

Com o objetivo de difundir cada vez mais o conhecimento no campo das ciências criminais, o IBCCRIM vem publicando, desde 1997, monografias científicas, com obras de reconhecido valor, muitas delas fruto de dissertações de mestrado e doutorado, apresentadas em renomadas universidades brasileiras e estrangeiras. Com a iniciativa, procura-se dar divulgação a trabalhos destacadamente interdisciplinares de inegável qualidade científica, que encontram nessa coleção o espaço merecido, muitas vezes não preenchido pelo mercado editorial.



Entre bens jurídicos e deveres normativos:

UM ESTUDO SOBRE OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

A presente monografia parte do diagnóstico de que a chamada teoria do bem jurídico enfrenta uma sensível crise na atualidade. Partindo do fenômeno da expansão do Direito Penal, em que observamos o surgimento de figuras como bens jurídicos supraindividuais, crimes de perigo abstrato, delitos de tentativa, normas penais em branco, entre outros, defende-se a tese de que a teoria do bem jurídico vem encontrando dificuldades para cumprir duas das mais importantes funções da ciência jurídico-penal: de um lado, fornecer uma descrição adequada das normas existentes em nosso sistema de imputação; de outro, oferecer critérios consistentes para que conformações abusivas do poder punitivo possam ser criticadas e repensadas.

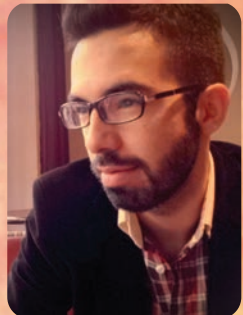
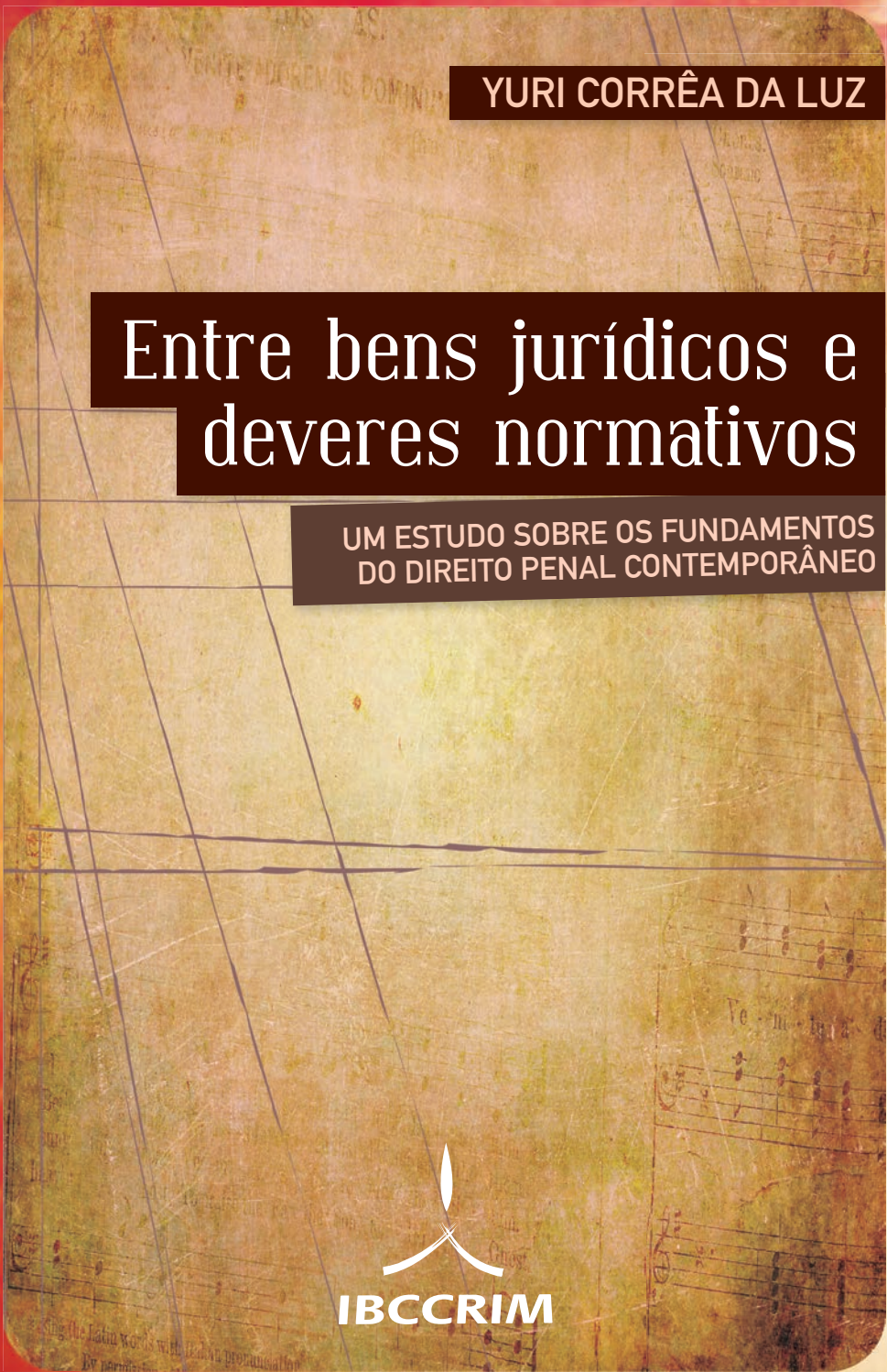
Visando a superar tais deficiências da teoria do bem jurídico, esta monografia analisa modelos que propõem uma desmaterialização e uma funcionalização da teoria jurídico-penal. Por meio deste procedimento teórico, autores como Günther Jakobs condicionam as categorias dogmáticas à função que o Direito Penal exerce na sociedade, e passam a entender o conceito de delito como uma lesão de deveres normativos. Ao discutir a consistência teórica e as conseqüências práticas desta concepção, a presente monografia busca justificar porque este novo modelo seria preferível àquele da teoria do bem jurídico, tanto do ponto de vista da descrição quanto da crítica do Direito Penal contemporâneo.

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-99216-36-1



9 788599 216361



Yuri Corrêa da Luz

É Doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e especialista em Grundzügen des deutschen Rechts pela Ludwig-Maximilians-Universität, em Munique, Alemanha.

Foi Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e Pena, ligado à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) e Assessor Jurídico Chefe junto ao Ministério Público Federal em São Paulo.



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Yuri Corrêa da Luz

**ENTRE BENS
JURÍDICOS
E DEVERES
NORMATIVOS:
UM ESTUDO SOBRE OS
FUNDAMENTOS DO
DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

1ª Edição



SÃO PAULO
2013

© Desta edição - IBCCRIM

Produção Gráfica: Planmais Design Ltda.

Tel.: 2061-2797 - contato@planmais.com.br

Capa: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

L994e

Luz, Yuri Corrêa da

Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo / Yuri Corrêa da Luz. - 1.ed. - São Paulo : IBCCRIM, 2013.

204 p. (Monografias ; 64)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-99216-36-1

1. Bem jurídico 2. Dogmática penal 3. Fundamentos do direito penal I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

CDD: 345.1

CDU: 343.2.01

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2º andar

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

tel.: (xx 55 11) 3111-1040 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 4.000 exemplares

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS
Exemplar de distribuição restrita e comercialização proibida.
Impresso no Brasil - *Printed in Brazil*
Julho - 2013



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna

1ª Secretária: Heloisa Estellita

2º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

Biblioteca: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Boletim: Rogério Fernando Taffarello

Comunicação e Marketing: Cristiano Avila Maronna

Convênios: José Carlos Abissamra Filho

Cursos: Paula Lima Hyppolito Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos: Leandro Sarcedo

Iniciação Científica: Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mesas de Estudos e Debates: Andrea Cristina D'Angelo

Monografias: Fernanda Regina Vilarés

Núcleo de Pesquisas: Bruna Angotti

Relações Internacionais: Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Brasileira de Ciências Criminais: Heloisa Estellita

Revista Liberdades: Alexis Couto de Brito

Tribuna Virtual IBCCRIM: Bruno Salles Pereira Ribeiro

PRESIDENTES DOS GRUPOS DE TRABALHO

Amicus Curiae: Thiago Bottino

Código Penal: Renato de Mello Jorge Silveira

Cooperação Jurídica Internacional: Antenor Madruga

Direito Penal Econômico: Pierpaolo Cruz Bottini

Estudo sobre o Habeas Corpus: Pedro Luiz Bueno de Andrade

Justiça e Segurança: Alessandra Teixeira

Política Nacional de Drogas: Sérgio Salomão Shecaira

Sistema Prisional: Fernanda Emy Matsuda

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ORGANIZADORAS

17º Concurso de Monografias de Ciências Criminais: Fernanda Regina Vilarés

19º Seminário Internacional: Carlos Alberto Pires Mendes

COMISSÃO ESPECIAL IBCCRIM – COIMBRA

Presidente: Ana Lúcia Menezes Vieira

Secretário-geral: Rafael Lira

Departamento de Monografias

Coordenadora-Chefe: Fernanda Regina Vilarés

Adjuntos: Antonio Tovo Loureiro, Danyelle da Silva Galvão e Marcelo Mayora Alves

*À Luciana,
pour tout, partout*

AGRADECIMENTOS

O livro que o leitor tem em mãos corresponde a uma versão ampliada e aprofundada de meu trabalho de conclusão de curso, defendido em 2009 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O texto final, redigido em 2010 e mantido praticamente inalterado desde então, pode ser considerado o primeiro fruto de uma linha de investigação iniciada há cerca de cinco anos, quando, ainda na graduação, pude vivenciar a rica experiência de estudar e pesquisar na Universidade *Ludwig-Maximilians*, de Munique, Alemanha.

Como costuma ocorrer com trabalhos que vêm a público apenas algum tempo depois de serem concluídos, enxergo o estudo ora publicado com algumas reservas, naturais se for levado em conta que, desde então, continuei me dedicando ao aprofundamento do debate sobre o conceito de bem jurídico e os fundamentos do Direito Penal contemporâneo, e fui obrigado a repensar parte do que escrevi à época. Se, no entanto, opto por publicar este trabalho em uma versão datada de cerca de três anos atrás, sem grandes adaptações e revisões, faço-o por duas razões principais: em primeiro lugar, porque, se é verdade que atualmente tenho me ocupado de outros aspectos deste debate, isso não significa que considero equivocados os argumentos centrais que sustentei neste estudo, mas sim e apenas que os considero um retrato *parcial* de um quadro mais amplo, cuja exposição mais acabada será objeto de minha tese de doutorado, atualmente em curso. Em segundo lugar, porque, a despeito das eventuais lacunas que enxergo no estudo que ora se publica, acredito que a tese central nele veiculada, por ser francamente minoritária no Brasil, precisa ser o quanto antes defendida com vigor e colocada em discussão em nosso país. Se, como sustento, o conceito de bem jurídico, ao contrário do que

muitos afirmam, apresenta deficiências teóricas e tende a gerar problemas práticos relevantes para a elaboração e a aplicação do Direito Penal contemporâneo, as posições por aqui dominantes devem ser revisitadas e revistas com urgência, não havendo motivo forte o bastante que justifique negar a este livro a chance de, desde já, tentar contribuir para a realização deste objetivo.

Na vida, penso que nossas realizações não dependem exclusivamente nem do acaso, nem de nosso esforço e de nosso trabalho. Se somos aquilo que fazemos das condições que encontramos disponíveis para construirmos nossas trajetórias, eu não poderia deixar de agradecer àqueles que me ajudaram e me apoiaram, dando-me suporte para trilhar meu caminho até aqui.

Agradeço, primeiramente, a meu orientador, o Professor Renato de Mello Jorge Silveira, por desde meu terceiro ano de graduação ter procurado incentivar, de diversas formas, meu desenvolvimento intelectual e profissional. Imagino que não seja fácil orientar um aluno que muitas vezes não aceita seguir alguns dos protocolos ainda presentes na Academia de nossos países. O professor Renato, contudo, sendo sempre muito paciente, procurou entender minhas posições ao longo destes anos, dando-me ampla liberdade para pensar e escrever, respeitando minhas escolhas e me apoiando em tudo que fiz até hoje. Por este gesto de confiança, devo a ele meu muito obrigado.

À Marta Rodriguez de Assis Machado e à Maíra Rocha Machado, agradeço por terem me recebido como pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena, ligado à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (*Direito GV*). Nos meus quase cinco anos no Núcleo, sob a coordenação delas, tive o privilégio de trabalhar ao lado de muitas pessoas sérias e talentosas, participando de pesquisas e de debates que marcaram minha forma de pensar o Direito e de ver o papel público do intelectual em nosso país. À Marta, especialmente, agradeço por ter despertado meu interesse para o que há de mais interessante na dogmática penal, e por ter se tornado uma companheira intelectual e uma amiga de quem sempre lembro com saudade quando penso em nossos dias de convívio cotidiano.

Também sou grato a todos com quem aprendi nos quatro anos em que participei do Programa de Educação Tutorial (“PET”) de

Sociologia Jurídica, da Faculdade de Direito da USP. O PET foi, sem dúvida, a minha segunda faculdade, onde pude desfrutar de uma formação teórica pouco convencional nas escolas de Direito e, principalmente, onde pude aprender a importância do debate de ideias franco e desprendido das amarras do bacharelismo. Agradeço, em especial, à Mariana Valente e à Mariana Guarda, que me acompanharam nesse grupo desde o começo, e que hoje fazem parte de algumas de minhas melhores memórias dessa época.

À Heloísa Estellita, agradeço pelo apoio que dela recebo desde nossas primeiras conversas. Sua gentileza e sua disposição em ouvir, ler e criticar o que falo e escrevo são para mim algo de muito valioso, pois me incentivam a sempre seguir em frente e tentar fazer as coisas da melhor maneira possível.

A Luís Greco, agradeço por gentilmente ter reservado parte do seu tempo para ler meus textos, e por, em momentos decisivos, ter incentivado o desenvolvimento de minhas ideias. Para mim, é um grande privilégio poder receber seus comentários e críticas (sempre tão sinceros, qualificados e importantes para o aprimoramento de meu trabalho), sendo maior apenas a honra de ter seu prefácio abrindo este pequeno livro.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, sou grato não apenas por ter viabilizado esta publicação, mas também por exercer a importante função pública de fomentar, por diversas frentes, o debate em matéria penal neste país. A Isa Alexandrino, em especial, agradeço pela paciência e pelo empenho em fazer com que este livro se tornasse realidade.

À Beatriz Corrêa Camargo, agradeço por compartilhar comigo muitas inquietações e angústias em relação à Academia brasileira, e também por todos os projetos que já conduzimos e que ainda conduziremos juntos, com a esperança de um dia minimizar as causas daquilo que hoje tanto nos incomoda.

À Anamara Osório, agradeço por ter me dado a oportunidade de ser seu assessor no Ministério Público Federal, e por ter me ensinado – entre tantas coisas – a valorizar esta instituição como um importante espaço de luta por uma sociedade mais justa e igualitária. A todos os meus colegas de gabinete, na pessoa de Anderson Santos, agradeço pela aprendizagem e por me incentivarem a enfrentar novos desafios.

Agradeço a Victor Marcel Pinheiro, por – longe ou perto – ser um amigo sempre presente, com quem posso partilhar convicções e o desejo de lutar pelo que é certo. A Leonardo Rosa, pela amizade fiel e pela incrível capacidade de, em tantas discussões que temos, defender com inteligência pontos de vistas diferentes dos meus, obrigando-me a repensar constantemente minhas posições e a rever muitas de minhas certezas. A todos meus amigos da “República”, agradeço por mesmo longe me divertirem e me fazerem lembrar com alegria de uma época em que não tínhamos tantas responsabilidades.

Agradeço ainda a meus tios Jaci e Sônia, por terem tornado possível minha permanência na Alemanha, em um período de estudos sem o qual este livro não existiria. A minha tia e segunda mãe, Marli, pelo carinho de sempre e pelo belo exemplo de força e perseverança que ela tem nos dado nos últimos tempos. A Luizinho, Aninha, Alvinho, Lili e Celsinho, que mais do que primos são amigos com quem tenho prazer de conviver desde pequeno. A Eurica, Luiz Carlos, Ana e Flávia, agradeço pelo apoio que venho recebendo e por sempre me fazerem me sentir em casa quando os visito.

Por mais que eu tente, nenhum agradecimento é capaz de retribuir o que minha família fez e faz por mim. Meus pais, desde sempre, não apenas me ensinaram que o que mais importa na vida são nossas virtudes, como ainda sacrificaram o que tinham e o que não tinham para que meu irmão e eu pudéssemos estudar e ir atrás de nossos sonhos. A meu pai, José Carlos, agradeço por ter me ensinado a importância do carinho incondicional e por ter privilegiado a igualdade sobre a hierarquia. A minha mãe, Maria de Fatima, que conduziu sua vida colocando o nosso bem antes do dela própria, agradeço especialmente por ter me ensinado que a melhor virtude que uma pessoa pode ter é a alteridade, e que muito de nosso crescimento depende da capacidade de nos pensarmos no lugar do outro. A meu irmão, Ícaro, agradeço pelas risadas, pelo afeto e pela companhia, que foram e sempre serão maiores que qualquer de nossas diferenças. Sem o amor de vocês três, eu certamente nada seria.

Finalmente, à Luciana. Poderia agradecer por você ter entrado em minha vida e, logo de cara, ter dado a ela tanto sentido, a ponto de por vezes fazê-la transbordar em excessos. Poderia agradecer por

você ser minha companheira de todas as horas, com quem converso sobre tudo e divido todas as minhas experiências. Poderia agradecer por compartilhar comigo sua inteligência, seu caráter, sua ironia fina e seus mais variados sentimentos. Poderia, por fim, agradecer por me ajudar a me conhecer melhor, e por me fazer ver o lado bom de meus defeitos, dando-me incentivo para tentar a cada dia me tornar alguém melhor – para mim e para os que estão a minha volta. Poderia agradecer por isso e por muito mais, mas a verdade (sempre ela) é que “gratidão” é uma palavra que simplesmente não dá conta de expressar tudo que nossa relação e sua presença significam em minha vida. Aquilo que temos, L., não tem nome. E se sobre aquilo que não podemos falar nós devemos nos calar, só me resta, então, dedicar-lhe este livro, acompanhado do meu mais verdadeiro e amoroso silêncio. Você, para mim, é isso:

São Paulo, outono de 2013

Yuri Corrêa da Luz

PREFÁCIO ■

Tenho a satisfação de apresentar ao público brasileiro o primeiro livro de Yuri Corrêa da Luz. Trata-se de uma versão modificada de sua monografia de conclusão da graduação em Direito, apresentada na USP em 2009. Objeto da monografia é o conceito material de delito, mais concretamente, se o delito deve ser entendido como violação de um bem jurídico, como cada vez mais se afirma na doutrina nacional, ou como violação de um dever, na esteira das reflexões formuladas especialmente por Günther Jakobs e pelos integrantes de sua escola. Depois de uma rápida exposição da história da teoria da proteção de bens jurídicos, Luz submete essa teoria a uma crítica dúplice, que questiona a fecundidade da referência a bens tanto para descrever o atual estágio em que se encontra o direito penal (a chamada função dogmática ou imanente ao sistema da teoria da proteção de bens jurídicos), como para orientar a crítica ao direito penal (a chamada função crítica ou transcendente ao sistema). Luz pretende demonstrar que uma concepção do delito não mais como violação de bens, e sim de deveres organizacionais ou institucionais, em boa parte nos moldes desenvolvidos pelo funcionalismo de Jakobs, tem maior potencial tanto descritivo quanto crítico.

O leitor, que acaba de abrir a presente monografia, possivelmente não sabe dela muito mais do que o nome do autor, da obra e o que acabo de escrever no primeiro parágrafo deste prefácio. Imagino que esse leitor deve estar fazendo indagações; ou, para ser mais preciso ou sincero, se estivesse eu na posição do leitor, imagino que me surgiriam algumas indagações. Nas linhas que seguem, tentarei responder a essas indagações imaginárias, que são, fundamentalmente, três: teoria do bem jurídico? Jakobs? Monografia de conclusão de curso?

Teoria do bem jurídico? É verdade que poucos temas têm sido objeto de tamanha atenção da doutrina brasileira nos últimos anos. Já foram publicadas mais de dez monografias; não há praticamente coletânea sem ao menos um trabalho a respeito, isso para não mencionar os artigos em periódicos. Diante desse quadro, a indagação mais natural é: por que mais um trabalho? Há ainda algo a ser dito? Nesse aspecto, a monografia de Luz não decepciona. Porque enquanto boa parte dessa mencionada produção literária tem caráter apologético e se limita a declamar o caráter indispensável do bem jurídico ou da ofensividade para o direito penal democrático liberal etc., Luz tem a coragem de remar contra a maré, de desafiar aquilo que, nos círculos ditos esclarecidos ou mesmo críticos (diga-se de passagem, o termo mais acriticamente utilizado na literatura penal brasileira, e do qual já se apropriaram até os mais inquestionáveis representantes do *establishment*, como o são os chamados “cursinhos”), é considerado de bom tom. O autor esforça-se por demonstrar que a teoria do bem jurídico, mais do que insuficiente do ponto de vista descritivo, tampouco serviria para criticar o direito penal contemporâneo em suas tendências expansivas. Pelo contrário, o argumento do bem jurídico seria o principal motor teórico dessa expansão. Quem quer proteger bens jurídicos, tem de criminalizar; quanto antes, melhor. Como o germe do delito (ao menos do doloso) é a ideia de cometê-lo, quem quer proteger bens jurídicos tem, idealmente, de criminalizar já pensamentos. Esses argumentos de Luz, que em boa parte (se bem que não em tudo) me parecem acertados, têm de ser levados em conta pela discussão brasileira, se queremos fazer mais do que mera apologia a *slogans* da moda.

Jakobs? Tanto o diagnóstico crítico de Luz, como o remédio por ele proposto, são fortemente influenciados pela reflexão de Jakobs e de sua escola. Alguns dos leitores brasileiros provavelmente associarão ao nome de Jakobs o direito penal do inimigo; uma parcela mais reduzida ainda o situará como mentor do “funcionalismo radical” (em contraposição ao dito “funcionalismo moderado” de Roxin). De qualquer forma, tanto o direito penal do inimigo, quanto o funcionalismo radical, são, para boa parte de nossa doutrina, tabus; e esses tabus se transmitiram, naturalmente, ao autor dessas ideias. Da mesma forma que é considerado de bom

tom falar de democracia e constitucionalização, de garantismo e minimalismo, é tido como apostasia concordar com Jakobs ou mesmo citá-lo sem ressalva. Da mesma forma que Ferrajoli é argumento, Jakobs é *reductio ad absurdum*. Luz não se deixa impressionar por esse maniqueísmo pouco sofisticado, e isso em vários planos. Primeiramente, Luz fez o que a boa parte dos críticos não julgou necessário fazer: leu o autor. Mas o mais interessante é – em segundo lugar – que Luz não se limitou a reproduzir o conteúdo do que leu, mas, com relativa independência, formulou um novo e interessante argumento em favor da posição que assumiu. Esse argumento – se bem que dito com as minhas palavras – é o de que a teoria do bem jurídico, ao fazer referência a um objeto pré-dado, esconderia as verdadeiras razões relevantes no momento de avaliar a legitimidade ou não de uma proibição, razões essas que, em última análise, dizem respeito à auto-compreensão de uma sociedade. Com base em um exemplo: uma sociedade que não pune o estupro dentro do casamento (tal era o caso na Alemanha até 1997; no Brasil, leiam-se as famosas linhas nos Comentários de Hungria), mais do que deixar desprotegido o bem *liberdade sexual da mulher casada*, mostraria a sua cara de sociedade machista. Poder-se-ia formular argumentos similares em relação ao aborto, à crueldade com animais, ao meio ambiente. A pergunta essencial, dessa perspectiva, seria não “que bem protegemos?”, e sim: “que sociedade somos nós?”. Pouco importando se essa perspectiva deve ou não ser acolhida, é inquestionável que se trata de algo interessante, que enriquece nossa discussão nacional. Manter uma atitude de rejeição incondicionada a tudo o que recorde a Jakobs demonstraria não estarmos à altura do livro que temos diante de nós.

Monografia de conclusão de graduação? De fato, o leitor tem em mãos um trabalho escrito por um estudante, por um acadêmico à época no último ano de graduação, mas um trabalho que não precisa, de modo algum, envergonhar-se de pleitear um lugar ao lado de teses de doutorado ou mesmo de livre-docência a respeito do tema. Se as ideias desenvolvidas são adequadas ou não, não cumpre avaliar em um prefácio, que não é uma resenha crítica. Principalmente, Luz se revela como alguém que não se deixa impressionar por *slogans* da moda, alguém que, pelo contrário, insiste em ler com os próprios olhos e pensar com a própria cabeça, ainda que isso

incomode, ainda que isso signifique matar algumas vacas sagradas. Se até o recém-graduado Yuri Corrêa da Luz inova e provoca (e isso em um país em que a ciência é tanto mais repetitiva quanto mais se autodeclara crítica), podemos aguardar com ansiedade a maturação dessas ideias na tese que o doutorando Yuri Corrêa da Luz em breve há de apresentar.

Munique, 06 de junho de 2013

Luís Greco

SUMÁRIO ■

APRESENTAÇÃO	21
RESUMO	28
INTRODUÇÃO	29

CAPÍTULO 1

O SURGIMENTO E O ESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO	37
1.1 Feuerbach e o conceito de delito como lesão a direitos subjetivos	38
1.2 Birnbaum e a introdução da ideia de proteção de bens	41
1.3 Binding e Honig: formalização e esvaziamento da noção de bem	46
1.4 Welzel e a duplicidade na abordagem do bem jurídico	51
1.5 Roxin e a fundamentação constitucional da ideia de bem jurídico	59
1.6 Sistematização categorial das diversas formulações sobre o bem jurídico	68
1.6.1 O caráter imanente do conceito de bem jurídico	69
1.6.2 O caráter transcendente do conceito de bem jurídico	72

CAPÍTULO 2

A CRISE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO	77
2.1 Complexificação social e “Direito Penal de Risco”	77
2.2 Surgimento de bens jurídicos de caráter supraindividual ..	80

2.3 Transformações na estrutura de imputação	86
2.3.1 Crimes de perigo abstrato e delitos de tentativa	86
2.3.2 Delitos de transgressão e normas penais em branco	94
2.4 A perda do potencial descritivo do conceito de bem jurídico	99
2.4.1 A insustentabilidade de um rol prévio de bens como base de um conceito material de delito	100
2.4.2 O déficit descritivo do modelo individualista de bem jurídico	102
2.4.3 A crise do princípio da ofensividade	107
2.5 A perda do potencial crítico do conceito de bem jurídico	113
2.5.1 A relação entre déficit crítico e o conceito constitucional de bem jurídico	114
2.5.2 A relação entre déficit crítico e a proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal	119

CAPÍTULO 3

A CRÍTICA AOS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DO BEM JURÍDICO: O CAMINHO DA FUNCIONALIZAÇÃO

3.1 Rudolphi e a noção de bem como estado funcional ao desenvolvimento do cidadão	124
3.2 Kargl e a proteção de bens como proteção da moralidade e das expectativas condensadas em normas ..	128

CAPÍTULO 4

O MODELO TEÓRICO DE GÜNTHER JAKOBS: O DIREITO PENAL COMO PROTEÇÃO CONTRA A LESÃO DE DEVERES NORMATIVOS

4.1 A funcionalização radical da ciência jurídico-penal	135
4.2 As críticas jakobsianas à teoria do bem jurídico	138
4.2.2 As objeções jakobsianas quanto ao déficit descritivo da teoria do bem jurídico	142
4.2.3 As objeções jakobsianas quanto ao déficit crítico da teoria do bem jurídico	151

4.3 O Direito Penal como proteção contra lesões de deveres	158
4.3.1 Prevenção geral positiva e garantia de expectativas normativas	158
4.3.2 A proteção de bens jurídicos como um discurso metafórico sobre a vigência das normas penais	161
4.3.3 Teoria penal versus política: sobre o caráter formal da noção de dever normativo	170
4.4 O potencial emancipatório inscrito na funcionalização e na desmaterialização dos conceitos em Direito Penal	174
CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS	183
REFERÊNCIAS.....	187

“Uma prática sã é aquela que continuamente respira o ar da ciência. Este padrão, no entanto, exige uma ciência que disponha de oxigênio suficiente. Uma ciência do Direito deve ser uma ciência prática, isto é, uma teoria que em sua atividade escute o pulsar da prática, consciente de que deve perseguir a aplicação da lei e orientar decisões oferecendo razões e fundamentos jurídicos. Uma teoria, em suma, que antecipe as dificuldades com que podemos nos deparar na prática, somente esta será uma teoria boa e adequada”

(Karl Binding)

“A ciência do Direito não apenas leva a cabo a tarefa de reunir as normas jurídico-penais de uma sociedade e de ordená-las segundo critérios externos. Para além disso, ela deve expor a necessidade e os limites de tais normas para seu tempo e, neste sentido, sintetizar Direito Penal e tempo em um único conceito”.

“Existe, portanto, uma dependência recíproca entre sociedade e Direito Penal. Sendo assim, nem um nem outro pode saltar sobre sua própria sombra”

(Günther Jakobs)

APRESENTAÇÃO ■

No Brasil, as ciências criminais serviram, durante muito tempo, como instrumentos de legitimação de nossas práticas jurídicas. Adotando uma postura fortemente passiva diante do uso da intervenção estatal, o positivismo jurídico e sociológico do final do século XIX e do começo do século XX marcou profundamente nossa reflexão científica sobre o Direito Penal. Sem questionar as diversas conformações adotadas pelo poder punitivo, aqueles que estudavam o fenômeno do crime trataram de criar modelos e teorias que fornecessem critérios legitimadores às práticas de então. Reflexos desta postura podem ser constatados nos mais diversos campos de estudo, desde a criminologia positivista de matriz lombrosiana, que dava roupagem científica à exclusão e à estigmatização dos menos abastados e dos socialmente excluídos, até as bizantinas discussões dogmáticas sobre a posição de determinada categoria na estrutura da chamada teoria do delito, em regra travadas sem que fossem feitos quaisquer questionamentos acerca da legitimidade do sistema jurídico-penal.

Este quadro geral começa a sofrer alterações a partir da década de 70 do século passado. Desde então, estudos criminológicos e etnológicos passam a encarar as práticas punitivas como mais um elemento da mecânica geral de controle social, e assim as raízes sociais do fenômeno do crime passam a ser objeto de denúncia e reflexão. Tornam-se correntes, então, estudos críticos sobre o Direito Penal, problematizando a instituição carcerária, as políticas de segurança pública, bem como os fatores político-econômicos que estariam em suas bases. Os anos passam, no entanto, e estes avanços científicos, embora tenham sensível impacto sobre os gestores de política pública, parecem permanecer fora de nosso cotidiano jurídico, distantes do imaginário compartilhado pelos

teóricos e operadores do Direito. Por mais que se desenvolvam estudos sobre as origens sociais e políticas do controle penal, sobre suas funções ideológicas e econômicas, a maioria daqueles que operam, criam e teorizam o Direito Penal mantêm-se inertes diante deste desenvolvimento. Como explicar este descompasso?

A Teoria do Direito contemporânea vem chamando atenção para a possibilidade de analisarmos o fenômeno jurídico a partir de dois pontos de vista diferentes: um *externo* e outro *interno*¹. O ponto de vista *externo* seria aquele dos historiadores, antropólogos e sociólogos, que perguntam quais as causas políticas, econômicas e culturais da adoção de determinado modelo de regulação jurídica². O ponto de vista *interno*, por sua vez, seria aquele pertencente aos próprios participantes da prática jurídica, seja como teóricos, seja como legisladores, seja como operadores do Direito³. Cada uma destas perspectivas, por se focar sobre um determinado aspecto do fenômeno jurídico, acaba tratando de questões diferentes. Se o interesse do estudioso que parte de um ponto de vista externo é explicar macro-fenômenos, a partir da observação de fatores exógenos à atividade de cada participante da prática jurídica, o interesse daquele que parte de um ponto de vista interno é de outra ordem: ele procura entender quais são os elementos *internos* que caracterizam a atividade jurídica, isto é, quais as *motivações* e *razões* de que os participantes da prática jurídica se utilizam para decidir e argumentar em determinado sentido. Ao passo em que aqueles desenvolvem teorias sobre, por exemplo, como a história e a economia forjam nossas instituições e nossas relações de poder, estes querem compreender quais elementos compõem o universo que os funcionários, os juristas ou as pessoas particulares usam como guia de conduta na sua vida jurídica, isto é, quais os *motivos* e as *razões* de suas pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos, enfim, qual é a base para suas atitudes no âmbito da

¹ Esta distinção foi originalmente desenvolvida por Herbert L.A. Hart, mas teóricos posteriores como Ronald Dworkin também se referem a ela. Para uma introdução ao tema, ver TAMANAHA, Brian. "The Internal/External distinction and the notion of a 'practice' in legal theory and sociolegal studies". In: *Law & Society Review*, Vol. 30, 1996. P. 163 e seguintes.

