autorizou o poder legislativo a prever uma ação humana como criminosa? Um conteúdo que dá sentido e valor ao que consideramos passível de receber uma pena criminal. Caso ele exista, o injusto possui mesmo então dois pilares de sustentação que sem os quais o Estado não pode punir um cidadão: um formal outro material.

Antes de penetrar na problemática do injusto e materialidade, é necessário brevemente traçar as linhas gerais sobre as quais foi formatada esta categoria dogmática na tradição jurídico-penal continental.

2.1 A separação entre injusto e culpabilidade.

Em 1867, Adolf Merkel apresenta o conteúdo do injusto como uma rebelião contra o poder espiritual do Direito. O comportamento ilícito seria então uma prática contrária aos fundamentos da lei penal, representada pela afronta a este poder intrínseco. Entretanto, a proibição representada pelos preceitos penais somente poderia ser praticada por quem tivesse capacidade de compreendê-la. Tal lesão ao conteúdo do injusto estaria condicionada à imputabilidade do sujeito, sem a qual não haveria conduta ilícita. O que significa, hoje, uma coincidência entre ilícito e culpabilidade.³

Rudolf von Jhering sustenta que a ilicitude de uma conduta é independente da capacidade de compreensão do sujeito que atua; portanto, seriam categorias diversas, a análise do prejuízo representado pelo fato ilícito e os componentes internos de seu realizador.⁴

Posteriormente, August Thon defende que todo o Direito é um conjunto de imperativos. Tais imperativos são dirigidos tanto a imputáveis como inimputáveis, toda vez que as ações de incapazes também podem desencadear conseqüências jurídicas.⁵

Unindo a teoria dos imperativos com o ponto de partida de Adolf Merkel, Hold von Ferneck renova a tese de que os mandatos de direito são dirigidos apenas a imputáveis voltando a igualar injusto e culpabilidade.⁶

³ Idem. p. 319; ZIELINSKI, Diethart. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Buenos Aires : Hammurabi, 1990. trad. Marcelo A. Sancinetti. p. 5; SANCINETTI, Marcelo A. Teoría del delito y disvalor de acción. Buenos Aires : Hammurabi, 1991. p. 18-19: Sancinetti cita ainda a influência de Karl Bindin e sua teoria das normas. Entre nós: TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3. ed. – Belo Horizonte : Del Rey, 2003. p. 299.

⁴ ROXIN, Claus. op. cit. p. 321; ZIELINSKI, Diethart. op. cit. p. 6.

⁵ ROXIN, Claus. op. cit. p. 321; ZIELINSKI, Diethart. op. cit. p. 7; SANCINETTI, Marcelo A. op. cit. p.21. Entre nós: TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. p. 300.

⁶ ROXIN, Claus. op. cit. p. 322; ZIELINSKI, Diethart. op. cit. p. 5; SANCINETTI, Marcelo A. op. cit. p. 20. TAVARES, Juarez. op. cit. p. 299.

Já Johannes Nagler defendeu a noção de Direito partindo de sua função ordenadora da vida social e regulação externa da vida humana, cuja perturbação se reprova. Trata então de uma objetivação do injusto (o antijurídico é a perturbação, desordem da vida social) de tal modo que permite afirmar que fenômenos naturais desencadeariam estados antijurídicos.⁷

Retomando a teoria dos imperativos, James Goldschmidt, pretendendo a separação de esferas do antijurídico e culpabilidade, afirmou a infração do injusto como infração da norma jurídica – que proibiria uma ação simplesmente –, e culpabilidade como vulneração de uma norma de dever – que imporá uma motivação legalmente estabelecida.⁸

No fim deste ciclo clássico, Edmund Mezger sustenta que o injusto é violação de uma norma de valoração objetiva sem destinatário (norma valorativa). E desta norma valorativa deriva outra, subjetiva de determinação (norma determinativa), dirigida ao concreto sujeito submetido ao Direito, em que, de modo separado do injusto, então se baseia a culpabilidade.⁹

Note-se que em todos os casos acima têm seu foco na pretensão de uma separação teórica visível entre a ação injusta e seu autor, trançando-se campos de análise diversos: o injusto e a culpabilidade.

Hoje a discussão sobre a separação injusto-culpabilidade é considerada superada pela maioria da doutrina, embora alguns setores, empregando novas formulações de culpabilidade defendam novamente a confusão conceitual.¹⁰

Entretanto, a discussão ainda pode ser travada na medida em que Hans Welzel defende a idéia de um injusto pessoal, referido ao autor.¹¹ Nessa linha, o conteúdo do injusto está representado não só por fatores externos ao autor do fato ilícito; também a ação dele e seu significado serão objeto de

⁷ ROXIN, Claus. op. cit. p. 322; ZIELINSKI, Diethart. op. cit.. p. 9 e ss. TAVARES, Juarez. op. cit. p. 300.

⁸ ROXIN, Claus. op. cit. p. 322; ZIELINSKI, Diethart. op. cit.. p. 11; SANCINETTI, Marcelo A. op. cit. p. 21. TAVARES, Juarez. op. cit. p. 300.

⁹ ROXIN, Claus. op. cit. p. 322. SANCINETTI, Marcelo A. op. cit. p. 23. TAVARES, Juarez. op. cit. p. 300.

¹⁰ LESCH, Heiko Hartmut. Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia: Colombia. 2001.

¹¹ ROXIN, Claus. op. cit. p. 322: assinala-se ainda que, diferentemente do que sustentou Edmund Mezger e posteriormente Diethard Zielinski, Claus Roxin afirma que a norma de determinação como dirigida à vontade individual de capazes e incapazes ordenando o que se deve fazer ou deixar de fazer, ao passo que a norma de valoração diz sobre a desaprovação antijurídica daquilo que não deve ser.

análise. É do que trata o que se convencionou chamar de desvalor de ato, em complementação a um desvalor de resultado. A inserção dados subjetivos do autor no injusto, principalmente depois de Hans Welzel, faz reconhecer que o injusto não é obra de uma mera causalidade, não é composto, portanto, por um simples resultado físico, mas sim a realização de um fato por uma pessoa com objetivos, motivos ou deveres.¹²

Porém ainda nada se definiu sobre o que significa esta lesão fundamental caracteriza o injusto. Desta tentativa de conceituação nasce a discussão sobre o bem jurídico.

2.2 O nascimento do “bem jurídico”.

Antes mesmo de ser cunhada a expressão “bem jurídico” já era feita alusão pelos penalistas de um conteúdo do delito caracterizado pela consequência de uma quebra do “contrato social” (visão da filosofia penal iluminista). Porém foi Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach que afirmou a necessidade de uma violação de um concreto direito subjetivo de um terceiro para que estivesse configurado o delito.¹³

A primeira noção de bem jurídico, onde o ilícito viola um “bem” e não um “direito”, nasce em Johann Michael Franz Birnbaum (1834)¹⁴, para quem o bem jurídico que é atingido estava radicado no mundo ôntico, baseado na idéia de “natureza das coisas”.¹⁵ E embora muito se fale sobre os louros libertários deste nascimento da concepção de bem jurídico (que é atribuída a Birnbaum, ainda que ele não tenha propriamente utilizada a expressão “bem jurídico”), é

¹² TAVARES, Juarez. op. cit. p. 299.

¹³ PRADO, Luiz Regis. op.cit. p. 28 e ss; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal e engenharia genética humana, contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p. 42 (nota 1): ressalta que fazem parte deste período que tem seu término em P.J.A.R. Feuerbach, “J.P. MARAT (*Plan de legislation criminelle*, 1779), MONTESQUIEU (*Del’esprit des lois*, 1748), HOMMEL (*Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*, 1784) e BECCARIA [...]”. FERNANDES, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. Montevideo/Buenos Aires : BdeF, 2004. p. 12 e ss.

¹⁴ LUISI, Luiz. Direito Penal. Bens constitucionais e criminalização. Disponível na Internet <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>>. Acesso em 14 de março de 2005. ROXIN, Claus. op. cit. p. 55. FERNANDES, Gonzalo D. op. cit. p. 15 e ss.

¹⁵ LUISI, Luiz. op. cit. ; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. op. cit. p. 48. FERNANDES, Gonzalo D. op. cit. p. 17 e ss: repare-se que há uma ampliação do critério material, o “bem” é uma categoria mais ampla que “direito subjetivo”; isso teria uma razão histórica: o início da revolução industrial e a repressão estatal a este movimento.

bom salientar que Birnbaum o fez como resposta à tendência iluminista de descriminalização em massa de várias condutas que não violavam exatamente um *direito subjetivo* e que seriam, então, consideradas “delitos de polícia”.¹⁶

Posteriormente, sob o manto de uma orientação positivista, Karl Binding, viu o bem jurídico como uma criação do legislador¹⁷ e sua lesão uma ofensa ao próprio Estado (ao direito subjetivo de obediência estatal).¹⁸ O jurista “tem de tomar por boa e definitiva a solução legalmente sancionada”. Tanto é assim que Manuel da Costa Andrade afirma que “a proibição de autolesão, é recorrente em Binding”.¹⁹ Luigi Ferrajoli trata este momento não como uma evolução, mas uma involução no que diz respeito aos princípios como o da lesividade a bens jurídicos, dado que nesse momento o bem jurídico é tal “aos olhos do legislador”.²⁰ Como de novo aponta o professor português, “não deverá, assim, imputar-se ao acaso a simpatia e a autoridade de que Binding viria a gozar entre os defensores [...] do bem jurídico no contexto de um Direito Penal de obediência mais ou menos ortodoxa aos cânones do nazismo”.²¹

Ainda sob a orientação positivista, porém com metodologia diferenciada (naturalista), o bem jurídico começa a ser visto como uma limitação ao poder legiferante do Estado em Franz von Liszt, para quem, em contraposição a concepção formalista de Karl Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra por estar referendado em um dado social preexistente.²²

A partir do século XX, sob influência da filosofia neokantiana no Direito Penal, em contraposição à pretensão científicista-positivista,²³ o bem jurídico passou a ser tido como um valor cultural; relativo, portanto, a um campo

¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra, 1991. p. 53 e 54.

¹⁷ KIST, Dario José. Bem jurídico-penal: Evolução histórica, conceituação e função. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.com.br>>. Acesso em 14 de março de 2005.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. op.cit. p. 28 e ss; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. op. cit. p. 49; ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra, 1991. p. 72.

¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra, 1991. p. 69, nota n.º 85.

²⁰ Luigi Ferrajoli. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 375.

²¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra, 1991. p. 69, nota n.º 86.

²² PRADO, Luiz Regis. op.cit. p. 35; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. op. cit. p. 58 e ss. FERNANDES, Gonzalo D. op. cit. p. 21.

²³ FERNANDES, Gonzalo D. op. cit. p. 25 e ss

valorativo. Essa visão tem como um dos seus maiores expoentes Richard Honig, para quem “os bens jurídicos são capazes de resumir compreensivamente o conteúdo dos tipos legais e exprimir o sentido e o fim dos preceitos penais singulares”.²⁴ Como conseqüência desse pensamento, a desmaterialização do bem jurídico acabou por vinculá-lo à idéia de *ratio legis* da norma jurídica, confundindo o bem jurídico com o fim da norma incriminadora,²⁵ com seu valor objetivo, transformando-o em mero método interpretativo, sem qualquer função crítica ao poder de punir.²⁶ É aqui, o bem jurídico, um mero exercício retórico ou marco de referência classificatório.²⁷

Com a Escola de Kiel, no período do regime nazista do terceiro *Reich*, o bem jurídico foi negado, já que o crime significava uma contrariedade pessoal a um dever e uma hostilidade espiritual do autor contra a comunidade; o bem jurídico era considerado como o “veneno da ideologia liberal”.²⁸ O critério material do injusto correspondia à idéia de “são sentimento do povo”.

Já para Hans Welzel, precursor do finalismo, o bem jurídico é “todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones”.²⁹ Embora este conceito seja vago, sua visão de bem jurídico pretende ser aproximada ao objeto material garantindo-lhe um substrato concreto. Prova disso é a afirmação de Hans Welzel de que por vezes o bem jurídico coincide com o objeto material, como no exemplo do crime de homicídio, em que tanto a vida será objeto material, quando bem jurídico.³⁰

Entre os juristas brasileiros contemporâneos, Juarez Tavares afirma, por outro lado, que a visão de bem jurídico está atrelada à norma jurídica.³¹ Essa conclusão não parte do conceito welzeliano de bem jurídico, mas sim da visão atual de bem jurídico como critério material de legitimação, como objeto de proteção do Direito Penal; substrato que em Hans Welzel corresponde aos valores ético-sociais, estes sim atrelados à norma jurídica, à idéia de desvalor de ação.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 44 e 45; ROXIN, Claus. op. cit. p. 54.

²⁵ LUISI, Luiz. op. cit.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. op.cit. p. 37 e 38.

²⁷ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 190.

²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra, 1991. p. 69, nota n.º 86. (Referindo-se diretamente à Dahm e Schaffstein).

²⁹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. p. 5.

³⁰ Idem.

³¹ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 191 e ss.

Em relação à concepção dogmática funcionalista, para uma detida análise didática, podem-se visualizar três grandes grupos: estrutural (a qual pode ser parcialmente aproximada à posição de Francisco Muñoz Conde, “que se situa numa esteira giratória, entre as exigências de uma realidade social de um lado, e as idéias funcionais, de outro”³²), funcional próprio (Günther Jakobs) e funcional impróprio (Claus Roxin).³³ Ressalte-se, no entanto, que para todos estes posicionamentos, o que é posto em questão no trato da noção de bem jurídico, em maior ou menor grau, é a estabilidade da norma penal como instrumento adequado à manutenção do sistema social.

O primeiro (estrutural) funciona, em linhas mais gerais, tomando-se como base a norma penal como função de controle social, onde as perturbações (*input*) do sistema geram a necessidade de uma intervenção (*output*).³⁴

O segundo (própria) trabalha com o pressuposto de que à norma penal só interessa assegurar a expectativa de que uma conduta não decepcione expectativas nas relações entre as pessoas. Günther Jakobs, que pretende basear sua teoria do delito em base sistêmica luhmanniana,³⁵ não nega totalmente a importância do bem jurídico e alude para a insuficiência da função jurídico-penal de sua proteção, pois “a sociedade não é nenhuma instância para conservação de maximização de bens”³⁶; porém identifica a função protetiva com a validade fática das normas, das quais se possa esperar a proteção de bens, das funções e da paz jurídica.³⁷ Assim, Knut Amelung, por exemplo, baseia seu conceito material de crime, e nesse sentido o critério material de injusto, na noção de dano social – entendida como disfuncionalidade social –, de conteúdo radicado na teoria dos sistemas

³² TAVARES, Juarez. op. cit. p. 195; MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. op. cit. p. 63 e ss: “La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; aunque en su última fase sea individual, es decir, incida sobre el individuo concreto”.

³³ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 195.

³⁴ Idem.

³⁵ JAKOBS, Günther. Derecho penal... p. 13 e ss. FERNANDES, Gonzalo D. op. cit. p. 65 e ss

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 47.

³⁷ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 196; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. op. cit.; JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords). Direito Penal e Funcionalismo. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005. p. 31-52.

sociais, tal qual se encontra na teoria do sociólogo Talcott Parsons.³⁸ Sendo que para Knut Amelung o bem jurídico teria suas vantagens como investigação compreensiva das finalidades do legislador, enquanto que a danosidade social se voltaria à investigação das funções sociais, cuja vantagem é oferecer uma análise sociológica do seu significado objetivo no sistema social de sociedade.³⁹

O terceiro (impróprio) fundamenta o bem jurídico a partir de uma base de política criminal ancorada nos preceitos da Constituição, sem deixar de salientar sua função na manutenção do sistema.⁴⁰ A propósito, o conceito de Claus Roxin:

Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.”⁴¹

Este é, em linhas gerais, o desenvolvimento dos conceitos de bem jurídico, entretanto, como se verá mais adiante, existem problemas profundos do que diz respeito à definição de bens jurídicos individuais e coletivos e sua capacidade de oferecer critérios de limitação ao poder legiferante.

Até aqui, entretanto, pode-se afirmar que a tradição jurídico-penal identifica a violação de bem jurídico ao chamado “desvalor de resultado”.

2.3 Desvalor de ação e injusto pessoal.

Partindo-se do finalismo welzeliano, de base ontologista, caracterizado pelo pensamento em contraposição às teorias penais neokantianas idealistas,⁴² temos que o Direito Penal tem como missão “*proteger los valores elementales*”

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 46; ZAFFARONI, Raúl Eugenio. et alli. Derecho Penal... p. 489; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. op. cit. p. 103-108. FERNANDES, Gonzalo D. op. cit. p. 59.

³⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra, 1991. p. 100 e 101.

⁴⁰ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 197.

⁴¹ ROXIN, Claus. op. cit. p. 56.

⁴² WELZEL, Hans. Teoría de la acción finalista. Buenos Aires : Editorial Depalma, 1951. trad de Eduardo Friker, p. 9; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et all. Derecho Penal: Parte General. 2. ed. Buenos Aires : Ediar. 2002. p. 346.

*de la vida en comunidad*⁴³ e “*la protección de los bienes jurídicos mediante la procción de los elementales valores de acción ético-sociales*”.

Ainda para Hans Welzel, a lesão de bem jurídico, embora de conceito diverso da destruição do objeto da ação (elemento físico, fático sobre o qual recai uma conduta, diferente da abstração constitutiva do conceito de bem jurídico), caracteriza-se pela causação do resultado, razão porque o injusto (que é mais do que o mero surgimento do resultado) é marcado pela presença da pessoa do autor, por meio da sua ação (atitude) frustradora dos deveres de obediência dos valores ético-sociais. Eis a razão primeira de se falar em injusto pessoal.

La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto “personal”.
Por ello, lo injusto de un mismo hecho puede tener diversa gravedad para los diferentes concurrentes.

Muito ligado a esta idéia de pessoalidade, o desvalor de ação é noção muito cara ao processo de determinação do objeto de censura penal, pois “*La lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho penal*”.⁴⁴

O injusto pessoal insere o conteúdo da ilicitude penal no desvalor pessoal da ação, expressão do dever geral de obediência às normas jurídicas. Por tal motivo, então, o desvalor pessoal de ação configura no sistema welzeliano “o padrão comum do desvalor geral de todos os delitos”.⁴⁵

O desvalor de resultado não passa, portanto, do bem lesionado ou posto em perigo, e é um elemento de presença eventual em vários delitos.⁴⁶ Mesmo no caso dos delitos culposos, onde o resultado deveria ser preponderante para a reprovação, Hans Welzel assinala que “*toda acción contraria al cuidado es antinormativa, indiferentemente de si se concreta en un*

⁴³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. 4 Ed. Editorial Jurídica del Chile : Santiago, 1993. p. 1.

⁴⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. p. 74 e 75.

⁴⁵ TAVARES, Juarez. op. cit.p. 141.

⁴⁶ Idem.

resultado; pero sólo una vez que se concreta en un resultado, que logra –en todo caso según el derecho positivo– relevancia jurídico-penal, se convierte en el fundamento material del injusto típico penal”.⁴⁷

A noção de injusto pessoal, a referência às circunstâncias pessoais do autor e que a qualificam, a motivação, a subjetivação do injusto conjugada com preocupação com um Direito Penal com função eticizante foi o que proporcionou a substituição do bem jurídico (objeto externo, o bem de proteção) pelos valores ético-sociais; é assim que a tônica passa a não mais pesar sobre a lesão real no mundo, mas sim sobre a valoração da contrariedade da ação à ordem jurídica, o injusto pessoal passa a valer como tipo de autor.⁴⁸

O injusto não se esgota na causação de um resultado (lesão do bem jurídico), desligada em seu conteúdo da pessoa do autor, de forma que a ação só é antijurídica enquanto obra de um autor determinado: o fim que o autor associou ao fato objetivo, a atitude em que o cometeu, os deveres que o obrigavam a esse respeito, tudo isso determina de modo decisivo o injusto do fato *junto* à eventual lesão do bem jurídico. *A antijuridicidade é sempre a reprovabilidade de um fato referido a um autor determinado. O injusto é injusto da ação referido ao autor, é injusto pessoal.*⁴⁹

Como avalia Juarez Tavares, no finalismo o conteúdo que dá validade à norma penal incriminadora é secreto e mágico, pois depende da decisão judicial sobre circunstâncias “que só o sujeito detém, que é o momento exato e a extensão de uma postura absolutamente subjetiva perante o sistema de valores que se quer preservar”.⁵⁰

Não é de se surpreender, portanto, que mesmo diante de uma mudança no conteúdo da ilicitude, e ainda que Hans Welzel tenha – por seus fundamentos – mantido o dolo no tipo,⁵¹ não fez qualquer correção significativa no conteúdo do objeto da consciência do injusto no que diz respeito ao

⁴⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. p. 165.

⁴⁸ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 141 e 152.

⁴⁹ WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal. Revista dos Tribunais : São Paulo. Trad. Luiz Regis Prado. p. 73-74.

⁵⁰ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 306.

⁵¹ O finalismo explica a razão do dolo estar no tipo e não na culpabilidade, porém, foi fora do finalismo que Helmuth von Weber primeiro defendeu a idéia de dolo como elemento do tipo de injusto.(TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3.^a ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. p. 150).

conhecimento leigo da proibição, já que ilicitude teria mesmo que ver com uma valoração ético-social da própria ação.

El principio de la responsabilidad a los ciudadanos, por una parte, los hace responsables de que el contenido de la decisión de voluntad no sea antijurídico (en cuanto el actor podía reconocer la antijuridicidad, de acuerdo a la medida de su capacidad de comprensión ético-social) y, por otra parte, respecto de la realización cuidadosa de decisiones irrelevantes jurídicamente, les limita su responsabilidad a la consideración de peligros para bienes jurídicos especialmente importantes. Con esto, la teoría de la culpabilidad fija con claridad, positiva y negativamente, las fronteras de la responsabilidad ético-social de la persona, mientras que el principio del conocimiento de la teoría del dolo no está en la situación de hacerlo.⁵²

Mesmo que para alguns já tenha passado o tempo do finalismo, é bom salientar que concepções semelhantes são amplamente defendidas. Por exemplo, Günther Jakobs, embora tenha abandonado a orientação da doutrina finalista e fundado a teoria do delito em uma concepção funcionalista sistêmica radical marcada pelo normativismo extremo, ainda guarda um ponto comum com seu antigo mestre: a proteção secundária de bens jurídicos apenas como consequência da missão do Direito Penal fundada em deveres.⁵³ Lembre-se que para Hans Welzel a finalidade do Direito Penal está ligada na manutenção de um dever de respeito aos valores que constituem o fundo ético-social positivo das normas jurídico-penais e que estão arraigados na permanente consciência jurídica, do atuar conforme o direito.⁵⁴ Já para Günther Jakobs um dever de respeito mútuo, dever de não frustrar expectativas normativas que dão base para a formulação de um estandarte de deveres impostos segundo os papéis sociais exercidos pelo destinatário da norma.⁵⁵

⁵² WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. p. 165.

⁵³ É, inclusive, expressamente reconhecido por Günther Jakobs (Derecho Penal. Parte general. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997. p. 18, nota 15.

⁵⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. p. 2.

⁵⁵ Nesse sentido: PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. La "concepción significativa de la acción" de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 1999, n. 01-13, Disponível na internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/01/recpc01-03.htm>. Nota 24: "[Günther Jakobs] entiende la infracción de la norma no ya como la desobediencia de un mandato, sino como un "rechazo" o "frustración" de la expectativas estabilizadas "contrafácticamente" por ella, a cuyo efecto sitúa la prevención general positiva como fundamento de la pena con el fin cumplir la misión central atribuida por él al Derecho penal, a saber, reafirmar los valores ético-sociales de la convivencia."