² HART, Herbert. L.A. *O Conceito de Direito*. 4ª Edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. P. 99.

³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. P. 13.

interpretação e da aplicação do Direito⁴.

Por tratarem de questões tão diversas, mas igualmente fundamentais, uma compreensão adequada do que é o Direito - e de como ele deve ser - tem de abarcar estas duas perspectivas. Acreditamos, no entanto, que uma das possíveis razões para o descompasso entre os avanços científicos acima descritos e o seu baixo impacto sobre nosso cotidiano jurídico pode residir precisamente neste ponto: no Brasil, as ciências criminais, por mais que tenham se desenvolvido nas últimas quatro décadas, parecem ter relegado a um segundo plano a tarefa de refletir consistentemente a partir de um ponto de vista *interno* ao Direito Penal.

Desenvolvemos uma série de estudos sobre os diversos contextos econômicos, políticos e culturais que conformaram nossas instituições penais; concebemos o Direito Penal como parte de um mecanismo amplo de controle social; percebemos como o fenômeno do crime pode ser visto como um fenômeno que produz e reproduz exclusão material e espiritual. No entanto, parece que pouco se discutiu e se debateu sobre o quê e como pensam aqueles que produzem nossas normas jurídicas, aqueles que aplicam nossas leis, aqueles que, a partir delas, fazem demandas de liberdade, de punição, de segurança, enfim, aqueles que participam como atores de nossas práticas jurídico-penais. Quais conceitos estruturam o raciocínio destas pessoas? Com base em que categorias eles interpretam nosso Direito Penal? Quais são as idéias pressupostas no imaginário daqueles que, seja teorizando, seja operando praticamente, atuam em nossos tribunais, em nossas faculdades de Direito, em nosso Legislativo, no cotidiano jurídico de nossa sociedade? A estas perguntas parece pouca a atenção dada pelas ciências criminais brasileiras.

Em nosso país, estudos de *teoria* penal, preocupados em refletir sobre as categorias estruturantes de nossas práticas jurídico-penais, foram durante muito tempo vistos com maus olhos. Em regra, eles eram tomados como sinônimos de discussões dogmáticas etéreas, que, em nome de uma pretensa necessidade de refinamento conceitual, perdiam o contato com a realidade social. Talvez por conta disso, os estudos críticos nas ciências criminais foram

⁴ HART, Herbert. L.A. *O Conceito de Direito*. Op. cit. P. 100.

tradicionalmente realizados a partir de um olhar *externo* ao Direito Penal, tendo como foco seus problemas de ordem política, histórica etc. Conseqüentemente, a forma como os juízes, advogados, enfim, os operadores do Direito produzem e reproduzem suas argumentações, bem como o modo através do qual o sistema jurídico-penal, de um ponto de vista *interno*, descreve a si próprio, raramente foi objeto de reflexão profunda, e a crítica, neste âmbito, foi algo por muito tempo ausente.

Ao ser adotada esta postura parcial, parece que nos escapa toda uma dimensão daquilo que queremos tanto entender. Isso porque, por mais sofisticados e densos que sejam os estudos criminológicos que temos produzido, eles não parecem dar conta de identificar plenamente as razões para atuarmos como atuamos, os conceitos postos a nosso dispor, os elementos que usamos para questionar determinada criminalização, para exigir determinado comportamento, para decidirmos pela responsabilidade criminal de alguém. Assim, se pretendemos compreender e criticar adequadamente o que fazemos de nosso Direito Penal, parece ser preciso refletir a partir de uma perspectiva que procure trabalhar com estas questões.

Apenas muito recentemente a comunidade acadêmica passou a levar em conta esta necessidade. Desde então, os juristas, talvez por conta da evidente complexificação social das últimas décadas, vêm tomando para si a tarefa de refletir e discutir sobre os rumos de sua própria prática. Exemplo deste tipo de teoria produzida *pelos e para os juristas*, principalmente após o advento da Constituição de 1988, vem ganhando força a reflexão sobre importantes princípios que estruturam o raciocínio jurídico-penal – tais como o da proporcionalidade, o da individualização da pena, a idéia de *ultima ratio*, entre outros. Começa-se, assim, a perceber que estudos dogmáticos apartados da realidade não esgotam aquilo que os penalistas têm a dizer sobre sua atividade⁵; a ciência jurídico-penal passa a ser permeada por questões de política-criminal, e

⁵ Sobre as mudanças de funções da dogmática penal, que deixa de apenas fornecer sistematização do material jurídico, para então assumir também um papel construtivo de criação de novas formas de se pensar nosso Direito, ver ZACZYK, Rainer. “Was ist Strafrechtsdogmatik?”. In: *Festschrift für Winfried Küper*. Heidelberg: C.F.Müller, 2010. P. 724-732.

as categorias com as quais os operadores do Direito trabalham tornam-se objeto de estudo fundamental para aqueles que querem combater o uso irracional e excessivo da intervenção estatal sobre a liberdade das pessoas.

Esta mudança de perspectiva, embora já conte com muitos adeptos, ainda não dispõe de lugar destacado em nossas ciências criminais. Isso nos parece um erro. Se não compreendermos plenamente a importância de se refletir sobre o Direito Penal a partir de um ponto de vista interno, talvez permaneçamos sem entender por que tantos avanços nas ciências criminais afetam tão pouco o cotidiano dos juristas. Enquanto não enfrentarmos a tarefa de refletir e repensar os conceitos e idéias que dão sentido às nossas interpretações, ações e teorias no âmbito de nossas práticas jurídicas, continuaremos fadados a enfrentar o pior dos cenários para aqueles que querem transformar, efetivamente, aquilo que estudam: estaremos, para usar das palavras de Ronald Dworkin, “esperando por uma luz; e enquanto esperamos, as teorias ficarão cada vez mais programáticas e menos substantivas, mais radicais no papel e menos críticas na prática”⁶.

Assumindo esta tarefa intelectual e *partindo de um ponto de vista interno ao Direito Penal*, o presente trabalho consiste em uma reflexão sobre um dos principais conceitos presentes em nosso discurso: o conceito de *bem jurídico*. Nas últimas décadas, esta categoria vem ganhando espaço crescente em nosso imaginário e em nosso discurso, sendo sua importância prática visível em diversos âmbitos do cotidiano jurídico-penal. Legisladores criminalizam e descriminalizam condutas com base na idéia de proteção a um bem jurídico; sistematizam, ainda, os capítulos de nosso Código Penal e da Legislação Especial conforme os diferentes bens envolvidos em cada figura típica; promotores usam desta categoria para denunciar e processar aqueles que violam determinado bem jurídico; advogados, fazendo referência a este conceito, pleiteiam diminuições de pena ou mesmo a impossibilidade de se responsabilizar seus clientes; juristas e leigos, no âmbito do debate público, correntemente discutem e questionam a legitimidade de uma determinada norma penal com base nesta categoria.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Op. cit. P. 14.

Estes são apenas alguns exemplos de como esta “gramática do bem jurídico”, presente em nosso imaginário, tem grande impacto sobre nosso cotidiano. Para além deste interesse prático, no entanto, devemos ter em mente que este conceito também parece ser de grande relevância para a nossa reflexão teórica sobre o Direito Penal. Correntemente, observamos penalistas que afirmam ser a função do Direito Penal proteger bens jurídicos, ou que todo crime deve ser entendido como uma lesão a um bem jurídico. Longe de ser este um mero jogo de palavras, ao fazermos deste conceito a base para grande parte de nossas atividades jurídicas quotidianas, bem como para nossa própria *autocompreensão* acerca do que é o Direito Penal e o que é o crime, estamos vinculando-o ao destino de milhões de pessoas que estiveram, estão ou podem vir a estar envolvidas em alguma relação jurídico-penal.

Neste sentido, a presente monografia terá por foco central este conjunto de idéias que fazem parte de nossa autocompreensão sobre o Direito Penal. Ao refletirmos sobre esta chamada teoria do bem jurídico, acreditamos ser possível compreender o papel deste conceito no imaginário daqueles que teorizam o Direito Penal, que constroem e pensam nossas categorias dogmáticas, criando os instrumentos por meio dos quais podemos descrever e criticar o funcionamento de nosso sistema jurídico. Devemos, por isso, analisá-la mais de perto, fornecendo respostas a algumas questões fundamentais: quais são os pressupostos dos quais partimos quando afirmamos que o Direito Penal protege bens jurídicos? Qual o tipo de dogmática penal que construímos quando temos como base essa “gramática de bens”? Ela é adequada aos tempos atuais e consistente com nossas práticas jurídicas? A quais propósitos este conceito pretende servir? A quais propósitos ele efetivamente serve? Podemos ou precisamos pensar em conceitos alternativos a ele? Quais são os custos e os ganhos de fazê-lo?

Todas estas questões constituem o fio condutor da presente monografia. Respondê-las não parece tarefa simples, mas essa dificuldade não deve ser vista senão como um incentivo para fazermos nosso melhor. Se o que estamos defendendo faz algum sentido, então não podemos continuar tratando do Direito Penal sem compreender – e, eventualmente, repensar – as categorias que estruturam nosso raciocínio, os sistemas de idéias que gravitam em

torno de nossas ações e opiniões a respeito deste ramo jurídico. E isso não apenas porque o destino de muitas pessoas parece depender dos componentes e arranjos desta dimensão interna de atividade jurídica, mas principalmente porque, ao refletirmos adequadamente sobre o papel que um conceito desempenha para aqueles que dele fazem uso e que sobre ele discutem, nós talvez possamos entender melhor a forma como atribuímos responsabilidade penal em nossa sociedade, bem como desvendar possíveis entraves existentes para que esta possa ser efetivamente transformada. Este estudo é, portanto, um convite para analisarmos mais de perto o conceito de bem jurídico, tão presente e tão relevante em nossas práticas jurídico-penais.

RESUMO ■

Este estudo parte do diagnóstico de que a chamada teoria do bem jurídico enfrenta uma sensível crise na atualidade. Partindo do fenômeno da expansão do Direito Penal, em que observamos o surgimento de figuras como bens jurídicos supraindividuais, crimes de perigo abstrato, delitos de tentativa, normas penais em branco, entre outros, defende-se a tese de que a teoria do bem jurídico vem encontrando dificuldades para cumprir duas das mais importantes funções da ciência jurídico-penal: de um lado, fornecer uma descrição adequada das normas existentes em nosso sistema de imputação; de outro, oferecer critérios consistentes para que conformações abusivas do poder punitivo possam ser criticadas e repensadas.

Visando a superar tais deficiências da teoria do bem jurídico, este estudo analisa modelos que propõem uma desmaterialização e uma funcionalização da teoria jurídico-penal. Por meio desse procedimento teórico, autores como Günther Jakobs condicionam as categorias dogmáticas à função que o Direito Penal exerce na sociedade, e passam a entender o conceito de delito como uma lesão de deveres normativos. Ao discutir a consistência teórica e as consequências práticas desta concepção, este estudo busca justificar por que este novo modelo seria preferível àquele da teoria do bem jurídico, tanto do ponto de vista da descrição quanto da crítica do Direito Penal contemporâneo.

INTRODUÇÃO ■

Saber quais características uma conduta deve reunir para que possa ser submetida à pena estatal foi – e continua sendo – um problema fundamental, não apenas para o legislador ou para os juristas, mas também para a própria ciência do Direito Penal. A resposta para a pergunta que está pressuposta neste problema – qual seja, “que elemento caracteriza um comportamento como delito?” – vem sendo respondida de diversas maneiras ao longo da história da modernidade.⁷ Em seus muitos desenvolvimentos, no entanto, uma destas respostas pode ser, hoje, considerada dominante quando da definição a respeito do que se entende como “delito”: aquela que o entende como *lesão a um bem jurídico*.

A concepção de delito como *lesão a bens* pode ser entendida como um dos paradigmas mais duradouros na conformação da base de legitimação da intervenção penal. Cunhado por Johann Michael Birnbaum⁸ em 1834, e ainda hoje dotado de grande força no campo

⁷ Essa questão está intimamente ligada ao problema da legitimidade das normas penais. Pode-se afirmar com segurança que foi a partir do Iluminismo que essa questão passou a ser desenvolvida com claros contornos. De fato, foi a partir do declínio da sociedade fundada na tradição de obediência ao soberano e da consequente necessidade de refundamentação da convivência humana que a legitimação do Estado pôde se tornar objeto de discussão teórica. O modelo contratualista, desenvolvido no Iluminismo, tomou para si a tarefa de dar nova fundamentação à ordem social, não mais assentada na tradição, mas sim no acordo que todos os homens firmam em nome da convivência mútua. Por não ser mais encarado como fruto da vontade divina ou da “ordem natural das coisas”, mas sim como *artifício* dos homens, tornou-se necessária a formulação de modelos que, por um lado, legitimassem e, por outro, limitassem o exercício do poder estatal. Consequentemente, também o Direito Penal, considerado o instrumento mais drástico disponível para o Estado, passa a ser objeto de reflexão e de problematização. Nesse sentido, ver SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos*: sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal del derecho. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2007. p. 10.

⁸ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum

da dogmática penal dos sistemas romano-germânicos, o conceito de bem jurídico não apresentou, todavia, uma formulação unívoca em seu desenvolvimento histórico. Pelo contrário, ainda que a *forma* “lesão a bens” tenha sido amplamente aceita desde Birnbaum, isso não impediu que, ao longo dos anos, fosse travada uma forte disputa pela definição de seu *conteúdo*. Em suas mais diversas formulações, a ideia de bem jurídico não apenas foi discutida em relação à sua amplitude (se deveria ser definida de modo mais amplo ou mais estrito, de forma mais ou menos complexa), mas também o foi em relação à sua natureza (isto é, se um bem jurídico é fruto social ou natural, se tem valor pré-jurídico ou se apenas é valioso quando o legislador assim o entende etc.).

Tomando a perspectiva daqueles que teorizam e operam o Direito Penal, este estudo pretende discutir e por à prova a chamada *teoria do bem jurídico*, segundo a qual um delito deve ser entendido como uma violação de bens cuja proteção seria devida pelo Direito Penal. E isso por dois motivos fundamentais.

Em primeiro lugar, porque o atual estágio de desenvolvimento do Direito Penal parece não mais poder ser descrito por uma teoria que condiciona o conceito de delito a lesões materiais a bens jurídicos dados. Nesse ponto, defenderei a tese segundo a qual uma grande quantidade dos tipos penais criados nas últimas décadas não encontraria uma explicação satisfatória na ideia de que, para ocorrer um crime, é necessário que se verifique um dano efetivo a um objeto que, apesar de ter seu valor reconhecido pelo Direito, existe independentemente dele. Partindo da análise do fenômeno de expansão do Direito Penal,⁹ pretendo expor como diversos novos âmbitos da vida social – como o meio ambiente, a ordem econômica, a criminalidade organizada, entre outros – passaram a

Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv de Criminalrechts*. Neue Folge Band 15, 1984, p. 149 e ss..

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madri: Civitas, 1999. Também PRITZWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993. Na literatura brasileira, fundamental a obra de MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo, IBCCRIM, 2005, bem como SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.

ser objeto da regulação jurídico-penal e como esta, para dar conta de suas novas tarefas, teve de reformular seus próprios padrões de funcionamento, por meio da criação de crimes de perigo abstrato, de normas penais em branco, dos chamados “delitos de transgressão” etc. Ao administrar riscos cada vez mais difusos e complexos, o Direito Penal parece deixar de operar com base na lesão de bens concretos, e princípios como o da lesividade e da tipicidade estrita passam a ser relativizados.¹⁰ Neste contexto, apontaremos como a chamada teoria do bem jurídico estaria perdendo seu *potencial explicativo*, fazendo com que a dogmática que nela se sustenta deixe de cumprir uma de suas funções fundamentais: fornecer uma boa e adequada descrição dos padrões e dos critérios utilizados no funcionamento do sistema jurídico-penal.

Em segundo lugar, a teoria do bem jurídico será aqui analisada não apenas em relação a seu déficit descritivo, mas também por não parecer capaz de cumprir adequadamente uma *função crítica* diante da expansão do Direito Penal. Nesse sentido, será sustentada a tese de que, ao contrário do que a esmagadora maioria dos penalistas prega, o uso que fazemos do conceito de bem jurídico não necessariamente limita o conjunto de situações que podem ser definidas como crime. Pelo contrário, o que me parece é que, assim como na época de seu surgimento, também hoje a elasticidade da noção de bem jurídico está sendo usada em nome da ampliação de seu conteúdo, vale dizer, em nome da ampliação do Direito Penal. Exemplos disso podem ser vistos no plano dos discursos de fundamentação da atividade legislativa dos Estados contemporâneos, em que a regulação penal de novas áreas – como meio ambiente, crimes econômicos, proteção do consumidor – parece estar sendo fundamentada com base na ideia de que seria necessário combater os danos e os riscos possivelmente causados a esses “novos bens jurídicos”. Assim, por se pautar pela necessidade de evitar danos e perigos a bens, a definição material de delito como lesão de bem jurídico acabaria por fundamentar o processo expansivo do Direito Penal, uma vez que, em uma sociedade

¹⁰ HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. Munique: C.H. Beck Verlag, 1990. p. 247 e ss. No mesmo sentido, ver também CANCIO MELIÁ, Manuel. O atual estado da política criminal e a ciência do direito penal. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 91-92.

complexa, são inúmeros os “bens” a serem protegidos. Desse modo, a amplitude e elasticidade características do conceito de bem jurídico parecem contribuir para as disparidades em seu uso, bem como para a consequente perda de seu potencial crítico.

Se esse for um bom diagnóstico, então estas duas deficiências fundamentais – a perda do potencial descritivo e a perda do potencial crítico – parecem apontar para uma sensível *crise* do conceito de bem jurídico penal. Estaríamos, então, diante da tarefa de repensar essa categoria. Dessa forma, na medida em que as insuficiências da teoria do bem jurídico vão se tornando mais claras, mostrarei como começa a surgir um *movimento de reformulação do conceito de delito*. Realizando uma desmaterialização desse conceito, a categoria do bem jurídico em suas vertentes substanciais passa a ser repensada, especialmente por autores que buscam determiná-la a partir de teorias funcionalistas. Tais revisões, buscando dar conta das deficiências descritivas da teoria de bem jurídico, procurarão reformular a questão “o que constitui um delito?” desvinculando-a da ideia de bem jurídico. O problema a respeito de qual é o objeto de cada tipo penal passa, então, a ser visto como diretamente relacionado à configuração concreta da sociedade em que ele surge, e não mais a um rol predeterminado de bens. Nesse sentido, o Direito Penal deixaria de ser concebido como protetor de objetos materiais e pré-jurídicos, passando a ser entendido como garantidor da estrutura normativa da ordem social. Com isso, os próprios critérios de operação do sistema jurídico são reconduzidos a uma nova perspectiva, e a *função social* das normas penais tomaria o papel de condutor central do conceito de delito.¹¹

No âmbito deste movimento que busca uma redefinição do conceito de delito, este estudo focará especial atenção às formulações do jurista alemão Günther Jakobs. Este pensador destaca-se entre os funcionalistas por não se limitar a redesenhar o *conteúdo* da ideia de bem jurídico penal, rearticulando, para além disso, a *própria estrutura do conceito de delito*, formulando-a em conexão com um novo e complexo sistema de imputação e, principalmente, com a função que o Direito Penal exerce na sociedade. Para Jakobs, o Direito Penal não serve mais à proteção de bens jurídicos, mas sim

¹¹ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* VII, Buenos Aires, n. 11, p. 259, 2001.

à proteção da vigência das normas. Consequentemente, aquele que comete um crime não deve ser tomado como um violador de um dado estado de coisas (bens jurídicos), mas sim como alguém que viola determinados deveres normativamente estabelecidos. Ao partir do contexto comunicativo expresso nas relações norma-de-conduta/crime e crime/pena, esse autor parece formular um modelo teórico capaz de superar a ideia de que todo delito pressupõe uma lesão materialmente verificável de determinados estados, abrindo, assim, espaço para toda uma nova fundamentação a respeito de quais são os comportamentos que podem ser submetidos à pena estatal e quais não. Nesse sentido, a teoria de Jakobs parece abrir caminho para possíveis modelos que superem o déficit descritivo inscrito no conceito de bem jurídico, sendo sensivelmente mais adequada para explicar o funcionamento do Direito Penal em uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada. Mais ainda, defenderei a tese segundo a qual, se a teoria penal pretende desempenhar um papel crítico diante da acelerada e questionável expansão do Direito Penal, as ideias de Jakobs devem ser entendidas como um ponto de partida fundamental de análise; caso contrário, continuará sendo impossível o estabelecimento de um critério consistente para avaliar o que pode e o que não pode legitimamente ser tido como delito.

Em vista de trabalhar essas hipóteses, os capítulos deste estudo estão estruturados da seguinte forma:

(1) Inicialmente, serão traçadas as linhas gerais das principais formulações da chamada teoria do bem jurídico, desde seu surgimento até os dias de hoje. Reconstruir todas as nuances deste desenvolvimento é algo que ultrapassa os objetivos deste trabalho. Da mesma forma, não pretendo fazer uma história despropositada deste conceito; pelo contrário, trata-se apenas de trabalhar com aquelas formulações que trouxeram alguma contribuição fundamental à construção conceitual da ideia de bem jurídico, seja no que tange à sua natureza, seja no que tange à amplitude dos comportamentos que ele abarca. Assim, retomarei a formulação de Birnbaum e procurarei demonstrar como a concepção de delito como lesão a bens surgiu como crítica àquela segundo a qual um delito deveria ser visto enquanto lesão a direitos subjetivos. Em seguida, serão expostas as linhas gerais das formulações de Binding e de Honig, passando por Welzel e chegando até o estado atual de desenvolvimento do conceito

de bem jurídico, expresso de forma mais acabada pela concepção de Claus Roxin.

A essas diversas formulações da noção de bem jurídico se seguirá uma *análise estrutural* deste. Partiremos, para tanto, da clássica distinção proposta por Hassemer,¹² de forma a mostrar que as diversas concepções de bem jurídico então reconstruídas podem ser agrupadas conforme a *função que este desempenha frente ao sistema jurídico-penal*. Nesses termos, será mostrado como, ao longo dos anos, ao bem jurídico foram atribuídas duas funções bem distintas: por vezes, a ele foi atribuído um caráter *imanente*, de mera sistematização e de expressão da chamada *ratio legis* inscrita em cada um dos tipos penais; por outras, a ele foi atribuído um caráter *transcendente*, de crítica ao Direito posto e de limitação do legislador quando da escolha do que pode ser considerado legitimamente um delito.

(2) No segundo capítulo, será defendida a tese segundo a qual o desenvolvimento atual do Direito Penal, marcado por sua significativa expansão e reestruturação, parece colocar em xeque tanto o caráter imanente quanto o caráter transcendente da teoria do bem jurídico. Com o surgimento de novos campos de regulação, com a proliferação e aceitação dos chamados bens jurídicos supraindividuais, entre outros, a dogmática penal vem enfrentando a necessidade de reformular seu *modus operandi*, usando de novas figuras como os crimes de perigo abstrato, os delitos de transgressão, as normas penais em branco etc. A partir disso, o que se verifica parece ser uma profunda crise de princípios tradicionais como o da ofensividade e o da tipicidade estrita. Neste momento, mostrarei como a noção tradicional de bem jurídico não apenas não consegue explicar adequadamente o funcionamento do sistema jurídico-penal na atualidade, como também se torna incapaz de fornecer um critério consistente de crítica à sua expansão.

(3) No terceiro capítulo, serão expostos alguns dos modelos teóricos que, em face das insuficiências do conceito tradicional de bem jurídico, procuraram reformulá-lo e dar a ele um novo fundamento. Neste ponto, serão expostas as visões de Hans Joachim

¹² Fundamental, nesse sentido, a tese de habilitação desse autor: HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsqutlehre*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1973.

Rudolphi e de Walter Kargl, abrindo terreno para possíveis formas de se repensar os problemas que hoje acometem a teoria do bem jurídico.

(4) Apenas então será possível expor a alternativa teórica desenvolvida por Günther Jakobs. Assim, o quarto capítulo deste trabalho tratará inicialmente de como este autor funcionaliza radicalmente os conceitos da dogmática penal, condicionando todas as categorias da teoria do delito à função que o Direito Penal exerce na sociedade. Em seguida, serão expostas as objeções de Jakobs à teoria do bem jurídico, evidenciando as incongruências que subjazem a este conceito e sustentando a hipótese de que o Direito Penal não pode ser fundamentado pela proteção de bens previamente dados. Diante de tais objeções, será exposto o modelo alternativo proposto por Jakobs, segundo o qual o Direito Penal deve ser visto não como protetor de bens, mas como protetor de deveres, como protetor da vigência das normas. Nesse ponto, para além da consistência interna de tal visão, as consequências práticas e dogmáticas da concepção de Jakobs serão trabalhadas e postas à prova. Em seguida, procuraremos apontar por que a noção de proteção de deveres parece preferível à noção de proteção de bens jurídicos, tanto do ponto de vista da descrição quanto da crítica do funcionamento do Direito Penal contemporâneo; mais ainda, apontaremos para alguns elementos que fazem com que a desmaterialização e a funcionalização da teoria penal, tais quais propostas por Jakobs, sejam dotadas de um relevante potencial emancipatório e democrático, capaz de abrir novos rumos para o debate sobre a legitimidade das normas penais.

(5) Por fim, uma conclusão retomará os principais argumentos aqui expostos, e procurará levantar questões que podem servir de base a futuras reflexões.

CAPÍTULO 1

O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

O conceito de bem jurídico assegurou, ao longo de sua história, um posto firme no arsenal categórico da ciência jurídico-penal. Passados já mais de 170 anos desde seu surgimento, no entanto, ele ainda pertence ao grupo de conceitos que, sem prejuízo dos esforços empreendidos para sua melhor delimitação, apresentam uma considerável indeterminação, não dispondo, portanto, de um firme e unívoco conteúdo declarativo.¹³ Desde sua primeira definição até as mais recentes formulações, a noção de bem jurídico abarcou ora espectros amplos, ora espectros restritos de comportamentos penalmente tutelados; a ele foi atribuída ora uma função meramente descritiva, ora uma função crítica do Direito Penal posto; ora natureza de objeto material-concreto, ora natureza exclusivamente ideal-imaterial; mais ainda, sua titularidade foi atribuída ora exclusivamente ao indivíduo, ora também à coletividade e ao Estado.

O tratamento exaustivo de cada uma dessas nuances ultrapassa os objetivos deste trabalho. Seria impossível, aqui, discutir todas as posições a respeito do que se entende por bem jurídico penal, quais são os objetos abarcados por essa ideia, qual sua função na teoria do delito etc. Não obstante isso, considero fundamental recuperar

¹³ RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, n. 5 a 8, p. 329, 1975. Extrairdo desta indeterminação conclusões céticas, WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährungsdelikte*. Berlim: Duncker & Humboldt. 2000. p. 214. Também STRATENWERTH, Günther. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1993. p. 17-18. Crítico frente a este ceticismo é SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos* cit., p. 17-19.

e reconstruir algumas das mais relevantes formulações dessa categoria ao longo dos anos, tendo em vista dois principais intuitos: em primeiro lugar, apontar as questões centrais que a teoria penal enfrentou ao desenhar e redesenhar essa figura, de forma a tornar mais claras as funções práticas que ela desempenhou ao longo da história;¹⁴ em segundo lugar, a partir da exposição das principais formulações da teoria do bem jurídico, tornar possível a identificação de alguns de seus pontos frágeis, de forma a preparar o terreno para os argumentos que serão desenvolvidos neste trabalho.

1.1 Feuerbach e o conceito de delito como lesão a direitos subjetivos

A reconstrução das diversas formulações da chamada teoria do bem jurídico exige, previamente, uma breve exposição daquilo que a antecedeu. Somente dessa forma torna-se possível compreender corretamente quais os valores e objetivos inscritos no conceito de bem jurídico, ou seja, a que tipo de conceito este fez oposição e visando quais objetivos. Nesse sentido, será exposto, a seguir, o paradigma anterior ao da ideia de lesão de bens, qual seja, aquele que entendia o delito como uma *lesão a direitos subjetivos*.

Na teoria penal, tal concepção foi fundamentalmente defendida por Paul Johann Anselm von Feuerbach. Considerado um dos

¹⁴ Na medida em que a ciência do Direito (e a dogmática penal, por consequência) consiste em uma tecnologia voltada à criação e sistematização de categorias que servem à decidibilidade de conflitos, entendemos que as diversas formulações acerca de ideias como a de bem jurídico são mais que meros jogos de palavras. Elas implicam, pelo contrário, diferentes formas de conceber o sistema jurídico, bem como de formular decisões em seu âmbito. Nesses termos, o desenvolvimento histórico da ideia de bem jurídico deve ser lido em *termos pragmáticos*, tendo-se em conta as consequências práticas que estão implicadas em cada uma de suas diferentes formulações categoriais. Sobre a dogmática jurídica como tecnologia, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* – Técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 83-92. Sobre a dogmática penal como teoria responsável não apenas por reunir as normas jurídico-penais de uma sociedade, mas também por expor a necessidade e os limites de tais normas para seu tempo, ver JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente. In: HASSEMER, Winfried. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53. Também JAKOBS, Günther. *El derecho penal como disciplina científica*. Navarra: Civitas, 2008. p. 11-30.

pioneiros do chamado *conceito material de delito*,¹⁵ esse autor do período iluminista foi um dos primeiros a atribuir à noção de crime um conteúdo, de forma a que qualquer incriminação desprovida de determinadas características deveria ser considerada ilegítima. Seu pensamento pode ser entendido como expressão de certa concepção contratualista, segundo a qual os homens, para viverem em segurança, teriam aberto mão de parte de sua liberdade natural e de seu arbítrio, colocando fim ao “Estado de Natureza” e fundando os alicerces da chamada sociedade civil. O Estado, dessa forma, seria visto como fruto de um contrato cujo objetivo é garantir a compatibilidade entre as liberdades de cada indivíduo, isto é, entre os direitos subjetivos de liberdade. Nesse contexto, o legislador determinaria os limites para o exercício adequado dos direitos subjetivos dos cidadãos, protegendo-os, por meio da ordem jurídica, contra determinadas ações violadoras.¹⁶ Dada esta função, o direito subjetivo de um indivíduo poderia ser limitado apenas e tão somente pelo direito subjetivo de outro indivíduo.¹⁷

Como expressão de seu tempo, Feuerbach transpõe esses pressupostos para o interior da teoria penal. Em sua obra *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, este pensador afirmava que “*quem viola o contrato social, quem viola a liberdade garantida por uma lei penal, comete um delito. Este, em sentido mais amplo, deve então ser entendido como uma ação, prevista em uma lei penal, que contraria o direito subjetivo de outrem*”¹⁸ (destaques acrescentados). Surgia, então, a definição de delito como *lesão de direitos*, segundo a qual a realização de um crime deveria estar condicionada à *violação de direitos subjetivos*, de direitos iguais de liberdade.¹⁹

¹⁵ SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”*. Helbing & Lichtenhahn, 1962. p. 9 e ss. No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 33 e ss.; MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*. Köln: Karl Heymanns, 1972. p. 5-7; FERNÁNDES, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004. p. 12-13.

¹⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer Verlag, 1840. Parágrafo. 22.

¹⁷ Idem, Parágrafo 8.

¹⁸ Idem, Parágrafo. 21.

¹⁹ GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein “Paradigmawechsel” im Strafrecht?. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Org.). *Vom*

Essa formulação, longe de ser mero adorno teórico, detinha consequências práticas extremamente importantes. Inserida no movimento iluminista que ganhava força à época (a exemplo da publicação, algumas décadas antes, de *Dos delitos e das penas*, de Beccaria), a definição feuerbachiana de delito tinha por objetivo precípuo a limitação do arbítrio punitivo por parte do Estado, na medida em que afirmava que nem toda conduta seria passível de imposição de pena, mas sim e apenas aquelas ações que efetivamente violavam o sentido último do Estado – a convivência entre os direitos subjetivos de liberdade dos indivíduos. Aqueles que operavam e teorizavam o Direito Penal passavam, então, ter em mãos uma nova forma de interpretar suas práticas jurídicas. A obrigação fundamental do cidadão – a omissão fundamental de não lesionar o direito subjetivo de liberdade²⁰ –, ao ser vista como a barreira intransponível ao exercício do *ius puniendi*, tornava desprovida de legitimidade qualquer incriminação que visasse ultrapassá-la, não sendo sequer entendida como delito.

Ao definir o Estado como garantidor da compatibilidade entre liberdades existentes previamente, Feuerbach construiu, então, um conceito de delito dotado de *função crítica*,²¹ na medida em que condicionava toda criminalização à ocorrência de uma violação de um direito subjetivo alheio, de uma violação da liberdade individual de outrem.²² Ao refletirem sobre o Direito Penal, aqueles que compartilhavam dessa visão passavam a entender que um crime não pode mais ser legitimamente criado apenas pela descrição de uma ação em um tipo penal. Pelo contrário, tal ação deveria ser capaz de fazer referência a um *conteúdo material*, a algo que fundamentasse a própria criminalização: a violação da liberdade de outrem e do direito subjetivo que dela deriva. Vista nesses termos, toda pena estatal seria, portanto, a consequência jurídica vinda da necessidade de garantir a compatibilidade dos direitos subjetivos e sua proteção

unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1995. p. 445. No mesmo sentido, ver também MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs e a dogmática penal contemporânea*. Tese (Doutorado) apresentada no Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 134.

²⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen...* cit., Parágrafo 24.

²¹ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit. p. 34-35.

²² GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung... cit., p. 446-447.

contra eventuais violações.²³ Em suma, na concepção de Feuerbach, uma ação que não viola direitos subjetivos de outrem não poderia ser objeto da pena estatal.²⁴

1.2 Birnbaum e a introdução da ideia de proteção de bens

A tese de Feuerbach foi um marco na teoria penal. Pela primeira vez na história, foi cunhado um modelo que se opunha conceitualmente ao arbítrio estatal, característico do absolutismo da época. Ao se estabelecer um conteúdo para a noção de delito, buscou-se atribuir novos contornos ao exercício do *ius puniendi*, condicionando-se sua legitimidade à verificação, em cada uma das incriminações, de uma violação de direitos pertencentes a um indivíduo. Apesar de seus méritos, no entanto, a teoria de Feuerbach era dotada de alguns pontos fracos, motivo pelo qual, nos anos que a seguiram, ela passou a ser fortemente questionada.

O maior opositor da concepção feuerbachiana de delito foi Johann Michael Birnbaum. Segundo esse autor, Feuerbach estava correto em afirmar a necessidade de um conteúdo material para o conceito de delito; no entanto, segundo Birnbaum, um conceito adequado do que se entende por crime deveria fazer referência não à ideia de direitos subjetivos, mas sim noção de *bem*.²⁵ E isso devido a dois principais motivos.

Em primeiro lugar, porque a formulação de Feuerbach seria marcada por um grau indevido de abstração, não sendo

²³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen...* cit., Parágrafo. 23. Para uma análise mais detalhada das implicações desse princípio, ver SCHMIDT, Ebenhardt. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1983. p. 203 e ss. Também HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 34-37 e SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"* cit., p. 9 e ss.

²⁴ Tal conclusão pode ser extraída de diversos pontos da obra de Feuerbach (Cf. FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen...* cit., Parágrafos. 9, 21, 27, 37 e 38). Para detalhes, ver AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtliche Grundlage; zugleich einer Beitrag zur Lehre von der Sozialschädlichkeit des Verbrechens*. Frankfurt am Main Athenäum-Verlag, 1972. p. 16 e ss.

²⁵ BIRNBAUM, Johann Michael. *Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens. Archiv des Criminalrechts*. Neue Folge Band 17, 1984, p. 560 e ss.

suficientemente concreta na descrição do objeto atingido quando da ocorrência de um crime. Segundo Birnbaum, “está na natureza das coisas que, para além do conceito jurídico de delito, deve haver um conceito natural deste. Quando falamos de um conceito natural de delito, entendemos por isso aquilo que, segundo a natureza do Direito Penal, pode ser razoavelmente valorado como punível pela sociedade e resumido em um conceito geral e concreto (...). Se o que se pretende é tratar o delito como lesão, então este conceito há de ser extraído naturalmente não de um direito, mas de um bem” (destaques acrescentados).²⁶

Segundo Birnbaum, a teoria penal deveria estar orientada não apenas à limitação do arbítrio legislativo (como pensava Feuerbach), mas deveria, também, ser capaz de fornecer elementos concretos para a avaliação, *pelo juiz*, acerca da legitimidade de uma dada incriminação. Ao partir da noção de direito subjetivo, a teoria de Feuerbach seria excessivamente abstrata, dificultando a identificação, por parte dos operadores do Direito, daquilo que, de fato, o Estado pretende evitar por meio da criminalização de condutas.²⁷ O objeto do delito não se assentaria sobre noções jurídicas abstratas, mas sim no âmbito fático, concreto. Para Birnbaum, o valor tutelado pelo Direito Penal seria de índole substancial, sendo que as ações tipicamente antijurídicas não excluiriam nem prejudicariam o direito de que determinado sujeito é titular, mas sim e apenas o *bem* que juridicamente lhe é atribuível.²⁸ Assim, o homicídio de um homem deveria ser considerado como uma lesão do bem *vida*, e não como lesão de um “metanível normativo” como o seria o “direito subjetivo à vida”.²⁹ A teoria feuerbachniana seria, portanto, marcada por um déficit operativo, derivado de um “alto e desnecessário grau de abstração”.

Em segundo lugar, de acordo com Birnbaum, a concepção defendida por Feuerbach seria inadequada porque haveria diversos comportamentos cuja criminalização, embora tida naquele período como legítima, não fazia referência àquilo que se entende por

²⁶ Idem, p. 149.

²⁷ Idem, p. 152, 157 e ss.

²⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 136.

²⁹ BIRNBAUM, Johann Michael. Über das Erfordernis... cit., p. 172-174. O mesmo exemplo pode ser visto em: SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos* cit., p. 13-14.

direitos subjetivos. Importantes tipos penais da época – como aqueles relativos a crimes religiosos e contra os costumes – não poderiam ser explicados pela ideia de que a todo delito subjaz uma lesão de direitos subjetivos. Afinal, por serem caracterizados como interesses *coletivos*, tais criminalizações não seriam redutíveis à esfera particular de um indivíduo, e não estariam abarcadas pelo modelo feuerbachiano. O próprio Feuerbach teria reconhecido esse problema, tratando-o, no entanto, de forma inconsistente: não conseguindo categorizar os crimes contra a religião e contra os bons-costumes em sua noção de “lesão a direitos subjetivos”, e, no entanto, reconhecendo a legitimidade destes tipos penais, esse autor viu-se na necessidade de usar da problemática ideia de “infrações de polícia” (*Polizeivergehen*) para explicar a regulação estatal desses âmbitos.³⁰ Nesse momento, Feuerbach cairia em contradição, ao defender, por um lado, que o Estado apenas pode punir condutas que lesionam direitos subjetivos, mas, por outro, aceitar que fossem punidos comportamentos que não preenchem tal requisito. Assim, a teoria de Feuerbach seria marcada, também, por um déficit explicativo, por não descrever adequadamente diversas incriminações legítimas para sua época.

Identificando tal inconsistência, Birnbaum vai, então, afirmar que o delito deve ser entendido como “toda lesão ou colocação em perigo de bens atribuíveis aos seres humanos”,³¹ e não mais como simples lesão de direitos subjetivos. Dessa forma, foi possível abarcar, em sua definição de delito, as “infrações de polícia” de Feuerbach, na medida em que condutas contra os bons costumes e contra o sentimento religioso seriam passíveis de descrição em termos de “lesão de bens”³² – apesar de não em termos de “lesão de direitos subjetivos”. Assim, como a noção de bem compreende também aqueles interesses da comunidade (e não apenas interesses individuais), a teoria de Birnbaum pôde cobrir um espectro maior de comportamentos do que a lesão de “direitos subjetivos”, suprimindo, dessa forma, o déficit explicativo inscrito no modelo de Feuerbach.

³⁰ Esta contradição, no limite, fez com que o conceito de delito de Feuerbach perdesse a força delimitadora a que se propunha, pois aceitava incriminações que não preenchiam seus próprios requisitos Cf. AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 35 e ss. No mesmo sentido, ver também: SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”* cit., p. 10, nota de rodapé 32.

³¹ BIRNBAUM, Johann Michael. *Über das Erfordernis...* cit., p. 179.

³² Pense-se, aqui, no “bem público” *religião*, por exemplo. Cf. Idem, p. 178.

Nesse ponto, pode-se questionar: no momento em que se quebra a necessidade de violação de um direito subjetivo para que se possa falar em crime, como evitar que qualquer objeto seja considerado um “bem” cuja violação possa fundamentar uma punição? Em outras palavras, como garantir que nem tudo possa ser tido como um bem jurídico? Birnbaum tentou resolver esse problema afirmando que, por serem de *natureza pré-jurídica*, “*derivados da natureza ou das necessidades da vida social*”³³ e não meramente do Direito, não estaria dada ao legislador a faculdade de criminalizar condutas a seu bel prazer, sendo necessário, pelo contrário, que lesões de bens como a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade etc. fossem verificadas para que se pudesse considerar uma conduta como crime.³⁴ Não obstante esse argumento possa parecer convincente à primeira vista, parece-nos insuficiente a resposta de Birnbaum; apesar de afirmar que “o legislador não pode definir qualquer conduta como lesão de um bem”,³⁵ sua definição de delito não consegue estabelecer uma limitação consistente para o arbítrio estatal. E isso porque, como observa Amelung, ainda que Birnbaum afirme que os bens têm caráter pré-jurídico, derivando da natureza ou das necessidades da vida social, “quem decide – e por quais razões – o que será protegido pela lei como bem, permanece sendo o Estado”, sendo que, assim, “sua caracterização como *bem juridicamente protegido* dependerá, em última instância, de uma decisão política”.³⁶ Nesse sentido, se, por um lado, Birnbaum consegue inserir em seu conceito de delito aquelas criminalizações que Feuerbach apenas poderia classificar como “infrações de polícia”, por outro, ele acaba por *ampliar* o espectro de condutas passíveis de pena,³⁷ enfraquecendo o potencial crítico presente na definição de delito como lesão de direitos subjetivos.³⁸

Diante do exposto, considero importante já chamar a atenção para alguns pontos, que devem ser frisados se quisermos entender melhor as funções desempenhadas pela teoria do bem jurídico.

³³ Idem, p. 177.

³⁴ BIRNBAUM, Johann Michael. Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens cit., p. 571-572.

³⁵ BIRNBAUM, Johann Michael. Über das Erfordernis... cit., p. 179.

³⁶ AMELUNG, Knut. Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft... cit., p. 48.

³⁷ GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung... cit., p. 451.

³⁸ HASSEMER, Winfried. Theorie und Soziologie des Verbrechens... cit., p. 36-37.

Primeiramente, deve-se atentar para o fato de que a difundida tese segundo a qual a ideia de bem jurídico tem, necessariamente, uma natureza crítica e limitadora parece fruto de um desconhecimento das próprias origens desse conceito. Ao contrário do que se pensa, a teoria do bem jurídico não surgiu para limitar o exercício do *ius puniendi* estatal, mas sim esteve ligado à necessidade histórica da Restauração³⁹ de explicar e legitimar a existência de incriminações (como é o caso das *Polizeivergehen* ou dos delitos relativos à religião ou à moralidade) que não se enquadravam na definição de delito como lesão de direitos subjetivos individuais. Assim, ao legitimar a possibilidade de punir lesões de “bens derivados das necessidades da vida em sociedade”, Birnbaum abriu espaço para a fundamentação daquilo que hoje chamamos de delitos contra bens coletivos⁴⁰ (como os delitos contra a ordem pública, contra a saúde pública, contra a religião e os bons costumes, entre outros), impensáveis como lesão de direitos subjetivos.⁴¹ Em outras palavras, *o aparecimento da noção de bem jurídico se deu justamente para justificar uma ampliação da imputação*,⁴² dando suporte teórico a uma expansão da intervenção penal.⁴³

Em segundo lugar, devemos atentar para o fato de que, ao suprir o déficit explicativo da concepção de delito como lesão de direitos subjetivos (Feuerbach), a teoria do bem jurídico acabou tendo de enfrentar um novo problema: a dificuldade de restringir o poder punitivo por meio da noção de lesão a bens. Ainda que se procure afirmar que esses bens são dotados de natureza pré-jurídica, o simples fato de se entender que eles “surgem da natureza ou *das necessidades da vida social*” parece abrir caminho para que o próprio Estado possa

³⁹ Marcado pela queda de Napoleão, o período chamado de “Restauração” caracterizou-se pelo deslocamento da ideia de soberania – do povo para o príncipe –, tornando-se necessária uma teoria que pudesse justificar punições de comportamentos contra questões de caráter público. Cf. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: PPU Ediciones, 1991. p. 20-21. Também ver FERNÁNDES, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito...* cit., p. 15.

⁴⁰ BIRNBAUM, Johann Michael. Über das Erfordernis... cit., p. 178. Para mais detalhes sobre tais crimes, ver ítem 2.2 deste trabalho.

⁴¹ SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, RT, 2003. p. 40.

⁴² SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”* cit., p. 25-26. Ver também Angioni, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 23.

⁴³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 136.

definir unilateralmente o que se deve considerar um “bem”. Assim, também ao contrário do que se afirma correntemente, a linha que separa um conceito *material* com conteúdo bem definido de um conceito *formal* de delito não parece necessariamente inscrita no modelo da teoria do bem jurídico.⁴⁴

1.3 Binding e Honig: formalização e esvaziamento da noção de bem

A concepção pretensamente naturalista de Birnbaum, focada em uma definição material daquilo tido como bem passível de proteção penal, foi fortemente criticada com o advento do pensamento positivista, em meados do século XIX. Procurando analisar o Direito a partir de método distinto⁴⁵ o positivismo não podia compactuar com a noção naturalista e alegadamente pré-jurídica propugnada por Birnbaum, a qual pretendia limitar *a priori* o conteúdo dos preceitos criminais.

No campo penal, foi Karl Binding o autor que, com maior contundência, representou essa crítica.⁴⁶ Segundo Binding, “o Estado pode decidir a seu arbítrio o que quer e como quer punir”,⁴⁷ não havendo qualquer conceito capaz de limitar, externamente, aquilo que, no âmbito jurídico, é tido como proibido. Seria um equívoco acreditar que haveria uma gramática metajurídica capaz de

⁴⁴ Este argumento será mais bem desenvolvido nos capítulos seguintes deste trabalho. Por hora, trata-se apenas de fazer uma observação que possa servir de base para comprovar as críticas que pretendemos formular à tese segundo a qual o Direito Penal tem por função a proteção de bens jurídicos.

⁴⁵ Vide, ademais, o projeto do positivismo neokantista de Hans Kelsen, que intentou construir um método puro para a ciência do Direito, isto é, um método que “pretende livrar a ciência do Direito de todos os elementos a eles externos”. Para Kelsen, “*este princípio metodológico pode parecer uma obviedade, mas não o é, pois, quando se observa a tradicional ciência do Direito das últimas décadas, torna-se claro que estamos muito longe disso. De forma absolutamente equivocada, a Teoria do Direito tem cotejado com a Psicologia, com a Biologia, com a Ética e com a Teologia (...). Deste modo, a verdadeira ciência do Direito obviamente se perde*”. Cf. Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1934. p. 2-3.

⁴⁶ Schmidt, Ebenhardt. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* cit., p. 74-75.

⁴⁷ Binding, Karl. *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*. Munique: Ducker & Humbolt, 1915. t. I, p. 93.

condicionar o sentido do Direito. Para o positivismo, nenhum objeto poderia ter valor normativo senão com base nos critérios internos de validade do próprio sistema jurídico.⁴⁸

Partindo desses pressupostos, Binding tratou de reformular o conceito naturalista de bem jurídico. Segundo o modelo bindingniano, a tarefa das normas penais é garantir as condições da vida em comum, sendo que “o legislador sempre busca criar ou manter tais condições”.⁴⁹ Assim, tudo aquilo que o Estado eleger como digno de proteção contra lesões ou perigos concretos, sob ameaça de pena, deveria ser entendido, para Binding, como “bem jurídico”.⁵⁰ Bastaria que fosse legalmente declarado que determinada situação requer proteção penal para que seu objeto se tornasse um *bem*. A criminalização de atos contra a vida, contra a liberdade sexual, contra o rei e o Estado: segundo Binding, todos eles se refeririam, sem exceção, à proteção de bens jurídicos. Visto a partir desse modelo positivista, “o bem jurídico é tal por sua qualidade para a vida jurídica, e se conforma com base naquilo que o Estado entende como valioso para a comunidade”.⁵¹

Nesses termos, o que Binding fez foi esvaziar o conceito de bem jurídico de todo conteúdo pré-positivo, cunhando um *modelo formal* de delito, em que a definição do que é crime está unicamente condicionada à decisão do legislador. Ao estabelecer uma coincidência absoluta entre proibição e bem,⁵² o modelo de delito de Binding serviu de suporte legitimador do espírito de sua época, quando se observava um grande fortalecimento do Estado e se reconhecia a ideia de *poder público* como um *direito do governante*.⁵³ Marcado por esse contexto e atuando sobre ele, o positivismo bindingniano dava tamanha liberdade ao Estado no exercício de sua atividade penal que um bem jurídico devia sua existência apenas e tão somente ao fato de o legislador ter definido

⁴⁸ BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 8. ed. Darmstadt: Scientia Aalen Verlag, 1975. p. XVIII-XIX.

⁴⁹ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. Volume I: Normen und Strafgesetze*. 4. ed. Leipzig: Felix Meiner Verlag, 1922. p. 339.

⁵⁰ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 187.

⁵¹ BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts*. Leipzig: Duncker & Humboldt, 1885. v. 1, p. 386.

⁵² SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal supra-individual...* cit., p. 43.

⁵³ FERNÁNDES, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito...* cit., p. 19.

certo comportamento como uma infração criminal:⁵⁴ bem jurídico seria, portanto, “*tudo aquilo que, aos olhos do legislador, é valioso para garantir a existência da comunidade jurídica e que, assim, requer proteção contra lesões ou perigos concretos*”.⁵⁵

Se apenas a decisão do Estado era capaz de criar um bem jurídico,⁵⁶ esse modelo acabava não sendo útil a qualquer pessoa que quisesse questionar determinada criminalização, pois não haveria qualquer barreira material para o espaço de decisão do legislador penal. Na criação de bens jurídicos, este estaria limitado apenas e tão somente pelas suas próprias considerações e pelas leis da lógica.⁵⁷ Como bem observa Hassemer, Binding não se perguntava se os membros da sociedade teriam interesse em uma dada incriminação, mas sim e apenas se a sociedade, *conforme avaliação do Estado*, o teria.⁵⁸ O rol de bens passíveis de tutela penal, portanto, mostrava-se extremamente amplo,⁵⁹ sendo que a importância de um objeto para a sociedade não resultaria de qualquer outra consideração senão aquela feita pelo Estado.⁶⁰ Não é à toa que Franz von Liszt definiu o conceito de bem jurídico de Binding como sendo um “*Proteus, que pode assumir todas as formas; uma palavra, que hoje significa uma coisa e amanhã pode significar outra absolutamente diversa; um papel em branco, que pode ser preenchido com qualquer conteúdo*”.⁶¹

Essa concepção formalista de bem jurídico significou um forte giro na formulação do conceito de delito, pois se distanciou tanto do modelo de Feuerbach quanto do modelo de Birnbaum. Partindo dele, aqueles que teorizavam e operavam o Direito Penal abriram mão de qualquer esforço no sentido de direcionar ou limitar o poder

⁵⁴ ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*. Munique: C.H. Beck Verlag, 2005. p. 8. Também HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 47.

⁵⁵ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung...* cit., p. 353-354.

⁵⁶ BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts* cit., v. 1, p. 169. No mesmo sentido, ver atualmente STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil I – Die Straftat*. Köln: Karl Heymanns, 2000. p. 33-34.

⁵⁷ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung...* cit., p. 340.

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 47.

⁵⁹ BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts* cit., p. 344-345.

⁶⁰ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 77; SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”* cit., p. 45.

⁶¹ LISZT, Franz von. Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 8, p. 674, 1888.

punitivo do soberano. Ao contrário do que ocorria no modelo de Feuerbach (para quem o Estado está limitado a garantir o convívio de liberdades individuais), em Binding, os cidadãos é que estariam limitados à decisão estatal; o critério definidor do delito, assim, deixaria de ser um interesse pertencente aos indivíduos, passando a ser um bem do Estado, como expressão formal da coletividade.⁶² Dessa forma, Binding ia contra qualquer individualismo que marcasse o conceito de delito,⁶³ pois afirmava, por exemplo, que a proibição de homicídio não protegeria a vida de um homem ou de uma mulher, mas sim a vida como *interesse geral*. Em oposição a Birnbaum, por sua vez, Binding sustentava que a noção de bem jurídico não podia ser construída por critérios materiais e pré-jurídicos, pois isso implicaria em desconhecer a própria autonomia do Direito, que não poderia partir de nenhum fundamento a ele externo.⁶⁴

Se não serviam à condução e à crítica da atividade do legislador, seria esse conceito absolutamente inútil aos participantes da prática jurídico-penal? Parece que não, pois existem outros usos que se podem fazer desse tipo de conceito. Apesar de não possuir um conteúdo material que sirva à limitação do poder estatal, a concepção bindingniana de bem jurídico conteria, outrossim, um sensível *potencial sistematizador*.⁶⁵ Isso porque Binding acreditava que “*um bom sistema de Parte Especial do Direito Penal é impensável sem se fazer referência aos bens que cada uma das normas deve proteger*”.⁶⁶ Ao fazerem referência à *ratio legis* de uma dada incriminação, isto é, àquilo que o Estado intenta proteger, aqueles que interpretavam o Direito Penal podiam agrupar cada um dos delitos conforme seu objeto de proteção, o que auxiliaria, por exemplo, na avaliação comparativa das penas cominadas a dois comportamentos distintos que, no entanto, atingem o mesmo “bem jurídico”. Assim, por exemplo, tornava-se possível sustentar que a gravidade da pena no

⁶² BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung...* cit., p. 357 e ss. No mesmo sentido, ver ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter* cit., p. 35-36.

⁶³ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung...* cit., p. 353.

⁶⁴ BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil* cit., p. 102-103. Também BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung...* cit., p. 357

⁶⁵ HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. p. 374.

⁶⁶ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung...* cit., p. 198.

crime de furto não pode ser maior do que a do crime de roubo, pois naquele apenas o bem *propriedade* seria violado, ao passo que neste também o bem *integridade física/psíquica* sofreria abalos.

Essa mesma função sistematizadora foi, décadas mais tarde, retomada pela escola neokantista, principalmente por Richard Honig. Em sua obra *Die Einwilligung des Verletzten*, de 1919, Honig seguia na esteira de Binding e promovia um radical esvaziamento do conceito de bem jurídico, ao entendê-lo apenas como método de interpretação.⁶⁷ Para esse autor, o conceito material de bem jurídico, tal qual proposto inicialmente por Birnbaum, não teria atingido, ao longo dos anos, um nível de univocidade necessário para figurar como conceito jurídico.⁶⁸ E isso se daria não tanto pelas insuficiências teóricas daqueles que sobre ele se debruçaram, mas sim pelo fato de que a própria ideia de um conceito material de delito seria, por si, irrealizável.⁶⁹

Renunciando à busca de um conteúdo material o conceito de delito, a escola neokantista centrou, então, suas atenções sobre o *rendimento teleológico do conceito de bem jurídico*, isto é, sobre sua capacidade de servir como critério de interpretação do fim de proteção da norma penal.⁷⁰ Como observa Marta Machado, nesse modelo, “*de objeto de tutela, o conceito de bem jurídico passa a ser visto como ratio de tutela*”, servindo apenas para compreender o escopo do legislador em cada disposição penal.⁷¹ Aqueles que partiam dos termos postos por Honig, assim, acabavam por entender esse conceito como uma mera “síntese categorial”,⁷² pelo qual tornava-se possível captar o fim perseguido pelas normas. Precisamente por ser uma síntese categorial, o objeto de proteção penal seria apenas um produto da construção jurídica de conceitos.⁷³ Ou seja, o bem jurídico, como objeto a ser protegido, não teria qualquer existência prévia, adquirindo relevância

⁶⁷ HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten, Teil I: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*. Berlin: J. Bensheimer Verlag, 1919. p. 93-94.

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁹ Idem, p. 84-85.

⁷⁰ FERNANDES, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito...* cit., p. 25. Também HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 49-50 e AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 148-201.

⁷¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 139.

⁷² HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten...* cit., p. 93.

⁷³ Idem, p. 94.

apenas no momento em que se pretendia compreender quais os valores pressupostos em cada um dos tipos penais.⁷⁴

Cada qual a partir de seus pressupostos, os modelos de Binding e de Honig realizaram *uma formalização radical no conceito de bem jurídico*. Neles, desaparece o intento de estabelecer quais são os objetos dignos de tutela do Direito Penal, restando à teoria do bem jurídico uma função unicamente metodológica e interpretativa.⁷⁵ Por adotarem uma concepção formalista, aqueles que se apropriavam dessa concepção apenas faziam uso dessa categoria de forma “dogmática”,⁷⁶ na medida em que tomavam por vinculante as fronteiras estabelecidas pelo legislador e limitavam-se a operar dentro delas, visando apenas compreender seus fins, seu *telos*.⁷⁷

1.4 Welzel e a duplicidade na abordagem do bem jurídico

As insuficiências críticas trazidas por esse conceito absolutamente formal de delito já eram denunciadas por teóricos contemporâneos a Binding. A exemplo de von Liszt, muitos afirmavam, já naquela época, que o conceito de delito não poderia ser absolutamente pautado por aquilo que o legislador concreto entende como penalmente relevante.⁷⁸ Visando estruturar suas pretensões de críticas a determinadas criminalizações, diversos autores começaram a sustentar que um modelo formalizado, que afirmasse a total impossibilidade de limitação do arbítrio estatal, acabaria por legitimar que quaisquer tipos de condutas viessem a ser tratadas pela pena estatal.

⁷⁴ Idem, p. 109.

⁷⁵ MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”* cit., p. 20; também ver SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”* cit., p. 74 e ss.

⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 49.

⁷⁷ RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 332.

⁷⁸ Segundo von Liszt, “o conceito de bem jurídico não é exclusivamente jurídico, não é pura criação do legislador; pelo contrário, é uma criação da vida, um interesse vital que é apenas protegido pelo Direito” (Cf. LISZT, Franz von. *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingchen Handbuche. Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Berlim: Walter de Gruyter, 1970. t. I, p. 223).

Os anos passaram, e o período nazista⁷⁹ e as atrocidades por ele praticadas vieram reforçar essa preocupação, fazendo com que o pós-Segunda Guerra Mundial fosse marcado por intensos esforços teóricos no sentido de limitar o *ius puniendi*, fixando conteúdos que condicionassem a legitimidade das normas penais. Aos participantes das práticas jurídicas tornou-se cada vez mais importante a criação de conceitos e categorias que lhes permitissem avaliar o uso do Direito Penal. Nesse contexto, o pensamento de Hans Welzel⁸⁰ foi um dos marcos mais importantes na tentativa de rematerializar o conceito de delito, fundando-o sobre categorias ontológicas⁸¹ e se contrapondo ao modelo neokantista, que teria aberto espaço para um relativismo valorativo no campo da dogmática penal.⁸² Tratava-se, portanto, de refutar um conceito de bem jurídico que servia única e exclusivamente como método de interpretação da *ratio legis* inscrita nos tipos penais.

Em oposição ao pensamento naturalista de Birnbaum e ao positivismo de Binding, Welzel concebia o Direito como *realidade*

⁷⁹ Impossível, no âmbito deste trabalho, reconstruir a importância da dogmática nazista para o debate sobre bem jurídico. Fundamental, neste sentido, a obra SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. In: LARENZ, Karl (org.). *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlim, 1935. p. 108-142. Para referências secundárias, ver HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 50-57; GÜNTHER, Klaus. *Von der Rechts- zur Pflichtverletzung...* cit., p. 452-457; SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"* cit., p. 70-87; AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., 216-257. MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"* cit., p. 16-18; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 142-145.

⁸⁰ Não desconsidero, aqui, o fato de que o pensamento de Welzel pode ser dividido em diversas fases, na medida em que ele próprio reviu muitos de seus posicionamentos ao longo de sua obra. Não obstante isso, é importante ressaltar que sua concepção de bem jurídico manteve-se de forma mais ou menos constante, desde sua primeira formulação até a última edição de seu tratado. Ou seja, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com seus posicionamentos acerca dos delitos culposos, a concepção welzeniana de bem jurídico mantém-se sem variações relevantes ao longo de toda sua obra (Cf. FERNANDES, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito...* cit., p. 39). Sobre seus diferentes posicionamentos acerca da chamada "adequação social", ver CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoría de la adecuación social en Welzel. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madri, n. 46, p. 697-729, 1993.

⁸¹ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Madri: Aguilar Editores, 1974. p. 275-285.

⁸² MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Júlio Cesar Faria, 2003. p. 225-229. Para maiores detalhes, ver também SCHMIDT, Ebenhardt. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* cit., p. 350-352.

social, como elemento da própria estrutura da sociedade;⁸³ por esse motivo, expor seu conceito de bem jurídico é algo que exige, previamente, um tratamento daquilo que este autor entendia como *função do Direito Penal*.

Segundo Welzel, a função do Direito Penal seria proteger os valores elementares da vida em comunidade,⁸⁴ sendo que o modo pelo qual o Direito realiza tal função é por meio de sua incidência sobre aquilo que constitui o elemento básico da realidade social: a ação humana.⁸⁵ Para o finalismo, toda ação poderia ser analisada sob dois aspectos: enquanto “valor de ação” (*Aktwert*) e enquanto “valor de resultado” (*Erfolgswert*). Dito com um exemplo: um trabalhador pode ser elogiado tanto pelo fato de se esforçar profundamente em sua atividade quanto pelo resultado que, eventualmente, produz com ela; ou seja, as condutas podem ser avaliadas tanto pela *atividade em si* quanto pelo *resultado* que dela decorre.⁸⁶ Da mesma forma acontece com o delito: este, como produto da ação humana, também pode ser analisado sob um aspecto duplo, isto é, pode ser visto, por um lado, como “ação desvalorada” (*Aktunwert*) e, por outro, como “resultado desvalorado” (*Erfolgswert*). Dito novamente com um exemplo: um homem pode ser reprovado tanto por *tentar* matar alguém quanto por, efetivamente, atingir esse objetivo.

Admitir esses pressupostos é algo que traz importantes consequências. Segundo Welzel, esses dois aspectos da ação humana seriam relevantes para o Direito Penal não apenas porque a partir deles seria possível diferenciar crimes consumados de crimes tentados,⁸⁷ mas também (e principalmente) porque cada um dos polos dessa estrutura dúplice cumpriria determinada parcela da função do Direito Penal. Isto é: o duplo aspecto da ação humana

⁸³ WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 58, p. 491 e 496, 1939.

⁸⁴ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht – eine systematische Darstellung*. Berlim: Walter de Gruyter, 1969. p. 1.

⁸⁵ WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts cit., p. 491.

⁸⁶ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht...* cit., p. 2.

⁸⁷ Pense-se, por exemplo, na diferença de penas de um crime tentado e de um crime consumado, nos termos do art. 14 do Código Penal brasileiro: “Art. 14. Diz-se o crime: I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único – Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

permitiria evidenciar que a própria função do Direito Penal seria, também ela, dupla.

Por um lado, o Direito Penal seria responsável pela proteção contra ações como “desvalores de resultado”. Vistos sob essa ótica, um delito deveria ser entendido como um resultado violador de determinado *bem*, tal como a *vida*, a *liberdade*, a *propriedade* e o *corpo*. O crime de lesão corporal, sob esse aspecto, seria desvalorado pelo resultado danoso ao bem *integridade física*. Por consequência, ao punir determinados atos tidos como danosos pelo seu resultado concreto, pelo seu *desvalor de resultado*, o Direito Penal estaria *protegendo bens jurídicos*.⁸⁸

Por outro lado, além da proteção contra desvalores de resultado, o Direito Penal seria ainda responsável pela proteção contra “desvalores de ação” (*Aktunwerte*). Vistos sob essa segunda ótica, os delitos seriam entendidos não como resultados violadores de bens, mas sim como *violações aos valores sociais* consubstanciados nas normas de conduta que a eles se referem (como, por exemplo, o reconhecimento da importância da vida humana, da liberdade individual, da confiança no Estado, da honra alheia etc).⁸⁹ Sob esse outro aspecto, o crime de homicídio seria lesivo não apenas por resultar na morte de outrem, mas sim pelo desrespeito ao valor “respeito à vida” que essa ação expressa. Neste sentido, ao submeter à pena determinados comportamentos, o Direito Penal estaria protegendo e fomentando o respeito a tais valores, na medida em que, por coação, habituaría os cidadãos ao cumprimento das normas.⁹⁰

Se quisermos sintetizar essa estrutura dúplice da função do Direito Penal, podemos afirmar que “o injusto que representa o desvalor de ação consiste em um dano à vigência da norma, ao passo que o que representa o desvalor do resultado consiste em um dano a um bem jurídico”.⁹¹ Nesse ponto, no entanto, parece ser preciso notar que os dois tipos de proteção não têm, para Welzel, igual importância. Pelo contrário, a proteção contra lesões a bens jurídicos seria condicionada à necessidade de proteção de algo mais relevante: “a orientação

⁸⁸ WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts cit., p. 491 e 509-512. No mesmo sentido, ver também WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht...* cit., p. 2-3.

⁸⁹ Idem, p. 3.

⁹⁰ Como nota MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 147.