[...] as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis – se assim fosse, produziria-se uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas – que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. É dizer, asseguram padrões pessoais, papéis que devem ser cumpridos. Desse modo, possibilitam uma orientação com base em padrões gerais, sem necessidade de conhecer as características individuais da pessoa que atua.⁵⁶

Além do fato de que a sociedade é suscetível de ser representada através da posse de bens, é pouco adequado, do ponto de vista do Direito Penal, tomar como ponto de referência, em primeiro lugar, a lesão do bem; pelo contrário, também aqui, resulta mais adequado buscar a referência na infração de um papel.

Isso se dá pela seguinte razão: a moderna teoria do comportamento não permitida, como parte da teoria da conhecida imputação objetiva, tem mostrado que não existem proibições genéricas de lesão. Portanto, não há mandado genérico de salvação, e sim que tais normas afetam as pessoas competentes, sendo competente, precisamente, aquele cujo papel faz parte o não lesar (o salvamento).⁵⁷

2.3.1 Desvalor de ação como conteúdo único do injusto.

Posteriormente à importância impressa pelo finalismo no desvalor de ação foi que então Armin Kaufmann radicalizou e tomou esta afirmação como ponto de partida para sua teoria penal. Como toda norma pressuporia um juízo de valor, da relação entre o juízo de valor e a norma surge um juízo positivo (bem jurídico) e um juízo negativo (lesão de bem jurídico). O juízo negativo é causado pela ação humana final em contradição com a norma. Norma esta que carrega consigo o juízo positivo, o bem jurídico. Desse modo, Armin Kaufmann concentra o bem jurídico na norma (juízos de valor acerca de atos), por considerar que os dois tratam da mesma questão, “*lo decisivo aquí es únicamente el valor (o disvalor) del acto*”.⁵⁸

Diethart Zielinski, discípulo de Armin Kauffman, desenvolve essa concepção subjetivista do injusto, pautada somente no desvalor da ação do

⁵⁶ JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no Direito Penal. trad. André Luís Callegari – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

⁵⁷ JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords). Direito Penal e Funcionalismo. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

⁵⁸ KAUFMANN, Armin. Teoria das Normas. p. 94 e ss. Apud SANCINETTI, Marcelo A. op. cit. p. 34.

sujeito-autor, pelo que afirma que *“El disvalor de acción contituye el ilícito. El mero perjuicio del bien jurídico, en el sentido del juicio de valor primario, no es un ilícito, en este sentido; él es sólo un suceso jurídicamente indeseado, el resultado de una acción ilícita o bien de una casualidad”*.⁵⁹

Para Diethart Zielinski esse foco exclusivo sob o desvalor de ação é justificado sob dois argumentos: o primeiro, de que somente é possível proibir ações e não resultados; o segundo, como já apontara Hans Welzel, de que o resultado nem sempre irá ocorrer.⁶⁰ E nem mesmo o argumento da ausência de afetação de bem jurídico seria capaz, por si só, de renegar esta teoria; para estes autores é a subjetividade do sujeito ativo, a vontade, que é fonte de perigo para o bem jurídico – por exemplo: o fato subjetivo de alguém querer se apropriar de coisa alheia seria uma fonte de perigo para o bem jurídico.⁶¹

Então Claus Roxin enfrenta a radicalização subjetivista do injusto rebatendo o primeiro argumento afirmando que não há desvalor de resultado sem desvalor de ação; se proíbem resultados que pressupõem realizações planejadas de ações puníveis ou a consequência adequada de infrações a dever de cuidado.⁶²

Si A dispara premeditamente una bala a la cabeza de B, habrá que considerar el resultado de muerte como componente incluso de la acción de matar y con ella como objeto de la prohibición de matar. Y si la bala de A se desvía lateralmente, entonces no hay una acción de matar, sino sólo una acción de tentativa de matar.⁶³

É claro que a norma de conduta, assim como ela é tida pela maioria da doutrina, vincula-se ao autor do fato proibido, pois o que interessa nesse conceito é a visão subjetiva do autor sobre a realidade, e não os aspectos reais objetivos do que é causado no mundo externo. Esta norma de determinação está referida ao autor e sua subjetividade como um comando; porém ela deve ter em conta uma norma de valoração, que carrega em si o valor do bem jurídico e o significado externo da lesão e da ação também compõe o centro de significado material do injusto. A determinação não é uma simples adição de

⁵⁹ ZIELINSKI, Diethart. op. cit. p. 143.

⁶⁰ De modo análogo: MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general. 3 ed. Barcelona : PPU, 1995. p. 144 e ss.

⁶¹ STRATENWERTH, Günther. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal. 2.ª ed. Buenos Aires : Hammurabi, 2006. p. 30.

⁶² ROXIN, Claus. op. cit. p. 324.

⁶³ Idem.

imperativo a esse conteúdo. Se por um lado o desvalor de ação está ligado diretamente ao desrespeito de uma norma de determinação, o desvalor de resultado refere-se ao momento do ilícito que compreende a norma de valoração impondo-se sobre da norma de determinação: é a contrapartida objetiva do desvalor de ação.⁶⁴

Então vejamos, por exemplo, uma tentativa de homicídio: apesar da ação objetivamente representar a mesma conduta que viola uma mesma determinação que num homicídio consumado, o valor significativo se dará sempre dentro do contexto em que aparece o resultado. A tentativa de matar seguirá sendo valorativamente diferente daquela de matar efetivamente; o resultado, como objeto da valoração, é inseparável da ação. Isso porque o importante não será a ação objetivamente considerada, mas o significado do contexto “ação-resultado” no mundo.

Quanto ao segundo argumento de Diethard Zielinski, para quem o resultado é obra de um “fator de azar”, Claus Roxin afirma que, pelo contrário, somente se imputam os resultados, as concretas lesões a bens jurídicos, que podem ser afirmadas como obra de um autor. O resultado é peça nuclear do injusto, é dele que se parte para imputar uma ação.⁶⁵ Ter o resultado como mera condição objetiva de punibilidade é deixar sem qualquer significação a imputação objetiva e tornar a norma penal uma norma moral de determinação, e não norma jurídica de conduta que traça os limites entre o lícito e o ilícito.⁶⁶

E também pelo fato da ação não poder ser separada do resultado, pois qualquer atuar pressupõe a existência de uma exteriorização, pretender renegar radicalmente o resultado teria como consequência a punição de crimes impossíveis e todo e qualquer fato com base na intencionalidade contra a norma jurídica: um Direito Penal de atitude interna.⁶⁷

Günther Jakobs assinala também que a ação relevante é aquela que é socialmente relevante, e o que ainda está no âmbito interno do sujeito somente para ele é relevante – pois somente o sujeito-autor inicia a ação pelo dolo; para a sociedade a percepção de onde inicia a ação é na sua exteriorização. É essa

⁶⁴ STRATENWERTH, Günther. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal. 2.^a ed. Buenos Aires : Hammurabi, 2006. p. 40-46.

⁶⁵ ROXIN, Claus. op. cit. 325 e 326.

⁶⁶ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 304 e 305.

⁶⁷ Idem p. 326.

ação que tem significado, que comunica à sociedade; por isso então a reafirmação da importância do resultado: é ele que intensifica essa significação social e, em consequência, dá a um injusto consumado mais conteúdo que a tentativa de crime.⁶⁸

Isso não pode significar, porém, uma guinada para o puro desvalor de resultado, pois, considera-se aqui que o resultado como fundamento do ilícito depende, necessariamente, de ação e elemento subjetivo; assim como a morte natural não tem o mesmo significado que o homicídio.⁶⁹

A questão é, pois, de se livrar de uma análise valorativa que se prenda construir excessivamente em uma explicação puramente física, ontológica, de ação e resultado.

2.3.2 Desvalor de ação como ação perigosa.

Desligando-se da fundamentação welzeliana, e insistindo no bem jurídico como fundamento material do delito, o desvalor de ação deve se desprender totalmente do culto a valores ético-sociais. O desvalor de ação liga-se, agora, à sua significação como ação perigosa para o objeto do bem jurídico; e o desvalor de resultado à lesão danosa ao bem jurídico. Como ressalta Juarez Tavares, citando Michael Köhler, “a lei penal toma a ação humana dentro de uma estrutura própria, resultante das relações que quer disciplinar e que nada têm a ver com a ética da boa vontade” e John Leslie Mackie, “as normas não existem para garantir o estabelecimento de um objetivo moral determinado, como a vigência dos valores ético-sociais, mas ao inverso, a disciplina jurídico-democrática do exercício da liberdade individual”.⁷⁰

Hans-Heinrich Jescheck defende que o desvalor de ação do fato punível reside na ação perigosa para o bem jurídico. O Direito Penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos, porque busca manter a concordância entre a vontade dos destinatários da norma e as exigências (deveres) do

⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997. p. 203 e ss.

⁶⁹ STRATENWERTH, Günther. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires : Hammurabi, 2006. p. 35.

⁷⁰ TAVARES, Juarez. *op. cit.* p. 301 e 302.

ordenamento jurídico. E, desse modo, o delito é simultaneamente lesão de bem jurídico e infração de um dever.⁷¹

O mesmo autor explicita que o injusto também desaprova a forma e o modo em que se origina a situação juridicamente desaprovada. Assim, o desvalor de ação consiste tanto nas modalidades externas do comportamento do autor como circunstâncias que concorrem em sua pessoa, tais como elementos objetivos de autoria, elementos subjetivos do injusto, dolo, omissão de dever de cuidado, idéias e intenções do autor. Daí porque em se dizer ação referida ao fato e ao autor, em se dizer injusto pessoal.⁷²

Também Francisco Muñoz Conde assinala que o desvalor de ação é responsável pela especial periculosidade, primeira característica que separa condutas criminosas daquelas que não o são; ao passo que o desvalor de resultado é a própria lesão do bem jurídico. Tais características inseparáveis, somadas à idéia de responsabilidade, definem o conceito de culpabilidade dentro do conceito material de crime.⁷³

Ou seja, para este autor, o conteúdo material da antijuridicidade não se esgota na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, pois nem todo desvalor de resultado é antijurídico. Somente a lesão ou o perigo de lesão provocados por uma ação desaprovada pela ordem jurídica será antijurídica. A ação desaprovada é fruto de uma violação a uma norma de determinação que conjugada com a norma de valoração de um determinado resultado revela o conteúdo da antinormatividade ou antijuridicidade.⁷⁴

Diz-se, portanto, que a proibição de uma determinada ação pretende a proteção na medida em que cumpre sua função de motivação nos destinatários da norma impelindo-os a respeitarem os bens jurídicos. O desvalor de ação pressupõe, sempre, um valor ou desvalor de resultado. Os mandamentos “não mate”, “não roube”, só têm sentido caso se reconheça previamente o valor que os fundamentam. Não existe uma hierarquia lógica entre os dois critérios, como

⁷¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. Derecho Penal, parte general. 5 ed. Granada : Comares, 2002. p. 9.

⁷² Idem. p. 256 e 257.

⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. Derecho Penal, parte general. 6 ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 2004. p. 44-45.

⁷⁴ Idem. p. 304. Repare-se aqui a semelhança (e também a divergência) com as categorias acima tratadas de Edmund Mezger.

pretendeu Hans Welzel ou Diethart Zielinski, as preferências se darão, porém, por razões de política-criminal.⁷⁵

Claus Roxin ressalta que a ação típica enquanto unidade de fatores internos e externos (incluindo o resultado), é o objeto da norma de determinação e valoração que dá base ao injusto.⁷⁶ Pois ainda que pensássemos na tentativa como marco de exclusivo desvalor de ação, é possível identificar um resultado exterior ao sujeito, o começo da execução. Afirma também que no crime imprudente não somente o resultado é objeto de desvalor, o desvalor de ação é caracterizado nesses casos pela criação de um risco não permitido. Ainda, que o injusto é caracterizado por pessoalidade, a ação do autor e suas qualidades, tendências subjetivas, finalidades, modo, forma e elementos objetivos de autoria são freqüentemente requeridas pelo preceito penal, abarcados pelo desvalor de ação e resultado, sendo, portanto, parte do injusto.⁷⁷

Porém como elementos que se referem ao autor e seu modo de agir são elementos do injusto? Não seriam eles elementos próprios da culpabilidade antecipados na análise de tipicidade penal?

- a) O problema dos elementos internos e a comunicação da norma de determinação:

Windfried Hassemer explica que os elementos internos do injusto, nomeadamente dolo e culpa, não constituem apenas elementos de descrição típica, são também fenômenos normativos sobre os quais recai a reprovação. Note-se, no que diz respeito à lesão, que o resultado externo é o mesmo produzido por um injusto doloso ou imprudente – os elementos objetivos do fato são os mesmos. Assim, os elementos internos existem unicamente como graus de intensidade, que também servirão de critérios para a imposição de

⁷⁵ Idem. p. 304-305.

⁷⁶ De modo um pouco divergente TAVARES, Juarez. op. cit. p. 301: “Enquanto a violação das normas proibitivas ou determinativas fundamenta o *desvalor do ato*, a norma valorativa fundamenta o *desvalor do resultado*, tendo em vista a real ocorrência de lesão ao bem jurídico, o que possibilita a diversidade de punições para o crime consuma e para a tentativa, atenuando-se a pena em relação a esta”.

⁷⁷ ROXIN, Claus. op. cit. p. 319-326.

pena; a reação jurídico-penal deve estar de acordo com o grau de participação interna de cada sujeito.

E nisso há que se ter em mente os fins a que se atribuem à pena criminal, fins que instrumentalizados são o meio adequado para a concretização do juízo de culpabilidade, pois dão sentido à pena. Por exemplo, ao autor de um crime imprudente a pena deve ter o efeito de comprometê-lo a que se torne no futuro uma pessoa prudente; ao autor de um delito doloso, deve impô-lo no dever de prestar contas sobre sua relação em desconformidade com as normas.⁷⁸

Entretanto, o mecanismo de punição como forma de motivar as pessoas a atuarem conforme a norma é seriamente questionado sobre a real produção deste efeito. Windfried Hassemer afirma que a rigidez jurídico-racional da idéia de prevenção geral menospreza a “insensatez” fática dos homens. A prevenção especial espera um *homo oeconomicus*, que pensa simplesmente no mecanicismo de ponderação de vantagens e desvantagens com a condução de seu atuar conforme as normas ou em transgressão a elas, e que não se orienta pelas regras gerais. Mas nem sempre isso acontecerá. Veja-se, por exemplo, a pouca capacidade de motivação nas normas jurídicas em contraposição às normas sociais nos casos de autores de crimes violentos ou passionais. Não se deixará de dar um soco no rosto do vizinho irritante porque a lei assim proíbe. Pense-se também na criminalidade contra o patrimônio. Existe em muitos casos uma motivação criminosa, mas não jurídico-penal. Portanto, a pretensão de domínio psíquico do autor punível é raramente alcançada,⁷⁹ ou até mesmo indesejada político-criminalmente.

A idéia mecânica de que seres humanos são motivados “assim como se levanta um pedaço de pau contra um cão” é, assim como a idéia do efeito da pena da teoria da prevenção geral que supõe a ameaça com instrumento de conservar o indivíduo com boa conduta, uma idéia de desprezo ao homem tratando-o como objeto. Não passa, pois, de uma teoria que se limita à visão

⁷⁸ HASSEMER, Windfried. op. cit. p. 298-300; 311; De modo análogo, porém sem fundamentação prevencionista: TAVARES, Juarez. op. cit. p. 330-334.

⁷⁹ HASSEMER, Windfried. op. cit. p. 407-410.

jurídica de imposição, aplicação e execução de pena, e por isso mesmo duvidosa, seja no campo empírico, seja no campo normativo.⁸⁰

Windfried Hassemer acolhe, no entanto, as funções preventivas da pena (geral e especial), porém reforça a necessidade de sua permanente verificação empírica – “Prevenção só é um projeto aceitável quando funciona”⁸¹ – e as submete à falibilidade, reconhecendo que o sistema de Direito Penal, o qual deve se pautar em princípios valorativos (proporcionalidade, ampla defesa, proibição de provas ultrajantes à dignidade humana, inclusão da vítima como sujeito do processo), é apenas um dos vários instrumentos de controle social.⁸²

Porém, Bernd Müssig, discípulo de Günther Jakobs, critica Windfried Hassemer pelo fato de que, apesar de sua fundamentação social, baseia sua idéia de norma, tal como Karl Binding, como imperativos. Para Bernd Müssig as orientações contemporâneas sobre comunicação e sentido (Niklas Luhmann e Jürgen Habermas), embora sejam conflitantes, em um ponto elas concordam: a norma é mais complexa em seu sentido social que a representação lingüística em forma de imperativos da norma de comportamento. As normas são estruturas sociais transmitidas por comunicação; são esquemas simbólicos de orientação; são formas de sentidos gerais em que o sistema de comunicação “sociedade” se descreve e também se reproduz como, por exemplo, sociedade que protege a propriedade privada.⁸³

Ainda assim, a crítica, embora válida, deixa de levar em conta o papel do penalista dentro deste sistema, interpretando e aplicando o Direito; o mesmo se diga a casos em que o Estado-penal não passa de um braço armado em prol de valores que não têm – nem poderiam ter – reflexo na realidade da massa social. Se é certo que devemos ter um porto firme na teoria social, mais certo é que o Direito, por ser este instrumento que está ao mesmo tempo voltado ao coletivo e ao particular, não pode negar a realidade conflitiva (e por isso mesmo plural) da sociedade.

⁸⁰ Idem. p. 411-413.

⁸¹ Windfried. Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre : Sérgio Antonio Frabris, 2008. p. 225.

⁸² HASSEMER, Windfried. op. cit. p. 420; 426 e 427. Em sentido análogo: MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. op. cit. p. 65.

⁸³ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y os fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. p. 25 e ss.

Mas, de todo modo, considerando a complexidade da norma o conceito de norma de determinação e sua pretensão psicológica perde completamente o sentido; ainda mais quando fundamentada em um “puro desvalor de ação”.

2.4 Desvalor de ação e a interpretação da legislação brasileira.

Somente de modo físico poderíamos separar a ação do resultado, o desvalor, a reprovação, o sentido da proibição é único e recai sobre o injusto como um todo.

O desvalor de ação então não pode significar uma “lesão” ao Estado; ao reprovar o injusto ao autor devemos ter um critério material fundado na idéia de bem jurídico. De fato, existe uma contrariedade entre a ação do autor e o comando legal, porém este comando legal somente possui significado se manejado com seu significado social (da própria norma em sentido complexo) respeitado o fim último do Estado e do sistema jurídico como proteção do ser humano. O desvalor de ação não pode significar desrespeito ao dever de obediência estatal, nem mesmo um simples desrespeito aos valores sociais; mesmo a sociedade só tem sentido se tomada em função da dignidade do ser humano.

Isso porque partimos da premissa que o Estado não possui direito de punir (razão pela qual seria credor pessoal de um comportamento fiel ao Direito), senão que tem o *poder de punir*. E este poder está limitado à proteção de bens jurídicos e não legitimado por um direito à obediência. Mesmo o “puro desvalor de ação” somente é legítimo se representar – de algum modo – uma lesão a bem jurídico. A norma de determinação, nesse sentido, somente poderia existir *em função* da norma de valoração.

Embora na tradição dogmática alemã seja comum que a ação signifique ao menos uma lesão à paz jurídica (vide, por exemplo, a punição da tentativa inidônea, que a despeito de não lesionar qualquer bem jurídico, ainda é passível de punição por existência de “desvalor de ação” que coloca em risco a paz jurídica), no Brasil temos fundamento de *lege lata* para sustentar um conteúdo significativamente menor para o desvalor de ato.

O artigo 17 do Código Penal brasileiro preconiza que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

A impunidade do crime impossível no Brasil, como melhor opção político-criminal, dá bases para que se defenda, entre nós, que o critério material de criminalização é tão somente a lesão de bem jurídico *concreto*. Também, que não existe um “bem jurídico genérico” que toda violação da norma atinge; o bem jurídico também é indicado abstratamente no tipo legal específico que faz referência a legalidade. Tenha-se o seguinte exemplo: um crime de furto não pode ter como regra geral a lesão da “paz jurídica” toda vez que este é um crime contra o patrimônio (bem jurídico abstrato) e quando não existir valor a ser subtraído (bem jurídico concreto, objeto com significado, suporte material real) esse será um crime impossível impunível – excluindo-se os atos já praticados –, uma vez que os modos de execução e condições relativas ao sujeito ativo não podem revelar um misterioso “desvalor de ação” como fundamento material do injusto para manter a punição.

Em nosso país temos, então, um marco legal para a concepção de crime como violação de bem jurídico; a leitura a *contrariu sensu* do artigo 17 de nosso Código Penal somente pode levar à conclusão que o desvalor de ação em si não é o conteúdo lesivo do injusto que legitimaria a criminalização; ou é uma avaliação antecipada da culpabilidade (leva em conta o autor e objeto material da culpabilidade), e por isso não possui dignidade como critério material de criminalização.

Diante disso, temos também que corrigir o postulado segundo o qual atos preparatórios também são puníveis se tipificados; não basta somente o respeito à legalidade, o legislador não pode, por exemplo, tipificar comportamentos inidôneos (“crimes impossíveis”) sob o ponto de vista lesivo ao bem jurídico.

E consideramos redundante avaliar o desvalor de ação como ação perigosa, já que ação é perigosa *para o bem jurídico*, e não perigosa em si (o que representaria uma idéia de periculosidade pessoal). Note-se: a ação que cria o perigo é a mesma ação que produz o resultado; a ação é perigosa por conta da *potencialidade* de produzir resultado. Quando o resultado se realiza o

sujeito ativo já imprimiu o sentido de sua ação no resultado⁸⁴ de modo que é impossível desvalorar uma ação perigosa sem estar, ao mesmo tempo, desvalorando o próprio resultado.

Deve ser assim, por exemplo, também na análise de tipos penais classificados por “formais” ou “de mera atividade”, que, como se verá mais adiante, também devem referir-se a lesões de bens jurídicos.

A tentativa de homicídio, por exemplo, só tem desvalor de ação pela ocorrência de um “quase-resultado” (desvalor de resultado); e não pela ação do autor ser considerada intrinsecamente indigna, imoral, ou reveladora de periculosidade social.

Então se fosse possível fazer de algum modo a separação entre desvalor de ação e resultado, o desvalor de ação seria apenas uma categoria de imputação dos elementos referentes à subjetividade do autor referente ao injusto (dolo e culpa) e uma antecipação da culpabilidade (modos de execução e características do autor). E, em princípio, nada há de errado em se antecipar a culpabilidade, desde que fiquem de fora as avaliações da personalidade pelo caráter e periculosidade social do autor e outras que tantas que expressam a idéia de Direito Penal de autor. O certo é que estes elementos antecipados não podem – nunca – fundamentar a materialidade do injusto.

Se o Estado pretende comunicar o cidadão de uma proibição com uma norma de determinação, o desvalor de ação pouco tem que ver com isso, já que a “determinação” de uma norma penal incriminadora não é um simples comando; a função da norma é muito mais complexa que a que normalmente se supõe. Mesmo que se admita que de modo geral o Direito Penal esteja dirigido como instrumento de contenção do sujeito (ego reprimido pelo superego), isso revela: a ação física e objetivamente considerada não passa de uma fase posterior à contenção psicológica, a ação e o resultado são exteriorizações das pulsões ou desejos – e em nome destas exteriorizações, sobre o significado que elas têm no mundo, fala a norma de valoração onde está radicado o bem jurídico.

A ação é pessoal, possui significado, este significado é impresso pelo autor no resultado, de modo que até mesmo o resultado poderia ser chamado

⁸⁴ Apropriando-nos indevidamente do termo, poderíamos dizer que “o risco se produz no resultado”.

de *pessoal*; porém a reprovação não deve extrapolar os limites do Direito Penal do fato fundado na idéia de proteção de bens jurídicos concretos que estão referidos especificamente nas normas penais incriminadoras.

2.5 Primeiro diagnóstico: desvalor de ação versus bem jurídico.

Uma análise detida ao que já foi dito demonstra que, ao passo que o conteúdo eticizante do desvalor de ação foi sendo retoricamente esvaziado, o conceito de bem jurídico foi tornando-se cada vez mais abstrato. E, em verdade, o conteúdo (ético-social) que Hans Welzel indicava ao desvalor de ação foi transportado para o desvalor de resultado, ao custo de uma maior abstração da idéia de bem jurídico. Não de maneira declarada, mas como conseqüência de uma diluição do conceito ou noção de bem jurídico.