⁹¹ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 168.

central das normas penais é a proteção frente ao desvalor da ação (...); a proteção de bens jurídicos, assim, é apenas um momento parcial e condicionado da verdadeira proteção penal, qual seja, aquela que garante os valores ético-sociais e exercita no sujeito uma atitude conforme o Direito” (destaques acrescentados).⁹² Haveria, portanto, uma prioridade estabelecida: a da proteção dos valores ético-sociais sobre a proteção de bens jurídicos.⁹³

Os argumentos usados por Welzel para defender essa priorização parecem muito fortes. Segundo esse autor, não perceber a importância do *sentido social* da proibição penal e, assim, inverter a prioridade do desvalor da ação sobre o desvalor do resultado seria, antes de tudo, aceitar que o Direito Penal seria quase sempre um meio *ineficiente* para atingir sua função. Afinal, para a proteção de bens (isto é, para evitar desvalores de resultado), o Direito Penal chega geralmente muito tarde. A sanção criminal, em regra, não é aplicada antes da ocorrência do resultado desejado, mas sim depois de o bem ser deteriorado ou violado. Se o Direito Penal tivesse como função precípua a proteção do bem *vida*, não faria sentido afirmar que a pena por homicídio cumpriria efetivamente tal função, pois ela só é aplicada quando a morte de um indivíduo *já ocorreu*. Ou seja, se do que se trata é unicamente da proteção de desvalores de resultado, a efetividade da intervenção penal cairia por terra. Por esse motivo, mais importante do que a proteção contra bens jurídicos concretos seria a proteção da vigência e da validade dos valores sociais, garantidos pela observância das normas penais. Seria fundamental destacar a dimensão prático-social do conceito de bem jurídico, percebendo que, mais do que voltado ao desvalor do resultado, o Direito Penal estaria orientado pela lógica do *desvalor de ação*. A proteção de bens jurídicos seria apenas um objetivo negativo-preventivo, policlesco, ao passo que a função essencial do Direito Penal seria de natureza *positiva* e ético-social: ao serem submetidas à pena as condutas previstas normativamente, tornar-se-ia claro aos cidadãos que o Estado pode agir em prol da garantia dos valores da sociedade, o que, no limite, incentivaria cada indivíduo a agir

⁹² WELZEL, Hans. Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes. *Probleme der Strafrechtserneuerung – Festschrift für Eduard Kohlrausch*. Berlin: Walter de Gruyter, 1944. p. 101.

⁹³ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht...* cit., p. 3.

positivamente conforme o Direito.⁹⁴

Postas essas considerações sobre a função do Direito Penal para Welzel, definida pela proteção de valores ético-sociais elementares por meio da proteção de bens jurídicos, podemos então nos perguntar o que poderia ser visto como bem. Para Welzel, seriam bens jurídicos “*tudo bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente*”.⁹⁵ Definidos desta maneira ampla, eles poderiam aparecer de diferentes formas, como objetos físicos (v.g. a vida) ou ideais (v.g. a honra), como estado (v.g. inviolabilidade de domicílio), como vínculo social (v.g. a herança) e até mesmo como relação jurídica (v.g. propriedade).⁹⁶ Quais seriam as implicações dessa concepção?

Por um lado, por estar necessariamente vinculado à função de proteção de valores essenciais de uma dada sociedade, o conceito welzeliano de bem jurídico deixava de funcionar como um “proteus”, como uma fórmula abstrata que comporta qualquer conduta. Cumpria, assim, parte das pretensões que os atores da atividade jurídico-penal exigiam da teoria do bem jurídico, no sentido de fornecer critérios para a avaliação do uso do poder estatal. Ainda que a ideia de bem possa comportar diversas formas, Welzel afirmava que ela seria limitada pela sua capacidade de ser útil ao cumprimento da função do sistema jurídico-penal.⁹⁷ Nesse sentido, a função dúplice do Direito Penal teria por consequência o estabelecimento de uma relação funcional entre, de um lado, o fortalecimento e a confirmação de valores ético-sociais cristalizados nas normas penais, e, de outro, a proteção de bem jurídico.⁹⁸ A partir de então, a definição dos objetos passíveis de proteção via criminalização abandonaria seu caráter arbitrário, passando a ter de respeitar os pressupostos e as condições referentes aos efeitos sociais de cada uma das incriminações propostas.⁹⁹

⁹⁴ Idem, ibidem.

⁹⁵ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht...* cit., p. 4.

⁹⁶ Idem, ibidem.

⁹⁷ Idem, p. 5.

⁹⁸ WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts* cit., p. 491 e 515.

⁹⁹ É o que nota MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und Abstrakter Rechtsgüterschutz – zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischen Fundament*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1994. p. 28. No mesmo sentido, ver também HASSEMER, Winfried. *Theorie und*

Ao se utilizar desse recurso conceitual, Welzel chamava a atenção para uma dimensão até então esquecida pela teoria do bem jurídico: a *dimensão de seu sentido social*, de onde se deveria extrair o significado e analisar a danosidade e relevância penal de determinado comportamento. Nesse sentido, o Direito Penal não ofereceria uma proteção absoluta de bens,¹⁰⁰ não procuraria combater todas as lesões que estes possam vir a sofrer; pelo contrário, somente a pena poderia se voltar contra agressões configuradas “de determinada maneira”; isso porque a proteção de bens jurídicos, em Welzel, deveria ser prestada apenas de forma *mediata*, como reflexo da proteção *imediate* de valores fundamentais da comunidade. Assim considerados, os bens jurídicos não eram mais vistos como simples soma de estados que deveriam ser protegida; pelo contrário, eles passavam a ser constitutivos da própria “*estrutura da ordem social e, desta forma, não podem ser vistos senão em conexão com os valores essenciais à vida comunitária*”.¹⁰¹ Assim, seria oferecido aos operadores e teóricos do Direito Penal um conceito com pretensões críticas, na medida em que uma criminalização incapaz de reforçar os valores ético-sociais de uma sociedade deveria ser entendida como ilegítima.¹⁰²

Por outro lado, no entanto, o alcance desse potencial crítico, inscrito na alusão de Welzel à função ético-social do Direito Penal, não parece ser capaz de efetivamente limitar o rol de objetos passíveis de regulação penal. Isso porque seu conceito de bem jurídico, como “*bem da vida que, por sua relevância social, é protegido via pena*”, permanece altamente vago e amplo, comportando uma extensíssima gama de comportamentos que, sob estes pressupostos, seriam ainda

Soziologie des Verbrechens... cit., p. 90-92.

¹⁰⁰ Afinal, “*tudo bem tem de ser efetivamente usufruído e, para tanto, em uma determinada medida precisa ser arriscado (bastando lembrar, neste sentido, do relativo grau de risco à vida que enfrentamos diariamente no tráfico de carros)*”. Cf. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht...* cit., p. 5. Pressuposto nesse argumento está a idéia de “adequação social”, cuja reconstrução extrapola o âmbito do presente trabalho. Para as origens welzenianas deste modelo, fundamental é o artigo WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts* cit., p. 509 e ss.

¹⁰¹ WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* cit., p. 232.

¹⁰² WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht...* cit., p. 6. Isso decorre do próprio fato de, em Welzel, as estruturas lógico-objetivas (como são os valores ético-sociais) constituírem elementos “pré-jurídicos” que funcionam como limites não apenas à atividade do legislador, mas também à própria estruturação conceitual da dogmática jurídica (Cf. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal* cit., p. 233).

passíveis de pena. Para usar de um exemplo extremo, até mesmo a criminalização da homossexualidade¹⁰³ poderia ser considerada necessária à manutenção e à confirmação de valores ético-sociais, da mesma forma que a criminalização do homicídio; afinal, ainda que se condicione à proteção de bens jurídicos (que estão definidos ampla e vagamente) à proteção de valores ético-sociais, no modelo de Welzel permanece em aberto o que é e quem define o que seja socialmente relevante. Nesse sentido, a observação de Müssig nos parece muito apropriada: ainda que tenha tentado se desvencilhar do modelo formalista de Binding e Honig, Welzel não parece suprir as deficiências de seus antecessores, pois ele não estaria apto a fornecer, a partir de seus próprios pressupostos, um critério material para a verificação da legitimidade de uma dada incriminação.¹⁰⁴

Não obstante essa crítica, e abstraindo-se o forte caráter eticizante atribuído ao modelo de Welzel,¹⁰⁵ sua concepção merece ser reconhecida por alguns grandes méritos.

Em primeiro lugar, por ter evidenciado a dimensão prático-social da proteção de bens jurídicos, isto é, por ter fincado o conceito de bem jurídico no terreno da realidade social,¹⁰⁶ Welzel foi o primeiro chamar atenção para a estreita relação entre a função do Direito Penal e a definição do substrato material do conceito de delito. Nos modelos que o antecederam – à exceção de Feuerbach –, as concepções de bem jurídico variavam apenas de acordo com os pressupostos filosóficos

¹⁰³ Parece claro que o modelo welzeniano, ainda que condicione a proteção de bens jurídicos à proteção e ao fortalecimento de valores ético-sociais, não é capaz de criticar o patente abuso da criminalização em tela. Como “bem da vida, protegido por sua relevância social”, podem ser consideradas tanto “bens” como a autodeterminação sexual (claramente fundamental) quanto “a moral e os costumes sociais sobre a sexualidade alheia”. Seu potencial crítico, portanto, parece de reduzida aplicabilidade.

¹⁰⁴ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und Abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 30.

¹⁰⁵ Referimo-nos ao questionável uso do Direito Penal como meio pelo qual os cidadãos são condicionados à obediência e ao exercício de fidelidade à ordem. Para muitos de seus críticos, o modelo de Welzel, quando adota a função de reforçar valores ético-sociais da comunidade, acaba defendendo em uma relação problemática entre Direito e valores sociais, eticizando os cidadãos que se desviam dos imperativos jurídicos e eliminando a possibilidade de dissenso. Fundamental nesse sentido é a obra de LAMPE, Ernst-Joachim. *Das personale Unrecht*. Berlim: Duncker & Humboldt, 1967. p. 93 e ss.

¹⁰⁶ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und Abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 28. Ver também MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 147; e HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 90-92.

dos quais se partia, sendo apenas estes que definiam em que medida o conceito de delito poderia não ser dotado de um conteúdo material; em Welzel, ao contrário, o conceito de bem jurídico está estreitamente vinculado àquilo que entende ser a tarefa do Direito Penal: a proteção de bens somada à reafirmação dos valores ético-sociais de uma dada comunidade.¹⁰⁷

Em segundo lugar, o modelo de Welzel é salutar por abrir caminho para uma revisão do papel do *resultado concreto* na teoria do delito. Ao afirmar que mais importante do que o resultado danoso ao *bem* (jurídico) seria aquilo que ele representa como violação dos valores nele expressos, esse autor parece promover uma mudança fundamental de perspectiva na estrutura do conceito de delito.¹⁰⁸ Nesse modelo, o *desvalor da ação* (isto é, a violação dos valores ético-sociais) *passa a desempenhar papel de destaque na definição de crime*. Ainda que a punição continue pressupondo a ocorrência de um desvalor de resultado,¹⁰⁹ a proteção de bens jurídicos seria, em Welzel, matizada, na medida em que se passaria a enxergar a dimensão social que até então era ignorada pela dogmática penal. A mera proteção contra a lesão de bens deixa, nesse modelo, de ter valor por si só.

1.5 Roxin e a fundamentação constitucional da ideia de bem jurídico

Por diversos motivos de ordem histórica e dogmática, essas referências prático-sociais na formulação do conceito de delito tornaram-se mais escassas nos modelos teóricos posteriores a Welzel.

¹⁰⁷ WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlim: Walter de Gruyter, 1975. p. 241. Comentários interessantes podem ser vistos em MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal...* cit., p. 235.

¹⁰⁸ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 28-29.

¹⁰⁹ “O fato de que a ordem jurídica tenha por função principal a proteção e a afirmação de valores ético-sociais através da punição frente aos desvalores de ação não significa, de forma alguma, que a intenção dolosa possa ser punida sem que haja lesão ou perigo de lesão, isto é, sem que aja desvalor de resultado. Pois apenas a ação realizada pode legitimar a pena. O Direito Penal se relaciona apenas a comportamentos externalizados, e nunca a simples intenções ou disposições” (Cf. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht...* cit., p. 2. A tradução é livre).

¹¹⁰ O desvalor da ação perde, então, seu papel central na formulação do delito, e a proteção de bens reassume posição de destaque.

Esse retorno a uma definição material e concreta de bem jurídico, apartada do contexto social em que se realiza a proteção penal, não conseguiu oferecer, todavia, um conjunto de categorias consistente que fosse capaz de descrever o funcionamento do Direito positivo, de um lado, e de servir como critério para crítica da legitimidade de determinadas incriminações, de outro. As dificuldades enfrentadas desde Birnbaum, no sentido de prover aos participantes da prática jurídico-penal um conceito claro e irrefutável que abarcasse todos os bens legitimamente passíveis de proteção, permaneciam e, como vimos, nem mesmo Welzel teria conseguido superá-las. A crítica da abordagem de Binding – segundo a qual seria impossível formular um conceito que delimitasse abstratamente qual norma protege e qual norma não protege bens jurídicos – parece ter, assim, seu fundo de razão.

As mais diversas formulações da teoria do bem jurídico teriam, assim, deixado claro que uma formulação *positiva* – isto é, que afirmasse que são apenas os bens X, Y e Z que merecem ser protegidos via Direito Penal – mostra-se absolutamente irrealizável. Para piorar essa situação, o agigantamento do Estado e o surgimento de um modelo de *Welfare*, ocorridos na segunda metade do século XX, parecem ter tornado evidente aquilo que antes restava oculto: a historicidade do conteúdo da regulação jurídico-penal. A própria multiplicidade de concepções acerca do bem jurídico – de Birnbaum até Welzel, passando por Binding, von Liszt, Honig, Mezger e tantos outros – evidenciaria isso. Diante da dificuldade de determinar “o” rol de bens dignos de tutela penal, principalmente a partir do momento em que o Estado aumenta quantitativa e qualitativamente sua intervenção sobre as relações sociais, a teoria do bem jurídico passou, então, a se apresentar, cada vez mais, como um modelo de legitimidade *negativa*; isto é, em vez de determinar “*quais são os bens tuteláveis pelo Direito Penal*”, a teoria do bem jurídico passa a querer determinar quais os bens que *não* podem ser protegidos via crime.¹¹¹

¹¹⁰ Cf. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 148.

¹¹¹ ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter* cit., p. 291. No mesmo sentido, ver também RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 331.

Nesse sentido, foi Claus Roxin aquele que procurou, com maior rigor, determinar negativamente o conteúdo do conceito de delito, excluindo da noção de bem jurídico todos aqueles interesses de proteção que a ele não pertenceriam. Esse autor, que pode ser considerado como o representante do atual e mais desenvolvido estágio da teoria do bem jurídico, esforçou-se, portanto, para construir um método progressivo de minimização daquilo que poderia ser concebido como objeto digno de proteção penal.¹¹²

Para Roxin, os limites do *ius puniendi* deveriam ser extraídos da função social do Direito Penal, sendo que tudo que vá além dessa função deveria ser considerado ilegítimo.¹¹³ Até aqui, o ponto de partida de Roxin se assemelha àquele tomado por Welzel. Em oposição a este, no entanto, Roxin não acredita ser função do Direito Penal a “eticização dos cidadãos”, isto é, a imposição de valores como o respeito à vida e à propriedade por meio da pena.¹¹⁴ Pelo contrário: tal função *positiva*, de criação de respeito a valores, é abandonada por Roxin, que passa a formular a função do sistema jurídico-penal nos seguintes termos: “*o Direito Penal tem como finalidade garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, na medida em que tais objetivos não possam ser alcançados através de outras medidas sócio-políticas menos intromissivas na esfera de liberdade dos cidadãos*”.¹¹⁵ Roxin considera a intervenção penal como mecanismo de *ultima ratio*,¹¹⁶ isto é, como última alternativa

¹¹² A observação é de PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. *Cuadernos de Política Criminal*, Madri, n. 39, p. 734, 1989. Ver também, em sentido próximo, PERDOMO, Alberto Poveda. Fundamentación material del injusto: entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 21, p. 411, 1998.

¹¹³ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32.

¹¹⁴ Afinal, defender tal função seria entender o Estado como “instituição moral”, o que contradiria a ideia de que vivemos em uma sociedade multicultural (Cf. RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 340).

¹¹⁵ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons Ediciones, 2007. p. 446. Tradução livre.

¹¹⁶ No mesmo sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos* cit. Sobre o Direito Penal como *ultima ratio*, intrigante é a análise de PRITZWITZ, Cornelius. Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima Ratio? – Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger

no combate a determinados comportamentos indesejáveis. Dentro desses limites, ao Estado cabe a tarefa de “garantir penalmente não apenas as condições individuais necessárias à coexistência humana (como a proteção da vida, da integridade física etc.), mas também as instituições estatais imprescindíveis a tal fim (como o funcionamento da justiça, a intangibilidade dos sistemas fiscais e monetários, a incorruptibilidade da Administração etc.)”.¹¹⁷

Para Roxin, a função do Direito Penal seria a *proteção subsidiária de bens jurídicos*.¹¹⁸ Dada essa função, bem jurídico seria “*todo objeto legitimamente protegido sob tais condições*”.¹¹⁹ Mais especificamente, seria “*toda realidade ou fim necessário a uma vida social livre e segura, que garanta os direitos humanos dos indivíduos, ou ao funcionamento do sistema estatal erigido para tal objetivo*”.¹²⁰

Por colocar o indivíduo como parâmetro de sua definição de bem, Roxin é considerado um adepto da chamada “*teoria individualista de bem jurídico*”,¹²¹ segundo a qual não haveria bens jurídicos que não fizessem referência ao livre desenvolvimento do indivíduo. Não se trataria, aqui, de ignorar a existência de bens importantes para toda a coletividade, isto é, de bens coletivos. Tratar-se-ia, apenas, de afirmar que tais bens coletivos apenas poderiam ser passíveis de tutela penal se fizessem referência àquilo que Roxin considera a função do Direito Penal: garantir a liberdade e a segurança de um indivíduo.¹²² Assim, a proteção da autenticidade dos documentos, por exemplo, apenas seria legítima se permite o livre desenvolvimento do cidadão. Ou seja, ainda que se reconheça a necessidade que uma sociedade moderna teria em garantir determinadas configurações e bens coletivos, a sua proteção via pena apenas seria legítima se

Strafrechtsbeschränkungspostulate. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (Org.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1995. p. 387 e ss.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad... cit., p. 447.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I: die Grundlagen und der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4a Edição. Munique: C. H. Beck Verlag, 2005. p. 14.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad... cit., p. 447.

¹²⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 16. Também ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? cit., p. 448. Tradução livre.

¹²¹ Do mesmo modo como o fazem MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”* cit.; e HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit.

¹²² ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 16.

garantissem a liberdade individual.¹²³

Colocada nesses termos, a teoria do bem jurídico de Roxin dota esse conceito de um conteúdo *material*, na medida em que fornece critérios para medir a legitimidade das incriminações formuladas *in concreto* pelo Poder Legislativo. No entanto, como já apontado, a definição daquilo que *é, efetivamente*, bem jurídico, seria algo difícil de realizar. O fato de reconhecer que a sociedade moderna exige a proteção penal de bens coletivos aprofunda ainda mais esse problema, pois abre de vez o leque daquilo que pode ser tomado como passível de criminalização.

Ciente dessas dificuldades, Roxin tende a evitar uma definição positiva do que entende por bem jurídico, limitando-se, nesse sentido, a formular um conceito extremamente amplo como “toda realidade ou fim necessário a uma vida social livre e segura”. Assim, o que Roxin parece fazer é se limitar a apontar aqueles interesses que *não* poderiam ser tido como bens jurídicos, deixando de lado uma determinação positiva do conteúdo desse conceito. Nesse sentido, quais seriam, então, aqueles casos em que, claramente, não se poderia falar em bem jurídico?

Em primeiro lugar, de seu conceito de bem jurídico, Roxin deriva que seriam claramente ilegítimas criminalizações que atentassem contra os direitos humanos e fundamentais. A punição de manifestações contrárias ao regime, por exemplo, atentaria contra a liberdade de expressão, bem como a criminalização do casamento interracial violaria o princípio da igualdade.¹²⁴

Em segundo lugar, a simples delimitação da “finalidade da lei” não constituiria qualquer bem jurídico.¹²⁵ Assim, por exemplo, a criminalização de uso de maconha não seria legítima simplesmente por ser possível esclarecer a finalidade visada por essa proibição; o objetivo de “alcançar uma sociedade sem drogas” não seria suficiente para legitimar esse preceito, pois aqui nada mais se estaria fazendo além de indicar o que pretende o legislador com tal lei. Para Roxin, apenas se a finalidade da criminalização é aquela

¹²³ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena?... cit., p. 34-35. Este argumento será posto a prova no cap. 2 deste trabalho.

¹²⁴ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad... cit., p. 448.

¹²⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*... cit., p. 18-19.

de proteger a coexistência pacífica dos indivíduos é que se poderia falar que a lei está protegendo um bem jurídico. No caso, o porte de maconha para uso próprio não estaria violando a convivência entre as pessoas, motivo pelo qual, ainda que sua criminalização possa ser reconstruída em termos de uma *ratio legis*, esta não poderia ser fundamento para uma criminalização legítima.¹²⁶

Em terceiro lugar, a mera violação de preceitos morais não seria capaz de justificar uma proibição penal.¹²⁷ Qualquer punição de comportamentos imorais só poderia ser legítima se estes afetassem o livre desenvolvimento dos indivíduos. Nesse sentido, não seria possível falar em punição legítima em casos de criminalização de relações íntimas que, ainda que pudessem ser tidas por imorais para algumas pessoas, acontecem na esfera privada dos indivíduos, com seu consentimento.¹²⁸

Em quarto lugar, a proteção de meros sentimentos apenas poderia ser considerada proteção de bens jurídicos se o que estivesse em jogo fosse o sentimento de insegurança. Por exemplo, a criminalização da incitação ao ódio, à violência¹²⁹ ou ao desprezo estaria justificada, na medida em que se trata de proteger a confiança de não vir a sofrer ataques à coexistência entre os indivíduos. Para além desses limites, no entanto, Roxin sustenta que qualquer proteção penal de sentimentos seria ilegítima. Por se admitir que vivemos em uma sociedade multicultural, seria necessária a tolerância em relação a diversos valores, tais como aquelas referentes a minorias sexuais, religiosas, políticas etc. Sua punição, portanto, não apenas não seria proteção de bens jurídicos, como ainda violaria a coexistência pacífica entre as pessoas.¹³⁰

¹²⁶ No mesmo sentido, cita Roxin o caso da lei alemã que, até 1969, proibia a prática de relações afetivas entre homossexuais, sob a justificativa de que tal pena estaria a proteger “a estrutura heterossexual das relações humanas”. Ainda que a finalidade da lei pudesse ser corretamente reconstruída, isso não bastaria para entendê-la como fazendo referência a um bem jurídico, pois a obtenção deste fim não é indispensável para a convivência pacífica entre os indivíduos (Cf. ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena?... cit., p. 36).

¹²⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 19. Da mesma forma RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 339.

¹²⁸ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad... cit., p. 449.

¹²⁹ Como prevê o art. 286 do Código Penal brasileiro: “Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa”.

¹³⁰ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad... cit., p. 449.

Em quinto lugar, nem a autolesão consciente nem a autocolocação em risco poderiam ser fundamento de uma incriminação.¹³¹ Muitas pessoas lesionariam a si próprias: por meio do consumo de álcool, de cigarro, de uma alimentação inadequada, ou mesmo praticando esportes radicais. No entanto, afirma Roxin, tais comportamentos não poderiam ser legitimamente regulados pelo Direito Penal. Isso porque a proteção de bens jurídicos teria como objetivo a proteção dos outros, não de si mesmo.¹³² O Estado apenas poderia usar da pena para casos em que haveria déficit de autonomia do concernido (minoridade, anomalia psíquica etc.). Por isso, não apenas os danos decorrentes da própria decisão dos lesionados, como também casos de eutanásia, deveriam estar isentos de qualquer consequência penal.¹³³

Em sexto e último lugar, as “leis simbólicas” não serviriam à proteção de bens jurídicos.¹³⁴ Por “leis simbólicas”, entende Roxin aquelas leis que não serviriam efetivamente à proteção do indivíduo, servindo, pelo contrário, a fins “extrapenais”, como a garantia de uma boa imagem do Estado ou a diminuição ilusória da sensação de impunidade.¹³⁵ Como exemplo, cita-se a alínea III do § 130 do Código Penal alemão (StGB), que pune a negação ou diminuição das atrocidades cometidas pelo regime nazista (comportamento também conhecido como “mentira sobre Auschwitz”): para Roxin, a punição dessas condutas seria ilegítima, pois apenas elas não seriam capazes de, por si só, afetar a convivência pacífica entre os indivíduos, não restando lesionado qualquer bem jurídico.¹³⁶

¹³¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 23-24.

¹³² ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad... cit., p. 449. No mesmo sentido, nota Amelung que “a função do Direito Penal é garantir a co-existência, e não a co-sentimentalidade” (Cf. AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 347).

¹³³ Para uma análise dogmática que, partindo desses pressupostos, exclui a punibilidade em caso de consentimento da vítima, ver ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 116, p. 930-936, 2004.

¹³⁴ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena?... cit., p. 47.

¹³⁵ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad... cit., p. 451. No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht. *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 1001 e ss.

¹³⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 26-27.

Diante do exposto, fica claro que Roxin se coloca, por um lado, como um defensor de um conceito material de delito, na medida em que atribui a ele um *conteúdo*, necessário à sua legitimidade. Por outro lado, ele não o faz afirmando que tais conteúdos são pré-jurídicos (como o fazia Birnbaum e von Liszt), pois admite que podem também derivar das finalidades do Estado, consolidadas nos princípios da ordem constitucional.¹³⁷ Isso fica evidente quando atentamos novamente para sua formulação conceitual de bem jurídico, definido como “*realidade ou fim necessários a uma vida social livre e segura*”.¹³⁸ Ora, ao enxergar que também finalidades podem constituir bens jurídicos, Roxin abre espaço para entender um bem como algo não necessariamente pré-dado. Em suas palavras, “*a distinção entre realidades e fins aponta que os bens jurídicos não necessariamente vêm dados ao legislador, como ocorre, por exemplo, com a vida humana; pelo contrário, também pode ocorrer que sejam criados por ele, como sucede, por exemplo, no caso da proteção da ordem tributária*”.¹³⁹

Dessa forma, por um lado, sua concepção tem o mérito de tornar clara a capacidade de mutação dos bens jurídicos,¹⁴⁰ isto é, a sua capacidade de alteração conforme os diferentes arranjos sociais sobre os quais o Direito Penal pode atuar. Isso explicaria, afirma Roxin, porque há dois séculos era impensável admitir como bem jurídico aquilo que, hoje, é passivamente aceito como tal – a exemplo da proteção de informações sigilosas, dos âmbitos de trabalho consolidados pelo desenvolvimento econômico da modernidade etc..¹⁴¹ Seu modelo, portanto, parece estar aberto à necessidade de explicação de fenômenos regulatórios da atualidade, pois não exigiria que sejam protegidos apenas objetos previamente dados. Haveria aqui, portanto, um ganho descritivo considerável sobre nossas atuais práticas jurídico-penais.

Por outro lado, esse ganho descritivo parece ficar matizado por sua *concepção individualista de bem jurídico*.¹⁴² Como se nota pela

¹³⁷ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual... cit., p. 376.

¹³⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 16.

¹³⁹ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad... cit., p. 448. Tradução livre.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 32.

¹⁴¹ Idem, p. 33.

¹⁴² Para além de Roxin, encontramos essa concepção também em HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: PHILIPS (Org.). *Jenseits des*

exposição acima feita, a avaliação acerca da legitimidade de uma criminalização, em Roxin, é sempre pensada sob o filtro da *proteção da convivência pacífica entre os indivíduos*. Mesmo a proteção de bens coletivos, como a saúde pública e a confiabilidade dos documentos públicos, é vinculada às necessidades dos indivíduos: aquilo que é coletivo só pode ser um bem jurídico se puder se remeter *diretamente* à necessidade de livre desenvolvimento do indivíduo.¹⁴³ Em poucos termos, “*todos os bens jurídicos devem ser necessariamente pensados a partir do indivíduo, se quiserem ser reconhecidos enquanto tais*”.¹⁴⁴ Ainda que tal concepção acabe servindo como um meio interessante de limitação do poder estatal, diversas proteções penais existentes na atualidade não conseguiriam ser por ela explicadas de forma satisfatória. Isso porque, como veremos nos capítulos seguintes, hoje é aceita a proteção penal de uma série de interesses que, embora não sejam diretamente ligados aos indivíduos, serviriam a eles como *comunidade*, não apenas presente, mas também futura.¹⁴⁵

Como veremos no próximo capítulo deste trabalho, o advento de uma intensa complexificação social e de um aumento da regulação estatal parece alterar quantitativa e qualitativamente a intervenção penal sob o campo social, fazendo com que uma concepção estritamente individualista da proteção penal enfrente gradualmente um processo de esgotamento.¹⁴⁶ Se esse diagnóstico está correto, então se torna necessário refletir sobre se e em que medida a teoria do bem jurídico ainda é útil para seus propósitos, considerando a pretensão de fornecer categorias e conceitos que

Funktionalismus. Heidelberg: Decker & Müller Verlag, 1989, e em Michael Marx: “*bens jurídicos são todos aqueles objetos necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo*” (Cf. MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”* cit., p. 62).

¹⁴³ Cf. ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter* cit., p. 29. Também HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 69.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 23.

¹⁴⁵ Nesse sentido, fundamental é a crítica de Stratenwerth, para quem a teoria do bem jurídico peca por sua dimensão exclusivamente negativa-protetiva, que desconsidera a importância de construir positivamente entre os cidadãos uma consciência a respeito do que é proibido e o que é permitido (Cf. STRATENWERTH, Günther. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico...* cit., p. 365-372).

¹⁴⁶ O que, inclusive, o próprio Roxin tem admitido nos últimos anos, como se verá mais adiante.

auxiliem os juristas a compreender e criticar o funcionamento do sistema jurídico na atualidade.

1.6 Sistematização categorial das diversas formulações sobre o bem jurídico

Antes de se proceder à análise dos fenômenos recentes que colocam em xeque a teoria do bem jurídico, no entanto, consideramos interessante sistematizar, rapidamente, o percurso acima reconstruído. Não se trata, neste ponto, de agrupar pressupostos teóricos tão diversos como, por exemplo, os de Binding e os de Honig. Trata-se, apenas de proceder a uma *sistematização categorial*, nos termos propostos por Winfried Hassemer,¹⁴⁷ vale dizer, reconstruir o desenvolvimento desse conceito com base nas diferentes funções que, em cada formulação feita, ele desempenhava para os teóricos e operadores do Direito Penal.

Essa sistematização categorial, com base na função desempenhada pelo bem jurídico dentro do sistema jurídico-penal, é interessante e necessária por dois principais motivos. Primeiramente, porque, como se pode ver, as diferentes concepções acerca desta categoria são tão numerosas e multifacetadas que seria impossível uma exposição exaustiva que partisse do que cada uma delas entende como sendo a *natureza* do bem jurídico; assim, uma categorização com base na *função* desempenhada por esse conceito oferece uma vantagem sistematizadora.

Em segundo lugar, porque identificar as diversas funções exercidas pelo conceito de bem jurídico evidencia aquilo que deve estar sempre claro quando da análise de categorias jurídicas: o fato de que estas servem, fundamentalmente, à resolução de problemas jurídicos práticos. Nesse sentido, o pano de fundo dessa reconstrução não é de interesse puramente histórico, mas sim e principalmente *pragmático*. O modo pelo qual se concebe a resolução da questão acerca da legitimidade dos preceitos penais não apenas está inscrito na história do conceito de delito, mas também – e principalmente – deve ser considerado o próprio

¹⁴⁷ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 18.

motivo para o qual essa se constituiu.¹⁴⁸ Devemos, portanto, atentar para aquilo que cada uma das concepções acima expostas oferece aqueles que, seja refletindo sobre o Direito Penal, seja atuando praticamente com ele, participam do processo de produção e de reprodução desse setor do sistema jurídico.

Assim, conforme a função exercida pelo conceito de bem jurídico frente uma dada ordem jurídica, este pode ser visto de *duas diferentes formas*: de um lado, como modelo descritivo da soma de todas as normas penais em um dado sistema (por exemplo, de todos os objetos protegidos pelo Código Penal brasileiro e pela legislação especial a ele secundária), de outro lado, como um instrumento de crítica ao quadro atual de interesses protegidos legalmente – seja no sentido de que o campo real de proteção penal deva ser aumentado, seja no sentido de que deva ser reduzido. No primeiro caso, costuma-se falar de um *caráter imanente do conceito de bem jurídico*, ao passo que, no segundo caso, tratar-se-ia de seu *caráter transcendente*.¹⁴⁹ As diferentes concepções até aqui trabalhadas ora focam sobre um caráter, ora focam sobre outro; desse modo, elas acabam por fornecer aos participantes da prática jurídico-penal uma categoria por meio da qual diferentes interesses e objetivos podem ser vocalizados: no padrão imanente, fornece-se um conceito com pretensões *descritiva* e *sistemática*; no padrão transcendente, por sua vez, fornece-se um conceito com pretensões preponderantemente *críticas* frente ao Direito Penal positivo.

1.6.1 O caráter imanente do conceito de bem jurídico

Vejamos mais de perto como essas diferentes pretensões são operacionalizadas. Aquele que, diante da pergunta “o que é um bem jurídico?”, orienta-se unicamente pelo disposto no Código Penal, procura apenas e tão somente encontrar uma descrição adequada das normas penais à sua disposição, bem como uma

¹⁴⁸ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 174. No mesmo sentido, também AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 206.

¹⁴⁹ Cf. terminologia proposta em HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 19.

sistematização dos objetos protegidos em uma dada ordem.¹⁵⁰ Do ponto de vista teórico, essa função do conceito de bem jurídico encontrou grande ênfase nos modelos formulados por Binding e por Honig, segundo os quais toda e qualquer norma penal serviria à proteção de algum bem jurídico. Quando partem desse pressuposto, aqueles que participam da prática jurídico-penal estão preocupados em ter em mãos um conceito que tanto explique adequadamente como funciona o sistema no qual eles estão inseridos, quanto seja capaz de sistematizar as normas nele vigentes. Se observarmos a atividade de muitos dos penalistas, esses parecem ser os interesses que subjazem à esmagadora maioria dos manuais que tratam da Parte Especial do Direito Penal. Neles, podemos perceber como para cada tipo penal é vinculada a proteção de determinado bem: a título de exemplo, o crime de bigamia¹⁵¹ serviria à proteção do “*bem jurídico organização jurídica matrimonial, consubstanciado no princípio monogâmico*”,¹⁵² o crime de favorecimento de prostituição¹⁵³ serviria à proteção do “*bem jurídico bons costumes e liberdade sexual*”¹⁵⁴ e assim por diante.

Esse interesse estritamente descritivo, vocalizado pelo uso do conceito de bem jurídico em seu caráter imanente, está preocupado em formular questões de forma estritamente *dogmática*, reconhecendo as condições fornecidas pelo legislador, para, a partir daí, ser sistematizadamente útil. Dentro desses limites, diversos são os usos que os juristas poderiam fazer desse conceito.

Em primeiro lugar, a partir dele torna-se possível uma generalização dos tipos penais, por meio da identificação de similitudes entre eles e, assim, da construção de critérios que possibilitem uma sistematização em classes de delitos.¹⁵⁵ Apenas a título de exemplo, podemos imaginar que, ao se verificar qual o

¹⁵⁰ RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 329.

¹⁵¹ “Art. 235. Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.”

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 912.

¹⁵³ “Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

¹⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. v. 3, p. 195.

¹⁵⁵ HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten...* cit., p. 94 e ss.

bem jurídico afetado *diretamente* em cada caso de comportamento típico, tornar-se-ia possível diferenciar entre crimes de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato,¹⁵⁶ bem como agrupar diversos delitos sob a rubrica “crimes contra o patrimônio”.

Em segundo lugar, parece decorrer do uso desse caráter imanente também um tipo de pretensão que se aproximaria, de certa forma, da crítica. Isso porque, ao visar descrever adequadamente a realidade e sistematizá-la, tal conceito estaria na base de argumentos que buscam comparar e questionar penas sensivelmente díspares que, no entanto, protejam exatamente o mesmo objeto. Assim, partindo da ideia de que o art. 311 do Código de Trânsito¹⁵⁷ protegeria o mesmo bem jurídico que o art. 121, *caput*,¹⁵⁸ do Código Penal brasileiro – qual seja, a integridade física –, advogados, estudantes e professores de Direito Penal poderiam operacionalizar o chamado “princípio da proporcionalidade”, questionando porque uma conduta estaria sendo punida com pena diferente da outra.¹⁵⁹

Por fim, tal caráter imanente da noção de bem jurídico poderia servir ainda como instrumento por meio do qual outras categorias jurídicas podem ser utilizadas. Apenas a título de exemplo, vejamos o que acontece com a categoria “estado de necessidade”, uma causa de justificação prevista no art. 24 do Código Penal brasileiro.¹⁶⁰ Nela, há quem exija a ponderação de dois valores e uma posterior definição do interesse preponderante, que tornaria justificada uma dada agressão. Para advogados que pleiteiam o reconhecimento da antijuridicidade do comportamento de seus clientes, e também para os juízes que

¹⁵⁶ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual... cit., p. 380.

¹⁵⁷ “Art. 311. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.”

¹⁵⁸ “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”

¹⁵⁹ GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, p. 111-112, 2004.

¹⁶⁰ “Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

têm de decidir esses casos, o conceito de bem jurídico, usado em seu sentido imanente, poderia servir de mediador da definição desse interesse preponderante, na medida em que forneceria uma resposta concreta a respeito de quais são os “bens” que estariam em conflito.¹⁶¹

1.6.2 O caráter transcendente do conceito de bem jurídico

São outras as pretensões daqueles que procuram se utilizar do caráter transcendente do conceito de bem jurídico. Para esses, o interesse maior estaria em fornecer um conceito que permitisse criticar determinada criminalização. Para tanto, costuma-se desenhar um rol de objetos ideais e o comparar com o rol efetivamente protegido pelo Direito Penal, de forma a *falsear a própria realidade jurídica*.¹⁶² Dito de outra forma: se o que se verifica teoricamente é que um dado tipo penal não protegeria qualquer bem jurídico, isso não significaria (como acontece com o caráter imanente) que a teoria está equivocada, mas sim que a realidade está errada, que o preceito em tela não deveria ser considerado legítimo.

Aqueles que se valem do caráter transcendente do conceito de bem jurídico parecem perseguir, nesses termos, uma avaliação dos tipos penais com base em um *critério externo*, em um rol ideal de objetos cuja proteção seria legítima e que deveria ser usado como base para uma eventual crítica da realidade legal de uma dada sociedade. Do ponto de vista da teoria do bem jurídico, como apontamos, a natureza desse critério foi tradicionalmente entendida como sendo de ordem pré-jurídica, na medida em que se concebia um bem jurídico não como produto da ordem jurídica, mas sim da própria vida social, estando, portanto, previamente dado ao Direito. Aqueles que tomam esse conceito nesses termos acreditam que todos os bens jurídicos seriam objetos metapositivos, sendo que as normas jurídicas poderiam abarcá-los, mas nunca criá-los.¹⁶³ É nesse sentido prático que podem ser

¹⁶¹ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual... cit., p. 380.

¹⁶² HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 22.

¹⁶³ Nesse sentido, fundamental é LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*.

lidos os esforços teóricos de Birnbaum, von Liszt e Welzel, que se apoiavam em um rol pré-positivo de objetos dignos de tutela penal para, então, tentar evitar que ao legislador fosse dada a faculdade de criminalizar quaisquer condutas, sem qualquer possibilidade de controle quanto a sua legitimidade.

Esse critério externo de verificação da realidade penal não é, no entanto, o único modo de se vocalizar pretensões com base nesse caráter transcendente. A exemplo do que foi exposto sobre o modelo de Claus Roxin, parece também ser possível verificar, principalmente nas duas últimas décadas, o surgimento de pretensões que, diante da dificuldade de tratar o Direito Penal por meio de critérios a ele externos, procuraram criticar nossas práticas jurídico-penais com base na própria Constituição. Dessa forma, o critério de legitimidade de um dado tipo penal poderia ser inscrito na própria ordem constitucional, e não mais em elementos metajurídicos, e estaríamos diante de uma categoria capaz de instrumentalizar aqueles que se veem insatisfeitos com determinada configuração do Direito Penal.

De uma forma ou de outra, seja qual for a natureza do critério externo de legitimação, tratar-se-ia aqui da formulação de *um núcleo material para o conceito de delito*, núcleo este que seria independente da atividade do legislador ordinário, e capaz de servir de limitação à forma como o poder punitivo se estrutura na realidade.¹⁶⁴ Nessa perspectiva, procura-se oferecer uma resposta acerca de quais seriam as condições que determinado objeto precisa preencher para poder ser entendido como bem jurídico e, assim, ser digno de proteção penal. O *interesse* que lastreia esse modelo, portanto, seria *crítico*,¹⁶⁵ na medida em que o conceito de bem jurídico não seria deduzido da atividade do legislador, procurando, pelo contrário, guiá-la e submetê-la à avaliação.¹⁶⁶

26. ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1932. p. 176-178.

¹⁶⁴ RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien juridico cit., p. 334.

¹⁶⁵ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 22. Ver também SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. *Festschrift für Claus Roxin*. Berlim: Walter de Gruyter, 2001. p. 26-27.

¹⁶⁶ Na doutrina brasileira recente, cabem citar as seguintes obras como exemplos de esforços em desenvolver um conceito de bem jurídico dotado de caráter transcendente: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.

Diante de uma realidade dada, aqueles que usam desse caráter imanente nunca afirmariam a existência de uma configuração ideal do Direito Penal *in concreto*, formulando, ao invés, um postulado alternativo que pudesse servir de critério de legitimidade para valorar a atividade do legislador.¹⁶⁷

Diante do exposto, percebe-se que a teoria do bem jurídico procura ser base para pretensões de diversas ordens: quando trabalha em seu caráter imanente, visa a oferecer critérios de descrição de nossas práticas jurídico-penais, bem como de sistematização e operacionalização de seus elementos estruturantes; quando trabalha em seu caráter transcendente, por sua vez, visa a oferecer critérios de crítica e de avaliação da atividade do legislador, bem como das conformações concretas da regulação jurídico-penal em cada sociedade.

No capítulo a seguir, discutirei se e em que medida a teoria do bem jurídico ainda serve como base adequada para sustentar as pretensões daqueles que participam de nossas práticas jurídico-penais. Farei isso como forma de testar uma das principais hipóteses deste estudo, qual seja, a de que, *na atualidade, tanto o caráter imanente quanto o caráter transcendente do conceito de bem jurídico estariam perdendo força*. Em outras palavras, pelo estágio atual de complexidade e diferenciação que vive nossa sociedade, a ideia de bem jurídico não parece estar servindo adequadamente nem como instrumento crítico, nem como descrição correta do funcionamento do sistema jurídico-penal. Nas páginas que seguem, pretendo mostrar como o advento de uma sociedade de risco acaba por reestruturar os mecanismos de operação do Direito Penal, que passa não apenas a incidir sobre uma quantidade cada vez maior de setores sociais, como também passa a alterar a forma pela qual se regulam tais campos. Nesse contexto, procurarei apontar como a ideia de que o Direito Penal

197-200; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 28 e ss.; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 93-96; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003; BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos sem bens jurídicos? *Boletim IBCCRIM*, n. 181, dez. 2007; BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 80-81 e 260-261.

¹⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 24.

serve à proteção contra a lesão ou perigo concreto de bens jurídicos previamente dados (seja pela Constituição, seja por algo externo ao Direito) parece perder, em definitivo, força descritiva e prescritiva, e como, a partir de então, tornar-se-ia necessário pensar em novos conceitos que possam servir de base sistematizadora e crítica para a ciência e para a prática jurídico-penal.

CAPÍTULO 2

A CRISE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

2.1 Complexificação social e “Direito Penal de Risco”

A segunda metade do século XX foi marcada por uma profunda reestruturação da relação entre Estado e sociedade civil. O liberalismo reinante no início do século, marcado pelo não intervencionismo e por uma regulação jurídica meramente reativa, entrava em colapso com o aumento de demandas sociais em nome da expansão e da universalização de diversos direitos sociais, bem como de uma política estatal mais interventiva sob o âmbito econômico.¹⁶⁸ Nesse contexto, a própria sociedade civil se percebia diante de um aumento decisivo de complexidade e interação, o que se verificava, à época, no aumento das transações internacionais, no crescente êxodo populacional, na busca por novas fontes de energia (principalmente depois dos dois choques do petróleo na década de 70), na expansiva produção de bens característica dos “Anos Dourados” etc.

Tais transformações foram decisivas para a caracterização da sociedade contemporânea como uma “sociedade do risco”. Na medida em que a relação entre Estado e sociedade civil se complexificava sensivelmente, os indivíduos percebiam que as transformações sociais vigentes traziam consigo um grande potencial destrutivo, nunca antes verificável: o grande desenvolvimento produtivo do *Welfare* tinha por consequência uma

¹⁶⁸ Para as transformações no Direito provocadas por essas mudanças sociais, ver o estudo fundamental de NEUMANN, Franz. *The Rule of Law: political theory and the legal system in modern society*. Leamington: Berg Press, 1986.

intensa degradação ambiental; o aumento dos fluxos de crédito e a reestruturação do movimento do capital implicavam riscos de fortes crises financeiras; a busca por fontes de energia alternativa vieram acompanhadas de desastres como o de Chernobyl; o surgimento de uma sociedade de consumo trazia como desafio a superação de graves defeitos de produtos, perigosos à vida e à saúde de milhares de pessoas. Esses exemplos mostravam que o desenvolvimento da técnica e das ciências aplicadas era, por um lado, capaz de fornecer um relevante incremento de bem-estar social,¹⁶⁹ mas, por outro, desse mesmo desenvolvimento decorriam novos problemas, novos riscos, que passaram a fazer parte da pauta de regulação estatal. Diante desse contexto, a sociedade contemporânea se tornava *“uma sociedade mais segura em relação a problemas tradicionais, mas mais insegura em relação a novos fenômenos”*.¹⁷⁰

Na esteira desse processo, a constatação e a consciência de uma nova lógica de produção e de percepção de riscos trouxeram consigo novas demandas de regulação.¹⁷¹ Na medida em que o desenvolvimento econômico e tecnológico tornava-se causa de novos e complexos problemas – como crises econômicas derivadas de novas formas de especulação, problemas ambientais derivados da atividade industrial acelerada etc. – a diminuição, a limitação e a distribuição de tais riscos tornavam-se pauta da intervenção estatal. Em poucas palavras, é possível dizer que, das novas formas de perceber riscos, surgiram demandas por novos modelos para regulá-los.¹⁷² Assim, do Estado se passou a cobrar não apenas uma diminuição dos problemas advindos desse processo de complexificação social, como também a exigir a imputação de

¹⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1995. p. 201-203.

¹⁷⁰ Neste ponto, basta pensar na sensação de segurança que o desenvolvimento da medicina, da física e da engenharia trouxe ao cotidiano das pessoas que, anteriormente, costumavam viver sob a égide da incalculabilidade no âmbito dos contatos sociais. A observação é de PRITZWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko...* cit., p. 76.

¹⁷¹ BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft – auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. p. 15-16.

¹⁷² PRITZWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko...* cit., p. 168-170. No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts...* cit., p. 274-275.

responsabilidade aos causadores desses novos riscos.¹⁷³

Tal contexto de crescente demanda social por segurança, por sua vez, afetou não apenas o Direito Civil e o Direito Administrativo, mas também foi normativa e substancialmente direcionado ao Direito Penal.¹⁷⁴ As razões comumente dadas para tal direcionamento são diversas: em primeiro lugar, a gravidade e a magnitude desses novos problemas, capazes de atingir uma grande quantidade de pessoas, justificariam a busca do mais grave instrumento de tutela jurídica, qual seja, o Direito Penal; em segundo lugar, o fato de muitos desses riscos se desenvolverem a partir do exercício da atividade econômica privada faria com que o combate deles fosse visto como tarefa necessariamente *pública*, por meio da intervenção punitiva estatal, e não da autocomposição entre os entes privados.

Esse modelo de sociedade em que hoje vivemos funcionaria, portanto, de tal forma que ao Direito Penal atribuem-se crescentemente novas tarefas. Nas últimas décadas, o sistema jurídico-penal parece assumir novas funções, nunca antes a ele alocadas. Novos objetos de regulação, como, por exemplo, aqueles vinculados aos problemas do consumo de drogas, às questões ambientais, à estruturação e ao bom funcionamento da economia e ao combate da chamada criminalidade organizada deixaram de ser problemas estritamente administrativos ou civis, passando a compor o campo de regulação propriamente penal.¹⁷⁵ Nesse contexto, esse setor do Direito estaria deixando de ser apenas um instrumento de reação contra violações a bens de titularidade do indivíduo, tornando-se, cada vez mais, um sistema de gestão e de alocação de grandes riscos.¹⁷⁶

¹⁷³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal...* cit., p. 91.

¹⁷⁴ Nesse sentido, Silva Sánchez afirma que a situação psicológica de nossa sociedade, marcada por uma forte insegurança subjetiva, acaba por sustentar uma crescente demanda por vigilância e proteção (Cf. SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* cit., p. 7-9).

¹⁷⁵ HASSEMER, Winfried. Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik. *Strafverteidigung*, n. 9, p. 483, 1995.

¹⁷⁶ A exemplo dessa mudança de funções, ressaltam-se as mais recentes leis aprovadas no mundo ocidental. Segundo as ideias nelas pressupostas, o Direito Penal seria responsável por prevenir danos ambientais, combater a “ameaça terrorista”, servir de gestor sanitário no tratamento das drogas ilícitas etc. Cf. a abordagem crítica de PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko...* cit., p. 275-276.

2.2 Surgimento de bens jurídicos de caráter supraindividual

Diante dessa profunda alteração do *papel social* exercido pelo Estado, o âmbito de atuação do Direito Penal é redesenhado. Ao passo que as décadas de 50 e 60 do século passado tinham sido marcadas por certa tendência liberal, concretizada em movimentos favoráveis à descriminalização de âmbitos então relegados à mera regulação moral (como o caso dos “delitos de homossexualidade”) ou mesmo à intervenção civil ou administrativa,¹⁷⁷ os anos 70 e 80 passam a ser pautados por fortes demandas de criminalização.¹⁷⁸ Ainda que esse movimento seja, ele mesmo, objeto de discussões e questionamentos, fato é que a primeira grande mudança que podemos apontar no Direito Penal contemporâneo parece consistir na *expansão dos objetos por ele regulados*. Nesse sentido, a política criminal das últimas décadas caracteriza-se fundamentalmente por criar novos tipos penais e por intervir crescentemente em esferas antes deixadas ou à auto-organização da sociedade civil, ou à regulação administrativa. O Direito Penal passa a atuar em um número cada vez maior de campos, principalmente naqueles em que a apreensão e a percepção dos atuais riscos são mais intensas. Tanto novos interesses passaram a ser alvo de proteção penal, quanto interesses preexistentes se tornaram alvo de uma intervenção mais intensa.

Do ponto de vista teórico, essa expansão foi processada sob a fórmula de “*surgimento de novos bens jurídicos*”,¹⁷⁹ surgimento este que se explicaria por duas principais razões: por um lado, pela

¹⁷⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1999. p. 35.

¹⁷⁸ Costuma-se afirmar que os motivos para tal expansão seriam de diversas ordens: em primeiro lugar, teria sido nesses anos que movimentos terroristas atingiram seu auge, o que justificaria uma legislação preocupada sensivelmente com o aspecto preventivo de danos, punindo mais fortemente atos preparatórios, sob a justificativa de interesses vagos como a “ordem pública” e o “interesse do Estado”; em segundo lugar, poder-se-ia citar a percepção crescente de que o desenvolvimento tecnológico e industrial teria trazido consigo efeitos secundários que ameaçam a convivência humana e que, por seu caráter difuso, exigiriam uma proteção preventiva e feita de forma setorial. Para mais detalhes acerca das características dessa política criminal expansiva, no contexto da chamada Sociedade do Risco, ver MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal...* cit., p. 91 e ss.

¹⁷⁹ HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts...* cit., p. 275 e 278.

conformação e generalização de novas realidades, que anteriormente não existiam e que passaram, pouco a pouco, a ser fundamentais para a existência em sociedade (pense-se, por exemplo, na proteção do sistema financeiro e da ordem tributária); por outro lado, pela deterioração de realidades antes tidas como abundantes, e que agora se mostravam como escassas (pense-se, nesse sentido, na proteção do meio ambiente).¹⁸⁰

Para garantir a proteção de tais “bens”, foi inserida nas ordens-jurídicas ocidentais uma série de novos tipos penais,¹⁸¹ cujas características diferem substancialmente daqueles tipos tradicionalmente presentes nesses sistemas.¹⁸² Através dessas novas criminalizações, não se protegeria apenas a *vida* ou a *liberdade do indivíduo*, mas também interesses difusos e coletivos, tais como a *saúde pública* ou a *capacidade de funcionamento do comércio internacional*.¹⁸³ A exemplo de diversas leis editadas no Brasil nas últimas décadas, tais como a *Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional* (7.492/1986), a *Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo* (8.137/1990), a *Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente* (9.605/1998) e *Lei Contra Lavagem de Dinheiro* (9.613/1998), verifica-se na atualidade uma proteção penal cada vez mais difusa, referida a grandes riscos para a sociedade como um todo. Como se pode notar, trata-se cada vez menos da proteção de *interesses individuais*, e cada vez mais de *interesses coletivos*, isto é, de interesses do próprio sistema social.¹⁸⁴

Nesse contexto, em que se verifica uma forte adaptação do Direito Penal à chamada sociedade do risco, *o potencial descritivo da teoria do bem jurídico parece perder força*. Na medida em que a tradicional função minimalista de tutela de alguns bens previamente dados passa a dar lugar a uma função promocional, de garantia das gerações futuras (principalmente no tocante ao meio ambiente, à atividade econômica e à sanidade dos produtos distribuídos à

¹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* cit. p. 25.

¹⁸¹ Idem, p. 19-20.

¹⁸² HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 1994. p. 10.

¹⁸³ HASSEMER, Winfried. *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik...* cit., p. 484.

¹⁸⁴ HASSEMER, Winfried. *Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts. Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992. p. 378.

população), a ideia de que o Direito Penal serviria apenas à repressão e à proteção de bens jurídicos de titularidade direta do indivíduo estaria perdendo sua base concreta. Da mesma forma, a tese segundo a qual existiria um rol predeterminado cuja lesividade seria fundamento para a imputação penal, se parecia sustentável para uma sociedade pouco diferenciada, mostra-se problemática na medida em que os conteúdos das normas-jurídicas alteram-se rapidamente, conforme as necessidades cambiantes de regulação estatal.¹⁸⁵ Nesse sentido, o rendimento do caráter imanente do conceito de bem jurídico parece ser cada vez menor, na medida em que se torna difícil identificar os bens protegidos por cada uma das normas penais (dada as suas novas conformações típicas e os interesses difusos que elas protegem), ficando bloqueada, dessa forma, a possibilidade de descrever e sistematizar adequadamente nossa realidade jurídica.

Assim, o que surge desse contexto parece ser um sensível descompasso entre aquilo que se entendia tradicionalmente como bem e aquilo que é protegido atualmente em nossa sociedade, descompasso esse que se deve, acredito, aos próprios pressupostos liberais-clássicos dos quais a teoria do bem jurídico parte. Como mostra Alessandro Baratta,¹⁸⁶ o Direito Penal clássico pressupunha uma *separação rígida entre Estado e sociedade civil*, sendo atribuída apenas a esta última o papel de definir os substratos materiais dos bens jurídicos tidos como vinculantes. Nesse sentido, *vida, integridade corporal, liberdade e propriedade* eram vistos como objetos pré-jurídicos, cuja proteção – em face do Estado – seria necessária e tida como evidente. Esses “bens”, por seus claros contornos e por seu relevante valor ético-social,¹⁸⁷ constituiriam elementos materiais cuja garantia seria fundamental para que não houvesse abuso estatal. Ao menos à primeira vista, trata-se de uma tese que parece muito convincente.

¹⁸⁵ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 113-114.

¹⁸⁶ Ainda que derivando deste argumento um posicionamento crítico diante destas mudanças, cf. BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 37-55, 1991.

¹⁸⁷ Esse substrato ético-social do Direito Penal clássico estaria em praticamente todos os interesses tradicionalmente tidos como bens jurídicos. Nesse sentido, pense-se, por exemplo, em como a conduta “matar alguém” é tida não apenas por juridicamente proibida, mas também por moralmente reprovável.

No entanto, tal visão liberal parece mostrar-se insuficiente a partir do momento em que o Estado é chamado a intervir no processo de “produção” dos bens jurídicos, isto é, a partir do momento em que as forças sociais encaram o Estado não mais como simples corporificação do arbítrio contra o qual se deve lutar, mas sim e principalmente como interventor sem o qual os próprios bens jurídicos tradicionais deixariam de ser usufruíveis.¹⁸⁸ A favor desse papel interventor por parte do Estado, costuma-se afirmar que um sistema financeiro em colapso impediria o usufruto da propriedade, bem como um meio ambiente em plena degradação violaria a integridade física e a saúde de um enorme número de indivíduos. Esse tipo de situação evidenciaria, portanto, a necessidade de se proibirem ações que, se não diretamente, ao menos indiretamente acarretam danos ao usufruto de bens materiais e concretos. Com essa mudança na relação entre Estado e sociedade civil, os interesses dignos de proteção passariam a ser definidos em nome da satisfação das necessidades de cada um dos membros da sociedade ou de uma coletividade, em consonância com o sistema social. Ou seja, eles deixariam de ser fundamentados sob uma ideia tradicional de caráter microsocial, passando a serem vistos sob uma ótica particularmente macrosocial.¹⁸⁹ Tomado nesses termos, pode-se mesmo dizer que uma importante parte do Direito Penal não estaria protegendo bens pertencentes a sujeitos individuais, tornando-se objeto da própria soberania do Estado e assumindo para si o papel de regulação sobre essas novas esferas.¹⁹⁰ Se passa a ganhar força a ideia de *funcionamento do sistema* – ou seja, dos processos ou funções que este venha a cumprir para que possam estar materialmente asseguradas as bases e condições da coletividade¹⁹¹ –, então a tese de que o Direito Penal apenas poderia proteger bens jurídicos previamente dados e circunscritos aos interesses do indivíduo parece perder sua base concreta de sustentação.¹⁹²

¹⁸⁸ O exemplo é de KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat – rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989. p. 20.

¹⁸⁹ Para mais detalhes, ver SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal supra-individual...* cit., p. 62-63.

¹⁹⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal...* cit., p. 109.

¹⁹¹ BUSTO RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos coletivos. *Revista de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense*, Madrid, 1986, p. 160-161.

¹⁹² MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 155.

Essa maior ingerência do Estado não é significativa apenas por evidenciar a proteção penal de novos interesses. Também é relevante notar a forma pela qual tais interesses são *definidos* como relevantes. Como vimos, as concepções iniciais da teoria do bem jurídico afirmavam a existência de um rol de bens prévio ao Direito, que forneceria ao legislador um critério material preciso acerca de que interesses poderiam receber proteção via pena. Muitos desses bens eram de dignidade praticamente incontestável, principalmente porque se aproximavam daquilo que, em sociedade, era considerado moralmente condenável; basta pensarmos, a título de exemplo, na proteção do bem *vida*, em face do ato moralmente condenável de homicídio, bem como na proteção do bem *liberdade sexual*, diante do ato moralmente condenável de estupro. O surgimento de novos riscos e a maior intervenção estatal passa, no entanto, a evidenciar que os interesses do Direito Penal não se restringem necessariamente àqueles vinculados à moralidade. Ou seja, o Direito Penal da atualidade não estaria mais sendo visto como fruto de uma “moral vivenciada”;¹⁹³ pelo contrário, os objetos de proteção penal parecem ser definidos contingencial e discricionariamente, sem fazer referência a regras morais, conforme as necessidades de proteção de uma dada instituição ou comunidade concreta.¹⁹⁴ A título de exemplo, percebemos que a fixação de o que é ambientalmente danoso seria feita por conveniência (o despejo de 2 litros de petróleo em uma baía é permitido, mas 8 litros não), a delimitação de o que é uma operação econômica lesiva seria feita de modo discricionário,¹⁹⁵ da mesma forma que ocorre com a determinação acerca do que é um risco produtivo socialmente inaceitável, entre outros. Nesses casos, parece tornar-se claro que *a proteção penal não precisa se vincular, necessariamente, a bens materialmente delimitados e previamente dados* (como a vida, a liberdade sexual etc.), para que possa ser tida como de interesse social. A exemplo dos casos supracitados, a proibição penal não viria necessariamente acoplada a um prévio juízo de reprovabilidade ética ou moral, sendo mesmo possível dizer que, em uma grande

¹⁹³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 153.

¹⁹⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal...* cit., p. 110.

¹⁹⁵ Até que ponto, por exemplo, estaríamos diante de uma gestão fraudulenta de instituição financeira, nos termos do art. 4.º, *caput*, da Lei 7.492/1986 (“Gerir fraudulentamente Instituição Financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa”)?.

quantidade de tipos penais da atualidade, não se pune *porque* uma dada conduta é socialmente danosa, mas sim *para que* ela se torne socialmente danosa.¹⁹⁶

Esse movimento, caracterizado pelo advento de interesses difusos e supraindividuais no âmbito de funcionamento do Direito Penal, é conhecido como *desmaterialização do bem jurídico*.¹⁹⁷ Nele, evidencia-se uma crescente “criação estatal e artificial de bens jurídicos”,¹⁹⁸ que passam a ser cada vez mais identificados com a ideia de fim estatal, afastando-se qualquer referência a uma materialidade pré-positiva.

Ainda que a totalidade dessas mudanças não esteja isenta de críticas e de resistências, acredito que um modelo teórico que pretende dar conta de explicar parte de nossa realidade jurídica deve ser capaz de operar nesse contexto. A teoria do bem jurídico, por partir de um rol de bens que mediata ou imediatamente fazem referência ao indivíduo, e cujo valor é muitas vezes determinado por critérios externos à avaliação estatal, não parece lidar facilmente com essa tarefa. E esse quadro se vê agravado quando percebemos que o advento de uma sociedade de risco não apenas implicou na proteção de um espectro cada vez mais amplo de interesses (contradizendo, assim, os pressupostos da teoria individualista de bem jurídico), mas também levou a uma proteção penal *qualitativamente* diferente: não mais de bens materialmente definidos, mas sim de funções, instituições e modelos de organização,¹⁹⁹ que, não obstante sua mutabilidade e sua plasticidade, são por muitos tidas como essenciais à estruturação de uma sociedade na qual o convívio mais ou menos seguro com grandes riscos tornou-se uma necessidade premente.²⁰⁰

¹⁹⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko...* cit., p. 177.

¹⁹⁷ Termo fundamentalmente exposto por MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und Abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 149-205.

¹⁹⁸ SGUBBI, Fillipo. *El delito como riesgo social: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Ábaco Editorial, 1998. p. 65-66.

¹⁹⁹ BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001. p. 72-73.

²⁰⁰ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 84.

2.3 Transformações na estrutura de imputação

A té o momento, procuramos apontar como o surgimento de novos riscos teve por consequência um considerável aumento dos objetos protegidos via pena, de modo que novos interesses sociais se tornaram objeto de tutela e, assim, serviram como base de um grande número de novas criminalizações. As mudanças processadas no âmbito do Direito Penal, no entanto, não parecem se limitar apenas a um aumento quantitativo de sua regulação. Isso porque, como nota Prittwitz, esse novo sistema de combate a grandes riscos *não apenas protege mais bens e interesses, mas também o faz de forma diferente, pela utilização de novos mecanismos de imputação*.²⁰¹ Nesse sentido, ao lado do surgimento de “novos bens jurídicos”, verifica-se também uma mudança na chamada “estruturação do delito”, ou seja, na própria maneira pela qual as proibições penais vêm sendo formuladas em termos de categorias dogmáticas.

No âmbito deste trabalho, seria impossível tratar com profundidade de cada um desses novos fenômenos de reformulação da estrutura de imputação, forjados com o objetivo de dar conta dos novos objetos de regulação do sistema jurídico-penal. Não obstante isso, consideramos importante ao menos apontar, ainda que de modo sucinto, algumas das mais recentes tendências de formulações típicas que podem ser verificadas na atualidade, reforçando a tese segundo a qual a teoria do bem jurídico não apenas não estaria explicando adequadamente o processo de criminalização moderna, como ainda não seria capaz de fornecer critérios consistentes para avaliar criticamente este movimento de expansão do Direito Penal.

2.3.1 Crimes de perigo abstrato e delitos de tentativa

Tradicionalmente, o Direito Penal funcionava exclusivamente com base na lesão ou colocação em perigo concreto de um dado bem. A exemplo do que ocorre em casos de homicídios, furtos, violência ou grave ameaça, o aparato estatal, em regra, reage apenas quando verificado um *dano* a um bem concreto. Nesse sentido é que deve ser entendida a afirmação adotada pela exposição de motivos do Código

²⁰¹ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrechts und Risiko...* cit., p. 245.