Dentro desta perspectiva de início, o alerta de Juarez Tavares:

Na verdade, a questão do conceito de bem jurídico, como fundamento da incriminação, não pode deixar de ser o resultado de uma escolha política, ingênua ou comprometida, acerca do que se pretende com a sua proteção.⁸⁵

A exposição das diversas alterações que se produzem na noção de bem jurídico, a partir do positivismo até o funcionalismo, vem demonstrar que seu conceito depende do rumo tomado pelo poder punitivo, em face das modificações estruturais havidas na sociedade e no Estado. De uma sociedade liberal-individualista até a sociedade da comunicação pós-moderna, o que se observa é que a noção de bem jurídico vai diluindo gradativamente sua substância material, até culminar praticamente na sua eliminação.⁸⁶

Isso se deu, em boa medida, desde o início do debate sobre o conteúdo material do injusto, pela tentativa de se legitimar bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, como se verá mais adiante. Não por outro motivo, Günther Stratenwerth, sentencia: “o problema não está “ainda por solucionar-se”, mas é simplesmente insolúvel”.⁸⁷

Retomemos, por enquanto, a orientação welzeliana. Com base ontologista, ao menos em tese garantiria uma visão aproximada e realista entre

⁸⁵ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 181.

⁸⁶ Idem. p. 197.

⁸⁷ STRATENWERTH, Günther. Sobre o Conceito de Bem Jurídico. In GRECO, Luis. TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org.) O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? (no prelo).

resultado jurídico e resultado físico, o que equivaleria a um bem jurídico com maior concreção e potencial crítico. Entretanto, sua tônica marcada pela excessiva abstração do desvalor de ação na proteção e reforço dos valores ético-sociais anula a potencialidade crítica do bem jurídico. Ou seja, se por um lado temos um bem jurídico concreto, por outro temos um desvalor de ação que inutiliza sua funcionalidade crítica por conta do elevado grau de abstração.

Então é que, para tomar em exemplo autores pós-finalistas, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend afirmam que a proteção de bens jurídicos é uma exigência de uma modelo liberal de Estado⁸⁸ e discorrem ainda que não há confusão entre Direito e Ética Individual. Ainda que se fale de vontade da ação, a prescrição normativa permanece sempre como um mandamento jurídico e, por isso, um injusto indiferente a critérios ético-individuais. A não ser no caso da imposição jurídica de atenção ao bem comum, que pode muito bem ser considerada manifestação de uma Ética Social, sendo esta uma valoração que se limita, porém, ao âmbito da culpabilidade.⁸⁹

A noção de bem jurídico defendida pelos citados professores parte visivelmente de um valor abstrato, espiritual, da ordem social, protegido juridicamente, em cuja defesa está interessada a comunidade e cuja titularidade pode corresponder a um indivíduo ou à coletividade. Bens imateriais, relações das pessoas com interesses reais, tais como a faculdade de disposição das coisas (propriedade).⁹⁰ E não somente isso, também delitos como escândalo público (§ 183, StGB), maltrato a animais (§ 17, TierSchG), afronta a convicções religiosas (§ 166, StGB), ofensas à memória dos falecidos (§ 189, StGB) ou as “mentiras sobre Auschwitz” (§ 130, III, StGB), protegem bens jurídicos, pois são reflexos de valores com sólida raiz sobre as convicções da sociedade, arraigadas na moral social que, como tais, devem ser protegidas por meio de sanção penal.

É justamente sobre estes últimos exemplos, no entanto, que Günther Stratenwerth ao sustentar a limitação do poder crítico do bem jurídico, aponta para a falta de sentido na procura por bens jurídicos diferentes da norma que

⁸⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 9.

⁸⁹ Idem. p. 261.

⁹⁰ Idem. p. 275 e 277.

impõe um dever.⁹¹ Note-se que ao contrário de Hans Welzel, os professores Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend têm a pretensão de extirpar do injusto as valorações éticas e dar o sentido de desvalor de ação como ação perigosa. Porém, acabam por relativizar o conceito de bem jurídico, tornando-o demasiado abstrato.

Note também a visão aproximada⁹² a Hans Welzel – como foi indicado *supra* – no que toca o conteúdo do conhecimento da antijuridicidade exigido para a reprovação.

En cualquier caso, el **objeto de la conciencia de la ilicitud** no es el conocimiento de la proposición jurídica infringida o de la punibilidad del hecho [...]. Más bien, es suficiente con que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por ello, está *jurídicamente* prohibido. Con otras palabras: es suficiente con el conocimiento de la *antijuridicidad material*, si bien “como conocimiento del lego” [...]. Por otro lado, la conciencia de la contrariedad a las costumbres no fundamenta el conocimiento del injusto [...].

[...]

Para el conocimiento del injusto basta con la conciencia de estar atentando contra una *norma jurídica formalmente válida*, pues en este caso el autor sabe de todos modos que infringe el Derecho vigente por muy convencido que esté de la utilidad social de su comportamiento [...].⁹³

O que importa é que nenhum espaço de dê no injusto para que sejam inseridas valorações que não dizem respeito a um Direito Penal fundamentado na idéia de bem jurídico. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias acusa a concepção de Direito Penal como proteção a valores ético-sociais de ser absolutamente inadequada à estrutura e às exigências das sociedades democráticas e secularizadas que têm como princípio o respeito ao pluralismo ético-social, sobretudo às exigências éticas.⁹⁴

Não é função do Direito Penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estadualmente imposta, da

⁹¹ STRATENWERTH, Günther. Sobre o Conceito de Bem Jurídico. In GRECO, Luis. TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org.) O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? (no prelo).

⁹² Esta aproximação é feita por CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, parte geral. Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 302 (nota 83).

⁹³ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 487 e 488.

⁹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. op. cit. p. 40-41; BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. Série as ciências criminais no século XXI. v. 7. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 29 e ss.

moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social.⁹⁵

E também Emilio Dolcini defende um Estado pluralista, laico e inspirado em valores de tolerância, no qual todo o poder estatal emana do povo e que reconhece a dignidade do ser humano, onde o Direito Penal não pode perseguir fins transcendentais ou éticos, não pode tomar o ser humano como simples objeto de tratamento pelas suas tendências anti-sociais, senão que deve reconhecer o Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos.⁹⁶

Muito embora presente um amplo rechaço da idéia de Direito Penal como instrumento de proteção de valores ético-sociais, as orientações funcionalistas se baseiam em uma estrutura de conceito de bem jurídico que abarca (tão só ou também) a proteção do chamado “sistema social”, seja com base na idéia de danosidade social, seja como proteção de expectativas normativas, seja com vinculação à Constituição como valor supremo do sistema jurídico, parte de um sistema social maior.

Porém, qual é o conteúdo deste chamado “sistema social”, suposto objeto de proteção do Direito Penal?

Neste ponto, a crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni acena para uma necessidade de uma visão realista, que vê na concepção de sistema uma ficção, uma ilusão que deve atender a sua utilidade, mas deve também ser abandonada quando nega o ser humano como valor.

Particularizando en el plano del discurso jurídico-penal, con “realismo” también queremos significar la renuncia a las “ficciones” y a las “metáforas”, tal como lo hemos señalado. No admitimos que, para sustentar un discurso, se “invente” lo que falta o se “transporte” lo que sabemos que no corresponde al discurso. Si al discurso le falta algo, será porque no se adapta a la realidad y, por ende, deberá ser desechado.

En este sentido, hemos rechazado las metáforas contractualista y organicista, como también la famosa “guerra de todos contra todos”, pudiendo agregarse otras, no menos artificiales y peligrosas, como el contractualismo entre los débiles de Nietzsche [...] o las ilusiones sistémicas respecto de lo que no son más que mutables coaliciones de poderes parciales.

En este último sentido, al rechazar toda idea de “sistema” en forma de “aparato perfectamente montado e inteligentemente dirigido”,

⁹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. op. cit. p. 40-41.

⁹⁶ DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. *In* Revista Portuguesa de Ciência Criminal. n.º 4. – Coimbra : Aequitas. 1994.. p. 152.

dejamos de lado las concepciones *conspirativas*, del signo que sean: una clara concepción conspirativa es la llamada “doctrina de la seguridad nacional”, pero también lo son otras versiones simplistas de la “lucha de clases” y del marxismo dogmático, que interpreta hasta las más mínimas manifestaciones de ejercicio de poder como llevadas a cabo por una intencionalidad superiormente dirigida por una suerte de “macro-computer” capaz de planificarlo todo.⁹⁷

2.5.1 A legitimação material do Direito Penal pela estabilidade da norma: o funcionalismo sistêmico normativista de Günther Jakobs.

Günther Jakobs sustenta que o Direito Penal tem por função manter a configuração social e estatal garantindo as normas e essa garantia consistiria em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma exigida legalmente, não se dêem por perdidas caso resultem defraudadas. E é por isso, então, que para este professor de Bonn o bem jurídico-penal é a “firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de La norma puesta en práctica”.⁹⁸

Os bens jurídicos têm valor apenas como realidade fática da tutela das expectativas normativas. O lugar comumente ocupado pelo bem jurídico é ocupado pelo critério de validade da norma. Isso porque a simples perda de bens jurídicos que não interessam ao Direito Penal. Nesse sentido, a perda de bens se dá pelos mais diversos motivos, e nem todos eles são objeto de preocupação do Direito Penal (morde natural, por exemplo). Este ramo do Direito tem como função, então, garantir certos bens contra ataques de outra pessoa. Portanto, Direito Penal como proteção de bens jurídicos significa que uma pessoa, encarnada em seus bens, é protegida frente aos ataques de outra pessoa.⁹⁹

Assim endente-se que o Direito Penal garante a expectativa de que não se produzam ataques a bens jurídicos. Por isso Günther Jakobs afirma que

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmatica juridico-penal. Buenos Aires : Ediar, 1998. p. 169.

⁹⁸ JAKOBS, Günther .Derecho Penal. Parte general. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997. p. 45.

⁹⁹ JAKOBS, Günther .Derecho Penal. Parte general. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997. p. 45; PARMA, Carlos. **Bien jurídico en el pensamiento de Günther Jakobs**. Disponível na Internet: < http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/cp_d_pg_04.pdf >. Acesso em 28 de março de 2007.

o bem jurídico não deve se representar como um objeto físico, senão como norma, uma expectativa garantida. O direito, aqui, está representado enquanto estrutura de relação entre pessoas, não podendo, pois, ser representado como um objeto físico.¹⁰⁰

El Derecho penal garantiza la vigencia del derecho. Con esta finalidad, reacciona con una pena a la defraudación de la expectativa normativa de que toda persona se comporte de modo fiel al Derecho, y esto significa que reacciona con la confirmación de la vigencia del Derecho. La defraudación puede ya concurrir cuando no puede hablarse, o todavía no puede hablarse, de la consumación de un delito contra la persona; esto último en la tentativa inacabada, lo primero en la tentativa con objeto inidóneo. Evidentemente, también en la tentativa hay ya algo “consumado”, aunque no sea el máximo posible (tentativa inacabada) o el máximo de lo objetable (tentativa acabada sin objetivación en la consumación), precisamente la infidelidad al Derecho—, en cuyo tratamiento siempre se presupone que la formulación de las expectativas (o normas) es correcta en cuanto a su contenido, sino el problema previo, más exactamente, la parte del problema relativa a aquello a lo que deben ajustarse las expectativas en aquellos casos en los que la configuración social se presenta como la existencia de personas.¹⁰¹

A lesão a um bem jurídico refere-se à frustração de uma expectativa normativa. Isso se concretiza na infração de um rol de competências, rol de deveres, dentro de sua teoria da imputação objetiva, tese que demonstra que não existem proibições genéricas de lesão, tampouco mandamentos genéricos de salvamento, tudo se baseia em uma quebra de um rol de competências atribuídas a um cidadão fiel ao direito. Desse modo o cidadão que não age de forma a contradizer seu rol de obrigações legais não defrauda uma expectativa, não descumpra a norma, senão que atua fiel ao direito, ainda que seu agir tenha relevância causal para a lesão de um bem.¹⁰²

Para o mesmo professor alemão o bem jurídico como proposto por outras correntes pode fundamentar apenas um direito penal do inimigo, em contraposição com o direito penal do cidadão, pois este último tutela as

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ JAKOBS, Günter. **Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial.** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2002. p. 3. Disponível na Internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-13.pdf>> Acesso em: 12 de novembro de 2004.

¹⁰² PARMA, Carlos. Bien jurídico en el pensamiento de Günther Jakobs .

expectativas normativas dentro da sociedade com vistas a uma maximização de esferas de liberdade.¹⁰³

Isso porque dentro de sua teoria funcionalista sistêmica adaptada ao direito penal, existem dois modos do Estado atuar contra o delinqüente, mediante um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo. O direito penal do cidadão, que visa garantir o valor da norma e a confiança no direito, mediante reafirmação da vigência da norma pela imposição de pena; onde são respeitados todos os direitos fundamentais inerentes ao cidadão. O direito penal do inimigo diz respeito a casos em que o sujeito ativo é considerado perigoso (por exemplo, terroristas, delinqüentes organizados, criminosos sexuais, etc), de modo a se afastar do direito de maneira permanente e não oferecer garantias de que será fiel a norma (ou seja, tornando falho o critério de expectativas normativas e respeito a um rol de competências legais); aqui se aplicará não uma pena, e sim uma medida de segurança com vistas a anular a periculosidade do agente, nesse sentido é que ele visa proteger bens jurídicos, contra ataques do inimigo, o sujeito perigoso. Neste direito penal, não se respeitam direitos como os do cidadão, pois um inimigo do Estado não é cidadão, é uma não-pessoa.

Tirante esta última – e desumana – formulação que sustenta um não-Direito dos inimigos do Estado, para Günther Jakobs a formulação tradicional de bem jurídico esconde, na verdade, opções arbitrárias de seus defensores por uma ou outra ideologia que pretendem fazer valer. Seria por isso que o bem jurídico sustentaria a crença de um Direito Penal comprometido com a defesa do ser humano. Mas – como crê o professor de Bonn – nem por isso os defensores da teoria do bem jurídico foram capazes de impedir os horrores do nazismo, aliás, muito pelo contrário: foram pacatos observadores do holocausto.

Esta conclusão de Günther Jakobs faz crer que sempre houve um comprometimento com o caráter limitador do bem jurídico, o que não reflete a realidade evolutiva deste critério dogmático e político-criminal; na verdade, os ensinamentos deste professor somente nos leva a concluir que é a sua falta de comprometimento com o valor “dignidade humana” que o leva a

¹⁰³ GRECO, Luís. op. cit. p. 98.

funcionalização máxima do Direito Penal, que não mais vê pessoas, senão subsistemas. O bem jurídico não é por si instrumento hábil a salvar o mundo, mas ele revela um comprometimento com valores fundamentais, de um Direito Penal e um Estado centrado na defesa dos valores humanos – o que pode ser instrumento, agora sim, hábil e comprometido com a proteção do mais débil contra o poder criminalizante e penalizante.

3. A “Constitucionalização” do Bem Jurídico

Diante da constatação de que a conceituação de bem jurídico é hoje cada vez mais rarefeita de sentido, muitos são os esforços para uma definição que dê conteúdo mais concreto à noção de bem jurídico.¹⁰⁴ A tentativa de fundamentação concreta do bem jurídico – a “corporização” – revela, portanto, o projeto de “fortalecimento de seu potencial crítico”.¹⁰⁵

Como demonstra Luís Greco,¹⁰⁶ esta opinião se reflete na tendência de definir o bem jurídico com arrimo na Constituição, como exemplo, Claus Roxin:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción te dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través dos cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.¹⁰⁷

Porém, como pondera Luís Greco, essa solução não seria suficiente, já que a problemática acerca desta limitação constitucional imposta ao legislador frente à eleição de bens jurídicos encontra seu seio no caráter impreciso e aberto das Constituições, dado que vários são os valores, inclusive conflitantes, abarcados pela Carta Maior.¹⁰⁸

Por outro lado autores como Martin Böse, Michael Bunzel e Otto Lagodny, julgam ser anacrônicos estes parâmetros específicos do Direito Penal, porquanto se se quer limitar o poder legiferante, deve-se dar atenção

¹⁰⁴ BIANCHINI, Alice. op. cit. p. 25 e ss; GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no Direito Penal, normas penais primárias e secundárias, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. Série as ciências criminais no século XXI. v.5. p. 101.

¹⁰⁵ D’ÁVILA, Flávio Roberto. Aproximações à teoria da exclusive proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 80. set-out/2009. Revista dos Tribunais, São Paulo. P. 07-34.

¹⁰⁶ GRECO, Luís. op. cit. p. 98.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. op. cit. p. 55. Também nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no Direito Penal... p. 88: “[...] à medida que o bem jurídico (já no atual estágio de sua evolução) é a expressão de uma liberdade (de uma relação social), já não se trata de um limite que seja fruto exclusivamente de exigências doutrinárias, senão sobretudo uma emanção natural da própria Constituição e do seu eixo nuclear, que é constituído pelos direitos fundamentais.” Se bem que o autor reconhece que não é somente com base na Constituição que se solucionará este problema. (GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico... p. 101; nota 47).

¹⁰⁸ GRECO, Luís. op. cit. p. 98 e ss.

aos pressupostos próprios do Direito Constitucional e da Teoria constitucional. Desse modo, somente o princípio da proporcionalidade seria capaz de dizer que um tipo penal é inconstitucional e, portanto, inválido. O bem jurídico não teria o poder de cumprir esta função. Os penalistas deveriam, assim, tomar parte no debate da dogmática constitucional, caso pretenda limitar o poder legislativo. Tais conclusões são obtidas, principalmente, com a análise dos julgados do Tribunal Constitucional Alemão em matéria penal.¹⁰⁹ A jurisprudência desta corte adota pressupostos diversos – e por vezes contrários – à teoria do bem jurídico. Especificamente sobre isso trataremos mais adiante.

Nesse ponto, Emilio Dolcini sustenta que não há necessidade de que o bem jurídico esteja previsto (explícita ou implicitamente) na Constituição para que possa tornar-se um bem jurídico-penal. Isso porque as Constituições estão ligadas sempre ao momento histórico em que foram redigidas. Note-se que as Constituições feitas antes da chamada “questão ecológica” não vislumbravam o meio ambiente como um bem constitucional, já as que nasceram após este período prevêm expressamente a proteção deste bem. Com o exemplo da Constituição italiana, que não prevê expressamente o meio ambiente, a fé pública e até mesmo a vida como bens constitucionais, entretanto não há que se negar que são bens incontestavelmente primordiais e merecedores de proteção, considerados também legítimos bens jurídico-penais.¹¹⁰

Para Windfried Hassemer sustenta que o Direito Penal é fonte mais fértil que o Direito Constitucional e que a solução para a concreção do bem jurídico passa, antes, por assumir uma postura diferente frente ao problema criminal: um Direito Penal voltado para as conseqüências, no que ele chama de “orientação pelas conseqüências do Direito Penal”.¹¹¹ Tal orientação consiste

¹⁰⁹ LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. p. 129-136; BÖSE, Martin. Derechos fundamentales y Derecho penal como “Derecho coactivo”. p. 137-146; BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. Todos publicados em: HEFENDEHL, Roland. *et all* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. 2007.

¹¹⁰ DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. op. cit. p. 151 e ss.

¹¹¹ HASSEMER, Windfried. Três temas de Direito Penal. Porto Alegre : AMP; Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 26 e ss; Idem. Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? *In* HEFENDEHL, Roland. *et all* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. 2007. p. 95; idem. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política.* Porto Alegre : Sergio Antonio Frabris, 2008. p. 130 e ss.

em se levar em conta as conseqüências reais desejadas e indesejadas que são fruto da legislação, jurisprudência e execução penais. Segundo esta tese, o legislador não deve ter em mente somente a persecução do injusto criminal, tampouco ânsia singular de corrigir o autor de delitos e conter por completo a criminalidade; senão que deve também se questionar sobre as conseqüências próprias do sistema penal.

E quanto mais o legislador penal toma consciência das conseqüências reais da sua atuação, mais complexo será o seu problema, e mais distante ele estará do mandato de certeza imposto por conseqüência de um sistema organizado de codificações e leis escritas (*Lex certa*). Embora possa soar como insegurança jurídica, a medida é benéfica. O sistema jurídico não pode ser limitado por sua linguagem interna controlando a realidade de dentro para fora (o que Windfried Hassemer chama de orientação *input*). Pelo contrário, uma compreensão da realidade e o controle das conseqüências (orientação *output*) não podem vincular-se a *Lex certa*, pois esta “exige do legislador uma posição precisa e prematura, antes que possa verificar integralmente as conseqüências desta sua posição”. O postulado da *lex certa* deve estar aberto às mudanças sociais, culturais, científicas, político-científicas, porém sempre em favor do acusado, em respeito ao *in dubio pro libertate*. “Enquanto as regulações orientadas para o *input* precisam demonstrar, para sua justificação, apenas que elas se coadunam conceitualmente com seus pressupostos normativos (constituição, leis), as prescrições orientadas para o *output* precisam demonstrar não apenas que são corretas, no plano da legislação de da execução da lei, como também precisam mostrar-se bem sucedidas”.¹¹² Esta visão deixa o sistema de Direito Penal aberto à realidade, possibilitando que penalistas trabalhem com hipóteses ou resultados empíricos que introduzam o conflito e a vítima para o centro das discussões do Direito Penal.¹¹³ A partir disso, é possível sedimentar o compromisso de que a

¹¹² HASSEMER, Windfried. Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre : Sergio Antonio Frabris, 2008. p. 225.

¹¹³ Em sentido análogo nesse ponto a Windfried Hassemer: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal: Tomo III. Mexico. 1988. p. 240. p. 244.

“conduta humana somente pode ser então injusto penal, quando lesiona um bem jurídico”.¹¹⁴

Com esta visão Windfried Hassemer consegue formular críticas consistentes à eticização do Direito Penal e, ao mesmo tempo, ao conceito de lesividade social.

Assim um legislador penal que quer impor com os instrumentos do Direito Penal o “*mínimo ético*” verá, por conseguinte, o elemento substancial das normas morais, que valem para uma coletividade como irrenunciáveis, números elevados de reincidências e sobre determinadas camadas populacionais o peso da insensível criminalidade como um sinal de que determinados homens e particularmente determinadas partes da população, são suscetíveis de atentados contra a ética elementar. Tal legislador penal deduzirá as conseqüências jurídico-penais de acordo com o grau de divergência com os mandamentos éticos. Nesta ocasião ele não necessita do saber empírico sobre os participantes nesta divergência. Autor e vítima permanecem obscurecidos, eles não aparecem como homens, mas como esquemas e diagramas, como estereótipos de referência de comportamento contrário à norma. Um legislador orientado deste modo pode responder a todas as questões que se lhe apresentam em sua base de orientação, inclusive, sem dar apenas uma olhada nos participantes no caso jurídico-penal.¹¹⁵

A teoria do Direito Penal dos últimos tempos desenvolveu a concepção sistemática de bem jurídico a partir da teoria da lesividade social. Ela distingue com isso linhas de orientação importantes da política criminal. Em primeiro lugar, ela leva à impressão de que a teoria e a prática do Direito Penal são indicadas pelas *ciências sociais*. “Lesividade social” é um conceito que, para além do Direito Penal, remete-se às necessidades e interesses do sistema social. Em segundo, ela estabelece claramente que nem toda lesão de um interesse humano (de um bem jurídico) provoca uma reação do Direito Penal, senão somente algumas que do mesmo modo também tem *caráter socialmente prejudicial*, que portanto, excedem o conflito entre o autor e a vítima, os prejuízos individuais da vítima. Em terceiro, ela exige do legislador penal o *saber empírico* e a utilização deste saber na formulação da punibilidade e na estipulação das conseqüências jurídico-penais. Quais condutas humanas prejudicam tão intensamente a sociedade e sob quais circunstâncias, a longo prazo, a conduta deve aparecer como mais lesiva – ninguém que apenas especule sobre autor e vítima pode responder de modo suficiente estas perguntas.¹¹⁶

Disso então temos que o bem jurídico deve ser concreto, porém que a simples remissão constitucional não cumpre este papel de modo satisfatório;

¹¹⁴ HASSEMER, Windfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 53 e ss; 336 e 337; 59.