Penal brasileiro, segundo o qual “*não há crime sem resultado. Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano, e sendo o perigo um ‘trecho da realidade’ (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como resultado (...)*”.²⁰²

A complexificação social acima retratada vem, no entanto, criar pressões no sentido de transformar esse padrão de funcionamento. Isso porque, pela própria natureza dos interesses que se pretende proteger através das mais recentes criminalizações, parece ser impossível manter o tradicional *modus operandi* da regulação penal, se o que se pretende é atuar eficientemente contra esses novos riscos. Costuma-se afirmar que os danos advindos de um desastre ambiental em larga escala, as crises financeiras resultantes de processos de especulação desenfreados, os grandes danos à saúde causados pela produção de produtos comercializados em massa, e até mesmo os danos causados por grandes organizações criminosas não seriam processáveis pelo funcionamento eminentemente *reativo* do Direito Penal tradicional, que condicionava a pena à ocorrência de danos ou perigos concretos a bens previamente dados. Bastaria pensar, por exemplo, que uma grande quantidade de riscos da atualidade tem caráter difuso, sendo que a comercialização de produtos nocivos, a liberação de produtos tóxicos e a realização de operações financeiras lesivas como as vinculadas ao chamado crédito “subprime”, são de tal forma complexas que suas causas desencadeadoras não se identificam de modo preciso, fazendo com que, muitas vezes, delas decorram danos apenas muitos anos depois da realização das condutas tidas por potencialmente lesivas.²⁰³ Nesses contextos, a necessidade de se cuidar de um complexo difuso de riscos teria levado a uma transformação na forma de regulação penal de diversos setores, deixando de se operar reativamente para, então, trabalhar de forma essencialmente *preventiva*.²⁰⁴

²⁰² Citado por SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual...* cit., p. 90.

²⁰³ É o que parece estar pressuposto no argumento de: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* cit., p. 29.

²⁰⁴ Admitindo esse ponto, ainda que de uma perspectiva cética, ver HERZOG, Felix. *Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung – über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven*. In: NEUMANN, Ulfried. *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2005. p. 124-125.

Assim, nos novos campos de regulação jurídico-penal, a ideia de prevenção, antes tida como residual na regulação via pena, estaria se tornando, cada vez mais, “o paradigma de operação” do sistema.²⁰⁵ Este estaria se transformando em um *sistema preventivo*, cujos âmbitos regulados – do meio ambiente à corrupção em larga escala, passando pela economia e pelas relações de consumo – evidenciam uma sensível luta contra riscos de grande porte.²⁰⁶ Tratar-se-ia, portanto, de uma mudança paradigmática, consistente não apenas na substituição do combate a bens jurídicos individuais em nome da gestão de grandes problemas, mas também na substituição de uma resposta *reativa* em face do passado em nome do *controle sobre o futuro*.²⁰⁷

Neste contexto, em que a prevenção poderia ser vista como objetivo primeiro do Direito Penal, duas figuras dogmáticas parecem desempenhar um papel cada vez mais decisivo: os chamados *crimes de perigo abstrato* e os *delitos de transgressão*.

Os *crimes de perigo abstrato* tem se proliferado nas legislações contemporâneas, principalmente em crimes contra o meio ambiente²⁰⁸ e relativos ao tráfico internacional de drogas.²⁰⁹ Tais delitos se caracterizam, fundamentalmente, por não exigirem, para a consumação típica, nem o dano nem a colocação em perigo concreto de determinado bem. O delito se configuraria apenas com a realização da conduta abstrata descrita no tipo.²¹⁰ Assim, a referência ao perigo não é feita

²⁰⁵ A expressão é de HASSEMER, Winfried. *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik...* cit., p. 486; no mesmo sentido, também PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko...* cit., p. 239.

²⁰⁶ HASSEMER, Winfried., *Sicherheit durch Strafrecht. Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 4, p. 132, 2006.

²⁰⁷ HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht...* cit., p. 13.

²⁰⁸ A exemplo do art. 55 de nossa Lei 9.605/1998, segundo a qual a mera conduta de extrair recurso mineral sem a competente licença ou autorização, por si só, já presume a probabilidade de relevante dano ao meio-ambiente: “Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

²⁰⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* cit., p. 37.

²¹⁰ No Brasil, um conhecido exemplo é o art. 17 da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro, que dispõe: “Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferir-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2.º grau, consanguíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis)

como condição da punibilidade, mas sim e apenas como mera *ratio*, mero motivo para criação da criminalização.²¹¹ Neles, como nota Jescheck, “a produção de resultado, em si mesma, não pertence ao tipo”,²¹² bastando que uma conduta seja considerada socialmente perigosa para que o tipo seja preenchido em seu aspecto objetivo. De forma esquemática, poderíamos dizer que, em comparação com os crimes de dano, os crimes de perigo abstrato não exigem a realização de qualquer resultado, ao passo que, em comparação com os crimes de perigo concreto, “há uma transação da decisão do perigo, do juiz para o legislador. A presunção *juris et de jure* do perigo obriga o aplicador da lei a não considerar o caso fático, aplicando a lei *in genere*”.²¹³

Essa forma de construção típica passou a ser fundamentalmente usada para facilitar o processo de imputação, principalmente nas hipóteses em que o nexo de causalidade entre conduta e resultado danoso seria de tal forma difuso que, muitas vezes, apenas um combate preventivo seria capaz de evitar que danos de larga escala fossem formados. Este seria o caso, por exemplo, dos delitos contra o meio ambiente e contra defeitos na comercialização de medicamentos, em que nos deparamos com os chamados “cursos causais não verificáveis”: o estado atual da medicina e da ciência ainda não seria capaz de encontrar uma explicação unívoca acerca da relação entre causa e efeitos lesivos, ainda que detenha, minimamente, um diagnóstico probabilístico quanto aos possíveis fenômenos que lhes dão origem. Na medida em que, como se verifica nos crimes de perigo abstrato, a verificação de dano torna-se prescindível, contornar-se-ia a impossibilidade prática de explicação exata desses nexos causais excepcionalmente complexos.²¹⁴ O uso de tais figuras, portanto, ainda que seja questionável em relação

anos, e multa”. Também costuma se citar o art. 7.º, IX, da Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica e as Relações de Consumo: “Art. 7.º Constitui crime contra as relações de consumo: IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa”.

²¹¹ A observação acurada é de BERZ, Ulrich. *Formelle Tatbestandverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz – Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*. Munique: C.H. Beck Verlag, 1986. p. 128-130.

²¹² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. Parágrafo 26.II.2.

²¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *direito penal supra-individual...* cit., p. 97 e 113.

²¹⁴ HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht...* cit., p. 11-16. Também PRITZWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko...* cit., p. 114.

a seu grande volume de uso e sua alta frequência, parece estar voltado ao tratamento de problemas regulatórios relevantes: por consistirem em uma forma de adiantamento da proteção penal a fases anteriores a efetivação do resultado concreto,²¹⁵ os crimes de perigo abstrato fariam com que a intervenção do Direito Penal nesses setores se tornasse mais factível em relação ao objetivo de prevenção.²¹⁶

Ao lado dos crimes de perigo abstrato, a proteção em estágios prévios à lesão de um bem concreto também parece ser processada por meio dos chamados *delitos de tentativa*. Em termos amplos, estes constituem uma forma de construção típica de consumação antecipada, nos quais o legislador toma como plenamente realizado o tipo penal a partir da mera execução de atos tendentes a produzir uma lesão ou um perigo concreto frente a um bem jurídico relevante.²¹⁷ Trata-se de casos em que a mera tentativa de lesão concreta seria, por si só, fundamento da punição, sendo a realização material algo externo à estrutura do tipo objetivo.

A literatura espanhola, por exemplo, vem se debruçando particularmente sobre esse problema, e verificando a incidência legislativa crescente desse modelo penal de prevenção de danos. Como exemplos destes delitos de tentativa, costumam-se citar o art. 495 do novo Código Penal espanhol, que prevê castigo para “*toda aquele que executar atos diretamente encaminhados a substituir por outro o governo da nação*”, bem como o art. 284 do mesmo Código, segundo o qual deve ser castigado “*quem, difundindo notícias falsas, intentar alterar os preços que deveriam resultar da livre concorrência no mercado de produtos*”. No mesmo padrão, ainda, pode ser vista a figura de lavagem de dinheiro (art. 301.1 do Código Penal espanhol), que sanciona expressamente a tentativa do delito, a mera realização de

²¹⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal...* cit., p. 129.

²¹⁶ Favorável a tal forma de regulação, no que tange ao Direito Penal Econômico, pode-se citar TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Introducción al Derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985. p. 36-40. Também favorável é STRATENWERTH, Günther. *Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts* cit., p. 694-698. Criticando a criação desenfreada de crimes de perigo abstrato, extraindo dela consequências nefastas para a segurança jurídica, ver HASSEMER, Winfried. *Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts* cit., p. 380 e ss.

²¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Strafrecht – Allgemeiner Teil* cit., Parágrafo 49.III.

ações de lavagem dirigidas a produzir um favorecimento real, ainda que este não se produza.²¹⁸

Nesses casos, percebe-se que a gestão penal dos riscos estaria produzindo como consequência uma relevante reformulação dos pressupostos da punibilidade: não apenas a consumação se mostraria como um elemento *formal* de caracterização de uma conduta típica, como também sua própria diferenciação em relação à tentativa estaria sendo relativizada. Ao se punir atos preparatórios ou mesmo atos prévios à consumação do delito, os elementos “lesão material” e “colocação em perigo concreto” estariam deixando de desempenhar um papel determinante na explicação de diversos setores de imputação penal, fazendo com que, inevitavelmente, as seguintes questões passem a ser levantadas: Essa tendência de diminuição da importância de danos verificados empiricamente seria legítima do ponto de vista de nossas práticas jurídicas? Se a resposta for positiva, ainda que devamos pensar em meios para restringir o uso abusivo desses recursos dogmáticos, como explicar que tais criminalizações possam ser entendidas como delitos se não há produção concreta de resultados e, portanto não há lesão material de bem jurídico?

Ambas as questões não são simples de se responder e não surgem apenas na discussão acerca dos *delitos de tentativa*. Também nos chamados “*delitos de empreendimento*”²¹⁹ seria possível verificá-las. Neles, são equiparadas, para efeito de punição, a consumação do resultado e a mera tentativa de produzi-lo. Como exemplo desse processo, poderíamos citar o art. 432.1 do novo Código Penal espanhol,²²⁰ que rechaça a distinção entre consumação e tentativa, entre atos preparatórios e atos executivos, e isso sob a justificativa de

²¹⁸ Neste caso, nem mesmo haveria de se falar em consumação formal ou em crime de perigo abstrato. Isso porque, na medida em que o art. 301.2 do Código Penal espanhol prevê a punição também para a consumação (produção do favorecimento real pelo autor), apenas restaria entender que o art. 301.1 pune a simples tentativa de tal realização. Cf. a análise de BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 306, 440 e ss.

²¹⁹ Uso do termo “delitos de empreendimento”, seguindo a tradução majoritariamente usada na literatura espanhola.

²²⁰ “Artículo 423. 1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas **corrompieren o intentaren corromper** a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos” (destaques acrescentados).

“promover uma maior proteção dos interesses estatais e políticos”.²²¹ Nesse mesmo sentido, o Código Penal alemão chega mesmo a prever expressamente a figura do *Unternehmensdelikt*, definindo-o como “junção ou indiferenciação entre consumação e tentativa” (§ 11. 1, n. StGB).²²² Neste contexto, sob o argumento de se evitarem determinados riscos e de escapar da inefetividade derivada do uso de uma estrutura típica de consumação em contextos complexos, a clássica linha divisória entre crimes de danos e crimes de perigo parece, então, ser relativizada. Como consequência prática disso, tais formulações acabam por contrariar o funcionamento tradicional de aplicação da lei penal, segundo o qual a tentativa deve se castigar de modo mais brando que a consumação.²²³ Mais ainda, a não aplicação de pena em caso de desistência voluntária²²⁴ deixaria de valer como regra de calibração,²²⁵ e isso em nome de uma “mais efetiva proteção de bens jurídicos”.²²⁶

A análise destas duas figuras – os crimes de perigo abstrato e os delitos de tentativa – levanta uma série de questões, que serão mais bem trabalhadas a seguir. Por hora, no entanto, cabe chamar a atenção para o fato de que, tanto em uma quanto em outra, podemos observar uma série de pontos de pressão quando levamos em conta os pressupostos dos quais a teoria do bem jurídico parte para explicar e avaliar o conceito de delito.

²²¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal* cit., p. 51.

²²² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Strafrecht – Allgemeiner Teil* cit., Parágrafo 26.II.7. No mesmo sentido, BERZ, Ulrich. *Formelle Tatbestandverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz...* cit., p. 132.

²²³ Assim, por exemplo, dispõe o vigente Código Penal brasileiro, em seu art. 14, parágrafo único: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

²²⁴ Conforme o art. 15 do Código Penal brasileiro: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

²²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Strafrecht – Allgemeiner Teil* cit., Parágrafo 49.VIII. RUDOLPHI, Hans Joachim. *Systematischer Kommentar StGB*. 6. ed. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1994. Parágrafo 1.º, n. 8.

²²⁶ BERZ, Ulrich. *Formelle Tatbestandverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz...* cit., p. 130-131.

Em primeiro lugar, nessas estruturas delitivas, verificar-se-ia uma *exceção ao chamado “princípio da ofensividade”*, que exige a presença de dano a um bem para a atribuição de pena a uma conduta. A complexidade dos novos fenômenos de responsabilidade do Estado, pelo próprio caráter difuso das relações entre causa e resultado, entre perigo e dano, parece exigir um modelo de imputação que permita, por um lado, resguardar as mínimas condições de segurança necessárias à fruição dos bens em sociedade e, por outro, escapar de critérios tradicionais de verificação de causalidade, muitas vezes de difícil aferição em contextos nos quais diversos fatores interagem de modo complexo.²²⁷ Ainda que um problema central da teoria penal contemporânea seja refletir sobre a compatibilidade dessas figuras com aquilo que queremos para nossas práticas jurídicas, se concluirmos que há ao menos alguma legitimidade em seu uso, então nos parece que estaríamos diante de uma necessária *revisão de tal princípio da ofensividade*, sob a pena de tomarmos como vinculante um dogma que encontra pouca ou nenhuma sustentação na realidade sobre a qual tem de incidir.

Em segundo lugar, se for entendido que essas figuras merecem certo espaço (ainda que limitado) em nossa prática jurídica, então devemos perceber que essas estruturas de imputação, por estarem calcadas em algo que, de fato, não é a lesão a bens jurídicos concretos, acabam por induzir o questionamento a respeito de o que, afinal, estaria sendo lesionado nos crimes de perigo abstrato e nos delitos de tentativa. Em outras palavras: na medida em que, por todos os motivos acima elencados, essas normas poderiam ser eventualmente reconhecidas como legítimas e necessárias à sociedade contemporânea, e na medida em que elas não podem ser explicadas como lesão ou perigo concreto de bens jurídicos, tornar-se-ia necessário pensar se não haveria algum *outro elemento* capaz de esclarecer mais adequadamente aquilo que dota de sentido estas formas de criminalização da atualidade. No limite, trata-se de pensar se a as categorias dogmáticas que se sustentam sobre a teoria do bem jurídico estariam dando conta de descrever adequadamente uma realidade que opera a partir de critérios outros que não apenas aqueles do Direito Penal tradicional.

²²⁷ KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat...* cit., p. 280.

2.3.2 Delitos de transgressão e normas penais em branco

Esses questionamentos ganham ainda mais força quando lembramos que a natureza dos novos riscos que se pretende regular por meio do Direito Penal não implica apenas em um adiantamento de punibilidade, como visto com os delitos de tentativa e os crimes de perigo abstrato. Além disso, a própria *forma de definição do conteúdo das normas penais*, antes fortemente vinculada à ordem moral, parece estar sofrendo mudanças sensíveis, passando a ser volatilizada conforme as necessidades e conveniências de uma intervenção estatal mais eficiente. Para garantir a proteção de determinados interesses, a referência fixa a determinado bem estaria cedendo espaço à criação de *patamares de segurança*, compostos por normas de condutas que, quando observadas, deveriam ser capazes de combater riscos difusos.²²⁸ Nesse contexto, ganha importância crescente o recurso aos chamados *delitos de transgressão* e às *normas penais em branco*.

O surgimento de novos riscos e de demandas de regulação mais complexas traz consigo sérias dificuldades para os padrões tradicionais de imputação do Direito Penal, historicamente fundados na lesão de um bem jurídico concreto. A necessidade de um controle cada vez mais difuso e de uma proteção de bens cada vez mais abstratos passa a exigir o estabelecimento de padrões de segurança que, se respeitados, garantiriam um exercício e uma fruição adequados dos bens e direitos que se pretende conservar. A partir de então, diversas normas penais deixam de tentar fixar uma a uma as condutas que pretendem combater, passando a se relacionar em uma simbiose com o Direito Administrativo, feita nos seguintes termos: normas administrativas, de fácil maleabilidade e altamente adaptáveis (por poderem ser alteradas por atos do Executivo), vêm tornando-se responsáveis pela delimitação dos *standards* de risco socialmente aceitos, ao passo que ao Direito Penal é atribuída uma função acessória neste processo, de garantir mediante pena os patamares administrativamente estabelecidos como socialmente aceitáveis. Dessa forma, passa a ser fundamental ao Direito Penal não o fato em si, mas sim os *standards* fixados administrativamente e que, segundo

²²⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal...* cit., p. 112.

o critério estatal, são idôneos para a proteção da sociedade.²²⁹

Para operacionalizar esse tipo de modelo regulatório, são criados delitos que poderíamos chamar de *delitos de transgressão*, no âmbito dos quais os tipos penais seriam constituídos não sobre a descrição de um fato bruto (ex: “matar alguém”), mas sim sobre a violação de regras técnicas e burocráticas de administração dos bens.²³⁰ Nesses casos, estamos a tratar menos da criminalização de uma conduta devido ao impacto que ela gera no mundo real, e mais da criminalização de fatos que violam um padrão de segurança estabelecido.²³¹ Um padrão de segurança seria colocado como limite da ação dos indivíduos, e sua violação passaria a ser vista como motivo suficiente para a aplicação da sanção, ainda que o comportamento não tenha conseguido afetar efetivamente a integridade de qualquer bem. Entendidos dessa forma, os delitos de transgressão constituiriam “*lesões de dever*”, não possuindo qualquer conexão imediata com bens materiais. A fórmula de composição dessas incriminações parece ser, portanto, fundamentalmente normativa e não naturalista.²³² A fixação desses *standards* costuma ser justificada com base no argumento de que, muitas vezes, o risco de dano presente em determinados comportamentos seria tão grande que seria preciso criar obstáculos jurídicos que desincentivem certos comportamentos. Pensemos, por exemplo, nos grandes danos ambientais que podem decorrer de uma exploração petrolífera altamente arriscada e rentável, ou mesmo de especulações no mercado de ações que, no futuro, podem levar a crises de liquidez do sistema financeiro; tanto em um caso quanto em outro, costuma-se dizer que os danos prováveis são tão relevantes que esperar que eles aconteçam, para então se tomar medidas jurídicas, seria adotar uma técnica reguladora equivocada.

Outro argumento usado para defender esse desenvolvimento afirma que o tipo de ator que produz tais riscos precisaria ser levado em conta. Afinal, muitas das mais novas demandas por regulação

²²⁹ VEGA, Dulce Maria Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madri: Dykinson Editora, 2000. p. 166-167.

²³⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal...* cit., p. 113.

²³¹ É o que aponta, ainda que de uma perspectiva cética, NAUCKE, Wolfgang. Konturen eines nach-präventiven Strafrechts. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 3, p. 346, 1999.

²³² A formulação acurada é de SGUBBI, Fillipo. *El delito como riesgo social...* cit., p. 71.

penal surgiriam principalmente em esferas de alta diferenciação e de forte desenvolvimento econômico e tecnológico, o que faria com que os autores envolvidos nesses ilícitos possuísem, em geral, uma alta capacidade adaptativa, sendo capazes, muitas vezes, de adotar técnicas para burlar a realização dos tipos penais.²³³ Nesses contextos, surgiria, então, a necessidade de também o Estado ser capaz de se adaptar rapidamente a uma série de mudanças.

Nesse ponto, ganham importância as chamadas *normas penais em branco*. Elas são fruto de um contexto em que, pela própria volatilidade regulatória necessária para a adaptação às alterações do setor regulado, tornar-se-ia necessário que a fixação do que se entenda por ilícito não dependesse sempre de uma linha divisória *fixada em lei*. O fato de que esta seria dotada de pouca maleabilidade, já que sujeita a um processo moroso de modificação, impediria que a gestão dos riscos pudesse se adaptar às próprias mudanças frenéticas que estes viessem a sofrer. Assim, por exemplo, seria preciso que a regulação penal do meio ambiente e do sistema financeiro fosse forjada de modo não tradicional, de modo a garantir um controle mais flexível do que se entende por ambientalmente nocivo, bem como aquilo que se entende como sendo uma operação financeira arriscada. Diante dessas necessidades, prolifera-se, ao lado dos delitos de transgressão, normas penais cujo comportamento sancionado não é descrito de forma exaustiva pelos elementos descritivos do tipo objetivo, sendo, pelo contrário, necessária a remissão a outras normas para que se possa “*completar o vazio da proibição penal*”,²³⁴ Por meio dessa técnica, intensifica-se o modelo de funcionalização do Direito Penal, na medida em que este passa a salvaguardar, em definitivo, o modelo gestorial fixado pelos padrões do Direito Administrativo.²³⁵

Os exemplos de normas penais em branco na legislação recente são vários: o art. 22 da Lei 7.492/1986²³⁶ pune o crime de evasão

²³³ Pense-se, por exemplo, na alta capacidade dos atores financeiros de criarem fórmulas novas de especulação, não previstas em lei, mas tão danosas quanto a que nelas estão.

²³⁴ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal* cit., p. 36

²³⁵ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*... cit., p. 242-253.

²³⁶ “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à

de divisas, deixando, no entanto, às normativas do Banco Central a definição do que se entende por “*operação de câmbio não autorizada*”; da mesma forma, o art. 28 da Lei 11.343 pune “*quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”, mas deixa às portarias da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) a definição do que se entende por “*produto entorpecentes*”. Outro exemplo importante é aquele em que um tipo penal diz, genericamente, que será punido aquele que causar poluição nas águas públicas, sendo que, efetivamente, a determinação de quando se está diante do limite de poluição aceitável é feita pelas normas administrativas.²³⁷ Nesses casos, os partidários do uso de normas penais em branco afirmam que elas constituiriam o único modo eficaz de proteção penal, pois haveria de se perceber que “*a lei é estática e o meio ambiente é dinâmico. Se o que se pretende é proteger o meio ambiente, é necessário adotar medidas eficazes e rápidas para se evitar o dano irreversível. Não seria possível esperar a tramitação de uma lei até sua promulgação para se proteger uma espécie silvestre ameaçada de extinção, por exemplo. Há espécies em estado avançado de extinção a curto prazo e consideradas ameaçadas de extinção a médio prazo (espécies nacionais, regionais e locais). E por ato administrativo emanado de órgãos ambientais integrantes do Sisnama é que melhor se protegerá a espécie silvestre ameaçada*”.²³⁸

Nos setores marcados pelos delitos de transgressão e pelas normas penais em branco, estaríamos, portanto, diante de um modelo penal que se afastaria da proteção direta de bens para, então, resguardar patamares de proteção definidos com base em *standards* de segurança. Diante do exposto, consideramos importante chamar a atenção para o fato de que, da mesma forma que os crimes de perigo abstrato e os delitos de tentativa, também essas figuras parecem colocar em xeque princípios caros à teoria do bem jurídico.

Em primeiro lugar, se os argumentos usados para justificar essas mudanças no Direito Penal fazem algum sentido e são

repartição federal competente.”

²³⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik* cit., p. 486.

²³⁸ A defesa, no caso do Direito Penal Ambiental, é feita por SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 41-42.

capazes de dar a elas certo grau de legitimidade, então, nesses novos âmbitos, parece estar equivocada a tese segundo a qual toda incriminação legítima guarda necessariamente uma relação entre a ação e a produção de um perigo ou dano a bens. Nos delitos de transgressão, por exemplo, a conduta tem reflexos muito remotos e eventuais sobre os bens concretos; como nota Marta Machado, o que se verifica é um afastamento das premissas materiais da teoria do bem jurídico, sendo que a vulneração penal “*pode ser interpretada como simples violação de um dever ora positivado*”.²³⁹ Isso nos levaria a pensar, de pronto, que, na sociedade atual, a criminalização de vários setores parece acentuar muito mais o chamado “desvalor da ação”, sendo que o “desvalor do resultado”, como tal, estaria sendo marginalizado enquanto elemento secundário e eventual da definição de delito.²⁴⁰ Na medida em que a própria natureza dos interesses a serem regulados faria com que a repressão de danos concretos e individuais cedesse espaço para a punição da inobservância de normas organizativas, a lesão do dever de respeito aos *standards* de segurança, mais do que a lesão de um bem jurídico, ganharia cada vez mais espaço no modelo de regulação jurídico-penal.

Em segundo lugar, se em alguma medida a tendência de “*administrativização do Direito Penal*”²⁴¹ pode ser vista como legítima e socialmente necessária para alguns setores de nossa prática jurídica, então teríamos que admitir que, na sociedade atual, a determinação prévia de um conteúdo material das normas penais não apenas não seria possível, como também sequer seria adequada para apreender muitos dos fenômenos complexos diante dos quais o sistema jurídico se depara. Fixar previamente os objetos dignos de proteção penal pareceria, assim, um exercício inócuo de redução de complexidade de um sistema que, inevitavelmente, parece ter de lidar com uma realidade altamente diferenciada.

Esses pontos de pressão, em seu conjunto, apontam para a

²³⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal...* cit., p. 114.

²⁴⁰ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones... cit., p. 118 e ss. No mesmo sentido, ver MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 153.

²⁴¹ Para mais detalhes sobre este fenômeno, ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* cit., p. 121-147.

necessidade de se refletir sobre se e em que medida os critérios oferecidos pela teoria do bem jurídico ainda são adequados para descrever nossa realidade jurídico-penal.

2.4 A perda do potencial descritivo do conceito de bem jurídico

Do exposto até aqui, parece-nos que os pressupostos da teoria do bem jurídico encontram dificuldades para explicar uma parte relevante do funcionamento do sistema jurídico-penal na atualidade. Se aceitarmos que a regulação penal de bens coletivos – estruturada por meio de figuras como a dos crimes de perigo abstrato e das normas penais em branco – possui alguma legitimidade, então *aqueles que procuram explicar nossa realidade jurídica não conseguem fazê-lo adequadamente com base no chamado caráter imanente do conceito de bem jurídico*. Afinal, a ideia de que todo delito tem por conteúdo necessário a lesão ou o perigo de bens concretos, delimitados e individuais estaria perdendo cada vez mais espaço para definições que englobam a proteção de bens coletivos, supraindividuais, difusos, conteúdos vagos e contornos imprecisos. Diante desse contexto, a teoria do bem jurídico estaria perdendo sua base concreta de sustentação, pois não conseguiria mais explicar, com base nos seus próprios critérios,²⁴² uma grande quantidade de tipos surgidos nas últimas décadas.

Acredito que tal esvaziamento do caráter imanente do conceito de bem jurídico, expresso pelo seu cada vez maior déficit descritivo, poderia ser explicado pelo enfraquecimento dos *três principais pilares da teoria do bem jurídico*: a ideia de que o merecimento de pena dos objetos de proteção poderia ser determinado de maneira pré-positiva; a ideia de que todo bem jurídico poderia ser reconduzido ao usufruto do indivíduo; e a ideia de que seria necessário, para que se pudesse falar em delito, verificar a lesão ou colocação em perigo de determinado bem concreto. Portanto, faz-se necessário analisar de perto cada um desses aspectos, para que possamos concluir qual o efetivo rendimento dessa categoria para entendermos nossa realidade.

²⁴² Este argumento será mais bem desenvolvido nas páginas a seguir.

2.4.1 A insustentabilidade de um rol prévio de bens como base de um conceito material de delito

Desde Birnbaum, passando por von Liszt e chegando até Welzel, as formulações mais tradicionais da teoria do bem jurídico sustentaram que os bens dignos de proteção penal constituem um rol que apenas pode ser reconhecido pelo legislador, mas nunca criado por ele. Ao entender a ideia de bem como algo “*derivado da natureza ou das necessidades da vida social*”,²⁴³ como algo que “*não é exclusivamente jurídico, não é pura criação do legislador, mas sim uma criação da vida, um interesse vital que é apenas protegido pelo Direito*”,²⁴⁴ enfim, como algo “*que por sua significação social é protegido juridicamente*”,²⁴⁵ procurou-se fornecer um conteúdo material ao conceito de delito, que independesse de valoração jurídica, isto é, um rol de bens valiosos independentemente das regulações jurídico-penais de cada sociedade concreta. Em certo sentido, tratar-se-ia, portanto, de uma definição *ontológica* de delito, isto é, de uma definição que partia da ideia de que “*as definições jurídicas precisam sempre e necessariamente partir do previamente dado, para então determinar o conteúdo de suas definições*”.²⁴⁶

Se essas definições materiais de delito pareciam convincentes em uma sociedade pouco diferenciada e cunhada sobre uma separação clara entre Estado e sociedade civil, típica do liberalismo, o mesmo não parece ocorrer em uma sociedade plural e complexificada, marcada pelo aumento da intervenção estatal e por uma nova relação entre os cidadãos e o poder soberano.²⁴⁷ Como nota Silva Sánchez,

²⁴³ BIRNBAUM, Johann Michael. Über das Erfordernis... cit., p. 177. Tradução livre.

²⁴⁴ LISZT, Franz von. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingchen Handbuche cit., p. 223. Tradução livre.

²⁴⁵ WELZEL, Hans. Das deutsche Strafrecht... cit., p. 4. Tradução livre.

²⁴⁶ WELZEL, Hans. Über Wertungen im Strafrecht. Gerichtssaal, n. 103, p. 340-341, 1932.. Mais detalhes em MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal cit., p. 234.

²⁴⁷ Basta pensarmos, aqui, que em uma sociedade destes moldes da atual é difícil contrapor, de um lado, o poder soberano e, de outro, os indivíduos como súditos. Em um modelo liberal clássico, entender o Estado como fonte última do poder e do arbítrio fazia relativo sentido, pois praticamente não havia alternância de poder nem formas de representação democrática. No entanto, em sociedades nas quais estas estariam presentes, a intervenção estatal parece nem sempre estar em oposição aos interesses da sociedade civil. Para uma interessante análise a respeito desde ponto, ver HART, Herbert L.A. O conceito de direito cit., p. 80-87.

nesse contexto, tornar-se-ia excepcionalmente difícil sustentar uma argumentação fundada em certas estruturas imutáveis do ser.²⁴⁸ O aumento do papel do Estado, verificado a partir da segunda metade do século XX, teria deixado claro que um conceito de delito que partisse de critérios pré-positivos não apenas seria de difícil demonstração,²⁴⁹ mas acima de tudo seria indesejável. O surgimento de riscos financeiros, econômicos, tecnológicos, ambientais, entre outros, exigiria uma forte intervenção, sem a qual o próprio usufruto da vida, da propriedade e da integridade corporal se tornaria inviável. Nesse momento, o Estado passa a se mostrar como grande “artífice” de bens jurídicos, criando proteções como a de dados sigilosos, de salubridade das águas, de higiene do sistema financeiro, de qualidade do consumo de massa etc.. A relevância dos objetos penais, assim, estaria se distanciando cada vez mais do “núcleo duro” do conceito tradicional de bem jurídico (como critério pré-positivo), passando a ser constituída pela própria valoração da decisão estatal, conforme as necessidades de proteção de uma dada instituição.²⁵⁰ Estaríamos diante, portanto, de um desacoplamento entre aquilo que seria definido como rol prévio de bens jurídicos e aquilo que é atualmente protegido via pena.

Esse processo de “desmaterialização do conceito de bem jurídico” nos sugere que o conceito de delito mais pode ser fundado em um critério pré-positivo, isto é, em algo externo à própria configuração concreta da sociedade onde o Direito Penal atua. A ideia de um conteúdo material para o conceito de delito, se fundada na lesão de bens pré-dados, não apenas não explica a atual proteção jurídico-penal formulada em termos de funções, instituições e modelos de organização,²⁵¹ como também obscurece algo que, se na origem do conceito de bem jurídico era mais difícil de se aferir, hoje parece cada vez mais claro: *a mutabilidade e a contingência dos objetos dignos de proteção penal*.²⁵²

²⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 67.

²⁴⁹ Lembremos que, à época, o modelo jusnaturalista, que opunha à ordem positiva uma ordem transcendente e que constituía o critério de verificação da legitimidade das leis, estava caindo em descrédito.

²⁵⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal...* cit., p. 110.

²⁵¹ BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo* cit., p. 72-73.

²⁵² FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal*.