¹¹⁵ Idem. p. 54 e 55.

¹¹⁶ Idem. p. 56 e 57. Günther Jakobs (Derecho Penal. Parte general. 2ª ed. Madrid : Marcial Pons, 1997. p. 18

também que o bem jurídico deve representar a expressão de valores liberais de tolerância e pluralismo ético; e que, por fim, deve estar sempre ligado ao papel que ele cumpre no Direito Penal – um núcleo discursivo onde residem os interesses de proteção do ser humano dentro de uma determinada sociedade e de limitação do poder de punir.

3.1 O princípio da proporcionalidade e bem jurídico: proibição e excesso.

Segundo Bern Schünemann, o bem jurídico não é um resultado final de uma interpretação da norma penal. Ele carrega em si valores liberais, de conteúdo contrário às limitações desnecessárias às liberdades civis. A função de limitação que o bem jurídico possui está enraizada na idéia de contrato social; ou seja, tem por base uma tradição de mais de 250 anos, de um tempo que não havia constituição escrita, nem limitação constitucional ao poder legislativo. Estes são valores que direcionam o processo de interpretação; de modo imanente e crítico essa raiz liberal abre-se em oposição à mera literalidade. É um “ponto de fuga” e possui uma dimensão constitucional.

É essa dimensão constitucional, aliás, que dá base a que se repute ilegítimos determinados tipos penais que não protegem ou não proíbem fatos estritamente lesivos a um bem jurídico; não tem razão, portanto, a crítica de que a teoria do bem jurídico não teria sido adotada pela Constituição da Alemanha – embora se reconheça que o Tribunal Constitucional Alemão ao não a adotar em seus julgamentos fez a teoria penal retroceder ao pré-iluminismo (como quando julgou legítima a criminalização da maconha para uso pessoal).¹¹⁷

Assim, o princípio da proporcionalidade, reconhecido como inerente à Constituição brasileira, também está em relação ao bem jurídico como “ponto de fuga” com dimensão constitucional.

Trata-se, porém, sempre de um critério limitador do poder de punir. É sempre considerado aqui o excesso da coerção estatal que recai sobre o

¹¹⁷ SCHÜNEMANN, Bern. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales e de su interpretación. *In* HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 197-226.

cidadão, a indevida lesão de direitos fundamentais individuais. O desproporcional, nesse sentido, ganha contornos de garantia do cidadão contra as possíveis arbitrariedades do Estado.

3.2 A proteção deficiente e os imperativos de tutela: afronta a teoria do bem jurídico.

Dentro da dogmática constitucional existe uma formulação dualista em relação ao princípio da proporcionalidade. Se por um lado sua função é impedir que o Estado cometa excessos, por outro ele deve garantir a proteção e promover a proteção dos direitos fundamentais. O primeiro é chamado de proibição de excesso e o segundo proibição de proteção deficiente (ou imperativo de tutela); no primeiro caso, o excesso cometido pelo Estado é reputado inconstitucional, uma ação estatal ofensiva aos direitos fundamentais e por isso lesiva à Constituição; no segundo caso, o Estado se omite ou é deficiente em seu dever de promover o desenvolvimento de direitos fundamentais, ou ainda, deixa de proteger de modo satisfatório um direito fundamental – aqui a inconstitucionalidade se dá por omissão.¹¹⁸

Nenhuma correção há de ser feita nesta construção do Direito Constitucional. O problema surge com a pretensão de se aplicar esta teoria ao Direito Penal, como se a Constituição possuísse um programa de política criminal direcionado à proteção criminal permanente e obrigatória de direitos fundamentais. Entre nós este setor da doutrina é representado, principalmente, por Luciano Feldens, Lênio Luiz Streck e Ingo Wolfgang Sarlet.¹¹⁹

Porém, como explica Windfried Hassemer, no Direito Penal, o princípio de proteção de bem jurídico é um critério negativo, limitador. O dever de

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Malheiros : São Paulo, 2008; CANNARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Almedina : Coimbra, 2009.

¹¹⁹ FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *In* Revista da AJURS. Ano XXXII, n.º 98, jun. 2005. p. 105-149; STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou *de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. *In* Revista da AJURS. Ano XXXII, n.º 97, mar. 2005. p. 171-200.

proteção de bem jurídico, portanto, não orienta positivamente o legislador, não o vincula à criminalização de lesão de direitos fundamentais. Aceitar o contrário seria violar as tradições liberais de função negativa da teoria do bem jurídico. A proibição de proteção deficiente não é um conceito clássico no direito penal. Para cumprir seu papel de promoção de direitos, o Estado não precisa (e nem deve) utilizar o Direito Penal.¹²⁰

Aliás, dentre os brasileiros, parece existir uma má compreensão desta questão. A teoria do bem jurídico é frontalmente contrária à possibilidade de aplicação da idéia de imperativos de tutela como fundamento do direito penal. Caso se adote a proteção deficiente como fundamento de necessidade de tutela penal, tem de se assumir que foram abandonados os postulados liberais e críticos de limitação do Direito Penal que representa hoje a idéia de bem jurídico.

Má compreensão inclusive ao trazer da jurisprudência constitucional alemã o julgado 88:203 sobre a inconstitucionalidade da descriminalização do aborto – na verdade a discussão se foca em apenas um aspecto da decisão, ignorando a totalidade de seus fundamentos e a amplitude de sua aplicação. Mas de fato o Tribunal Constitucional Alemão disse não ser possível revogar a criminalização do aborto, no entanto o fez afastando-se da teoria do bem jurídico e não a defendendo ou a modificando.

Aliás, na realidade constitucional brasileira a tradição é bem outra. Note-se, por exemplo, a ampla aplicação pelo Supremo Tribunal Federal do princípio da insignificância com justificação na função protetora de bens jurídicos.

¹²⁰ HASSEMER, Windfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In* HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 96-127.

4. A tutela penal de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais

Como acima tratado, existe na definição do que seja bem jurídico, bem como sobre o papel que esta definição deve cumprir dentro do Direito Penal, uma pauta de intenções e compromissos político-criminais.

Assim, é imperativo que se ponham a prova estas intenções frente às novas pretensões de política criminal externadas por certos setores doutrinários ou políticos.

O primeiro eixo de discussão é dos bens supra-individuais – tão ou mais antigos quanto a própria formulação primeira de bem jurídico-penal – e a expansão do Direito Penal.

4.1 Direito Penal e a emergência de uma “sociedade de risco”.

É tendência, entre muitos, a formulação de um Direito Penal voltado para a solução de conflitos de natureza supra-individual. E a base desta suposta necessidade se faz com a fundamentação na “teoria da sociedade de risco”, formulada pelo sociólogo Ulrich Beck.

Bern Schünemann aponta o início desta discussão nas manifestações de um grupo de penalistas que chamou de “Escola de Frankfurt”. Grupo formado por Windfried Hassemer e seus discípulos, responsáveis por trazer a discussão como forma de criticar as modernas formas que se apresentam contemporaneamente o Direito Penal.¹²¹

A sociedade de risco representaria uma transformação radical por que passam as sociedades pós-industriais até hoje. Sociedades exasperadamente tecnológicas, massificadas e globais. Neste novo mundo, uma ação humana é capaz de colocar em risco o globo terrestre e a existência dos seres vivos.¹²² O que marca uma passagem de uma modernidade simples para uma modernidade reflexiva, onde são confrontadas os paradigmas modernos com as conseqüências próprias do superdesenvolvimento industrial (a sociedade

¹²¹ SCHÜNEMANN, Bern. Consideraciones Críticas Sobre La Situación Espiritual de La Ciencia Jurídico-Penal Alemana. In SCHÜNEMANN, Bern. Obras. Tomo I. Santa Fé (Argentina): Rubinzal-Culzoni. p. 219-258.

¹²² DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 155 e ss.

moderna de desenvolvimento industrial deve conhecer, refletir, sobre o surgimento dos novos mega-riscos).¹²³

Segundo autores que defendem então um “novo Direito Penal”, o paradigma liberal-individualista, antropocêntrico, não é capaz dar conta destes novos riscos que ameaçam as futuras gerações. O clássico modo de produção legislativa, de criminalização, de tipificação, de estruturas da teoria do delito, é considerado incapaz de combater estes riscos de escala global. A inércia do Direito Penal diante destes riscos significaria o desinteresse quando aos problemas da existência de gerações futuras (atentados ao meio ambiente, manipulação genética, *etc.*).

Pretensão de funcionalização a partir de um paradigma comunitarista, com postura aberta, solidarista, dialógica, com reconhecimento do outro; onde o homem contribua para a humanização do mundo e da história; atribui-se então ao Direito Penal função promocional e propulsora dos valores da convivência e solidariedade.

A assunção de um novo paradigma requer uma nova formulação dogmática; o clássico instrumental teórico deve atender a este nova finalidade do Direito Penal. As categorias clássicas da teoria do crime devem ser reformuladas, substituídas, ou mesmo abandonadas.¹²⁴

Segundo esta vertente, seria necessária a alteração total do modo de produção legislativa em matéria penal, mitigando o princípio da legalidade e atribuindo competência a órgãos executivos; também com uma antecipação da tutela penal criminalizando estágios muito distanciados do eventual resultado danoso, tornando rarefeita a ligação entre conduta individual e o bem jurídico razão da tutela; com flexibilização de conceitos dogmáticos tais como imputação objetiva, responsabilidade individual, culpa, autoria, sempre com vistas a estender o âmbito de atuação do Direito Penal.

Um Direito Penal do risco, de divisão tênue com o direito administrativo, com funções promocionais de valores e políticas governamentais, com o propósito de regular grupos de pessoas consideradas

¹²³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. p. 29 e ss.

¹²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 167 e ss.

“perigosas” como forma de gerir e redistribuir riscos, seja com prevenção, seja com repressão.

O discurso sustenta, entretanto, que isso não significa o abandono dos bons frutos da modernidade, tais como os direitos humanos, a secularização, a razão crítica.

Muitas são as vozes contrárias a essa pretensão de transformação do Direito Penal e sua entrada em âmbitos antes incomuns de tutela penal. Porém, para Jorge de Figueiredo Dias,¹²⁵ trata-se de uma postura conservadora pela manutenção do Direito Penal em seu âmbito estritamente clássico de tutela.

Entretanto, como o próprio professor português reconhece, a radicalização do Direito Penal do risco não supera a razão técnico-instrumental e nega a defesa dos direitos humanos, do pluralismo ideológico e axiológico.¹²⁶

Para os críticos, entre os quais Winfried Hassemer, reconhecer a existência dos novos mega-riscos que recaem hoje sobre a coletividade não é o mesmo que afirmar que o Direito Penal é eficiente para essa tutela; as inovações são perigosas na medida em que relativiza todo o patrimônio ideológico inalienável do Iluminismo penal, a defesa de direitos, garantias e liberdades pessoais.

A tutela desta nova modalidade de riscos poderia então ser assumida por meios jurídicos não penais e não jurídicos, notadamente o direito administrativo e meios de política não jurídicos. Sustenta então a criação de um novo ramo do Direito, o Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*):

Recomenda-se regular aqueles problemas das sociedades modernas, que levam à modernização do Direito Penal, particularmente, por um “Direito de Intervenção”, que esteja localizado entre o Direito Penal e os ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público, que na verdade disponha de garantias e regulações processuais menos exigentes que o Direito Penal, mas que para isso, inclusive, seja equipado com sanções menos intensas aos indivíduos. Tal Direito “moderno” seria não só normativamente menos grave, como seria também faticamente mais adequado para acolher os problemas especiais da sociedade moderna.¹²⁷

¹²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 164.

¹²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 167 e ss.

¹²⁷ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *In* Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre : Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003. p. 64 e 65.

Jorge de Figueiredo Dias,¹²⁸ critica esta solução por não superar os dogmas da razão técnico-instrumental e declarar o Direito Penal desinteressado pela sorte das gerações futuras; o que violaria o princípio da *ultima ratio*, já que estes novos riscos são gravíssimos.

Com razão, até a um ponto em que uma tal solução significará nada menos que pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade ou de *ultima ratio* “de pernas para o ar”, ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que hão de vir.¹²⁹

Bern Schünemann acusa ainda a “Escola de Frankfurt” de não compreender que uma fundamentação contratualista-liberal deve inserir a humanidade toda no contrato. O contrato social não inclui um tempo, caso contrário cada morte ou nascimento pressuporia um novo contrato. Assim, o que Winfried Hassemer não compreende é que as gerações futuras ali estão incluídas, é da sobrevivência da espécie humana que se trata. Para Bern Schünemann, Frankfurt é fruto de um pseudo-individualismo fabricado industrialmente, que com a intenção de produzir análises críticas, extraem de constatações acertadas, conclusões errôneas.¹³⁰

Winfried Hassemer,¹³¹ rejeita a crítica. Um Direito Penal “moderno” afastado das clássicas tradições iluministas, democráticas e da subsidiariedade do Direito Penal; que abandona, por exemplo, o crime de dano como forma normal de comportamento delitivo, cria problemas mais graves que seu suposto ganho “evolutivo”. Contrariamente ao discurso legitimador do Direito Penal do risco, a “nova dogmática” retira as categorias de seu contexto original de proteção do indivíduo, uma funcionalização para alvejar novos adversários. Exemplo disso, a imputação individual é taxada como um problema, um

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 167.

¹²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 167.

¹³⁰ SCHÜNEMANN, Bern. Consideraciones Críticas Sobre La Situación Espiritual de La Ciencia Jurídico-Penal Alemana. In SCHÜNEMANN, Bern. Obras. Tomo I. Santa Fé (Argentina): Rubinzal-Culzoni. p. 219-258.

¹³¹ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. In Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre : Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003. p. 54 e ss.

obstáculo ao processo de imputação – ignorando que esta sempre foi a função desta categoria dogmática.

Tome-se também a discrepância entre a função do bem jurídico em seu contexto clássico (original) e naquele que agora se pretende pós-moderno. Com o que se chama de modernização do Direito Penal o “princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se em uma ordem de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização”.¹³² De função limitadora – segundo a fórmula “nenhuma punição sem lesão de bem jurídico” –, passa a ter função legitimadora: “nenhuma lesão sem pena”.

Eugenio Raúl Zaffaroni¹³³ assinala que um conceito legitimante abre caminho para uma ilimitada criminalização, dando ao legislador uma onipotência sem limites e que provoca um desencanto e conseqüente renúncia ao conceito de bem jurídico.

A tendência pretensamente progressista deste “Direito Penal do risco” institui o Direito Penal não como *ultima*, senão como *sola ratio*. De soldado de reserva, braço armado, face mais violenta do poder estatal, passa a instrumento de pedagogia popular, funcionando como um meio de manobra social.

Este Direito Penal está agora ligado somente de modo indireto ao indivíduo; mas diretamente às instituições da sociedade e ao Estado. A proteção dos bens jurídicos passou a ser a proteção das instituições. Sintoma inequívoco disso é a proliferação de conceitos de bens jurídicos universais, vagos e triviais.

O Direito Penal do risco não tem como regra a reprovação do injusto, como uma resposta para um fato; ele pretende reprovar o futuro, pretende a prevenção de futuros injustos, ou até vencer futuras desordens; “não se trata mais de dar uma resposta apropriada ao passado, mas de dominação do futuro”.¹³⁴

¹³² HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *In* Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre : Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003. p. 64 e 65.

¹³³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. et alli. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed – Buenos Aires : Ediar. 2002. p. 487.

¹³⁴ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *In* Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre : Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003. p. 61.

Mas a defesa deste novo Direito Penal pretende sustentar que este é um mero problema operacional e passageiro. Winfried Hassemer, porém afirma que a atuação apenas simbólica deste novo sistema é consequência fundamental – e não passageira – da manipulação dos instrumentos teóricos e da ampliação das funções que antes não eram confiadas ao Direito Penal.

Winfried Hassemer prega a inexistência de bens jurídicos universais; afirma, entretanto, para que tais bens tenham dignidade penal, devem antes funcionalizá-los a partir de bens jurídicos individuais, ou seja, devem ser reconduzíveis a um âmbito de referência individual.

Este é o debate que cerca a polêmica entre a teoria dualista de bem jurídico (Jorge de Figueiredo Dias, por exemplo) e teoria monista-pessoal do bem jurídico (Winfried Hassemer).

Para outros, no entanto, a solução do embate entre o Direito Penal clássico com estes problemas “pós-modernos, residiria na instrumentalização de um “subsistema”; funcionalizado apenas a atuação deste subsistema em direção destas novas demandas, mantendo, porém a estrutura clássica para tratar dos problemas próprios do paradigma liberal-individualista. Chama-se esta tendência de “expansão do Direito Penal”.¹³⁵

O Direito Penal manteria um cerne identificado com seu aspecto clássico – dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais –, e uma periferia de tutela dirigida à proteção contra os grandes novos riscos.

A periferia, ou “Direito Penal de segunda velocidade”, é caracterizada pela utilização de princípios diferenciados e por uma flexibilização controlada, antecipação da proteção de interesses coletivos, com maior indefinição de autores e vítimas; em resumo: com menor intensidade garantística demonstrada pelo Direito Penal clássico (de primeira velocidade).

Jesús-Maria Silva Sánchez,¹³⁶ um dos principais defensores desta posição, esclarece, porém, que este Direito Penal de segunda velocidade não deve cominar pena privativa de liberdade. Caso a tutela destes bens coletivos se dê com previsão de pena de prisão, os delitos devem ser considerados como pertencentes do núcleo intangível do Direito Penal (de primeira

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 170 e 171.

¹³⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo : RT. 2002. p. 146.

velocidade), negando-se qualquer intento de atenuar a rigidez das regras de imputação ou princípios de garantia. O que se pretende, então, não é a repressão da pena criminal, e sim a manutenção da força simbólico-comunicativa do Direito Penal.

No entanto, esta não vem sendo a tendência legislativa dos últimos tempos:

Para resumir, pode ser dito que, na medida em que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta assim sancionada tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria procedente [...] manter um claro sistema de imputação individual (pessoal). Mas, vejamos, na medida em que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal; e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas “corporais” permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal.

Em conclusão, pode-se afirmar que certamente existe [...] um espaço de expansão razoável do Direito Penal. O espaço de expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a isso, pode-se admitir *resignadamente* a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supra-individuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da *razoabilidade* dessa segunda expansão, que parece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. Na medida em que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica.¹³⁷

Outra posição é a defendida por Jorge de Figueiredo Dias.¹³⁸ O professor português distingue um Direito Penal clássico ou de justiça de um

¹³⁷ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo : RT. 2002. p. 146 e 147.

¹³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 171 e ss.

Direito Penal administrativo ou secundário; que, porém, não se confundiria com a proposta de um Direito Penal de segunda velocidade.

Com o Direito Penal secundário se pretenderia apenas a mútua referência entre bens jurídico-penais com a ordem jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais, políticos e culturais; com o que se deve aludir à necessidade de princípios dogmáticos autônomos.

O Direito Penal secundário é proposto em relação ao Direito Penal econômico-social das sociedades industriais avançadas, porém não pretende confrontar especificamente os problemas da “sociedade de risco” e constituir uma tutela capaz perante mega-riscos. A “sociedade de risco” é consequência, em grande parte, do modelo econômico típico das sociedades industriais avançadas.

Enquanto, por outro lado, uma tal proposta é pensada e tem todo o sentido relativamente ao Direito Penal econômico-social próprio da sociedade industrial avançada, mas não se propõe defrontar o problema específico da “sociedade do risco” e constituir tutela capaz perante os mega-riscos ou os riscos globais que ameaçam a existência. Decerto que também a “sociedade do risco” tem que ver em boa parte com o modelo de desenvolvimento econômico no seu mais amplo sentido, próprio da sociedade industrial, e, nesta medida, acarreta problemas que podem sem esforço incluir-se no âmbito do Direito Penal econômico-social. Mas também aqui, de um ponto de vista problemático, tem sentido distinguir, para efeito de questionar a susceptibilidade da sua tutela penal, os problemas econômicos da sociedade industrial avançada e os problemas econômicos que reentram na sociedade do risco. Quanto a estes últimos, a proposta agora em análise parece equívoca e, em definitivo, inadequada: porque além de ficar, ao menos *in partibus*, de novo a um passo da insuportável “burla de etiquetas”, acaba por trazer para o Direito Penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis, que a breve prazo haverão de conduzir ao domínio de um sobre o outro – quando não ao esmagamento de um pelo outro – sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrolável do “cerne” pela “periferia”.

[...]

A tutela dos novos grandes riscos típicos da “sociedade de risco” deve assim continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do Direito Penal, para tanto não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal.¹³⁹

¹³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 172 e 173.

4.2 A questão dogmática da titularidade individual e coletiva de bens jurídicos.

Por certo que a mudança de valores, a evolução tecnológica, as diferentes estruturas sociais dentro de uma escala histórica, evolutiva, cultural, influenciam muito as concepções filosóficas, sociológicas, com reflexo inevitável sobre o bem jurídico.

Como afirma Claus Roxin, *“La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”*.¹⁴⁰

E aqui se insere a discussão sobre a tutela de interesses coletivos pelo Direito Penal. A tendência contemporânea de tutela jurídica de interesses e direitos coletivos é, segundo o discurso que a sustenta, consequência necessária da evolução social.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, inexistem bens supra-individuais qualitativamente diferentes dos individuais; o que existe são bens de sujeito múltiplo. Significa que o titular não é um sujeito individualizado, senão que há uma multiplicidade de titulares, sendo que um não poderá dispor sem que inevitavelmente de afete a relação de disposição de outro também legítimo titular.¹⁴¹

A crítica feita a esta concepção é de que estes bens jurídicos são fruto de uma valoração genuinamente coletiva, um interesse social. No entanto tal assertiva não é bastante para abalar a afirmação do professor argentino: não se nega que o bem jurídico represente um interesse coletivo, sem dúvida ele trata da expressão de um interesse social na tutela de um bem, ou seja, na tutela da disponibilidade de certos entes. Entretanto a natureza desse interesse é diferente daquela que fundamenta sua tutela, por isso mesmo é que não se pode dizer que todos os bens jurídicos são públicos, embora de interesse social, senão que eles pertencem aos homens, individualmente e em comum.

O debate acerca dos contornos que se deve dar ao bem jurídico, no que diz respeito a sua titularidade singular ou plural (bens individuais e bens

¹⁴⁰

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Tomo III**. 1^a Ed – Mexico. 1988. p. 244 e ss.

coletivos), é atualmente muito difundido na Alemanha, onde se podem ser apontadas três teorias no que toca este tema.¹⁴²

- a) Concepção dualista de bem jurídico: posição dominante na Alemanha e que tem como representantes Klaus Tiedemann, Bernd Schünemann, Roland Hefendehl, entre outros, e em Portugal, Jorge de Figueiredo Dias. Segundo esta vertente os bens jurídicos individuais são de natureza de bens coletivos. Os bens jurídicos coletivos não podem ser reduzidos a uma dimensão de interesse individual. Nesse sentido, o caráter individual ou coletivo é irrelevante para a legitimidade do bem tutelado.
- b) Concepção monista-pessoal de bem jurídico: vertente liderada por Winfried Hassemer e a escola de Frankfurt. Para a teoria monista-pessoal, os bens jurídicos coletivos somente podem ser aceitos como tais se tratam na realidade de interesses individuais que são coletivizados; ou seja, somente se admitem bens coletivos quando passíveis de referência em um âmbito individual concreto. A coletividade não é em si objeto de tutela.¹⁴³
- c) Concepção monista-estatal ou monista-coletivista: já ultrapassada, era defendida por Karl Binding. Esta visão preceitua que os bens jurídicos são expressão do interesse estatal ou coletivo. Assim, inexistem bens individuais, somente estatais ou coletivos.¹⁴⁴

4.3 A teoria pessoal do bem jurídico.

No centro de toda fundamentação jurídica deve estar a existência real de pessoas, deve se respeitar um padrão antropocêntrico. Porém, surgimento de funcionalismos penais radicais possibilitou, por vezes, a inversão desta

¹⁴² GRECO, Luís. op. cit. p.102 e ss.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Ibidem.

lógica, colocando no centro da discussão a manutenção e funcionalidade do ideal sistema social. Foi assim que se orientaram teorias que legitimam as chamadas “meras unidades funcionais”, sistemas de delito onde a vítima é um conceito diluído; onde os bens não são passíveis de crítica, já que sua existência é meramente conceitual.

Tais abstrações conceituais não são, na verdade, problemas novos. Também Birnbaum e Feuerbach tinham conceitos abrangentes para legitimar o que, a rigor, não caberia nos critérios por eles mesmos traçados.

A evolução social, dita como responsável por esta “nova” diluição e abstração, não precisa ter, necessariamente, esta conseqüência de perda do referencial crítico. Basta que se insista numa compreensão liberal, real e antropocêntrica de Estado e Direito; fundados na liberdade, nas regras pautadas na limitação somente em nome dos interesses radicados também na proteção e desenvolvimento individuais.¹⁴⁵

Juarez Tavares entende esse referencial individual também como indispensável, e a partir disso defende o ponto de vista da teoria monista-pessoal; afirma que os bens coletivos são abstrações que sempre devem ser reconduzidos às situações concretas de lesão ou perigo de lesão aos bens individuais. E este fundamento será critério de aferição da legitimidade da proteção penal, pois verificada a incapacidade de tal recondução, demonstrará que não se está diante de um bem jurídico, podendo ser aquilo que diz tratar-se de mera *função*.¹⁴⁶

4.4 As teorias dualistas do bem jurídico.

Segundo Luís Greco, a teoria monista-pessoal não pode ser aceita, pois ela lança aos bens coletivos um estigma que não lhes faz justiça. Bens coletivos não são novidades ou criações do Direito Penal contemporâneo; exemplo disso são os velhos crimes de moeda falsa ou contra a paz pública.¹⁴⁷ Então, diferente do que afirma a teoria monista-pessoal, a solução não estaria

¹⁴⁵ HASSEMER, Windfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In* GRECO, Luis. TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org.) O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? (no prelo).

¹⁴⁶ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 217.

¹⁴⁷ GRECO, Luís. op. cit. p.104.

em se “individualizar bens coletivos”, e sim em distinguir bens jurídicos genuinamente coletivos das formulações que representam meras retificações ou coletivizações de bens jurídicos individuais.

Nesse ponto Knut Amelung demonstra que nem sempre um bem coletivo poderá ser reduzido a um âmbito individual. Por exemplo, a pretensão arrecadadora de tributos pode ser abalada independentemente do fim individual a que o dinheiro está destinado; a recondução ao âmbito individual da proteção da arrecadação tributária não interessa ao Direito Penal, pois seja o dinheiro usado para a compra de tanques de guerra, seja para a construção de jardins de infância, não se poderia negar a necessidade dessa proteção penal.¹⁴⁸

Luís Greco aponta, ainda, para o fato de que referência indireta a bens jurídicos individuais é tão ampla e imprecisa que apenas aparentemente difere da teoria dualista. Eis então a justificativa para se formular um concreto conceito de bem jurídico coletivo passível de direta referência.¹⁴⁹

Em sentido próximo, Raúl Cervini faz a distinção entre bens jurídicos microsociais e bens jurídicos macrosociais, sendo os primeiros representados pelos pressupostos de atuação dentro do sistema social (vida, liberdade, saúde, patrimônio), e os segundos, bens jurídicos conexos ao funcionamento do sistema e que tem por objeto assegurar o seu correto funcionamento e equilibrar os desajustes que pudessem produzir situações sociais conflitivas.¹⁵⁰

4.4.1 Bens jurídicos gerais e difusos.

Dentro da classe de bens supra-individuais, destaca-se ainda a distinção entre os bens gerais e bens difusos.

Bens jurídicos gerais são bens que se caracterizam por representarem interesses da generalidade das pessoas que integram a comunidade social. Já os bens difusos estão relacionados a um grupo de indivíduos, a um interesse

¹⁴⁸ AMELUNG, Knut. apud GRECO, Luís. op. cit. p.102 e ss.

¹⁴⁹ GRECO, Luís. op. cit. p.105.

¹⁵⁰ CERVINI, Raúl. Raúl. **Derecho Penal Económico** – Concepto y bien jurídico. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.º 43. – Revista dos Tribunais : 2003. p. 97.

setorial que convive dialeticamente com outros grupos e outros interesses dentro do seio social.¹⁵¹

Para exemplificar, pode-se dizer que os delitos contra a ordem econômica (*stricto sensu* – regulação jurídica da participação estatal na economia) há uma tutela de um bem jurídico supra-individual geral, porquanto a ordem econômica, no sentido exposto, é reflexo do interesse de uma generalidade social. Já nos delitos contra as relações de consumo, onde se utiliza o conceito de ordem econômica em sentido amplo, é supra-individual difuso, pois é caracterizado por um interesse econômico setorial.

Assim, para alguns autores como Miguel Bajo Fernández e Carlos Suárez González,¹⁵² a ordem econômica em sentido estrito pode figurar como bem jurídico diretamente protegido (diferentemente do seu emprego em sentido amplo, o qual somente poderá figurar como bem jurídico mediato), desde que se formule de modo preciso no tipo penal, o que se quer referir com esta “ordem econômica”.

Es más, según advierten acertadamente los citados autores, ni siquiera en los delitos en que existe una mayor identificación entre el concepto de orden económico como interés y su regulación jurídica (como acontece en los delitos monetarios) puede afirmarse, en rigor, que se agota en dicha noción el proceso de depuración del bien jurídico. En efecto, más allá de una genérica regulación jurídica del intervencionismo estatal (por más que se adjetive incluso con una referencia a las transacciones exteriores), en los mencionados delitos es posible hablar de un objeto jurídico dotado de mayor precisión y definido como el interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales. Y con mayor motivo cabe hallar un bien jurídico revestido de más concreción en las restantes figuras delictivas que afectan al orden económico en sentido estricto, como sucede, v. gr., en los delitos relativos a las alteraciones de precios, cuyo bien jurídico se concreta en el interés jurídico que posee el Estado en la consecución de una determinada política de precios, o sucede también en el delito de degradación tributaria, en el que el bien jurídico directamente protegido se concreta en el patrimonio del Erario público.

En otro orden de cosas, hay que aclarar que, pese a que en alguna ocasión se haya mencionado también la “economía nacional”, para designar un posible bien jurídico protegido en esta clase de delitos, hay que convenir con BAJO/SUAREZ (P.E., 1993, p. 566) en que la expresión “economía nacional”, empleada en el art. 38 de la Constitución española, es una expresión tan vaga que carece de contenido conceptual y que, por tanto, no puede constituir bien jurídico alguno.¹⁵³

¹⁵¹ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 94 e 95.

¹⁵² PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 97.

¹⁵³ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 97 e 98.

4.5 Vantagens da teoria pessoal do bem jurídico.

Reversível ou não, este processo por que passa o Direito Penal ao tentar assimilar a proteção de bens jurídicos supra-individuais pretende reformular a teoria do bem jurídico colocando em xeque aquela que pode ser considerada a principal função do bem jurídico: a limitação do poder de punir. A tentativa de adaptar o Direito Penal ao paradigma da sociedade de risco acaba por deixar sem sentido muitos conceitos dogmáticos, já que voltado para uma política criminal de prevenção de riscos incertos e incalculáveis.¹⁵⁴ A proteção de bens jurídicos supra-individuais é uma criação artificial que tenta muitas vezes esconder que sua função não está voltada à prevenção, mas sim a acalmar os ânimos dos que tem medos (incertos e mais incalculáveis que os riscos); o legislador é pressionado a apresentar resultados positivos sobre a prevenção, daí porque a eleição de técnicas como perigo abstrato como forma de atuação simbólica do Direito Penal.¹⁵⁵

Os bens jurídicos penais a qual estes objetos se reportam satisfazem qualquer desejo de generalização. Trata-se, então, de criminalizações na retaguarda da ofensa a um bem jurídico; da proteção dos “desejos” humanos “numa acepção exclusiva e exacerbadamente somática”, ao invés da proteção da vida e da saúde humana; da proteção da saúde do povo; da aptidão funcional do mercado de capitais, do fomento estatal da economia ou do processamento de dados na economia e na administração.¹⁵⁶

Alguns, como Bernd Müssig, sustentam que não se pode dizer que as relações coletivas – e socialmente complexas – não sejam tão concretas quanto as individuais (cara a cara). Barrar o Direito Penal nesse estágio de desenvolvimento social seria tratar uma sociedade moderna com uma concepção pré-moderna. Fato que revelaria um contra-senso da escola penal de Frankfurt, já que foi a proposta da escola filosófica de Frankfurt foi

¹⁵⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. p. 105 e ss.

¹⁵⁵ HASSEMER, Windfried. Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre : Sérgio Antonio Frabris, 2008. p. 228.

¹⁵⁶ HASSEMER, Windfried. Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre : Sérgio Antonio Frabris, 2008. p. 225.

justamente o reconhecimento da relação fundamental entre a diferenciação social, a modernidade social e a constituição social do indivíduo.¹⁵⁷

E essas seriam as conseqüências, aos olhos do funcionalismo sistêmico, da teoria pessoal do bem jurídico: a tomada de uma sociedade moderna como se pré-moderna fosse; a pressuposição de que os bens jurídicos individuais são hierarquicamente superiores aos coletivos; a negação do caráter social do sujeito contemporâneo.

Não nos parece feliz a conclusão. É certo o caráter complexo das sociedades contemporâneas, porém mais certo é que desta realidade faz parte a complexidade imposta para estratificação social. É a criminologia crítica, e um ponto de partida desde uma sociologia do conflito, que nos demonstram quais são as conseqüências reais do sistema penal.¹⁵⁸

Não se nega a existência de relações com significado coletivo, não se trata da defesa do individualismo a todo custo. Trata-se, mais, de impedir a racionalização do ser humano, sofrendo as conseqüências reais da pena criminal, em prol de um simples controle anônimo de informações, por exemplo. O que significa que o coletivo não existe em si, senão que depende dos indivíduos; a recíproca também é verdadeira, o sentido do gênero humano é social, porém seu reconhecimento não deve, ao mesmo tempo, legitimar sua aniquilação em prol do “interesse geral”.

A teoria do bem jurídico não pode basear-se na teoria sociológica do consenso, deve sim partir de uma concepção conflitiva, em que a ordem social é o resultado mais da coerção que de um suposto consentimento. Uma aproximação à teoria do conflito desmistifica a universalidade dos valores, e impõe ao legislador um dever de prudência de somente acolher aqueles valores que podem realmente ser generalizados em prol de todos: os direitos fundamentais do homem.¹⁵⁹

Os bens jurídicos supra-individuais, portanto, devem ser passíveis de recondução a um âmbito individual; como sustenta Windfried Hassemer: “um

¹⁵⁷ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y os fundamntos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. p. 62 e ss.

¹⁵⁸ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. 3.^a Ed. Rio de Janeiro : Revan, 2002. p. 122 e ss.

¹⁵⁹ FERNANDES, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. Montevideo/Buenos Aires : BdeF, 2004. p. 119 e ss.

código penal não pode renunciar, justamente, neste momento, aos bens jurídicos universais. Defendo que para isso que eles sejam formulados tão precisamente quanto possível e que se deva funcionalizá-los a partir dos bens jurídicos individuais”.¹⁶⁰ Uma política criminal moderna e divagadora também danifica o conceito tradicional de bem jurídico faz sua aplicação com a instrumentalização de bens jurídicos generalizantes.¹⁶¹

Os bens jurídicos que não sejam reconduzíveis ao ser humano devem apenas sofrer controles não-criminais; ao Direito Penal cabe tratar apenas da proteção de bem jurídico que representa um núcleo essencial de valores. Este meio não-criminal, para Windfried Hassemer, seria o chamado Direito de Intervenção, mais adequado, inclusive, para o enfrentamento das novas questões que impulsionam as novas pretensões de política-criminal. O que não significa renegar o âmbito coletivo a uma hierarquia inferior ao individual; significa que os meios penais são mais eficientes na tutela destes interesses coletivos. Essa é a conclusão básica da teoria pessoal do bem jurídico.

É necessário entender que a criação de bens jurídicos supra-individuais com o surgimento da idéia de Estado de bem-estar social, o *Welfare State*, é que se acentuam os processos expropriação de conflitos de criação de bens jurídicos artificiais que se confundem com as finalidades governamentais do Estado (na economia, na ecologia, na saúde pública, na segurança do trabalho). Estes interesses políticos se convertem então em bens jurídicos de titularidade coletiva, intensamente abstratos, partícipes de uma criminalização de um “conflito” sem vítima.¹⁶²

¹⁶⁰ HASSEMER, Windfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte : Del Rey, 2007. p. 207.

¹⁶¹ HASSEMER, Windfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In* HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 96-127.

¹⁶² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. p. 108 e ss.

5. Estrutura do delito: técnicas de tipificação e ofensividade

5.1 Delitos de perigo e delitos de dano

Como ressalta René Dotti, “o dano para efeitos penais é a perda ou a restrição de um bem juridicamente tutelado”.¹⁶³ Pode-se subdividir o dano em dano efetivo e dano potencial. No dano efetivo o bem jurídico é realmente afetado pela conduta de um agente, por exemplo, alguém que morre vítima de homicídio, ou mesmo a alteração anatômica do ofendido em uma lesão corporal, ou a perda da coisa móvel no furto. Já no dano potencial o bem jurídico não é atingido de modo real, mas sofre probabilidade de sê-lo, e isso constitui o que se chama perigo de lesão. Probabilidade que é aferida tomando-se como referência um juízo da comunidade, não significa uma mera possibilidade.¹⁶⁴

O perigo é, segundo uma perspectiva subjetiva, uma mera criação do espírito, uma expectativa de algo indesejável, uma vez que objetivamente não existe. Já segundo uma visão objetivista o perigo é algo objetivo e demonstrável, não uma mera criação do espírito.¹⁶⁵

5.1.1 Perigo abstrato e perigo concreto

Os bens jurídicos são defendidos contra certas condutas que oferecem risco, nesse sentido, contemporaneamente se diz que eles podem ser tutelados pela cominação de penas criminais por três técnicas diversas, quais sejam, delitos de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato.

Para que possamos analisar o que seja perigo concreto e abstrato devemos diferenciá-los, o que para boa parte da doutrina (que é contra a

¹⁶³ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. – Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 322.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Ibidem.

configuração de delitos de perigo abstrato) significa definir os limites do criminalizável no conceito de perigo concreto.¹⁶⁶

Toda problemática acerca dos crimes de perigo abstrato não deve, segundo Luís Greco, ser discutida à luz de considerações sobre bem jurídicos e sim onde alguns autores chamam de “estrutura do delito”. Conforme este autor, “ao tratar do bem jurídico, está-se diante da pergunta: o que proteger? Ao tratar da estrutura do delito, o problema já não é mais o que proteger, e sim: como proteger?”.¹⁶⁷

São muitas as vozes que negam a existência, por ilegítima, ofensiva aos princípios da lesividade ou ofensividade, e, por este fato, inconstitucional, dos delitos de perigo abstrato.¹⁶⁸

Entretanto Luís Greco aponta que a justificativa dada para a afirmação acima (princípio da lesividade e a necessidade de referência a bem jurídico) é falha, tratando-se de um erro categorial. Ou seja, seus críticos tratam o perigo abstrato como um problema relativo ao bem jurídico – ignorando que os bens jurídicos são os mesmos referidos nos delitos de lesão e perigo concreto – quando na verdade trata-se de um problema de “estrutura do delito”.¹⁶⁹

Para os críticos do perigo abstrato o perigo concreto (e portanto os limites do criminalizável) fica configurado quando, sob uma perspectiva *ex post*, verifica-se a existência, nas circunstâncias reais, do risco ao bem jurídico.

O que diverge da doutrina italiana, considerada fonte de inspiração para muitos, pois aquela parte da visão *ex ante* para a definição do que seja perigo concreto, criando um conceito amplo de perigo concreto que abarca as hipóteses que doutrina alemã define como perigo abstrato.¹⁷⁰

Eckhard Horn define o perigo concreto, segundo um postura de natureza ontológica, quando restar verificado que a ausência real de resultado efetivamente lesivo não é cientificamente explicável por meio de uma lei natural.¹⁷¹ Ou seja, se não for possível concluir em razão de qual lei natural a lesão efetiva não ocorreu – se os acontecimentos seguissem a ordem natural haveria dano real – estamos diante de uma situação de perigo concreto.

¹⁶⁶ GRECO, Luís. op. cit. p. 119.

¹⁶⁷ GRECO, Luís. op. cit. p. 117 e 118.

¹⁶⁸ GRECO, Luís. op. cit. p. 117 e 118.

¹⁶⁹ GRECO, Luís. op. cit. p. 120.

¹⁷⁰ GRECO, Luís. op. cit. p. 120.

¹⁷¹ HORN, Eckhard. Apud GRECO, Luís. op. cit. p. 120 e ss.

Já Bernd Schünemman rechaça a possibilidade de se constatar a existência de perigo concreto com base em dados ônticos.¹⁷² Portanto deve-se adotar uma postura de caráter normativo, segundo a qual a existência de um perigo concreto somente se verifica quando o resultado efetivamente danoso não ocorrer por mero acaso; ou seja, quando a inoccorrência do dano não era algo racionalmente confiável.

O conceito normativo é algo já de longa tradição doutrinária e jurisprudencial, sendo a definição majoritariamente aceita de perigo concreto.

Entretanto Luís Greco assinala que os críticos dos crimes de perigo abstrato não são fiéis a este entendimento.¹⁷³

Formulando o exemplo de um motorista embriagado que ao ultrapassar motociclista avança o veículo sobre ele, o qual por ser piloto de motocross não tem dificuldades em desviar, Luís Greco enfrenta a doutrina brasileira.¹⁷⁴

Segundo este autor a doutrina nacional não poderia concluir pela ocorrência de crime capitulado no artigo 306 do Código de Trânsito brasileiro – conduzir veículo automotor na via pública, sob influência de álcool ou de substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem –, pois a inoccorrência de dano efetivo não ocorreu por “mero acaso” e sim por habilidades especiais do motociclista. O que sob uma perspectiva *ex post* deve ser levada em conta e concluirá pela inoccorrência de perigo.¹⁷⁵

Entretanto, Luiz Flávio Gomes e Damásio Evangelista de Jesus entendem que o perigo concreto pode caracterizar-se em um “perigo comum ou indireto”¹⁷⁶, ou seja, que não recai determinadamente sobre uma pessoa e sim sobre pessoa indeterminada.

Para o posicionamento de perspectiva *ex ante* (doutrina italiana), não se pode levar em conta as qualidades do motociclista – algo que somente pode ser perceptível sob a ótica de um julgamento *ex post* – para excluir a existência do perigo.

Nessa perspectiva, os críticos do perigo abstrato apenas conseguiriam firmar sua posição sobre a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato

¹⁷² SCHÜNEMANN, Bern. Apud GRECO, Luís. op. cit. p. 121 e ss.

¹⁷³ GRECO, Luís. op. cit. p. 121.

¹⁷⁴ GRECO, Luís. op. cit. p. 122.

¹⁷⁵ GRECO, Luís. op. cit. p. 122.

¹⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 105.

por optarem por uma conceituação muito ampla de perigo concreto, diluindo-o, de certa forma.¹⁷⁷

Já Eugenio Raúl Zaffaroni sustenta que o critério de que seria o perigo abstrato aquele que somente existiu julgado *ex ante* e o perigo concreto o que foi valorado *ex post* é insatisfatório, porquanto de certo modo todo perigo é abstrato *ex ante* e concreto *ex post*.¹⁷⁸ Portanto, todos os perigos devem ser valorados *ex ante*, bem como toda a situação de risco de lesão deve ter existido no mundo real.

De todo modo, como se verá ao final deste trabalho, uma análise dos fatos com base nas idéias de conflito interpessoal e de estrutura do delito são capazes sim de afirmar como ilegítimos os crimes de perigo abstrato muito afastados da realidade de perigo. Não se pode suportar a idéia de que há racionalidade e proporcionalidade em punições que recaem imediatamente sobre o corpo do apenado por fatos que apenas supostamente perturbam um bem jurídico.

Diferentemente do que supõe Bern Schünemann,¹⁷⁹ o perigo abstrato não deriva da “natureza das coisas”; trata-se de uma técnica de tipificação, que tem por base um conflito longínquo no futuro.

5.1.2 A presunção de perigo

Diz-se existir, dentre os delitos de perigo, os de perigo concreto e os de perigo abstrato, em que o primeiro se verifica a existência real de exposição do bem jurídico a perigo, sendo que o segundo haveria uma presunção *juris et de jure* da existência do perigo, por conseguinte, da afetação com a exposição do bem jurídico ao perigo (presumido).

Entretanto, de maneira veemente opõe-se Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem todos os perigos são concretos e abstratos, sendo que um momento que

¹⁷⁷ GRECO, Luís. op. cit. p. 122.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. et alli. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed – Buenos Aires : Ediar. 2002. p. 492.

¹⁷⁹ SCHÜNEMANN, Bern. Consideraciones Críticas Sobre La Situación Espiritual de La Ciencia Jurídico-Penal Alemana. In SCHÜNEMANN, Bern. Obras. Tomo I. Santa Fé (Argentina): Rubinzal-Culzoni. p. 219-258.

antecede o ato o perigo é concreto e em um momento posterior o perigo é abstrato. Não se chega, com isso, a negar a existência destas figuras distintas, apenas assinala que o que os diferencia não é propriamente um problema de direito material, mas processual, fazendo, porém, a ressalva que a presunção que opera nos tipos penais de perigo abstrato deve ser *juris tamtum*.

Aponta para a insegurança de se utilizar uma presunção absoluta de afetação ao bem jurídico; assinalando a possibilidade de se apenar sujeitos por delitos em que a realidade demonstra a não ocorrência de qualquer dano ou exposição a perigo de um bem jurídico; fazendo as mesmas críticas feitas à tentativa de se legitimar o *jus puniendi* contra atos não lesivos, sem vítimas, por descumprirem deveres pelos próprios deveres, que criam os crimes de desobediência e negam o bem jurídico como elemento indispensável dos tipos penais.

A diferença aqui é que o discurso não se trata mais de moralidade social, mas de rotular condutas como normalmente perigosas, criando a temerosa figura da “perigosidade social”.

É nesse sentido que o autor põe o problema como uma questão mais processual do que de direito material, pois os tipos penais de perigo abstrato operam uma presunção relativa de afetação do bem jurídico fazendo com que o ônus probatório seja invertido, cabendo, pois, ao acusado no processo penal fazer prova da não exposição do bem jurídico a perigo.