2.4.2 O déficit descritivo do modelo individualista de bem jurídico

As formulações recentes da teoria do bem jurídico tinham tais dificuldades em mente. O funcionalismo roxiniano, ao abrir o sistema jurídico-penal para os influxos da política criminal ancorada em princípios constitucionais,²⁵³ representa, em certa medida, um conjunto de tentativas de, por um lado, garantir ao conceito de delito um conteúdo material, sem que, por outro, fosse necessário o preenchimento de tal conteúdo por meio de fundamentos pré-jurídicos. Ao definirem a *Constituição* como ponto de apoio do conceito de bem jurídico,²⁵⁴ essas formulações recentes parecem resolver, em certa medida, as dificuldades advindas da adoção de um rol predeterminado de bens passíveis de tutela penal,²⁵⁵ afinal, as normas constitucionais, por serem fruto do próprio processo de positivação, constituiriam um *fundamento interno* ao Direito, preenchendo de forma mais adequada a exigência de um conteúdo material para o conceito de delito em uma sociedade altamente diferenciada. Mais ainda, como procuramos mostrar no capítulo anterior, ao enxergar o bem jurídico como *realidade* ou *fim*, Roxin teria aberto espaço para se entender um bem como algo não necessariamente pré-dado.²⁵⁶

Esse ganho explicativo fica, no entanto, matizado pelo fato de que, embora o modelo constitucional abra espaço a novos conteúdos para o conceito de delito, ainda se nota, atualmente, uma adoção forte da *concepção individualista de bem jurídico*.²⁵⁷ Segundo essa

Coimbra: Almedina, 2001, p. 84. Ver também MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 158.

²⁵³ Fundamental, neste sentido, é o estudo inaugural do movimento funcionalista, intitulado ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlim: Walter de Gruyter, 1970.

²⁵⁴ Entre nós, tal conceito de bem jurídico ancorado na Constituição encontra grande aceitação, como se pode ver em BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro* cit., p. 96; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico penal* cit., p. 86-89; MAGALHÃES GOMES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 90-94; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição* cit., p. 90-98.

²⁵⁵ Ainda que, como se verá mais adiante, surjam daí novas dificuldades.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? cit., p. 448.

²⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre* cit. Análoga é a afirmação de Michael Marx: “bens jurídicos são todos aqueles objetos necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo” (Cf. MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs*

concepção, como já mencionado, a avaliação acerca da legitimidade de uma criminalização seria sempre pensada sob o filtro da proteção ou não da convivência pacífica entre os indivíduos. Os interesses que poderiam ser legitimamente protegidos pelo Direito Penal seriam, portanto, aqueles passíveis de atribuição direta à esfera dos indivíduos, a exemplo do que ocorreria com o bem *propriedade, vida, integridade física, honra* etc.

Ora, se lembrarmos que o aumento dos riscos sociais e a metamorfose nas relações entre Estado e sociedade civil alteraram quantitativa e qualitativamente a intervenção penal sobre a realidade, uma concepção estritamente individualista da proteção penal parece fadada a enfrentar gradualmente um processo de esgotamento. Isso porque, a exemplo do que ocorre com o meio ambiente, existem muitos interesses que não podem ser entendidos a partir de uma concepção individualista de bem jurídico;²⁵⁸ em casos nos quais o interesse protegido é sensivelmente difuso, uma teoria que admite como bens apenas “aqueles destinados ao livre desenvolvimento do indivíduo” explica muito pouco.²⁵⁹

Nesse sentido, para alguns de seus críticos, a teoria individualista do bem jurídico ignoraria o fato de que, ainda que a liberdade do indivíduo seja um valor fundante dos ordenamentos jurídicos ocidentais, protegê-la diretamente não seria a única forma de desenvolvê-la. Para que os homens possam viver dignamente, seria necessário, ainda, que as condições de usufruto de sua liberdade fossem resguardadas; para tanto, fundamental também seria a garantia das instituições por meio das quais os homens se desenvolvem, como o sistema financeiro, o meio ambiente, a confiabilidade dos dados socialmente partilhados, a saúde pública, a idoneidade dos procedimentos burocráticos etc.²⁶⁰ Em outras palavras: os interesses

“*Rechtsgut*” cit., p. 62).

²⁵⁸ Ainda que, de modo superficial e pouco sustentável, tentativas de abarcar estes interesses em um conceito individualista de bem jurídico podem ser vistas em KAREKLAS, Stefano Emm. *Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht*. Tübingen: Eberhard-Karl-Universität, 1996. p. 96 e ss.

²⁵⁹ STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil I – Die Straftat* cit., p. 34.

²⁶⁰ A observação contra a concepção individualista de bem-jurídica pode ser vista em HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Berlin: Karl Heymanns, 2002. p. 77-83. No mesmo sentido, também ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter* cit., p. 42.

humanos não deveriam ser apenas protegidos diretamente, mas deveriam também ser protegidos mediamente, por meio da garantia das instituições sociais.²⁶¹ Assim sendo, a incolumidade da ordem tributária continuaria sendo um objeto de proteção legítimo, ainda quando da arrecadação não derivasse qualquer consequência direta para o desenvolvimento da liberdade de indivíduos concretos.²⁶²

Neste contexto, a pretensão da atual teoria do bem jurídico, segundo a qual “*interesses supraindividuais que não tenham relação direta com o livre desenvolvimento do indivíduo não devem ser tidos como constitucionais*”,²⁶³ parece pouco praticável. Vivemos em um momento no qual as necessidades de regulação não apenas são diversas, como também surgem e desaparecem rapidamente. Não apenas novos objetos tornam-se relevantes para o Direito Penal, como também objetos antes importantes tornam-se, pouco a pouco, irrelevantes para a intervenção estatal.²⁶⁴ Exigir que tais interesses sejam, de antemão, vinculados à promoção do livre desenvolvimento dos indivíduos seria, portanto, algo que, a despeito da pretensão de crítica frente a novos processos de incriminação, parece amarrar o Direito Penal a uma estrutura rígida e não necessariamente mais justa de definição do conteúdo das normas penais.

Neste ponto, é importante fazer uma ressalva. Com o que foi dito, não quero argumentar que essa concepção individualista não é defensável; pelo contrário, acredito que haveria, sim, alguns fortes argumentos para sustentá-la. No entanto, se a teoria individualista do bem jurídico pretende ser levada a sério, então ela precisa explicar por que nosso Direito Penal deveria funcionar com os mesmos padrões tradicionalmente praticados. E ao fazê-lo, a mera referência ao clássico modelo de regulação penal seria insuficiente, pois, dessa forma, não se estaria enfrentando todos os fatos históricos que tornam nossa sociedade diferente daquela em que o Direito Penal tradicional se desenvolveu. Em outras palavras: se o que se pretende

²⁶¹ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 192.

²⁶² Este exemplo é de retirado de AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 161-162.

²⁶³ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens...* cit., p. 231-233.

²⁶⁴ Pense-se, por exemplo, na tendência mundial de descriminalização do aborto, bem como na tendência, recentemente verificada na Argentina, de descriminalização de porte de maconha para uso pessoal.

é advogar que o Direito Penal se mantenha alheio a esse processo de desenvolvimento²⁶⁵ então devem ser fornecidos bons argumentos que aproximem as condições de atuação do Direito na sociedade contemporânea daquelas existentes há décadas atrás.²⁶⁶

A pretensa necessidade de amparo individualista sobre os processos de regulação penal teria de se mostrar, portanto, como algo compatível com uma sociedade na qual os riscos e suas formas de proteção estão em constante disputa. Assim, se o que se pretende é reduzir a sanção jurídico-penal àquelas expectativas relacionadas única e exclusivamente aos contatos diretos individuais, a mera referência à tradição não basta,²⁶⁷ sendo necessário, pelo contrário, que esse modelo clássico seja defendido com boas razões, que não abstraiam a realidade em que vivemos hoje. Caso contrário, se a teoria individualista do bem jurídico se mantiver alheia ao debate e à disputa sobre qual o melhor modelo de regulação que podemos ter, ela estará correndo o risco de defender um desacoplamento do Direito Penal frente à configuração da sociedade, isto é, “*uma proteção penal de contornos pré-modernos para atuar sob uma estrutura social da modernidade*”.²⁶⁸

De qualquer modo, independentemente da teoria individualista do bem jurídico poder ou não ser defendida com boas razões, parece-nos que essa empreitada argumentativa não tem sido sequer assumida como algo necessário à teoria penal. Pelo contrário, a insuficiência de uma concepção de bem jurídico fundada estritamente no indivíduo parece tão difícil de sustentar com boas razões que até mesmo Roxin – que ao longo de toda sua obra adotou a teoria

²⁶⁵ Como o faz a chamada “Escola de Frankfurt”, a exemplo de HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*. Heidelberg: Deck’s Verlag, 1991. p. 116 e ss. Também ALBRECHT, Peter-Alexis. Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Org.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1995, P. 429 e ss.; no mesmo sentido, ver HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht...* cit., p. 20-25.

²⁶⁶ A crítica acurada pode ser vista em SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft cit., p. 212.

²⁶⁷ Afinal, como nos ensina Locke, “*um argumento a partir do que foi não tem grande força para o que deverá ser*”. Cf. LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Nova York: Menter Press, 1965. Livro 2, Cap. 8, Seção 103. p. 380.

²⁶⁸ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal... cit., p. 268.

individualista – se viu na obrigação de, a partir da 4.^a edição de seu *Tratado*,²⁶⁹ relativizar seu posicionamento. Desde então, esse autor vem afirmando reiteradamente que “a proteção de bens jurídicos [tais como entendidos por ele] não pode exclusivamente responder às necessidades da sociedade moderna, pois não é capaz de resolver todos os problemas que surgem do atual desenvolvimento econômico, técnico e industrial que vivemos”.²⁷⁰ Segundo ele, de um contexto cada vez mais complexo estaria surgindo uma série de novas tarefas, para as quais seria necessário admitir como legítima uma *regulação penal que não se refira necessariamente a bens jurídicos*.

Como exemplo dessas novas tarefas, Roxin cita a proteção penal contra abusos na utilização de embriões, protegidos na Alemanha desde 1991. Convivemos com um nível de desenvolvimento científico e tecnológico tão grande que é possível hoje manipular células de embriões, eliminá-las quando necessário e criá-las em laboratório. Essas e outras são possibilidades nunca antes pensadas e para as quais a atual teoria do bem jurídico, expressa de forma mais consistente no modelo de Roxin, não ofereceria grandes explicações. Isso seria algo admitido, inclusive, por esse autor: “na medida em que embriões ainda não são seres humanos (e talvez nunca venham a ser), a proteção penal contra os abusos no seu manuseio não afetaria, de forma alguma, a coexistência dos homens. No entanto, a proteção penal é aqui absolutamente necessária, pois como pré-forma humana há interesse em manter protegida a possibilidade de chegarem à vida”.²⁷¹ Outro caso de proteção penal legítima que, no entanto, ultrapassaria a proteção de bens jurídicos seria aquela relativa à penalização do abuso e de maus-tratos de animais. Ainda que se possa pensar que a existência de um meio ambiente é necessária para a existência pacífica entre os homens, a verdade é que “os homens poderiam seguir vivendo, ainda que muitas espécies de plantas e de animais fossem molestadas”.²⁷²

²⁶⁹ Publicado na Alemanha em 2005, ainda sem tradução.

²⁷⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I...* cit., p. 29.

²⁷¹ Idem, p. 29-30.

²⁷² O argumento pode ser visto, também, em um recente artigo de Luis Greco. Cf. GRECO, Luis. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei. *Festschrift für Knut Amelung*. Berlin: Walter de Gruyter, 2009. p. 3-16. Nesse sentido, Luis Greco defende que o art. 32 da Lei 9.605/1998 seria outro exemplo de preceito penal legítimo que, no entanto, não protege nenhum bem jurídico. Cf. GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo

No primeiro dos casos, o que legitimaria a punição desses comportamentos não seria mais o fato de estarmos diante de uma violação à convivência pacífica dos homens do presente, mas sim de estarmos diante de um caso em que se protegem os *interesses das gerações futuras*,²⁷³ dos homens que poderiam eventualmente chegar ao mundo um dia. Já no caso dos maus-tratos dos animais, o que fundamentaria a punição não seria qualquer bem jurídico, como forma de garantir o livre desenvolvimento do indivíduo, mas sim um sentimento de solidariedade entre as espécies.²⁷⁴

Essas duas exceções à ideia de que toda proteção penal legítima se remete, necessariamente, a um bem jurídico, não constituiriam, de acordo com Roxin, qualquer rol taxativo; pelo contrário, elas poderiam aumentar de acordo com o desenvolvimento e a complexificação sociais. Diante disso, o que interessa aqui é notar que, na medida em que até mesmo um defensor da teoria do bem jurídico como Roxin passa a afirmar que a proteção de bens jurídicos não é o único critério que legitimaria a intervenção penal, parece ser inevitável lançar mão das seguintes perguntas: *O que, então, poderia servir como critério geral, englobante de todas as incriminações socialmente aceitas na atualidade?* Não seria a relativização proposta por Roxin um sinal de que, na realidade, o critério que fundamentaria o conceito de delito não é a lesão de bens jurídicos, mas sim outro tipo de lesão? Em outras palavras: não seria necessário buscar um novo critério para a fundamentação e a descrição do Direito Penal?

2.4.3 A crise do princípio da ofensividade

Esse déficit descritivo da teoria do bem jurídico, evidenciado pela alta contingência normativa que inviabiliza a adoção de critérios pré-positivos para definição material do delito, bem como pela proliferação de tipos que se afastam fortemente da ideia de bens necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo, parece se consumir com a crise do chamado “princípio da ofensividade”.

abstrato... cit., p. 108.

²⁷³ STRATENWERTH, Günther. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts cit., p. 679-690.

²⁷⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I* cit., p. 30.

A teoria do bem jurídico parte da ideia de que não haveria crime sem lesão ou perigo concreto de bem jurídico.²⁷⁵ Assim, a pena para homicídio apenas poderia ser cominada se houvesse dano ou perigo concreto do bem jurídico *vida*, o furto apenas se consumaria se estivessemos diante de uma violação efetiva do bem jurídico *patrimônio*, e o estupro apenas se configuraria, efetivamente, se a *autodeterminação sexual* tivesse sido abalada. Portanto, uma proibição penal que não atendesse a tais requisitos não poderia ser tomada como legítima.

Se para essas incriminações o princípio da ofensividade seria absolutamente aplicável, o mesmo não vale em relação a uma grande quantidade dos mais recentes tipos penais, vinculados à proteção de riscos difusos e interesses abstratos. Como procurei apontar, nesses casos, em que nos encontramos diante de um processo de “desmaterialização de bens jurídicos”, estes apenas restariam lesionados por uma reiteração generalizada de condutas que não respeitam *standards* básicos, o que resultaria na sensível dificuldade de verificação do grau de lesividade da conduta individual ante o bem supraindividual.²⁷⁶ Pelo seu caráter difuso e abstrato, tanto a ordem tributária quanto o *meio ambiente* e a *saúde pública* não parecem ser, efetivamente, lesionados quando da prática de delitos. Apenas de forma muito indireta poderia se admitir que a derrubada de um tonel de petróleo atingiria o bem jurídico *meio ambiente* nos mesmos termos que faz o crime de homicídio em relação ao bem jurídico *vida*. O mesmo raciocínio vale para o bem jurídico *erário público* quando da ocorrência de uma grande sonegação fiscal.²⁷⁷ Nesses casos de interesses difusos, o conceito de delito como lesão de bem jurídico dificilmente tem condições de explicar o funcionamento dessas incriminações, e aqueles que participam da prática jurídico-penal estariam na complicada situação de não contar com uma categoria

²⁷⁵ Na doutrina brasileira, este princípio é um dogma bradado aos quatro ventos, como se pode ver em GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 12-14; também MAGALHÃES GOMES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no direito penal* cit., p. 120-122; JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1-7; BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 65-68.

²⁷⁶ Este problema já era identificado por SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual...* cit., p. 113.

²⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* cit., p. 128. Também: MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones...* cit., p. 115.

adequada para entenderem a realidade em que atuam.²⁷⁸

Para complicar ainda mais esse cenário, a exemplo das condutas contra o meio ambiente ou a saúde dos consumidores, muitas dessas lesões, quando verificáveis empiricamente, ocorrem a longo prazo e, de todos os modos, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito. O nexos causal, facilmente aferível em um crime como o furto ou o estupro, torna-se altamente complexo nos casos em que os comportamentos tidos como possíveis causas dos resultados danosos são de natureza difusa e praticados por mais de um autor. Diante disso, conforme apontado, os chamados delitos de resultado parecem se mostrar insatisfatórios enquanto técnica de regulação desses fenômenos, fazendo com que os crimes de perigo abstrato, bem como os delitos de tentativa, ganhem espaço na estrutura do sistema jurídico-penal.²⁷⁹ Em um sistema como esse – em que o “desvalor do resultado”, antes essencial à definição de delito, estaria sendo marginalizado como elemento eventual do delito²⁸⁰ –, a violação de normas meramente comportamentais estaria se tornando o centro de gravidade de um setor relevante do Direito Penal.²⁸¹

Sem dúvida alguma, saber se ao Direito Penal deve ser autorizado intervir sobre esses novos fenômenos é algo que ainda precisa ser fortemente debatido, pois esta disputa não está nem assentada nem definida. Suponhamos, no entanto, que, com base nas diversas mudanças ocorridas em nossa sociedade no último século, desse debate se extraíam argumentos a favor da intervenção penal sobre esses novos setores, entendendo-a como forma legítima e necessária de proteção de interesses da atualidade. Neste caso, surgiriam, então, os seguintes questionamentos: estaria o princípio da ofensividade fadado a se tornar um mero termo retórico, sem qualquer capacidade explicativa

²⁷⁸ Não é à toa que Lothar Kuhlen procura solucionar estas dificuldades forjando a idéia de que, nestes casos, o que se pune não é o dano de cada conduta, mas sim o risco de que diversos “danos”, provindos de diversos atores, sejam acumulados e, assim, destruam efetivamente tais bens. Sobre a ideia de “delitos de acumulação”, ver, fundamentalmente KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 105, 1993.

²⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal* cit., p. 30.

²⁸⁰ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones... cit., p. 118 e ss. No mesmo sentido, ver MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 153.

²⁸¹ GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung... cit., p. 457-458.

ou crítica? Como solucionar o fato de que diversos novos crimes não responderiam a este requisito de ofensividade? Como prover àqueles que escrevem doutrina, aos estudantes e operadores do Direito um modelo capaz de descrever a realidade na qual estão inseridos?

Acredito que as respostas para dar conta dessas questões poderiam ser formuladas em *duas direções opostas*:

a) Em primeiro lugar, a inexistência de lesão material ou perigo concreto verificada em diversos tipos penais poderia ser “solucionada” por meio da criação hipostasiada de “novos bens jurídicos”. Com isso nos referimos ao procedimento pelo qual um *crime de perigo abstrato contra um bem jurídico individual* é transformado em *crime de lesão de um “bem jurídico coletivo”*.²⁸² Para tornar mais claro esse recurso, tomemos como exemplo a forma com que se aborda, muitas vezes, o art. 28 da Nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343 de 2006).²⁸³ Esse dispositivo representaria, a princípio, um crime de perigo abstrato contra o bem jurídico individual *integridade física* e, por não ser necessário à consumação típica o dano concreto desse bem individual, tal incriminação contradiria o famigerado “princípio da lesividade”. Como descrever, então, a existência dessa norma? Parte considerável da doutrina, em nome de uma maior aplicação de tal princípio, vem tentando resolver essa questão por meio da criação de (ou “referência a”) um bem jurídico coletivo, qual seja, a *saúde pública*, que seria diretamente atingida por tais condutas.²⁸⁴

O mesmo pode ser observado no trato do art. 311 do Código de Trânsito.²⁸⁵ Essa norma representaria um crime de perigo abstrato para

²⁸² Identificando e criticando este tipo de transformação conceitual, ver GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato... cit., p. 113.

²⁸³ “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1.º – As mesmas medidas submetem-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.”

²⁸⁴ Esta referência a um bem jurídico coletivo como forma de garantir a aplicabilidade do princípio da lesividade pode ser vista, por exemplo, em JESUS, Damásio de. *Lei Antitóxicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 16-17.

²⁸⁵ “Art. 311. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de

o bem jurídico individual *vida*, e por isso não satisfaria o princípio da ofensividade. No entanto, em nome da “busca do objeto efetivamente lesionado”, e para suprir esse problema descritivo, tal delito tem sido visto como lesão contra bens coletivos como a *segurança do tráfico viário* e a *incolumidade pública*.²⁸⁶

Diante desses exemplos, o que se percebe é que um dos possíveis caminhos para superar a crise do princípio da ofensividade consistiria na formulação conceitual de bens jurídicos supraindividuais – como saúde pública, por exemplo –, fazendo com que a diferença entre crimes de dano e crimes de perigo se dissolva.²⁸⁷ Seria esta a melhor forma de oferecer um modelo teórico capaz de descrever adequadamente nossa realidade jurídico-penal? Parece-me que não, por dois motivos principais.

Em primeiro lugar, porque, com a substituição de perigos abstratos a bens concretos por danos de bens abstratos, é ocultada a diferença qualitativa entre os modelos de regulação penal preventivo e reativo, fazendo com que penas muito altas, nunca aceitáveis se falamos de crimes de perigo abstrato, possam ser “justificáveis” a partir da referência a uma lesão de interesse difuso. Nesse sentido, Luis Greco nos fornece o exemplo do art. 12 da Lei 6.368/1976, cuja pena de 3 a 12 anos de reclusão estaria sendo justificada pela pseudoexistência de uma lesão ao bem jurídico coletivo *saúde pública*, em vez de ser vinculada ao perigo abstrato do bem jurídico individual *vida* (o que tornaria draconiano o referido *iter* penal).²⁸⁸ Se adotamos essa “solução”, portanto, deixaria de existir *qualquer* diferença entre crime de lesão e crime de perigo. Em segundo lugar, essa não parece ser a melhor via porque a referência a “lesão” de bens jurídicos coletivos (ainda que, de fato, não constitua um dano material destes) dificulta a percepção de que, nesses casos, a lesividade da conduta, se legítima, precisaria ser pensada com critérios outros que não a referência a resultados empiricamente verificáveis e causalmente determináveis.

escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.”

²⁸⁶ JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito* cit., p. 227.

²⁸⁷ De forma crítica frente a este processo, ver as observações de: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual...* cit., p. 111.

²⁸⁸ GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato... cit., p. 113.

b) Isto posto, considero mais interessante seguir por outro caminho. Outra resposta possível à crise do princípio da ofensividade consiste em *reformular o conceito de lesão*, partindo não mais de critérios empírico-causais, mas sim de uma *análise normativa e funcional do que se entende por danosidade social*. Como indicam os crimes de perigo abstrato, os delitos de tentativa e de transgressão, entre outras formas recentes de regulação penal, os grandes riscos produzidos em uma sociedade altamente diferenciada estariam apontando para uma crescente dificuldade de determinação tradicional do nexo de causalidade concreta entre crime e dano, motivo pelo qual este, cada vez mais, se vê marginalizado na estruturação típica das criminalizações contemporâneas. Diante dessa falta de resultados concretos e exteriormente apreensíveis, é necessário repensar o conceito de dano, de forma a entendê-lo não mais como destruição parcial ou total de bens concretos protegidos, mas sim como *fenômeno normativamente lesivo*, isto é, como portador de uma comunicação destrutiva para a estrutura social.

A título de exemplo, acredito que o argumento segundo o qual, nos crimes de perigo abstrato no âmbito dos riscos econômicos, o dano estaria presente apenas de forma muito mediata, pressupõe uma visão excessivamente materialista da danosidade social da conduta. Dito de melhor modo: se partirmos do dano patrimonial de cada pessoa vítima de um crime financeiro, de fato estaríamos diante de um perigo abstrato sem qualquer resultado; no entanto, se abandonarmos a noção naturalística de resultado, que o entende em termos exclusivamente verificáveis por empiria, então parece que abrimos espaço para conceber o dano em seus aspectos supraindividuais, simbólicos, e, assim, tornar-ser-ia possível conceber uma lesividade dotada de maior consistência e relevância social.²⁸⁹ Partir de uma lesividade normativa, presente pelos efeitos simbólicos da conduta tida como delito, seria então uma forma de se explicar todas as espécies de delitos de nossa sociedade, sejam aqueles tradicionais, sejam aqueles de formação recente. Assim, acredito que a solução mais profícua da crise do princípio da ofensividade deve ser pensada a partir do ponto de vista segundo o qual o decisivo não é o ataque externo, acessível aos sentidos, de determinado bem, mas sim o *significado comunicativo* representado

²⁸⁹ Esta parece, por exemplo, ser a visão de TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht. JuS*, 1989, p. 687.

pela conduta tida como lesiva.²⁹⁰ Dessa forma, os operadores do Direito, bem como os dogmáticos e aqueles que participam de nossa prática jurídico-penal, estariam finalmente aptos a entender e descrever de forma mais satisfatória a realidade em que vivem.

2.5 A perda do potencial crítico do conceito de bem jurídico

O quadro até aqui exposto procurou apontar diversos elementos que sugerem um sensível *déficit descriptivo da teoria do bem jurídico*. Partindo da efetiva complexificação social verificada com o advento de um Estado interventor e a queda do modelo liberal de organização social, procuramos mostrar como novos riscos passaram a ser objeto de uma pretensão de controle e, dessa forma, foram processados pelo código do Direito Penal por meio de figuras como os bens jurídicos supraindividuais, os crimes de perigo abstrato, os delitos de tentativa e de transgressão, as normas penais em branco, entre outros. Neste contexto, os pilares fundamentais da teoria do bem jurídico, sobre os quais pretensões explicativas se apoiavam, parecem ser pouco a pouco atingidos, na medida em que:

(i) a proteção de uma série de situações garantidas não apenas *perante o*, mas também e principalmente *em nome do Estado*, relativizaria a ideia de que toda norma penal deve fazer referência à maximização da liberdade dos indivíduos; (ii) a volatilidade na mudança dos conteúdos das normas penais, fruto da proteção de *standards* de segurança e de riscos difusos, desfaria o vínculo entre delito e juízo de reprovação moral, evidenciando a contingência das normas jurídico-penais e a insustentabilidade de um conceito de crime fundado em um rol pré-positivo de bens; (iii) a proliferação de delitos de perigo abstrato e de mera conduta evidenciaria um crescente apelo do Direito Penal contemporâneo ao chamado “desvalor de ação”, pondo em crise o famigerado “princípio da ofensividade” e colocando em xeque a noção de delito fundada na lesão naturalística de bens materiais, expressa no tradicional modelo dos crimes de resultado. Em suma, quando levamos em conta esses

²⁹⁰ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal... cit., p. 257.

fenômenos, percebemos uma série de indícios que apontam para um *esvaziamento do caráter imanente do conceito de bem jurídico*.

Esse quadro, no entanto, não põe em relevo o segundo tipo de déficit apresentado pela teoria do bem jurídico, qual seja, o *déficit crítico*. Assim, nas páginas que seguem, procuraremos expor brevemente por que haveria uma grande dificuldade em vocalizar pretensões críticas com base no conceito de bem jurídico, e para tanto estruturaremos nossos argumentos em *dois níveis*: (i) em um primeiro nível, sustentaremos que, ao contrário do que se costuma pregar, a noção de bem jurídico não parece capaz de garantir o aumento irracional e abusivo de incriminações na atualidade; (ii) em um segundo nível, por sua vez, defenderemos a tese de que tal noção não apenas não funcionaria como barreira adequada contra a expansão ilegítima do Direito Penal, como ainda parece operar como um de seus principais motores.

2.5.1 A relação entre déficit crítico e o conceito constitucional de bem jurídico

Como vimos, a ideia de que o conteúdo material do conceito de delito deve ser retirado de um rol pré-jurídico de bens seria algo de tal forma insustentável que nem mesmo os atuais adeptos da teoria do bem jurídico se apoiariam sobre ela. Assim, no lugar de critérios previamente dados, externos ao Direito positivo, tem ganhado espaço a tese segundo a qual o conceito de bem jurídico deve se ancorar suas bases em *preceitos constitucionais*.²⁹¹ Dessa forma, procura-se, por um lado, garantir um caráter transcendente ao conceito de bem jurídico e, por outro, fazer com que seu conteúdo seja preenchido por elementos internos ao próprio Direito. Nesse sentido, correntemente encontramos quem afirme que a Constituição conteria as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico crítico frente à legislação penal, de

²⁹¹ Além do próprio Roxin, cuja teoria já foi examinada acima, pode ser citado RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 338. Da mesma forma, diversos autores brasileiros como PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição* cit., p. 90-92; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico penal* cit., p. 86-90; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro* cit., p. 96

acordo com o qual apenas poderiam ser objeto de sanção penal aqueles comportamentos que lesionam ou colocam em perigo os princípios norteadores da ordem constitucional.²⁹² Estaria a adoção desse “conceito constitucional de bem jurídico” em condições de fornecer a base para pretensões críticas no âmbito de nossas práticas jurídico-penais?

Parece-nos que a resposta para essa questão dependerá do tipo de Constituição de que estamos tratando. Isso porque, embora tal ancoragem constitucional possa parecer, a princípio, um forte elemento limitador do poder punitivo, cabe questionar se ela seria capaz de desempenhar este papel em *todas* as realidades jurídicas da atualidade. Mais ainda, cabe questionar qual o papel que essa ancoragem desempenharia em nossa própria Constituição.

A observação atenta da configuração constitucional de muitos ordenamentos jurídicos fundados nas últimas décadas revela que a referência à Constituição, em muitos países, está longe de fornecer uma limitação adequada ao arbítrio penal do Estado. E isso pelo simples fato de que, em muitos países de constitucionalização recente, as Constituições são dotadas de um sensível caráter aberto e impreciso.²⁹³ Nosso país fornece um exemplo claro desse fenômeno, pois foi marca de nosso processo constituinte a inclusão de diversos valores conflitantes, conciliados de maneira muitas vezes *sui generis* e passíveis de uma interpretação altamente polissêmica.²⁹⁴ A Constituição Federal brasileira, de caráter programático, é dotada de um grande número de cláusulas abertas, tais como “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1.º, III, CF), “*sociedade livre e solidária*” (art. 3.º, I, CF), “*justiça social*” (art. 170, *caput*, CF) entre outros. Constitucionalmente são protegidos diversos interesses, desde a integridade da família (arts. 226 e 227, CF) até a moralidade dos meios de comunicação (art. 221,

²⁹² RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 341. No mesmo sentido, RUDOLPHI, Hans Joachim. *Systematischer Kommentar StGB* cit., Parágrafo 1.º, n. 5. Na doutrina brasileira, os exemplos são varios: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro* cit., p. 96; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico penal* cit., p. 86-89; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição* cit., p. 90-98.

²⁹³ GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato... cit., p. 98.

²⁹⁴ Para uma síntese deste fenômeno, ver FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 132-134.

IV, CF). Diante desse caleidoscópio de princípios, como ficam as pretensões críticas ao Direito Penal?

Com base em nossa ordem constitucional, sem dúvida seria possível estabelecer um *patamar mínimo* e inviolável para o exercício do *ius puniendi*. Por exemplo, por disposição constitucional, há de ser tomada como ilegítima e ilegal uma incriminação que não leve em conta os critérios de maioria penal estabelecidos no art. 228 da Constituição.²⁹⁵ Da mesma forma, uma criminalização que viole o princípio de culpabilidade (art. 5.º, XLV, CF²⁹⁶) não poderia ser formulada sem incorrer em inconstitucionalidade. Ou seja: de um conceito constitucional de bem jurídico derivariam alguns obstáculos altamente relevantes à atividade do legislador penal.

Esses limites, no entanto, não parecem tão numerosos quanto se costuma afirmar. Isso porque, pela própria vagueza e polissemia dos preceitos constitucionais, com base neles seria possível *não apenas limitar* o exercício do poder punitivo, *mas também fundamentá-lo*. Alguns exemplos podem deixar isso mais claro: seria absolutamente compatível com o conceito constitucional de bem jurídico a criação de um tipo penal que sancione com pena de prisão a prática do chamado “furto de uso”, com base no valor constitucional *propriedade privada* (art. 5.º, XXII e art. 170, II, CF); da mesma forma, punições extravagantes para quem joga pequenos dejetos no rio poderiam tranquilamente ser defendidas com base na proteção do bem constitucional *meio ambiente* (art. 225, CF).²⁹⁷ Levando esse argumento ao limite, poder-se-ia até mesmo criminalizar a conduta de retirar o Colégio Pedro II da órbita federal (com base no art. 242, § 2.º, CF).²⁹⁸ Esses casos,

²⁹⁵ “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

²⁹⁶ “Art. 5.º (...) XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

²⁹⁷ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

²⁹⁸ “Art. 242 (...) § 2.º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Este exemplo é dado por: GRECO, Luis. Princípio da

embora hipotéticos, refletem uma lógica efetivamente existente em nossa realidade jurídica. Prova disso é que, quando observamos atentamente a atividade legislativa em matéria penal de nosso país, parece ser possível observar diversas referências a valores constitucionais sendo usadas como alicerce de incriminações draconianas.

Para ilustrarmos esse ponto, tomemos como exemplo algumas fundamentações presentes em Projetos de Lei editados na vigência da Constituição de 1988.²⁹⁹

O Projeto de Lei 4.004/1989, ao propor a criação de uma série de crimes contra a Ordem Urbana, o faz recorrendo a valores constitucionais. Nele, podemos ler: “O projeto que apresentamos busca estabelecer, como objetivo para a execução de política urbana, a eliminação das desigualdades regionais, garantir provisão de equipamentos urbanos em quantidade e qualidade que possibilite aos trabalhadores da cidade acesso aos seus direitos básicos, como moradia, transporte, saúde, necessários para o cumprimento do exercício da cidadania, que é um dos princípios fundamentais previstos no art. 1.º, inciso II, da Constituição Federal”. Pretendendo criar uma norma criminalizadora altamente vaga e punir todo aquele que “atentar contra o Plano Diretor”, o autor do projeto em tela afirma ainda estar tomando essa medida *“para que o Poder Público possa utilizar os instrumentos previstos no art. 182, II, II e III da Constituição Federal, visando penalizar o proprietário que não respeitar a função social da propriedade”*.