5.2 Antecipação do Direito Penal: a ampliação do poder punitivo

A chamada antecipação do direito penal é uma técnica legislativa que trás o Direito Penal (a atuação do sistema de justiça criminal) em um momento anterior à efetiva lesão de bem jurídico ou destruição do objeto da ação. Dentro desta estrutura de delito, costuma-se vincular a idéia de antecipação com a referência a bens jurídicos coletivos, bem como do mecanismo chamado “crimes de perigo abstrato”.¹⁸⁰ Conforme ressalta Luiz Luisi, a tutela penal não é feita apenas diretamente, por vezes o Direito Penal utiliza como estratégia de

¹⁸⁰ GRECO, Luís. op. cit. p. 114.

política criminal a punição de um ato que normalmente seria considerado preparatório; antecipa-se a proteção penal criminalizando situações que apenas põem em perigo o bem jurídico.¹⁸¹

Jorge de Figueiredo Dias aponta para fato de que por mais que se antecipe a tutela (algo que há tempos já ocorre, por exemplo, com a punição da tentativa), tal não se mostra o bastante para a proteção de nossa sociedade e da previsível sociedade do futuro. O problema é saber se antecipando a tutela ele estará legitimidade atuando em proteção a gerações futuras, ou se, atuando em defesa das pessoas já existentes estaria atuando dentro do campo do ilegítimo, porquanto existiriam meios jurídicos não penais ou mesmo não jurídicos de políticas sociais mais eficientes.¹⁸²

Carlos Martínez-Buján Pérez, aponta para a utilização do perigo abstrato como forma de lesionar bens jurídicos coletivos imateriais, institucionalizados ou espiritualizados (não reconduzíveis a bens jurídicos individuais). Pois com a utilização da tutela imediata por meio de um bem jurídico “intermediário com função representativa”, um bem jurídico tutelado em sentido técnico restará imediatamente defraudado com a ação típica e de modo mediato o bem jurídico supra-individual sofrerá uma vulneração por perigo abstrato.¹⁸³

O supracitado autor sustenta ainda que o perigo abstrato é uma forma de dano *sui generis* legítima para a tutela da ordem econômica, pois esta é que dá base para o exercício da liberdade de disposição econômica de um conjunto indeterminável de pessoas. A lesão no perigo abstrato a bens jurídicos supra-individuais vulnera as condições de segurança imprescindíveis para um desfrute dos bens desprovidos de toda perturbação, as condições juridicamente garantidas de disposição dos bens sem riscos. Entretanto, tal regulação penal, por exemplo, no campo dos delitos econômicos, deve recair apenas sobre um setor particularmente intolerável de perturbação da atividade econômica ou empresarial.¹⁸⁴

Vale mencionar também, em matéria da legitimidade do emprego do perigo abstrato, duas recomendações (respectivamente, 2.^a e 9.^a) surgidas com

¹⁸¹ LUISI, Luiz. Direito Penal. op. cit.

¹⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 52.

¹⁸³ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 113.

¹⁸⁴ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 113 e ss.

a conclusão do XII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal celebrado no Cairo em 1984:

“El Derecho penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la violación de las reglas económicas. Normalmente, el Derecho penal desempeña un papel subsidiario. Pero, en determinados sectores el Derecho penal es de primera importancia y prevé medios más apropiados para regular la actividad económica que el Derecho administrativo o el mercantil”.

[...]

“El empleo de los tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición vaya referida directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar al prueba de los delitos”¹⁸⁵

A nova tendência de alguns autores (Bernd Schünemann, Roland Hefendehl e Knut Amelung, entre outros) é de utilizar a teoria do bem jurídico para desconstruir bens jurídicos aparentemente coletivos (função crítica).¹⁸⁶

Muitas criminalizações em que há referência a bens jurídicos denominados coletivos na verdade comportam uma classificação melhor como crimes de perigo abstrato a bens jurídicos individuais.

Isso porque os bens jurídicos só aparentemente coletivos são apenas a soma de bens jurídicos individuais; a lesão a tais bens aparentemente coletivos não passa de perigo de lesão a bens jurídicos individuais.¹⁸⁷

Para Knut Amelung estaremos também diante de bens jurídicos aparentes quando este não passar de mera descrição substantivada do comportamento conforme a norma, como no caso de um suposto bem jurídico “moralidade”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 115 e 116.

¹⁸⁶ GRECO, Luís. op. cit. p. 114. HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons.

¹⁸⁷ GRECO, Luís. op. cit. p. 115.

¹⁸⁸ AMELUNG, Knut Apud GRECO, Luís. op. cit. p. 106.

Não basta a soma de bens jurídicos para a caracterização de bens coletivos. A definição de um bem jurídico como coletivo é caracterizada por uma indivisibilidade.

Como exemplo de bem jurídico pseudo-coletivo pode-se citar a “saúde pública”, porquanto esta não passa da soma das várias integridades físicas individuais.¹⁸⁹

Admitindo-se a possibilidade da adoção da técnica chamada “perigo abstrato” há que se formular critérios para medir a efetiva legitimidade das criminalizações por ofensa por perigo abstrato a bem jurídico.

Wolfgang Wohlers¹⁹⁰ separa as espécies de perigo abstrato segundo critérios de legitimidade que cada qual deve atender. Assim define três espécies: os delitos de ação concretamente perigosa, os delitos de cumulação e os delitos de preparação.

Os delitos de ação concretamente perigosa referem-se aos tipos que proíbem uma ação que culminará em uma situação não mais controlável pelo agente e, nesse sentido, perigosa ao bem jurídico. Um exemplo é o delito de embriaguez ao volante do direito penal alemão – que se distancia do brasileiro na medida em que não faz qualquer alusão à ocorrência de lesão ou perigo de lesão – que somente seria legítima diante de uma ponderação de interesses aproximada àquela requerida na incriminação do delito culposos, no que se refere ao dever objetivo de cuidado em contraposição a um risco permitido. Caso o perigo permaneça sob o domínio do autor não há legitimidade na incriminação deste tipo de conduta.

Delitos de cumulação se caracterizam por proibir condutas que não seriam por si mesmas, ou singularmente considerada, perigosas, mas que assim se mostram com sua prática reiterada e plural. Um bom exemplo aqui seriam os delitos ambientais. Entretanto, somente será legítima a criminalização quando pautada em fundamentos de expectativas realistas quanto aos efeitos da cumulação sobre um bem jurídico de especial relevância e que demanda um dever de cooperação.

Os delitos de preparação caracterizam-se por proibições a ações que não são diretamente lesivas, senão que criam uma situação de risco de que o

¹⁸⁹ GRECO, Luís. op. cit. p. 115.

¹⁹⁰ WOHLERS, Wolfgang. Apud GRECO, Luís. op. cit. p. 127 e ss.

próprio agente ou um terceiro cometam uma ação concretamente lesiva. Para a legitimidade desde tipo de criminalização os fundamentos devem ser especialmente justificantes da antecipação do dever de responsabilidade sobre a integridade do bem jurídico ou pelo comportamento de terceiros, “como é o caso em hipótese de entrega de objetos perigosos ou da existência de sentido unívoco da contribuição”.¹⁹¹

Já Roland Hefendehl classifica e impõe critérios a cada estrutura de delito especificamente para certos tipos de bens jurídicos.¹⁹² Assim, as exigências para criminalizar uma conduta perigosa serão maiores do que uma conduta efetivamente lesiva. Desse modo, deve ser exigido das condutas perigosas que façam referência a um equivalente material para a causalidade real, (já que ausente a relação de lesividade causal) o que poderá ser representado pela cumulação já apontada por Wolfgang Wohlers.

Há também a menção a um delito de potencial lesivo, tipo de crime de perigo abstrato em que o tipo objetivo estaria limitado à criação de um risco, tal qual a atual teoria da imputação objetiva. Desse modo, sem criação *ex ante* de um perigo para bens jurídicos individuais, deve ser excluída a tipicidade do delito.

Mais do que tratar somente da estrutura do delito, Roland Hefendehl trata dos limites da proibição, subsidiaridade, proporcionalidade e considerações a respeito de alternativas ao direito penal. Desse modo o autor critica não somente as incriminações já tradicionalmente criticadas, mas também as dirige aos delitos que se encontram há tempos em nossos Códigos Penais, tais como falsificação de moeda ou corrupção.

Enfim, Luís Greco aponta para quatro problemáticas acerca do tema:

Primeiramente, é preciso perguntar-se o conceito crime de perigo abstrato é um referencial suficiente para a discussão, ou se é necessário ser mais preciso. Tem-se de refletir, assim, se por trás da denominação única “crime de perigo abstrato” não se esconde uma fama de fenômenos bastante heterogêneos, fazendo necessário distinguir grupos de crimes de perigo abstrato, para que se possa dar início a uma análise separada da legitimidade de cada qual destes grupos.

Caso se considere necessário dissecar o conceito de perigo abstrato, ter-se-á, em seguida, de discutir quais seriam as novas estruturas.[...] Quais destas

¹⁹¹ GRECO, Luís. op. cit. p. 129.

¹⁹² HEFENDEHL, Roland. Apud GRECO, Luís. op. cit. p. 127 e ss.

serão necessárias, quais dispensáveis? É este o *segundo problema* que se coloca.

Um terceiro problema diz respeito à possibilidade de aplicar as categorias lesão, perigo concreto, perigo abstrato a bens jurídicos coletivos, para caracterizar com precisão de que estrutura de delito se trata. [...] A questão preliminar será certamente, determinar com clareza o que se entenderia por lesão no caso de bens jurídicos coletivos – algo que de modo algum se pode considerar resolvido.[...]

Em *quarto lugar*, e aqui se situa a questão decisiva, cumpre enunciar se e sob quais condições as diferentes espécies de crime de perigo abstrato se mostram legítimas.¹⁹³

5.2.1 Críticas e erro metodológico

Eugenio Raúl Zaffaroni critica de forma veemente algumas formas de antecipação punitiva aqui apresentadas, como o absurdo de se tomar por base o risco de universalização da conduta (cumulação), porquanto não existe conduta que nesse sentido não seja passível de ser considerada perigosa. Aponta também a presunção de perigos e riscos inexistentes como violações diretas ao princípio da lesividade; a previsão de perigos de perigos potencializados e sua distância do conceito de tentativa punível; a técnica de “clonar” bens jurídicos, criando bens jurídicos intermediários (cuja afetação é lesiva somente por pôr em perigo outros bens jurídicos) os quais por sua vez são considerados passíveis de lesão por perigo mediante a mesma fórmula da tentativa.¹⁹⁴

Em sentido próximo, Windfried Hassemer afirma que a forma delitiva dos crimes de perigo abstrato é um “facilitador” da aplicação do direito penal e do trabalho do juiz, pois renunciam à prova do dano, da causalidade; outorga ao legislador a apreciação da gravidade da conduta incriminada. O que flagrantemente reduz a possibilidade de defesa. Na proliferação de crimes de vítimas inexistentes ou rarefeitas, o modo de atuação dos instrumentos penais em relação à criminalidade do moderno direito penal fará com que se reduza a

¹⁹³ GRECO, Luís. op. cit. p. 132 e 133.

¹⁹⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. et alli. op. cit. p. 492 e 493.

clareza e a percepção do injusto, tornando-o o resultado de uma pura avaliação técnica.¹⁹⁵

Carlos Martínez-Buján Pérez destaca que é no direito penal econômico onde mais podemos verificar a existência de tipos de perigo abstrato puramente formais, sem um conteúdo material de injusto, o que a doutrina soe chamar “delitos de pura desobediência” ou delitos “com função puramente organizadora formal”. Em tais delitos o “interesse abstrato” já se encontra vulnerado com a transgressão de uma regra proibitiva. São autênticos ilícitos administrativos agora sob o manto da tutela penal. O que, para o autor supracitado, é uma flagrante violação do princípio da intervenção mínima.¹⁹⁶

5.3 PROPOSTAS DOGMÁTICAS DO DUALISMO: estruturas e técnicas de vulneração de bens jurídicos supra-individuais

Trataremos agora das propostas que envolvem o “como lidar” das teorias que aceitam a existência de bens jurídico-penais coletivos. Não que se deixe, a partir deste momento, de se reportar aos problemas que envolvem a separação dos bens jurídicos individuais e supra-individuais, é que, apenas para fins pedagógicos, é necessária a divisão.

5.3.1 Bens jurídicos mediatos e imediatos

Para Carlos Martínez-Buján Pérez, bens imediatos são aqueles aos quais se faz referência técnica dentro do estudo da estrutura do delito (referência tal qual à conceituação tradicional de bem jurídico); são os bens jurídicos que são incorporados ao tipo de injusto da infração, e implicitamente indispensáveis ao tipo objetivo de qualquer delito. Sua vulneração haverá de ser abarcada pelo dolo ou culpa. Além disso, cumpre as funções clássicas do bem jurídico, notadamente a função interpretativa de cada tipo penal.¹⁹⁷

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried. op. cit. p. 62 e 63.

¹⁹⁶ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 108 e 109.

¹⁹⁷ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 90.

E bens mediatos estariam ligados à *ratio legis* ou finalidade objetiva da norma – as razões ou motivos que levaram o legislador penal a criminalizar um determinado comportamento. Não estão incorporados ao tipo penal, portanto, não se exige sua lesão ou perigo de lesão no caso concreto, nem sequer referência quanto ao dolo ou culpa. Sua função seria de limitar e orientar o *ius puniendi* (seja para criar, seja para suprimir delitos); cumpre também uma função sistematizadora; e até mesmo uma função complementar na mensuração da pena, porquanto sua afetação mediata pode indicar um dado a mais acerca da gravidade do injusto.¹⁹⁸

Carlos Martínez-Buján Pérez, fala desde uma formulação para um Direito Penal econômico, mas como ressalta o próprio autor, a noção de classificação dos bens jurídicos em mediatos e imediatos não é privilégio dos delitos socioeconômicos. Em quase todos os delitos de natureza socioeconômica é possível verificar a existência de figuras delitivas em que é tutelado em sentido técnico o patrimônio individual e, em sentido mediato, sua projeção sobre a ordem econômica (em sentido amplo), como um “biene jurídico de segundo orden detrás de los intereses patrimoniales individuales”.¹⁹⁹

Desse modo, tomando-se um exemplo citado pelo professor espanhol, em relação à legislação de seu país, os delitos contra a propriedade industrial, fazem referência, em primeiro plano, a um bem patrimonial individual, e em segundo plano pode o dano pode ser projetado como afetação à ordem econômica (interesse de índole supra-individual).²⁰⁰

5.3.2 Bens jurídicos intermediários desmaterializados e bens jurídicos com função representativa

Carlos Martínez-Buján Perez afirma que é mais correta a aplicação deste modelo segundo a estrutura dos chamados delitos com bens jurídicos intermediários espiritualizados (Bernd Schünemann e Claus Roxin) e bens jurídicos com função representativa (Günther Jakobs).²⁰¹

¹⁹⁸ Ibidem. p. 90 e ss.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 92.

²⁰⁰ Ibidem. p. 93.

²⁰¹ Ibidem. p. 98.

Tal construção foi idealizada para ser aplicada a delitos de perigo abstrato que tutelam mediatamente bens jurídicos supra-individuais imateriais ou institucionalizados, dado sua dificuldade de conceber uma tipificação de lesão ou perigo concreto de lesão em um bem jurídico que somente é afetado depois de reiterada e generalizada prática da conduta típica.

Esta construção pretende aplicar uma técnica de tipificação que tutele os ditos bens imateriais e dignos de tutela penal, tomando como bem imediato, “em sentido técnico”, um bem jurídico intermediário “representante” ou com “função representativa” que deverá resultar imediatamente lesionado, ou sofrer perigo concreto de lesão, por conta de uma conduta típica individual.

Assim, o bem jurídico mediato, fora do âmbito de proteção técnica do delito, somente restará lesionado quando da prática reiterada das ações típicas individuais lesivas ao bem jurídico imediato.

Com base nisso Carlos Martínez-Buján Pérez defende que tal técnica pode ser perfeitamente empregada na proteção da “ordem econômica” que nunca será um bem jurídico imediato, protegido em sentido técnico.²⁰²

5.3.3 A tese de Tiedemann

Klaus Tiedemann define bens jurídicos que não são nem totalmente coletivos, nem totalmente individuais ou individualizáveis. Os bens jurídicos intermediários ou de referente individual são interesses coletivos penalmente tutelados de forma conjunta com os bens individuais, sendo ambos de caráter homogêneo ou situados na mesma linha de ataque, ou seja, são de mesmo modo passíveis de lesão.²⁰³

Aqui o bem jurídico supra-individual está diretamente ligado a um bem jurídico individual, como em uma relação de meio (coletivo) e fim (particular).²⁰⁴

²⁰² PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 99 e 100.

²⁰³ MARTÍN, Ricardo Mata y. Apud. OSPINA, Sandra Jannette Castro. **DELITOS INFORMATICOS**: La información como bien jurídico y los delitos informáticos en el Nuevo Código Penal Colombiano. Disponível na Internet: <<http://www.delitosinformaticos.com/delitos/colombia.shtml>>. Acesso em 28 de março de 2005.

²⁰⁴ OSPINA, Sandra Jannette Castro. op. cit.

Klaus Tiedemann coloca em um mesmo patamar de importância, e de maneira autônoma, bens jurídicos individuais e supra-individuais. Este autor propõe que a coletividade e o Estado constituam bens em si mesmos, ou seja, titulares autônomos do “interesse e funcionamento da ordem econômica”, por exemplo. Desse modo a coletividade e o Estado seriam titulares autônomos e concorrentes do bem jurídico “ordem econômica”, e nesse sentido a classificação no quadro categorial de bens supra-individuais intermediários.²⁰⁵

Diversas são as críticas a essa teoria. A Escola de Frankfurt sustenta que delitos que têm como base um bem jurídico intermediário supra-individual não necessitam de tutela penal e devem ficar na órbita do ilícito extra-penal (administrativo ou civil).²⁰⁶

Bernd Schünemann aponta que tais bens não são passíveis de serem defraudados (nem sequer por perigo abstrato) pela ação individual, portanto propõe – no que toca os delitos contra a ordem econômica – que se reforce a técnica dos bens jurídicos individuais, fazendo referencia sempre à tutela do patrimônio e/ou a mera disposição econômica frente a condutas fraudulentas.²⁰⁷ Mesmo porque, como sustenta Urs Kindhäuser, só são legitimamente tutelados os bens no âmbito socioeconômico para garantir condições para o livre desenvolvimento do indivíduo.²⁰⁸

Carlos Martínez-Buján Pérez demonstra, entretanto, que é possível uma via intermediária entre a teoria de Klaus Tiedemann e a crítica, pois é inegável que existem delitos econômicos com referência a proteção de caráter técnico de um bem jurídico puramente individual, bem como delitos socioeconômicos – como, por exemplo, os crimes contra as relações de consumo – que se por um lado tutelam a boa funcionalidade do mercado, tutela o direito de disposição econômica do consumidor (bem jurídico supra-individual difuso).²⁰⁹

A técnica então consistiria em se verificar se o bem jurídico mediato é passível de individualização em um plano imediato, ou seja, deve sempre se

²⁰⁵ SOUZA, Vinicius Sporleder de. **O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.º 50 – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p. 70 e 71 (notas 32 e 33).

²⁰⁶ Ibidem. p. 101.

²⁰⁷ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. op. cit. p. 102.

²⁰⁸ Ibidem. p. 103.

²⁰⁹ Ibidem. p. 104.

fazer referência a um bem imediato individual ou supra-individual, porém individualizável.

A tutela da funcionalidade da ordem econômica só se justifica por ser projeção de um direito individual ou individualizável, pelo delito, no caso concreto, vulnerar a esfera de disponibilidade de um terceiro, e não como simples lesão a uma função estatal; técnica essa, aliás, que não se distancia daquela relacionada à tutela de bens coletivos tradicionais, como tráfego viário, saúde pública, etc.²¹⁰

Ressalte-se aqui que Carlos Martínez-Buján Pérez faz distinção para delitos econômicos em sentido estrito, os quais tutelam bens jurídicos não individualizáveis, onde há lesão à atividade reguladora do Estado na economia.²¹¹

5.4 Desmascarando os falsos bens jurídicos coletivos

Defender a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, segundo Luís Greco, levaria a concluir no mesmo sentido em muitos tipos previstos em nossa legislação. Isso porque muitos crimes são falsamente imputados como de proteção de bens jurídicos coletivos, quando na verdade tutelam bens jurídicos individuais usando-se do mecanismo do perigo abstrato em criminalizações. Por exemplo, a tutela da saúde pública, que nada mais é do que a projeção da saúde individual.²¹²

Luís Greco dá como exemplo o crime do artigo 270 do Código Penal brasileiro – envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo – e sustenta que, muito embora a doutrina dominante veja aqui um bem jurídico coletivo “incolumidade pública”, este delito pode ser entendido como proteção a bens jurídicos individuais como vida e integridade física, transformando-o em um crime de perigo abstrato.²¹³

²¹⁰ Ibidem. p. 104 e ss.

²¹¹ Ibidem. p. 106.

²¹² GRECO, Luís. op. cit. p. 123.

²¹³ GRECO, Luís. op. cit. p. 123 e 124.

Isso abre a possibilidade de uma interpretação mais crítica e restritiva dos tipos penais. Outro ganho é que as desproporcionalidades das penas ficarão mais evidentes – pois, conforme salienta Luiz Luisi²¹⁴ a reação penal por ser contingência de *ultima ratio*, a reação penal não deve ultrapassar na qualidade e na quantidade a sanção ao dano ou perigo causado pelo crime.

Como no exemplo supracitado, onde a pena é de dez a quinze anos de reclusão, a pena pela realização de um perigo abstrato é maior do que a pela lesão efetiva do mesmo bem jurídico, como a lesão corporal gravíssima (crime apenado de dois a oito anos de reclusão) e o homicídio simples (seis a vinte anos de reclusão). O fato de o perigo ser causado a um número indeterminado de pessoas não pode, por si só, fazer com que a pena mínima pela exposição do bem jurídico a perigo abstrato seja maior que a pena mínima pela eliminação do bem jurídico.²¹⁵

5.5 Desmascarando os falsos bens jurídicos coletivos parte 2: bem jurídico versus função

No Brasil, a visão crítica, concebendo as categorias dogmáticas assumindo uma motivação de política criminal baseado no saber da criminologia (crítica), em todos os sentidos, é exercida, entre outros, por autores como Juarez Cirino dos Santos²¹⁶, Nilo Batista²¹⁷ e Juarez Tavares.

Quanto a este último autor é interessante seu trabalho, marcado pela tônica de redução do poder estatal de punir, de resgate da substância do bem jurídico (e conseqüentemente do conceito material de injusto), diferenciando diversos conceitos como norma, valor, objeto da ação e função, para então depurar o conceito de bem jurídico com vistas a uma visão crítica desta categoria dogmática e político-criminal.

²¹⁴ LUISI, Luiz. Direito Penal. op. cit.

²¹⁵ GRECO, Luís. op. cit. p. 125.

²¹⁶ Com fundamentação declaradamente marxista, veja-se: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, parte geral. 2ª ed. Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 6-14; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A criminologia radical. 2 ed. Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2006.

²¹⁷ Autor que, dentre outras obras, é co-autor com Eugenio Raúl Zaffaroni, da obra "Tratado de Direito Penal brasileiro" que se propõe, seguindo a orientação do realismo marginal, à formulação de uma dogmática penal voltada à redução de danos (funcionalismo redutor).

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes.²¹⁸

O bem jurídico, por seu turno, não se confunde com o objeto da ação, pois não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou uma coisa, mas no sentido da característica dessa pessoa e de suas relações, isto é, como valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento.²¹⁹

Juarez Tavares firma as bases do bem jurídico na norma (sem, contudo, confundi-los), um valor que ali contido condiciona sua validade como proibição legal. A eficácia normativa é subordinada à demonstração empírica da ocorrência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Ou seja, a inexistência de referência direta a um bem jurídico *in abstracto*, resulta na conclusão pela invalidade da norma incriminadora; caso a inexistência seja *in concreto*, será caso de inaplicabilidade, porquanto no mundo fático não se produziu qualquer resultado (dano ou de perigo ao bem jurídico).

É desse modo, portanto, que a existência referida de um bem jurídico e sua efetiva lesão, ou colocação em perigo, são pressupostos materiais indeclináveis do injusto penal.

As definições de valor e norma a que se refere o autor são colhidas da obra de Jürgen Habermas, segundo o qual a diferença de norma e valor reside na característica de que a primeira é vinculada a uma situação de dever e a segunda inserida em um âmbito de finalidade.

Sendo então o bem jurídico um valor, não há confusão com o dever impregnado na norma, o mandamento legal. É elemento de finalidade da ordem jurídica, a qual não tem sentido e fim na própria manutenção, senão em razão do ser humano. O bem jurídico segue, portanto, essa mesma sorte: instrumento de referência à pessoa humana, não simples proteção da norma jurídica.

²¹⁸ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 198.

²¹⁹ Idem. p. 202.

Em resumo, o bem jurídico, objeto de valoração social e objeto de preferência real da norma, está ligado ao seu titular como condição do cumprimento de sua finalidade para com a proteção do sujeito. Não se pode tomá-lo apenas como objeto de interesse social e de simples referência da norma, porquanto o bem jurídico representaria um conceito cada vez mais vazio de sentido, estagnado à finalidade do cumprimento do simples dever imposto pela norma, e, por vezes, representando apenas a proteção do ordenamento jurídico.

E Juarez Tavares vai mais fundo, num dos desenvolvimentos mais característicos dentro do trabalho, na colocação da problemática e conseqüente conceituação e diferenciação de bem jurídico: o conceito de “função”.

Para que um bem jurídico estatal seja válido é necessário, como qualquer bem jurídico, que esteja vinculado à pessoa e suas condições sociais. Isso em garantia de que o indivíduo será respeitado e contra ele o Estado não vai impor políticas públicas que molestem sua liberdade e demais direitos fundamentais.

Portanto as atividades administrativas do Estados, de controle e organização sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo, são meras funções que não compõe valores que possam ser eleitos à categoria de bens jurídicos.

Sendo assim o Direito Penal não tutela “a administração pública”, “a administração da justiça”, senão o próprio indivíduo. Qualquer tentativa de considerar violações de atos da administração que não importem qualquer lesão no âmbito da pessoa, será falso e deve ser combatido, como explica Juarez Tavares:

[...] O raciocínio é simples e primário: se o Direito Penal tem como objeto de proteção a administração pública, está claro que, igualmente, podem ser protegidos todos os atos de controle decorrentes dessa administração, ainda que sejam meros atos administrativos em qualquer repercussão na vida da pessoa humana. Esse raciocínio é, evidentemente, falacioso e deve ser combatido. Para fazê-lo, no entanto, convém precisar melhor, primeiramente, o conceito de função, depois os fundamentos pelos quais se possa efetuar sua distinção dos bens jurídicos e, finalmente, indicar sua verdadeira importância na definição do injusto.²²⁰

²²⁰ TAVARES, Juarez. op. cit. p. 204.

Como se assinalou em seu conceito de bem jurídico, este é objeto de preferência real da norma, o que quer significar que é um valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana.

O bem jurídico, como valor incorporado à norma, é pressuposto de validade ou eficácia desta, assumindo também uma posição de objeto de referência. Então é um valor e um pressuposto de validade. Para ser pressuposto de validade, há que primeiro atender ao critério de valor, por isso a posição de objeto de referência depende daquela ocupada pelo objeto de preferência. E aqui reside a confusão. Isolando o bem jurídico do objeto de preferência, considerando-o somente como o objeto de referência é fácil confundi-lo com qualquer função, pois este é responsável por uma característica relativa à validade e eficácia da norma.

Ao definir função deve se ter em mente que toda função carrega a característica de instrumentalidade e de dependência de outro objeto. A função não pode ser distanciada da noção de relação, pois a função é na relação, ou seja, somente possui sentido, significado, em razão da relação. Relação é condição necessária para a significação de variáveis. As variáveis relacionam-se em função de variáveis. Entretanto, variáveis em relações funcionais não representam valores ou quantidades, senão que demonstram realidades objetivas. Assim, as relações funcionais não podem ser consideradas um objeto de preferência, nem devem ser confundidas com um bem.²²¹

Função, no âmbito jurídico, e aqui tratada, dentro da atividade estatal, se expressa no modo de medidas de controle e que “constituem matiz de um processo de descentralização, que se opera com maior intensidade a partir do afastamento do estado do processo de produção e distribuição de bens, ou da satisfação das necessidades reais das pessoas e sua redução ao papel das chamadas agências de fiscalização”.²²²

Por exemplo, a função de administração do controle do tráfego viário. Esta função é exercida pelo Estado sobre a base de uma relação entre veículos circulando sobre estradas e ruas. Os veículos aqui podem ser considerados variáveis dependentes das condições e dimensões de estradas e

²²¹ Idem, p. 205 e ss.

²²² TAVARES, Juarez. op. cit. p. 209.

ruas, e somente aqui a função de controle terá sentido na relação entre as variáveis, os veículos. “As regras de circulação e o controle resultam, pois, de uma simples equação de ajuste entre a quantidade de veículos e a dimensão das vias”,²²³ não há referência aos objetos reais em circulação, apenas como variáveis, apenas ao seu número estatístico.

Esse é um controle anônimo característico das sociedades pós-modernas, as relações já não são mais materiais, o controle não é feito por fiscais, o que vale é a informação sobre, por exemplo, o tráfego, quantidade de circulação e se a regra foi ou não atendida. “O controle de informação satisfaz ao conteúdo da regra de circulação, que só tem por objeto a circulação anônima de veículos”.²²⁴

As funções não têm caráter de universalidade, estão condicionadas às variantes, as quais carregam consigo a instabilidade. Por isso “estão submetidas exclusivamente a critérios de oportunidade”.²²⁵

Para que algo se torne objeto de incriminação dentro da ordem jurídico-penal garantista, há de ser um ente real estável, a pessoa humana. Nesse sentido a norma não poderá referir-se a uma função, senão somente a um bem jurídico.²²⁶

Não se nega a possibilidade de uma função adquirir universalidade e valor para o ser humano e converter-se em uma realidade (ainda que normativa) e que nesse sentido possa ser considerado um bem jurídico, como é a função da administração da justiça, considerada uma garantia do sujeito dentro do Estado democrático.²²⁷

O bem jurídico, contrariamente à função, é dotado de autonomia e independência de qualquer relação funcional, um valor da pessoa humana, universal, real (material ou ideal).

²²³ Idem. p. 210.

²²⁴ Idem. p. 210.

²²⁵ Idem. p. 212.

²²⁶ Idem.

²²⁷ Idem.

5.6 Delitos por cumulação: tentativa de legitimação por metonímia

What if everybody did it? Com essa pergunta iniciamos aqui a discussão sobre a tentativa de legitimação de um Direito Penal que de modo máximo pretende prevenir a sociedade de todo e qualquer risco que possa sobre ela recair. A frase é de Feinberg, acerca dos limites morais da criminalização (na tradição anglo-americana).²²⁸

A definição de crimes por cumulação é formulada e defendida na Alemanha, pela primeira vez, por Lothar Kuhlen e foi empregada na defesa de um Direito Penal de tutela do meio ambiente.²²⁹ Desde este ponto de vista mesmo a derrubada de uma única árvore poderia ser punida criminalmente.

Os supostos mega-riscos que a sociedade corre hoje nascem das relações complexas de nosso modelo de vida pós-industrial, para que esta teia de relações não culmine em um resultado catastrófico, temos de nos abster de realizar pequenas faltas como despejar pelo ralo o azeite já sem uso.

Isso porque a provável repetição destas pequenas faltas levar-nos-ia à destruição de um bem jurídico com relevância penal, como o meio-ambiente.

Por isso os delitos por cumulação são um problema de estrutura do delito. Aqui não se discute a qualidade do bem jurídico eleito para a tutela, aqui a ilegitimidade decorre da ausência total de lesão a bem jurídico.

Repare-se, porém, que esta técnica de criminalização utiliza um modelo de crime de dano, onde há um referente, um objeto sobre o qual recai a ação. Entretanto, este objeto apenas “representa” um bem jurídico que se refere a algo muito maior e abstrato; as lesões em si consideradas são tidas sempre como insignificantes, não chegam, sozinhas, a representar qualquer perigo para o bem jurídico.

O que a princípio então poderia levar justamente à ilegitimidade, faz alguns, como Roland Hefendehl, a louvar esta substituição como justa e

²²⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo : RT. 2002. p. 121.

²²⁹ SILVA DIAS, Augusto, "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *In* Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ano 13, n. 3. jul-set. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 303-345.

modelo daquilo que se pensa exigir como “substituto material” da idéia de bem jurídico.²³⁰

Como o fato é realmente tido como singularmente irrelevante, sua tentativa de legitimação é feita também se recorrendo a argumentos morais. Desse modo, o que fundamentaria a proibição seria a injustiça que representa o “free-rider”, o passageiro que usufrui o serviço de transporte coletivo sem comprar a passagem.

Da simples fundamentação em prol da defesa do meio-ambiente, a idéia também serviu como legitimação de crimes contra a administração pública, ordem tributária, ordem econômica, etc. Não tardará a surgir quem suponha ser este também um bom modelo para “combater” a multiplicação de pequenos furtos.

A idéia fundamental então é que estes pequenos desvios, se não punidos, tendem a se multiplicar, inviabilizando a vida em sociedade. Porém o sujeito egoísta que comete este fato, “aproveitando-se” indevidamente, quando todos se abstêm, também não necessita ter a intenção de realizar um grande resultado, na verdade ele nem sequer precisa estar ciente disso.

Por este motivo estas estruturas estão, em realidade, mais próximas das meras proibições, odiosos delitos de desobediência aos programas políticos, modelos de gestão estatal de riscos.

É o que Augusto Silva Dias define como sendo uma “cegueira perante o apocalipse”.²³¹ Os delitos por cumulação são então uma “mera disfuncionalidade” que “traduz-se numa forma inadmissível de moralismo jurídico”, a sociedade não tem qualquer percepção deste fato como um mal que mereça pena, sua punição criminal é claramente desproporcional e, nesse sentido, inconstitucional.

²³⁰ HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons.

²³¹ SILVA DIAS, Augusto, “**What if everybody did it?**”: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *In* Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ano 13, n. 3. jul-set. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 303-345.

6. *Harm Principle*: discurso anglo-americano sobre a legitimação do Direito Penal em intercâmbio com a tradição continental

Uma experiência que ainda pode render frutos é o estudo de aproximação dos critérios de legitimação do direito anglo-americano com o desenvolvimento continental do bem jurídico-penal.

Com esse intuito, o professor inglês Andrew Von Hirsch propõe o intercâmbio de experiências entre o conceito de bem jurídico e o “*harm principle*”.²³²

Gerhard Seher²³³ afirma a validade deste intercâmbio – a necessidade que o conceito de bem jurídico tem de ajuda externa –, assinalando que a teoria do bem jurídico, enquanto elemento supra-positivo de legitimação, encontra-se em sérias dificuldades. Outras formas de tentativa de superação desta problemática que envolve a legitimação do Direito Penal oscilam entre um rigor clássico que impede a integração de novas normas penais e uma amplitude que inutiliza o conceito para o discurso crítico.

A crise, então, seria conseqüência da incapacidade do bem jurídico de abarcar todo o conteúdo que dele se exige; o conceito não poderia servir de suporte simultâneo para argumentos de conteúdo tão diversos.

Por conta disso recorre-se à experiência anglo-americana, a qual se baseia em diferentes princípios. O injusto a que se atribui legitimamente a pena pode ser fundamentado (1) nas conseqüências da ação para terceiros (*harm principle e offence principle*) e para o próprio autor (*legal paternalism*); (2) na ação em si mesma ou na “atitude do autor” (*legal moralism*).

O princípio do dano e da ofensividade tem estreita relação com a compreensão nuclear do Direito Penal continental, os outros – paternalismo e moralismo – são capazes de causar espanto, por conta da tradição liberal individualista deste mesmo Direito.

²³² HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 37-52.

²³³ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 69-92.

Gerhard Seher afirma, entretanto, que estas últimas vertentes de princípios legitimadores podem ser defendidas com seriedade, e possuem potencial para contribuir com o debate acerca da concreção do bem jurídico, seja para concordar, seja para discordar.

O *harm principle*, ou “princípio do dano”, foi desenvolvido por Joel Feinberg, filósofo do Direito americano, que o fez fundamentado no liberalismo de John Stuart Mill, sob a idéia básica de que o Estado somente pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo para evitar que este alguém prejudique os demais (*harmful to others*), e nunca para obrigá-lo à realizar determinados atos que, segundo o Estado, seria mais certo, justo ou perseguidor da felicidade. A idéia seria, em princípio, incompatível com a intervenção criminal estatal com base em tradições morais (*legal moralism*) e paternalismo (*legal paternalism*), pois orienta o Direito Penal a assegurar as condições da convivência social, condições primordiais do indivíduo protegidas contra ingerências externas. Porém, diferentemente da orientação de John Stuart Mill, Joel Feinberg estende o princípio do dano ao que ele chama de *offence to others*, categoria que abarca as ações que, mesmo não sendo lesivas, têm efeito ofensivo inerente à prática da conduta – modo de equiparação de risco e dano, tal qual a idéia de perigo abstrato para o bem jurídico e antecipação do Direito Penal (conseqüências lesivas para o futuro).²³⁴

O professor americano exige ainda que, além da conduta lesiva para terceiro, legitimação se dá pela presença de “*wrongfulness*”, no que pretende dizer que a ação deve ser dolosa ou imprudente (porém, incluem-se aqui condutas que realizaram resultados não pretendidos, mesmo que imprevisíveis).²³⁵

É importante salientar que, nos países onde se desenvolve a idéia, o princípio do dano não é um dogma. Ou seja, diferentemente da noção de bem jurídico, o *harm principle* admite exceções; é possível a criminalização com base em paternalismos e moralismos, desde que se atendendo a critérios particulares de legitimação.

²³⁴ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “princípio del daño”. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 37-52.

²³⁵ Note-se a proximidade com a idéia de desvalor de ação e, até mesmo, com *versari in re illicita*.

E para iniciar o intercâmbio, Andrew von Hirsch parte da idéia que estamos diante de um dano quando uma conduta menoscar um interesse, um recurso, um meio ou uma capacidade que em sua normalidade possui certo valor para a manutenção de um estandarte de qualidade de vida, como por exemplo, a propriedade como valor que proporciona os meios para satisfação das necessidades materiais. Esse interesse violado pelo dano é uma pretensão, portanto, de manutenção da integridade de certo padrão de vida.

Tal pretensão, porém, deve ser justificável, – não se trata de qualquer desejo ambicioso – fundamentado normativamente, seja juridicamente (p. ex.: a propriedade em relação ao Direito Civil) ou eticamente. Essa abertura que existe na noção de princípio do dano é que possibilita o reconhecimento de lesões coletivas e bens genuinamente coletivos, porém sempre ligados à qualidade de vida dos seres humanos e interesses particulares.

O recurso a que se relaciona a idéia de interesse não está ligado, necessariamente, a um sentido natural-material; são meios (existentes) ou capacidades (potencialidades).

E o valor para a qualidade de vida baseia-se em um modelo de pessoa de certo período temporal, histórico.²³⁶

Já o conceito de bem jurídico, entretanto, se afasta da idéia de lesão a direitos de outrem; o *harm to others* no bem jurídico é amplo, e tem como finalidade abarcar idéias que não estão ligadas necessariamente a um direito individual. Andrew von Hirsch atribui o reconhecimento de entidades puramente fáticas ou relações funcionais como bens jurídicos (p. ex.: a possibilidade de funcionamento do mercado de capitais) a este alargamento do bem jurídico.

O princípio do dano aprofunda a necessidade de que os interesses lesados sejam de terceiros; intensifica a proibição de auto-lesão (potencial crítico). Somente uma fundamentação paternalista, por exemplo, daria conta de explicar a possibilidade de criminalização da posse de drogas para uso próprio, a criminalização de um auto-prejuízo.

Porém, tal qual o bem jurídico, o *harm principle* enfrenta problemas como a justiça da criminalização de ações abstratamente perigosas.²³⁷

²³⁶ Poderíamos aqui nos aproximar, também, da idéia de “preferência humana” que se encontra em Juarez Tavares (Bien Jurídico y Función).

6.1 Outras formas de discurso legitimador: Legal Paternalism, Offence Principle e Legal Moralism

O **paternalismo** é consequência necessária da negação da autonomia pessoal para a gestão da vida privada, pois se pressupõe a incapacidade de condução da vida sem que se produzam auto-lesões; com base nessa idéia o Estado estaria legitimado a intervir em benefício do cidadão.

Aqui envolve qualquer caso de intervenção que envolvem, por exemplo, a posse de drogas (ilícito penal) e a obrigação de usar cinto de segurança e capacete (ilícito administrativo).

Gerhard Seher crê que nem mesmo as teorias pessoais mais radicais ofereceram argumentos para a descriminalização por ilegitimidade de normas penais paternalistas.²³⁸

Se partirmos da idéia de que é plenamente justificável esta intervenção, restaria saber qual grau de interferência na vida privada poder-se-ia conceder legitimamente ao paternalismo. É com esta pretensão, de se estabelecer critérios, que Andrew von Hirsch assinala: (1) as lesões devem ser graves e irreparáveis; (2) a restrição da autonomia não deve ser elevada (no aspecto de intensidade e duração temporal); (3) deve-se levar em conta a coerência e aparente racionalidade dos motivos que tem o agente para se colocar em estado de perigo.

É com base em critérios de “relevância da plausibilidade dos motivos” que defensores do paternalismo esperam diferenciar a legitimidade da proibição criminal da posse de drogas para uso e a ilegitimidade da mesma proibição em casos de prática de esportes radicais em que há auto-exposição a grandes perigos, tais como o pára-quedismo, montanhismo, *etc.*

Para Gerhard Seher somente um paternalismo que tem como finalidade o bem-estar dos cidadãos pode ser aceito; um paternalismo meramente formal que não esteja vinculado a esta idéia não passaria, então, de mero instrumento de controle autoritário. Este paternalismo pode ser “duro”,

²³⁷ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 37-52.

²³⁸ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 85.

o que significa que não se leva em conta a vontade individual, de que é exemplo a obrigação administrativa do uso de cinto de segurança; e também pode ser “brando”, quando levar em conta esta mesma vontade – entretanto esta modalidade nunca fundamenta tipos penais, dão base, entretanto, a certas causas de justificação, como por exemplo, o consentimento presumido.

Já no âmbito do Direito Penal, somente um paternalismo que estivesse diretamente ligado à finalidade de realizar o bem-estar de seus destinatários poderia negar a autonomia do cidadão e ainda assim dar legitimação às normas penais incriminadoras. De todo modo, o professor da Universidade de Jena, Alemanha, conclui que ao menos estão indicados os elementos que podem agora servir para o debate político-criminal que cercam novas normas penais.

No **offence principle**²³⁹ tem lugar a possibilidade de legitimação da proibição penal de ações que despertem uma série de *sentimentos indesejados* em outras pessoas (sentimento de ofensa ou perturbação: perturbações dos sentidos, como ruídos, por exemplo; ou dos sentimentos morais ou religiosos, que envolvem a humilhação, por exemplo). Embora também esteja fora do âmbito de incidência do princípio do dano, esta classe de delitos refere-se a sentimentos suficientemente intensos e extensos, ofendidos por ações que, pela forma de realização, são particularmente difíceis de serem realizados sem que os cidadãos possam ignorá-las ou desentender-se delas.

O princípio de ofensividade envolve estados momentâneos e passageiros que causam profundo desagrado, embora as conseqüências não possam ser consideradas tão graves quanto aquelas a que se refere o princípio do dano.

Para Gerhard Seher, nestes casos não tão graves, embora sob o ponto de vista da proporcionalidade não devessem receber sanção penal, deve se ponderar aspectos do autor tais como a habitualidade social da conduta perturbadora, a motivação, as circunstâncias de lugar; pois não puni-los quando representem ofensas mal intencionadas (ou em casos que o autor não

²³⁹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 37-52. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 82.

perseguir qualquer utilidade pessoal) e não evitáveis pela vítima traria o risco de incorrer-se em lacunas de segurança ou inclusive justiça.²⁴⁰

Andrew von Hirsch assinala que tal concepção seria útil como crítica a bens jurídicos com o grau de abstração que possui a “paz pública”, que mais se parecem como uma reformulação do proibido do que essencialmente um bem jurídico. Critica, porém, a conceituação acima que tende ao subjetivismo, já que seriam levados em conta apenas os fatos que sejam socialmente percebidos como ofensivos. A fundamentação do injusto necessita de base normativa que dê substrato à pretensão de que os sentimentos sejam respeitados, necessita de proibição clara de ações que despertem tais desgostos. Embora não se possa afirmar com certeza que tais critérios são suficientes, poderão indicar a possibilidade de legitimação, sem que se recorra ao conceito de bem jurídico.

Tome-se como exemplo, o exibicionismo e o ato obsceno (§ 183 StGB e 233 CPB), tais ações produzem dano a bem jurídico? A doutrina afirma que tal proibição protege a integridade física e psíquica dos sujeitos da comoção que poderia ser causada ante o fato de que são obrigados a presenciar atos sexuais, existiria aqui um “interesse público”, um “pudor público”, uma “moralidade pública”. Entretanto, ainda que se possa dizer que tais atos produzem estes resultados, há que se considerar que, ante seu caráter passageiro, seria duvidoso que o bem jurídico – tido como recurso para a manutenção da qualidade de vida – fosse capaz de, por si só, legitimar a existência de proibição penal.

Então, segundo Andrew von Hirsch, não podemos deitar os olhos sobre a sensibilidade, senão que devemos nos fundar na falta de respeito para com as pessoas afetadas. Seria o caso da proibição de “inversão da intimidade” (*reverse privacy*): o direito à intimidade deve pressupor o desejo de que terceiros não sejam incluídos nesse âmbito de relações privadas sem consentimento; e pressupor também o dever do sujeito reservar a prática de certas atividades privadas especialmente íntimas da presença de terceiros.

²⁴⁰ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 84.

Com isso, “confrontar a otra persona con ciertos aspectos íntimos del agente podría considerarse irrespetuoso y por ello ofensivo”²⁴¹

Andrew von Hirsch assinala que este intercâmbio, embora proveitoso às partes, não resolve problemas como a proteção do meio ambiente e dos “delitos de conduta”; nem o *harm principle*, tampouco a teoria do bem jurídico são critérios em si suficientes para a fundamentar e limitar o âmbito do criminalizável.

No caso dos delitos ambientais,²⁴² nem sempre se pode tomar em referência a qualidade de vida dos seres humanos (p. ex.: a proteção da flora e fauna de regiões remotas), tampouco está livre de problemas a consideração de que são protegidos como valor em si mesmo, embora possa se fixar um dever moral de proteção da diversidade ecológica, o que não se admite é que deste dever emane uma pretensão da espécie ou seus membros – por exemplo, que baleias tenham pretensões de proteção de sua integridade física e de continuidade de sua espécie.

Já em relação aos chamados “delitos de conduta” (*Verhaltensdelikte*), de que são exemplos os crimes contra o “respeito aos mortos” (artigos 209 a 212 do CPB e §168 do StGB), as proibições também não têm sua legitimação suficientemente afirmada pela experiência anglo-americana ou mesmo continental.²⁴³ Os mortos, por exemplo, não possuem direitos frente a terceiros, tampouco pretensão de incolumidade de “seu” corpo. As ações previstas naqueles tipos legais não podem ser consideradas lesivas aos familiares, já que estes podem nem existir. Não existe argumento normativo que dê fundamento ao injusto, fórmulas vagas como “respeito à cultura humana” são por demais abstratas para servirem de objeto material de criminalização. E

²⁴¹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 50.

²⁴² Contrariamente, Gerhard Seher sustenta que os delitos contra o meio ambiente encontram legitimação no princípio do dano: La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 82.

²⁴³ Em outros casos, como a perturbação do exercício de culto (§167 do StGB e 208 do CPB), Gerhard Seher assinala que existe lesão intencional, grosseira e muito intensa dos sentimentos em um ato carregado de significado para eles, onde os ofendidos não podem impedir justamente pela solenidade empregada na cerimônia. (La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 84 e 85).

mesmo que se pense em um compromisso ético, entre os vivos, de respeito aos futuros restos mortais, o problema se foca, mais, em responder por qual razão essa seria uma questão para intervenção estatal de atribuição do Direito Penal; e se assim for, sem invencionices, em responder por qual critério material ela se fundamenta.

O **legal moralism** significa a proteção penal de representações morais. O bem jurídico é tradicionalmente o maior argumento contrário à concepção de moralidades como critério material de criminalização.

Porém, Gerhard Seher²⁴⁴ afirma que esta visão parece ter mudado nos dias de hoje. Pense-se aqui naqueles âmbitos de regulação penal que chamam atenção para o fato de que o Direito Penal incorpora delitos sem vítima e protege valores que somente por meio de argumentações muito forçadas podem reconduzir-se a um referente individual como o “portador do bem jurídico” (como no caso da proteção do meio ambiente ou proibição de maltrato a animais).

Não haveria qualquer incompatibilidade em se aceitar o moralismo como um princípio liberal de Direito Penal, já que o direito é a posituação de um setor da moral social e que o liberalismo também aspira proteger valores, o que seria uma forma de moralismo. Então o problema não está radicado na pergunta “devem se proteger valores?”, senão que a questão é saber quais valores serão protegidos.

Não se trata, por outro lado, de negar o princípio do dano, mas de se adicionar a ele a proteção que outras normas fazem de âmbitos que não se referem a uma relação “autor-vítima”, mas sim a valores em si, valores de ação.

Gerhard Seher²⁴⁵ define então quatro formas de moralismo: a) o moralismo estrito; b) o conservadorismo moral; c) o perfeccionismo; d) o princípio da exploração.

- a) Moralismo Estrito: proteção de uma ordem moral de origem ética ou religiosa que é tida com objetivamente correta (única verdade).

²⁴⁴ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 87 e ss.

²⁴⁵ Idem.

Esta vertente que representa a proibição de práticas sexuais desviantes ou contra a blasfêmia. Esta tendência já desapareceu do Direito Penal alemão.

b) Conservadorismo Moral: pretende manter convicções morais tradicionais, embora não considere tais crenças como unicamente corretas. A tônica é a proteção da tradição, do contexto tradicional como valor em si mesmo; o que traria um “tranquilizador sentimento de familiaridade”. Seria exemplo disso, a manutenção do tradicional com o controle da entrada de estrangeiros no país, preocupação contra a estrangeirização e, inclusive, “mescla de raças”.

c) Perfeccionismo: tem-se aqui o Direito Penal como instrumento de desenvolvimento moral dos cidadãos. Por exemplo, a proibição de jogos eletrônico (*videogames*) que fomentam a violência como modo de aperfeiçoar o caráter dos jovens e dos adultos.

d) Princípio da exploração: aqui se marca o dever moral de não se aproveitar de uma situação de necessidade alheia ou de um estado de debilidade organizativa do sistema social. Exemplo disso seria a proibição de realizar negócios com informação privilegiada e algumas formas de coação ou chantagem.

Estes princípios morais, se manejados de modo singular, são visivelmente distantes do princípio do dano; entretanto eles podem trabalhar em conjunto como forma de extensão das idéias que exprimem os princípios do dano e da ofensividade, como forma de proteção de valores com a finalidade de evitar as conseqüências gravosas de condutas contrárias a valores. Esta seria uma forma então de antecipação do Direito Penal, uma “ampliação do merecimento de pena a seu âmbito prévio”.²⁴⁶

Assim, alguns delitos contra o meio ambiente, em que é possível fazer referência a um perigo para a saúde humana, teriam sua fundamentação como um princípio moral como extensão da idéia contida no princípio do dano (moralismo misto); já em outros, em que a referência não é possível, haveria uma legitimação tão somente por um moralismo puro.

²⁴⁶ Idem, p. 89.

6.2 Possibilidade de intercâmbio com o bem jurídico e sua função crítica

Gerhard Seher defende que todos os princípios (princípio do dano, da ofensividade, o paternalismo legal e o moralismo legal) são filtros, porém com ótica diversa da do bem jurídico. Por isso frisa quatro pontos essenciais ao debate:²⁴⁷

1) Cláusula de boa razão: um princípio não é nem uma razão necessária nem suficiente para o merecimento de pena, caso contrário estaríamos excluindo o resto do debate (e esse pode ser considerado o defeito decisivo da discussão que envolve o bem jurídico – “dogma do bem jurídico”).

2) Os princípios não possuem fundamento teórico autônomo, depende de uma prévia teoria global do Direito Penal. Por exemplo, Joel Feinberg baseia-se numa filosofia social de corte liberal que “parte da presunção favorável à liberdade individual”, assumindo então esses princípios como “princípios delimitadores da liberdade”. Na Alemanha se tenta atualmente trabalhar com critérios assentados em princípios constitucionais ou em direitos fundamentais – o que pode ser considerado correto, já que se adota uma perspectiva externa ao Direito Penal e, portanto, crítica; embora os resultados nesse sentido sejam poucos, já que somente em casos excepcionais poderíamos sustentar a aplicação de um princípio de proteção deficiente ou de proibição de excesso.

3) Os princípios são discursivamente abertos. Ainda que não se possa inferir os limites e fins da Constituição, algumas máximas constitucionais são relevantes como *boas razões* para conformar uma nova versão da legitimação moralista de normas; por exemplo, no que diz respeito à declaração estatal de proteção do meio ambiente que estabelece um princípio de “moralismo ecológico”. Porém, sempre com

²⁴⁷ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 89 e ss.

cuidado de manejar do o discurso com observância de parâmetros político-criminais e dogmáticos.

4) Um discurso de legitimação baseado em princípios não obriga a aceitar todos os princípios. De acordo com cada postura ideológica, podem-se afastar critérios, criar outros ou fundar variantes, como, por exemplo, um “moralismo ecológico”.

Assim, o debate seguiria o seguinte roteiro: 1º - a aceitabilidade dos princípios em si mesmos; 2º - a concreção plausível de seu conteúdo; 3º - a legitimação de normas penais concretas através de um princípio aceito e plausivelmente formulado.

Gerhard Seher não postula o abandono do bem jurídico, ele ainda pode ser considerado uma ferramenta adequada, porém a legitimação da norma penal incriminadora não deve passar pela discussão deste “algo” que deve ser o bem jurídico, senão que o debate deve demonstrar a plausibilidade, por meio dos princípios éticos de caráter crítico, que um fato merece proteção. Assim, esse fato (interesse, recurso, valor, etc.) constituirá um bem jurídico.

O bem jurídico passa a ser então o produto destes princípios, não um instrumento de legitimação; e poderia ser conceituado como *“todo hecho (interés, recurso, o valor) que es reconocido legítimamente como merecedor de protección penal a partir de una discusión basada en principios (discusión que puede ser ético-crítica o político-pragmática)”*.²⁴⁸

6.3 Possibilidade de intercâmbio: apenas a função crítica

Segundo Michael Kahlo, o princípio do dano, embora se fundamente primariamente em John Stuart Mill, não o é fiel, de modo que no aspecto geral não possui base filosófica sólida, trabalha com pontos de vista órfãos de

²⁴⁸ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 92.

fundamento e base argumentativa, o que torna a teoria cientificamente inconsistente e pouco convincente do ponto de vista metodológico.

Y ese defecto no carecerá de consecuencias. Porque si el principio del daño, a diferencia de lo que ocurre en Mill, sólo es contemplado como uno más entre los presupuestos que otorgan legitimidad a la criminalización, que ni siquiera ha de ser necesario para justificar la prohibición bajo pena, termina por perder al menos una parte de su potencial crítico [...]²⁴⁹

Michael Kahlo afirma, ainda, que não o *harm principle*, mas somente sua base positiva – a noção de interesse – pode ser comparada ao bem jurídico. Isso porque, ao passo que o bem jurídico preocupa-se com os elementos constitutivos da liberdade, o princípio do dano cuida de estados lesivos.

Porém tomar a noção de interesse ali inscrita é conceitualmente próxima à percepção que Johann Michael Fanz Birnbaum tinha de bem jurídico. Assim, para se tenha um rendimento crítico, o conceito de interesse necessitaria de maior precisão para superar a abstração de *harm to others* como lesividade social.

Seria necessário, então, resgatar o *harm principle* – como idéia fundada na defesa do indivíduo frente à tirania da maioria – dentro da lógica da ética utilitarista de John Stuart Mill, que pressupõe um respeito de valores comunitaristas, prática orientada ao bem comum, para a realização da felicidade total. Entretanto, as leis gerais que indicariam o certo e errado, os valores que o indivíduo deve perseguir para a felicidade total, podem não estar ao alcance deste, enquanto não se julga possível a internalização de uma idéia universal de máximo de bem-estar; os problemas práticos, segundo John Stuart Mill, seriam resolvidos pelo voto majoritário de um grupo de sábios.

A solução é, portanto, insatisfatória, já que a finalidade do Direito tem tanto que ver com a felicidade individual quanto com o bem comum.

²⁴⁹ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 61.

Como defende Günther Stratenwerth, os Estados, mesmo os liberais, podem fomentar a formação moral do indivíduo, porém isso entra em contradição irresolúvel com o reconhecimento do indivíduo como pessoa auto-responsável. A pena não deve ser meio geral de correção moral, “*tal como intenta todo régimen totalitário por su naturaleza misma*”.²⁵⁰

Quer nos parecer, nesse passo, que qualquer criminalização que ouse fundamentar-se em uma idéia de moralização da sociedade é ilegítima, na medida em que a conquista liberal que fez integrar o imperativo de laicidade estatal em nosso sistema jurídico é frontalmente contrário a qualquer política de pretenda interferir nas convicções íntimas do cidadão.

Diga-se o mesmo dos paternalismos estatais que ainda que em sua versão *soft* traduz-se apenas em diretivas, pauta de intenções, e políticas de Estado para gestão anônima de riscos sociais.

²⁵⁰ STRATENWERTH, Günther. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal. 2.ª ed. Buenos Aires : Hammurabi, 2006. p. 28.

7. A idéia fundamental de conflito.

De tudo o que se viu até aqui existe um ponto de permeia toda a discussão. Se partirmos de um modelo conflitivo de sociedade, e com isso queremos dizer que o que a constitui hoje é justamente a diferença, o que dá origem ao Direito é o conflito social – seja como dominação, seja como conquista.

Não por outro motivo, Eugenio Raúl Zaffaroni coloca no centro desta discussão a idéia de “pragma conflitivo”. A idéia de alteridade está ali presente. Também Juarez Cirino dos Santos, ao inaugurar a idéia de um conteúdo da culpabilidade com base na alteridade, volta-se para a discussão do que constitui o ser humano e a sociedade.

Não é de outro modo que se pode pensar a afirmação de Juarez Tavares sobre ser o bem jurídico uma opção, mais ou menos ingênua, que depende do rumo tomado pelo poder punitivo; a limitação do Direito Penal tem como base um pressuposto, que é o valor humano, reconhecido a partir do outro.

Outros tantos autores também poderiam ser citados aqui, dentre eles Winfried Hassemer e Augusto Silva Dias.

O que se quer dizer é que existe então um momento anterior a toda a discussão e que deve ser levado em conta. O momento de reconhecimento de um conflito.

No processo de criminalização primária o Poder Legislativo não parte da idéia simples de proibir uma ação. A ação que se vai proibir surge como problema posterior àquilo que é sentido como um conflito que merece atenção do Estado pelo Direito Penal.

Antes, na base, há um conflito. É a partir daqui que se encontram as discussões. É aqui, inclusive, que a contribuição da experiência anglo-americana poderá render critérios críticos de avaliação do que merece atenção ou não do Direito Penal.

É também nessa fase que podemos perceber que não só o conflito é escolhido (e expropriado), como também aqui são reconhecidos autores e vítimas.

É a partir de um sofrimento real que recai sobre um ser humano que nasce a idéia de conflito; desde este momento se rotulam vítimas e responsáveis; aqui há um diagnóstico ou uma prognose sobre um conflito interpessoal, entre pessoas concretas.

O projeto de criminalização, portanto, elege uma estrutura de delito que responda à necessidade de tutela; ao menos no que diz respeito à expectativa do próprio legislador.

Muito embora alguns tipos de conflito sejam mais adequadamente respondidos pelo Direito Penal com a tipificação de uma estrutura específica – como a omissão, por exemplo – outras tantas podem ter tipificações das mais variadas. Isso é também reconhecer, portanto, que a idéia de estrutura é um critério crítico desde este momento.

A opção errada do legislador pode demonstrar que a estrutura eleita teve como finalidade cumprir uma função meramente simbólica e por isso mesmo ilegítima.

Por vezes, ainda, as estruturas de antecipação (perigo abstrato, delitos por cumulação, falsos bem jurídicos coletivos) se sobrepõem, criando figuras monstruosas como uma cumulação por perigo abstrato ao objeto representativo de um bem jurídico falsamente coletivo. Fato que por si só deve ser capaz de convencer qualquer um que se foi longe demais.

É também através desta idéia que deve seguir resistente a função crítica-limitadora do bem jurídico. Na base está a idéia de conflito. Um fato típico e antijurídico deve fazer remissão ao sofrimento humano; a partir da visualização deste fato é que determinamos qual estrutura está sendo utilizada e qual bem jurídico se está pretendendo tutelar.

O reconhecimento disso nos leva também a concluir que a questão do bem jurídico, próxima que está da idéia do que será considerado conflito, de quem o Estado considerará vítima, e quem será considerado responsável, depende sempre de uma análise acurada dos requisitos e características de cada tipo penal.

7.1 Aplicando a idéia de conflito aos casos propostos no início do trabalho

Na introdução sugerimos que se tivesse em mente uma série de fatos previstos como típicos na legislação brasileira.

O primeiro deles (a) o sujeito teria violado o artigo 54 da Lei n.º 9.605/98 que tipifica o crime de poluição. Se aplicarmos a idéia aqui sugerida, devemos pensar: qual sofrimento humano está se referindo o legislador quando pretendeu criminalizar esta conduta? Não podemos pensar simplesmente que em um futuro distante pessoas serão atingidas de forma grave; sob pena de com isso legitimar um perigo abstrato. Nem podemos pretender dizer que o meio-ambiente está sendo lesionado como um todo; isso seria sacralizar o meio-ambiente, tornando-o uma entidade mágica, uma verdadeira ofensa à “mãe natureza”, o que também não é legítimo. Assim temos que o sofrimento mais próximo e plausível, de sujeitos que verdadeiramente podem ser considerados vítimas, diz respeito àquelas populações ribeirinhas; que não terão seu sustento com a morte dos peixes; e estarão em sério risco quanto a sua saúde, já que a água tornou-se impotável. A partir desta constatação poderíamos afirmar que algumas formas de realização deste delito ofendem legítimos bens jurídicos, embora nem sempre isso ocorra.

O segundo (b) trata da perturbação de cerimônia fúnebre. A qual ser humano esta ação causa sofrimento? Provavelmente, àqueles que são obrigados a presenciar a falta de respeito do sujeito B; aqui há um conflito. O tipo previsto no artigo 209 proíbe a perturbação de cerimônia funerária. A vítima, obviamente, não pode ser o falecido. O desrespeito às pessoas que participam da cerimônia ofende, então, algum bem jurídico? O sentimento destas pessoas realmente é digno e deve ser respeitado, não há dúvida que existe aqui um valor humano. A questão é saber se isso necessita de tutela penal. Se emprestarmos a noção de *Harm Principle* é possível dizer que este é uma daquelas situações passageiras que não causam por si danos irreparáveis. Por isso há que se reconhecer que a atuação do Direito Penal aqui é desnecessária; a ofensa ao bem jurídico não possui dignidade penal.

O terceiro (c) viola e profana sepultura, ação proibida pelo artigo 210 do Código Penal. Independentemente da discussão de liberdade religiosa de nosso sujeito ativo, temos de reconhecer que aqui, radicalmente, não existe conflito interpessoal. Ainda que pudéssemos dizer que a família do morto fosse a vítima, há que se concluir que este dado nem sempre estará presente, como no caso do morto indigente. O que não faz supor que a violação de sepulturas é um direito decorrente da liberdade de ação. O Estado aqui pode resguardar os sentimentos relacionados indiretamente com uma ação que perturba o direito das pessoas de possuírem convicções morais, porém isso não pode ser feito pelo com a punição de atos meramente imorais.

O quarto (d) relata uma situação vulgarmente conhecida como “adoção à brasileira”, registrar como seu filho de outrem, tipificado no artigo 242 do Código Penal. A quem essa ação causa sofrimento? O exemplo trata de uma criança que poderia ter sido abortada. O conflito poderia residir então na sonegação da paternidade; porém, nem sempre este dado estará presente. Basta supor que a criança, na idade apropriada, seja cientificada de que é adotada e informada sobre quem é sua mãe biológica. Não há, portanto, conflito. Não há, pois, bem jurídico tutelado. A ação de “furar a fila” do plano estatal de adoção pode ser considerada simplesmente um desrespeito ao próximo, ou uma desobediência do modelo Estatal de gestão de adoções. Uma punição aqui poderia significar a piora da situação de todos os envolvidos no fato. Questão radicalmente diferente é daquele caso em que os avós entregam uma criança a um convento com a finalidade de esconder que sua filha adolescente não é mais pura ou para sonegar-lhe o direito à herança; ainda assim, temos de pensar que o prejuízo sofrido deve ser grave. Note-se que nem sempre se diagnostica um conflito, por vezes é necessária uma prognose com base no caso concreto.

O quinto trata do crime de moeda falsa. O conflito é, em princípio, um sujeito que é lesado ao crer que está sendo pago com moeda verdadeira, e o resultado é uma diminuição patrimonial. A doutrina em geral trata, porém, de um bem jurídico “confiança”. Que para Roland Hefendel se expressa também numa série de crimes de documento falso e declaração falsa.²⁵¹ Porém a

²⁵¹ HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. 2007.

confiança é simplesmente a esperança criada pela defesa de uma prevenção geral positiva; não é, portanto, o próprio bem jurídico. Não é necessário fazer uma prognose sobre o efeito “em cadeia” do crime de moeda falsa abalando a economia de um determinado lugar. Essa idéia de confiabilidade diz respeito a um conflito que é, no futuro, interpessoal. A distância entre este conflito e a ação punível é que vai determinar se a criminalização respeita o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos ou não. Muito embora autores como Bern Schünemann advoguem a tese de que é possível criar bens jurídicos “substitutivos”, como seria aqui o caso da suposta violação ao monopólio do Estado na emissão de moeda, a artificialidade é óbvia. O Estado não pode ser vítima de conflitos interpessoais. Veja-se que o presente caso é punível desde o ato preparatório, pois o sujeito E possuía o maquinário específico para a falsificação (crime tipificado no artigo 291 do Código Penal). Esta então é uma estrutura de antecipação de um conflito patrimonial.

O sexto (f) diz respeito ao fato comum hoje da chamada “apropriação indébita previdenciária” tipificado no artigo 168-A do Código Penal. O conflito interpessoal possível aqui diz respeito a prognose de um evento futuro e incerto: o sofrimento de seres humanos que dependem da previdência social. Futuro e incerto porque somente com a repetição reiterada de várias pessoas na sociedade poderíamos dizer que seres humanos seriam prejudicados pela falta de dinheiro. Em verdade é a irresponsabilidade de governantes, gestores, e a ideologia de mercado que mais prejudica esta faixa da população que depende da assistência social do Estado e da aposentadoria. O conflito aqui, além de longínquo do dano, nem sequer é facilmente visualizável, já que é questionável a responsabilidade do sujeito apontado como autor do fato. Em maior ou menor grau é o que ocorre com toda a idéia de proteção da arrecadação tributária.

O comerciante G tem sua conduta tipificada no artigo 51 da Lei 9.605/98, que é comercializar motosserra sem permissão do órgão competente. Para além da discussão já problemática acerca do que se convencionou chamar *acessociedade administrativa*, onde a decisão sobre o ilícito fica a cargo do Poder Executivo, o conflito aqui é de muito difícil visualização. Ainda que se admita simplesmente o meio-ambiente como bem jurídico (sem qualquer remissão direta a um conflito interpessoal), a estrutura é

de crime de perigo abstrato (para as árvores – objeto da ação para qual a motosserra é fabricada) combinada com a estrutura por cumulação. O fato por si é bastante para denunciar a manifesta ilegitimidade deste tipo penal, trata-se da antecipação da antecipação. O mesmo ocorre em algumas modalidades do crime referido à pesca, neste mesma lei.

Várias outras situações são imagináveis. Este critério pode ajudar a formular mais proibições de antecipações, como a ilegitimidade de algumas formas de punição da tentativa, quando a tipificação, embora utilize a técnica referida à destruição de um objeto material, refira-se a um conflito interpessoal longínquo no futuro.

Bibliografia.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999 (Coleção Pensamento Criminológico; 1).

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.** Série as ciências criminais no século XXI. v. 7. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords). **Direito Penal e Funcionalismo.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

CERVINI, Raúl. Raúl. **Derecho Penal Económico – Concepto y bien jurídico.** *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.º 43. – Revista dos Tribunais : 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal.** Coimbra : Coimbra. 2001.

DOLCINI, Emilio. MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos.** *In* Revista Portuguesa de Ciência Criminal. n.º 4. – Coimbra : Aequitas. 1994.

D'ÁVILA, Fávio Roberto. Aproximações à teoria da exclusive proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** n. 80. set-out/2009. Revista dos Tribunais, São Paulo. P. 07-34.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. – Rio de Janeiro : Forense, 2003.

FERNANDES, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito.** Montevideo/Buenos Aires : BdeF, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal:** não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. – São Paulo ; editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Séria as ciências criminais no século XXI ; v.6).

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **In Revista Brasileira de Ciências Criminais.** n.º 49. Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2004.

_____. “Sobre o chamado Direito Penal do inimigo”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: IBCCRIM, n.º 56, setembro-outubro de 2005, ano 13.

_____. TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org.) O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? (no prelo)

HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno Direito Penal.** *In* Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre : Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003.

_____. **Três temas de Direito Penal.** Porto Alegre : AMP; Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2005.

HEFENDEHL, Roland. et all (Ed.) **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid : Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, Günther. **Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la**

parte especial. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2002. Disponível na Internet: <<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-13.pdf>> Acesso em: 12 de novembro de 2004.

_____. **Derecho penal:** parte general – fundamentos y teoría de la imputación. Traducción J. Cuello Contreras y J. L. S. González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. **Fundamentos do Direito Penal.** Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Derecho Penal,** parte general. 5 ed. Granada : Comares, 2002.

KALIL, José Arthur di Spirito. Desvalor de Ação e Desvalor de Resultado no Direito Penal Brasileiro *In Repertório de Jurisprudência IOB* – n. 8. v. III. abr. 2006. p. 257-253.

KIST, Dario José. **Bem jurídico-penal: Evolução histórica, conceituação e função.** Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.com.br>>. Acesso em 14 de março de 2005.

LUISI, Luiz. Direito Penal. **Bens constitucionais e criminalização.** Disponível na Internet <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>>. Acesso em 14 de março de 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** Monografia IBCCrim. N. 34. IBCCrim: São Paulo, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal,** parte general. 6 ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 2004.

MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal:** sobre las perspectivas y os fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Universidad Externado de Colombia.

PARMA, Carlos. **Bien jurídico en el pensamiento de Günther Jakobs**. Disponível na Internet: <<http://www.carlosparma.com.ar/bienjuridico.pdf>>. Acesso em 28 de março de 2005.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **Derecho Penal Económico**. Parte general. 1ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1998.

_____. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 1999, n. 01-13, Disponível na internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/01/recpc01-03.htm>.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCRIM, n.º 47, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo : RT. 2002.

SANCINETTI, Marcelo A. **Teoría del delito y disvalor de acción**. Buenos Aires : Hammurabi, 1991.

SILVA DIAS, Augusto, "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. In **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. ano 13, n. 3. jul-set. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 303-345

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.º 50 – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**, contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. – Belo Horizonte : Del Rey, 2003

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Revista dos Tribunais : São Paulo. Trad. Luiz Regis Prado.

_____. **Derecho Penal Alemán**. 4 Ed. Editorial Jurídica del Chile : Santiago, 1993.

_____. **Teoría de la acción finalista**. (trad) Eduardo Friker. Buenos Aires : Editorial Depalma, 1951.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1981.

_____. **En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmatica juridico-penal**. Buenos Aires : Ediar, 1998.

_____, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. – 3ª Ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2001.

ZIELINSKI, Diethart. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito**. trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires : Hammurabi, 1990.