Este mesmo uso de dispositivos constitucionais para fundamentar novas criminalizações pode ser visto no Projeto de Lei 6.830/2006. Nele, o legislador afirma que, uma vez que a Emenda Constitucional (EC) 45/2004 submeteu o Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, haveria necessidade de adaptação de nossa ordem jurídica a esta nova realidade. Para tanto, nada menos do que 72 tipos penais são propostos, de forma a *“regulamentar a legislação interna, pois, sem ela, não há eficácia plena do novo dispositivo constitucional”*. Cria-se,

ofensividade e crimes de perigo abstrato... cit., p. 100-101.

²⁹⁹ Todos os projetos mencionados na presente monografia estão disponíveis gratuitamente para acesso no sítio <<http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>>.

então, uma série de normas penais de caráter duvidoso, a proteger objetos vagos como o “Estado de Direito” e a “Humanidade”, por meio de figuras como crimes de genocídio, crimes de guerra entre outras – todas elas justificadas com base em uma nova realidade constitucional.

Nessa mesma linha, o Projeto de Lei 5.282/2005 propõe criminalizar todo tipo de “violação de prerrogativas dos advogados”. Assim, pretende criar um tipo penal de questionável relevância, e isso com base na *“garantia constitucional constante do art. 133 da Carta Magna de 1988, que, no Capítulo destinado às funções essenciais à Justiça, determina [que] o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos da lei”*. Mais ainda, o autor desse projeto sustenta que *“a violação ao bem jurídico tutelado pelos mencionados dispositivos compromete os direitos e as liberdades individuais que legalmente lhes são confiados para o respectivo patrocínio”*.³⁰⁰

Esses são apenas alguns exemplos que expõem como o conceito constitucional de bem jurídico pode servir, em muitos casos, não como limitador da atividade penal, mas sim como um de seus principais motores. Nos Projetos de Lei acima descritos, e em muitos outros que poderíamos citar, valores constitucionais foram usados como base para se aumentar o espectro de regulação penal, fazendo com que diversos e questionáveis tipos penais fossem criados sem maiores cuidados ou limitações. Considerando tudo isso, dizer que o Direito Penal deve ter a Constituição como seu centro de gravidade não parece garantir, necessariamente, um uso mais racional do poder punitivo, pois isso é algo que depende, no limite, do tipo de normas constitucionais existentes em nossa realidade jurídica. Em outras palavras: tudo dependerá do tipo de Constituição que está em jogo. Quando olhamos para a nossa realidade constituinte, marcada pela adoção de uma série de valores conflitantes e polissêmicos, percebemos que, se por um lado a referência à Constituição parece importante para dotar o conceito de delito de um conteúdo mínimo a ser respeitado (caso da proibição

³⁰⁰ Os grifos são meus, e chamam a atenção para a forte ligação posta entre à idéia de bem jurídico e o valor constitucional que serve de base à criminalização.

da pena de morte), por outro esta referência, por si só, não parece suficiente, se o que se pretende é fornecer um critério consistente para se medir a legitimidade das normas penais.³⁰¹

Em suma, a referência à Constituição serviria para traçar um patamar mínimo contra determinadas propostas do legislador penal, mas não parece suficiente para garantir que muitas incriminações sejam abusivamente criadas. Vista a questão por esse ângulo, o conceito constitucional de bem jurídico não apenas não parece capaz de condenar incriminações claramente abusivas como as acima citadas, como ainda pode servir de justificativa para elas, na medida em que a referência a diversos valores constitucionais pode ser usada como arma fundamentadora da expansão do Direito Penal. Por esses motivos, um conceito de delito dotado de um caráter transcendente adequado parece ter de pensar em *critérios acessórios à ancoragem constitucional*, se pretende cumprir a função que a si próprio arrogou.

2.5.2 A relação entre déficit crítico e a proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal

Para além do fato de poder servir como veículo de valores constitucionais os mais diversos, o conceito de bem jurídico também parece perder seu potencial crítico devido à própria estrutura pressuposta na tese de que “a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos contra lesões e perigos concretos”.

Segundo a teoria do bem jurídico, o objetivo das normas penais seria garantir a proteção de determinado estado de coisas, caracterizado pela *intangibilidade de bens* tidos como socialmente relevantes. Para grande parte dos teóricos do Direito Penal na atualidade, essa seria uma fórmula capaz de fornecer um critério limitador e tornar racional o exercício do poder punitivo. No entanto, se analisarmos mais de perto o que está por trás dessa proposição pretensamente garantista, parece ser possível levantar o seguinte questionamento: se aceitamos que a função do Direito Penal seria

³⁰¹ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones... cit., p. 113-114. También SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* cit., p. 122.

a de evitar danos a bens jurídicos, como impedir que esse objetivo seja perseguido de modo abusivo?

Esta questão será mais bem analisada quando da exposição da teoria de Günther Jakobs. Por hora, no entanto, parece-nos conveniente chamar atenção para o fato de que até mesmo um autor como Winfried Hassemer, ferrenho defensor do conceito de bem jurídico como limite ao *ius puniendi*, vem admitindo que a proteção de bens contra danos e perigos pode servir – e estaria servindo – à função inversa da crítica, isto é, à legitimação da expansão do Direito Penal.³⁰² Segundo esse autor, a ideia de proteção de bens jurídicos estaria se alterando significativamente na atualidade, migrando de um critério *negativo* para um *positivo*: o que antes valia como crítica ao legislador, questionando a criminalização de determinados comportamentos, hoje tem valido como incentivo para que ele submeta à pena certas ações.³⁰³ Nesta linha, chegasse mesmo a afirmar que a ideia de proteção de bens jurídicos estaria sofrendo uma metamorfose completa, passando de uma *proibição de penalização* para um *comando de penalização*.³⁰⁴ Estaríamos, assim, diante de uma alteração sub-reptícia na função desempenhada pela ideia de bem jurídico, pois, se antes era precisamente a referência a essa noção que servia de plataforma crítica ao uso abusivo de crimes de perigo abstrato, na medida em que nestes não haveria qualquer lesão a bens, poderíamos verificar hoje que tal ideia converteu-se no próprio *motor de justificação de um Direito Penal de perigo*.³⁰⁵

³⁰² HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre cit., p. 89. No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. 1989, p. 557; ver também HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts...* cit., p. 275, bem como HASSEMER, Winfried. Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik cit., p. 484.

³⁰³ Como exemplo disso, Hassemer cita a interpretação do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) a respeito do aborto: sob o argumento de que o bem jurídico *vida* requer proteção penal, passou-se a exigir fortemente que o ato do aborto fosse novamente criminalizado (Cf. HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht...* cit., p. 6-7).

³⁰⁴ Idem, p. 7. Neste mesmo sentido, Feijóo Sánchez nota que a referência a bens jurídicos serviu como um dos principais slogans programáticos da reforma do Código Penal espanhol de 1995, reconhecidamente marcado por um forte caráter expansionista (Cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*. Madrid: Editorial Constitución y Leyes, 1997. p. 86).

³⁰⁵ Nesse sentido, ver MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas*

Como explicar essa mudança? Quais seriam as ideias que lhe serviriam de base? A maioria dos teóricos penalistas, quando pretendem responder a essas perguntas, afirma que essa metamorfose contradiz a tese segundo a qual o Direito Penal tem como função a proteção de bens jurídicos. Ao analisarem a apropriação dessa noção pelo movimento expansionista penal, muitos acusam a atividade legislativa contemporânea de “deturpar” o verdadeiro sentido da teoria do bem jurídico, distorcendo esse conceito para sobre ele apoiar pretensões que, na realidade, ele não poderia sustentar.

Tal postura parece-me, no entanto, equivocada, pois busca as raízes dessa problemática metamorfose apenas na *prática* legislativa, sem atentar para as possíveis razões *teóricas* que estariam na base desse movimento de expansão. Quando analisamos atentamente a mudança no uso do conceito de bem jurídico na atualidade, não nos parece, de forma alguma, que isso tenha ocorrido apenas por motivos de política criminal, que teriam “contrariado” ou “deturpado” nossa autocompreensão teórica sobre o conceito de delito como lesão de bens jurídicos; pelo contrário, o que ocorre atualmente parece poder ser entendido como *consequência* dos próprios pressupostos dos quais parte a teoria do bem jurídico.

Essas colocações serão mais bem desenvolvidas no capítulo 4 deste estudo. Por hora, no entanto, podemos adiantar as linhas centrais de nosso argumento: em um modelo teórico para o qual a sociedade é um amontoado de bens que devem ser protegidos a todo custo, haveria pouco espaço para a dimensão social de seu uso e disponibilidade. Tomada a função do Direito Penal nesses termos, não deveria nos admirar o descompasso existente entre os *objetivos declarados* pela teoria do bem jurídico e a *prática* expansiva da regulação penal na atualidade. Nesse sentido, acredito que critérios consistentes para que o poder punitivo seja exercido de forma racional apenas serão construídos se, para além de uma reflexão profunda sobre os impulsos e interesses político-criminais da atualidade, também formos capazes de repensar as categorias e os conceitos de que os teóricos e os operadores do Direito Penal se utilizam para vocalizar e para pôr em prática suas pretensões jurídicas. Caso contrário, ao deixarmos de lado

os elementos que formam e conformam a dimensão *interna* de nosso raciocínio jurídico-penal, corremos o risco de ignorar entraves que não são de ordem estritamente político-criminal, mas sim de ordem cognitiva,³⁰⁶ tratando como solução aquilo que, talvez, seja parte considerável de nosso problema.

³⁰⁶ Acredito que o conceito de bem jurídico, tal qual entendido por grande parte de nossos penalistas, poderia ser visto como uma espécie de “obstáculo cognitivo”, no sentido cunhado por Álvaro Pires. Ao tratar do que denomina de “racionalidade penal moderna”, este autor aponta como o sistema jurídico-penal adquire e mantém certa forma não apenas por conta dos interesses e impulsos provenientes do sistema político (em regra legislativo), mas também (e talvez principalmente) por conta de um conjunto de teorias (definidos como “sistemas de pensamento”) que nos “*impedem tanto de compreender corretamente quanto de reformar a estrutura normativa de nosso Direito Penal*” (Cf. PIRES, Álvaro P. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l’opinion publique. *Sociologie et sociétés*, v. 33, p. 184, 1994). Para mais detalhes sobre a noção de “obstáculo cognitivo”, ver, do mesmo autor, os artigos Alguns obstáculos a uma mutação humanista do direito penal. *Sociologias*, v. 1/1, p. 64-65, 1999, bem como Les mouches et la bouteille à mouches – utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale. *Revue Carrefour*, v. 16, n. 2, p. 8-40, 1994.

CAPÍTULO 3

A CRÍTICA AOS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DO BEM JURÍDICO: O CAMINHO DA FUNCIONALIZAÇÃO

O quadro exposto até o momento sugere a necessidade de repensar os critérios dos quais costuma partir a chamada teoria do bem jurídico. Na medida em que ela enfrentar uma dificuldade crescente para descrever o núcleo de reprovação de uma importante parte dos ilícitos penais dos sistemas jurídicos contemporâneos, pressupondo uma relação sensivelmente naturalística entre ação e resultado danoso, e partindo ou de critérios pré-positivos ou de preceitos constitucionais insuficientes à limitação do poder punitivo, começam a surgir *propostas de reinterpretação do conceito de delito*. A partir de então, as formulações da teoria do bem jurídico vem sendo repensadas, especialmente por autores que buscaram analisá-la a partir de critérios funcionais normativos.³⁰⁷

Neste capítulo, serão expostas as linhas mestras dos argumentos de dois autores que procuraram reformular de forma interessante o conceito de bem jurídico, conduzindo-o para novos campos de reflexão. Não pretendo, aqui, dar conta de todas as contribuições teóricas de cada um destes pensadores, pois isso ultrapassaria, em muito, os objetivos deste estudo. Trata-se, portanto, apenas e tão somente de apontar para novos pontos de vista, que possam abrir caminho para a exposição do objeto central deste trabalho: a proposta de reconstrução feita por Günther Jakobs, de um Direito Penal calcado na proteção de deveres normativos. Pois bem.

³⁰⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 149.

3.1 Rudolphi e a noção de bem como estado funcional ao desenvolvimento do cidadão

O primeiro a revisitar o conceito de bem jurídico, dando-lhe novos contornos a partir de critérios funcionais, foi Hans Joachim Rudolphi. Em seu artigo *Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*,³⁰⁸ escrito no início da década de 70, esse autor se volta fortemente contra a ideia de um conceito de bem jurídico calcado em critérios pré-jurídicos, propondo uma releitura desta categoria em termos constitucionais.

Segundo Rudolphi, o conceito de bem jurídico não seria dotado de um conteúdo previamente fixado, do qual se poderia deduzir uma resposta unívoca para a questão sobre se determinada conduta pode ou não ser apenada pelo Estado. Pelo contrário, tratar-se-ia de uma categoria que, se quisermos apreender seu verdadeiro significado, deveria ser entendida em sua relação com a realidade social. Nesse sentido, para esse autor, a tarefa da teoria penal consistiria na análise de todos aqueles fenômenos que são lesionados por um comportamento humano para, a partir daí, concretizando progressivamente o ponto de vista diretivo, ser possível a formulação de “*um conceito de bem jurídico que se revele como um pressuposto para uma vida em comum próspera e de indivíduos livres*”.³⁰⁹

Para Rudolphi, um conceito apriorístico e unívoco de bem jurídico não seria nem sustentável, nem mesmo possível. Isso porque este conceito não se referiria a algo com conteúdo predeterminado, que forneça uma resposta clara e certa à pergunta acerca de quando um comportamento pode ser legitimamente sancionado via pena. Tal abordagem tradicional da teoria do bem jurídico teria, com certeza, um objetivo fascinante e atrativo: a determinação unívoca dos conteúdos das normas penais. No entanto, a verdade é que essa forma de encarar esse conceito não seria de forma alguma realista, pois um catálogo taxativo de bens, cuja função fosse guiar o exercício do poder estatal, não existe nem poderia existir.³¹⁰ Mais

³⁰⁸ Tomamos por base a versão traduzida para o espanhol.

³⁰⁹ RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 341.

³¹⁰ Isso é assumido hoje, inclusive, por alguns defensores não-ortodoxos do conceito de

ainda, mesmo que fosse possível a elaboração de um catálogo deste tipo, ainda permaneceria em aberto a pergunta sobre em que medida e por meio de quais instrumentos a proteção de tais bens seria formulada. A razão para isso, afirma Rudolphi, consiste no fato de que *compete a cada sociedade definir e fundamentar as normas que serão garantidas via pena*.³¹¹ Uma dogmática que ignora tal historicidade dos conceitos acabaria colocando em oposição os teóricos do Direito Penal, de um lado, e a sociedade, de outro, criando uma teoria descolada da realidade e sem qualquer capacidade de fornecer respostas para seu tempo.

Como procurei apontar nos capítulos anteriores, o conceito de bem jurídico calcado em critérios previamente dados partia de uma separação estática entre Estado e sociedade civil, motivo pelo qual os “bens” eram vistos como produtos desta contra os arbútrios daquele. Isso muda, no entanto, no momento em que a consciência social sobre essa relação entre sociedade e Estado se altera. A obra de Rudolphi, forjada em um período de sensíveis mudanças sócioeconômicas, parece defender a necessidade de se enxergar essa relação de forma mais complexa e significativa. Tanto é assim que esse autor, naquele momento, passou a sustentar que *“a vida social é um organismo vital, que continuamente se reproduz segundo determinadas leis funcionais, com base em certas situações sociais. Da mesma forma, o Estado não é algo estático, mas sim algo que, a todo momento, se desenvolve e se transforma por consequência de novas forças. Consequentemente, também os pressupostos para uma vida em comunidade não são um dado qualquer, mas sim uma **unidade funcional viva**. Os bens jurídicos cuja proteção é tarefa do Direito Penal, do mesmo modo, não são objetos estáticos que permanecem em repouso, mas unidades funcionais sem as quais cada sociedade em sua estruturação concreta não seria capaz de existir”* (os destaques são meus).³¹²

bem jurídico, tais como HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht* cit., p. 22-24, e ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter* cit., p. 291.

³¹¹ Na mesma linha, ver HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht* cit., p. 22.

³¹² RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 342.

Longe de ser uma mera mudança de roupagem teórica, as consequências dessa reformulação da relação entre Estado e sociedade para a prática jurídica são várias e conduzem, no limite, a uma reflexão sobre os próprios fundamentos do Direito Penal. Isso fica claro quando analisamos o exemplo dos crimes contra a administração da justiça (Título XI, Capítulo III, do Código Penal brasileiro). Na esteira proposta por Rudolphi, poderíamos dizer que esses preceitos penais protegem relações que, se entendidas como bens jurídicos, apenas o podem ser em um sentido muito diverso daquele que o toma como um objeto previamente dado e empiricamente palpável (como a *integridade física* e a *vida*, por exemplo). De fato, nesses casos não se trata de um estado determinado, de algo estático, mas sim da administração da justiça como *conjunto significativo de funções*, isto é, da somatória de decisões sobre controvérsias e conflitos entre os homens, bem como da proteção da sociedade e de seus membros individualmente considerados frente ao abuso do poder estatal. Dito de outro modo, parece que apenas se poderia entender a *administração da justiça* como bem jurídico se compreendêssemos que a *função* que ela desempenha é *parte integrante da sociedade* e, ao mesmo tempo, pressuposto básico para o livre desenvolvimento das pessoas.³¹³ Ou seja, seria preciso apreender, nos termos de Rudolphi, “o bem jurídico referente aos crimes contra a administração da justiça como a unidade funcional necessária para uma sociedade constitucionalmente organizada”.³¹⁴

Ao partir desses pressupostos, o que Rudolphi parece fazer é dar força e radicalidade a um pressuposto de Welzel que, ao longo de sua obra, acabou restando mingua: a ideia de que apenas se poderia falar em bem jurídico na medida em que estes possam estar “em função”, isto é, na medida em que atuem na vida social e dela recebem seu verdadeiro sentido.³¹⁵ Rudolphi parece partir dessa raiz comum dos primeiros trabalhos de Welzel, levando-a, contudo, mais além, ao entender que o bem jurídico consiste não

³¹³ Idem, p. 343.

³¹⁴ Idem, ibidem. Vale lembrar que, ao contrário do que possa parecer, estas observações não se limitariam apenas a bens jurídicos coletivos, aplicando-se, pelo contrário, também aos grupos mais elementares de bens individuais, como é o caso da vida, da saúde, da liberdade e da integridade física.

³¹⁵ “Vida, propriedade, liberdade, etc, não estão simplesmente aí [Dasein], mas sua existência consiste em um ser-em-função, isto é, um ser que exerce efeito sobre a coesão social” (Cf. WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts cit., p. 490).

em um objeto *dotado de função*, mas sim na *própria função social que se pretende proteger*.³¹⁶ Isso fica claro quando ele analisa o bem jurídico *propriedade*: o que se protegeria no crime de furto não seria, nesse sentido, a coisa concreta em seu correspondente estado; pelo contrário, o decisivo seria a *função objetiva da coisa em relação com seu proprietário*, operando na realidade social, ou seja, a função da coisa em sua correspondência com o proprietário, necessária ao aproveitamento de suas utilidades jurídico-sociais.³¹⁷

Com isso, percebe-se, em Rudolphi, uma crítica às definições materiais clássicas de bem jurídico, bem como uma tentativa de recuperar esse conceito, definindo seu contorno sob novas bases: não mais conteúdos predefinidos, mas sim contingentes em relação a cada sociedade concreta.³¹⁸ Reconhecendo que um conteúdo pré-positivo para o conceito de bem jurídico seria de limitado valor para a dogmática jurídico-penal e não se encontraria capacitado a proporcionar uma correta descrição de todos os comportamentos puníveis contidos na lei, Rudolphi parece reconstruir esse conceito, fundando-o sobre *bases cada vez mais sociais*. Tal base social será, em Rudolphi, ancorada na *Constituição do Estado Social*, motivo pelo qual esse autor pode ser visto como um dos precursores do atual conceito constitucional de bem jurídico. Nesses termos, os bens jurídicos passariam a ser concebidos como “*funções importantes para a vida social no âmbito da Constituição, isto é, como unidades funcionais valiosas e regidas constitucionalmente em respeito à liberdade dos indivíduos*”.³¹⁹ A proteção de bens legitimada pela Constituição passaria, então, a ser vista apenas como aquela que se refere à estrutura da sociedade em sua concreta configuração, bem como às “*unidades funcionais que são para tanto valiosas*”.³²⁰

Nota-se, portanto, que apesar de não abrir mão do conceito de bem jurídico nem de seu fundamento constitucional – não conseguindo

³¹⁶ RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien juridico cit., p. 344.

³¹⁷ Idem, ibidem.

³¹⁸ Nesse mesmo sentido, ver também: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 149.

³¹⁹ Idem, p. 344-345. No mesmo sentido, RUDOLPHI, Hans Joachim. *Systematischer Kommentar StGB* cit., Parágrafo 1.º, n. 8.

³²⁰ RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien juridico cit., p. 346.

se afastar de muitos dos problemas aludidos no capítulo anterior –, Rudolphi redimensiona a forma pela qual esse conceito pode ser adequadamente apreendido e utilizado. Ao funcionalizar o conceito de bem jurídico, esse autor abre espaço para compreender que os bens não apenas seriam diferentes segundo a constituição concreta de cada sociedade, como também seriam condicionados pelas necessidades sociais que demandam por respostas teóricas. Com isso, alcança-se, então, um critério melhor de compreensão e de crítica do Direito Penal. *A contingência da sociedade revelaria, assim, a antes oculta contingência dos conceitos*, pois “da mesma forma que o conjunto social como totalidade se transforma e se desenvolve com o correr do tempo, também se alteram as unidades funcionais necessárias para sua existência. Muitas modificam sua função, outras se comprovam desnecessárias e, por vezes, outras novas aparecem”.³²¹

3.2 Kargl e a proteção de bens como proteção da moralidade e das expectativas condensadas em normas

Ao lado do modelo de Rudolphi, outra interessante reformulação do conceito de bem jurídico é aquela desenvolvida por Walter Kargl. Este autor, em artigo chamado “*Proteção de bens jurídicos através da proteção do Direito*”,³²² procura questionar a ideia de que a lesão concreta de bens possa ser o elemento definidor do conceito de delito.

Para Kargl, a lesão corporal empiricamente verificável em um caso de agressão física poderia parecer *apenas à primeira vista* um fundamento razoável para a imposição de pena. Afinal, nesse caso, teria havido uma alteração no mundo exterior, intencionalmente causada e geradora de um resultado concreto indesejável, fato que, à primeira vista, realmente poderia justificar a punição. No entanto, argumenta esse autor, tal forma estritamente *naturalista* de

³²¹ Idem, p. 345.

³²² KARGL, Walter. Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz: über den Zusammenhang von Rechtsgütern, Schaden und Strafe. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt (Org.). *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1995. p. 53-64

enxergar a ideia de dano encontra dificuldades, de pronto, quando nos encontramos frente a situações de crimes tentados. Isso porque neles não seria possível verificar qualquer resultado materialmente lesivo, nem sequer, em muitas das vezes, existiria um perigo concreto para o bem protegido;³²³ não obstante isso, consideramos absolutamente aceitável a imputação de pena para hipóteses de crimes tentados e crimes de perigo abstrato. Como explicar esse fato?

Segundo Kargl, a teoria do bem jurídico, tradicionalmente concebida, não conseguiria dar uma resposta satisfatória a essa pergunta. Isso porque, ao partir, desde seus primeiros contornos feitos por Birnbaum e von Liszt, de uma concepção de mundo estritamente naturalista, que fundava a danosidade social de uma conduta na possibilidade de verificação empírica da alteração de um bem a ser protegido penalmente,³²⁴ tal concepção ignoraria que o que está por trás do processo de punição não seria apenas a intangibilidade de determinado estado físico, mas sim – e principalmente – determinado *interesse*, determinada *expectativa de comportamento social*.³²⁵

Pensemos, por exemplo, no interesse que temos em viver. Segundo Kargl, o que justifica a proibição contida no tipo penal de homicídio não é a vida como fato bruto, mas sim o *interesse social* que cada indivíduo tem em poder utilizá-la para planejar e construir sua própria existência. Nesse sentido, a morte não deveria ser vista como um simples resultado externo maléfico para o indivíduo; se assim o fosse, com o seu advento seria impossível dizer que tal pessoa se sentiu lesada, na medida em que, afinal, ela teria deixado de existir. Da mesma forma, não seria tantas vezes questionada a constitucionalidade da proibição penal do suicídio assistido, situação em que determinada vida é encerrada por falta de interesse de seu titular em continuar dela usufruindo. Esses casos, extraídos do nosso cotidiano, parecem evidenciar que o que interessa ao Direito Penal seria apenas e tão somente as mortes que violam o próprio *interesse em viver*. Nas palavras de Kargl, a morte, para ser adequadamente entendida como fundamento de um crime, deve ser analisada em

³²³ Idem, p. 54.

³²⁴ BIRNBAUM, Johann Michael. Über das Erfordernis... cit., p. 179; no mesmo sentido, ver LISZT, Franz von. Der Zweckgedanke im Strafrecht. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Berlin: Walter de Gruyter, 1970. t. I, p. 147-148.

³²⁵ KARGL, Walter. Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz... cit., p. 56.

seu *sentido normativo* (e não naturalístico), ou seja, no “contexto de sua moralidade”.³²⁶ Visto nesses termos, o dano provocado por um homicídio passaria a ser entendido como “violação da moralidade protetora da vida”, como ato que afeta a pretensão de respeito a esse valor que todo humano possui frente a outrem, e não como simples violação da vida como um bem objeto.

Na esteira desses pressupostos, o que Kargl parece sugerir, ao exigir que o conceito de bem jurídico seja entendido em seu contexto social, é que o julgamento acerca da danosidade de uma conduta não deveria ser feito a partir dos eventuais resultados externos que ela provoca; pelo contrário, ele deveria ser pensado a partir da violação da pretensão de conservação de determinado complexo de interesses. Sua concepção de bem jurídico, portanto, parece ser fundada no *significado social da conduta*, mais do que nos resultados empíricos por ela produzidos. Dessa forma, torna-se possível abandonar uma visão fortemente mecânica da função do Direito Penal (calcada no evitar resultados concretamente danosos),³²⁷ uma vez que os bens passariam a ser vistos como dignos de proteção na medida em que são significativos para um desenvolvimento autônomo calcado em expectativas jurídicas de comportamento, e sua violação, por sua vez, passa a ser entendida como dano à moralidade que corporifica as pretensões de respeito dessas expectativas. Para usar de suas palavras, “*danificado apenas pode ser aquele âmbito simbólico que, por circunstâncias contingenciais, deve valer como inviolável*”.³²⁸ Desse modo, se os bens devem ser entendidos como expectativas fundadas em normas, a função do Direito Penal como protetor de bens passa a ser uma função de proteção do próprio Direito (*Rechtsschutz*)³²⁹

As consequências dessa reformulação são extremamente importantes, sendo que a contribuição dada por Kargl merece especial atenção por duas principais razões.

³²⁶ Idem, p. 57.

³²⁷ Idem, p. 60.

³²⁸ Idem, ibidem.

³²⁹ Idem, p. 62. No mesmo sentido, parece também se colocar GÜNTHER, Klaus. *Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts*. In: NEUMANN, Ulfried (Org.). *Recht und Moral: Beiträge zur Standortbestimmung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1991. p. 209-211.

Em primeiro lugar, porque ela parece representar um giro de perspectiva na abordagem sobre o conceito de *dano*, abrindo espaço para uma reflexão mais ampla e profícua acerca de diversos fenômenos não explicados pela teoria do bem jurídico. No modelo de Kargl, todos os problemas advindos da chamada “crise do princípio da ofensividade”, passariam, então, a ser analisados a partir de um novo ponto de vista: o do *caráter comunicativo dos objetos de proteção penal*. Na medida em que os comportamentos delitivos passam a ser vistos como danosos por se voltarem contra bens jurídicos como moralidade condensada em normas,³³⁰ torna-se possível e necessária uma nova reflexão sobre a diferença – antes tida como óbvia, mas atualmente pouco significativa – entre crimes de perigo e crimes de dano. Afinal, se nossas práticas jurídico-penais criminalizam tanto condutas que resultam quanto condutas que não resultam em um dano naturalisticamente aferível, então a ideia de “proteção de expectativas” surgiria como candidata a um importante posto de gênero básico – porque presente em ambas as espécies de delitos – no arsenal teórico da dogmática contemporânea. A reformulação funcionalista de Kargl permitiria, neste contexto, repensar o corrente questionamento sobre a falta de legitimidade de delitos que não produzem resultado concreto empiricamente. Se passássemos a enxergar na ideia de proteção de expectativas o verdadeiro fundamento de um crime como o homicídio (tradicionalmente visto como de dano), então teríamos que admitir sua presença também nos chamados crimes de perigo abstrato, e os argumentos tradicionalmente usados contra a criação dessas figuras teriam de se esforçar para ser mais contundentes e sofisticados. Essa reconstrução funcional, em suma, parece trazer consigo a possibilidade de superação de alguns dos *déficits* explicativos e críticos de que sofre a atual teoria do bem jurídico.

Em segundo lugar, a contribuição de Kargl parece importante porque, da mesma forma como o faz Rudolphi, ela torna evidente a relação existente entre constituição de bens e sociedade, bem como entre a violação destes bens e a danosidade social que deve ser pressuposta de uma intervenção penal legítima; dessa forma, abre-se espaço para um questionamento mais profundo

³³⁰ KARGL, Walter. Rechtsgüterchutz durch Rechtsschutz... cit., p. 61.

e consistente a respeito de quais são os interesses dignos de proteção em determinada comunidade – seja no tocante a novas criminalizações, derivadas do surgimento de novos interesses sociais de proteção, seja no tocante a novas descriminalizações, derivadas do desaparecimento de interesses de proteção ou do crescimento de demandas por espaços de liberdade.

No capítulo anterior, apontei para diversos elementos que sugerem uma sensível crise do conceito de bem jurídico. Por conta desse esgotamento, duas das principais funções da ciência jurídico-penal estariam sendo comprometidas: de um lado, não estariam sendo dadas aos participantes de nossas práticas jurídicas categorias adequadas para descreverem aquilo que fazem; de outro, faltariam também conceitos consistentes para que eles pudessem avaliar e criticar as diversas configurações do Direito Penal de seu tempo. Diante desses problemas, as concepções de Rudolphi e de Kargl representam, cada qual à sua maneira, formas interessantes de reconstrução do conceito de bem jurídico. Ao funcionalizarem e normativizarem a teoria penal, esses autores dotam o conceito material de delito de algo que parecia atrofiado até então: a sua necessária *dimensão social*. Tanto a referência à função que os bens desempenham em cada sociedade, evidenciada por Rudolphi, quanto à normativização da noção de bem jurídico, promovida por Kargl, parecem fazer com que a discussão sobre quais comportamentos podem ser penalmente protegidos passe a envolver, necessariamente, argumentos *sobre a sociedade* na qual essa regulação é exercida. Assim, se do que se trata é de discutir os termos de uma sociedade concreta, então os espaços de liberdade que podemos e que queremos ter, bem como os deveres que precisamos e que estamos ou não dispostos a assumir nos dias de hoje, tornam-se elementos que não mais podemos ignorar no momento de definir o âmbito e os termos de operação do Direito Penal.

Essas são lições valiosas e que precisam ser levadas a sério se queremos superar adequadamente os déficits descritivo e crítico da chamada teoria do bem jurídico. Porém, precisamente neste ponto, e não obstante todos os méritos acima apontados, entendo que os modelos de Rudolphi e Kargl acabam por oferecer apenas uma *solução moderada* para esses sensíveis problemas. Isso porque,

embora eles proponham um novo fundamento para a noção de bem, esta permanece sendo tomada como centro do conceito de delito. Em outras palavras: nesses autores, a ideia de que o Direito Penal serve à proteção de bens jurídicos é remodelada, mas não parece ser abandonada nem substituída de maneira definitiva.

É nesse momento que ganha relevância a obra de Günther Jakobs. Esse pensador destaca-se entre os funcionalistas por não se restringir a discutir o conteúdo da noção de bem jurídico-penal, articulando essa questão, pelo contrário, a partir de uma nova forma de encarar o fenômeno delitivo.³³¹ Para ele, trata-se de reconduzir todas as categorias fundantes do processo de imputação à função que o Direito Penal presta ao sistema social, e de perceber, então, que o conceito de delito apenas pode ser pensado adequadamente se for entendido como uma *violação de deveres normativos*.

É o que será exposto de agora em diante.

³³¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 149-150.

CAPÍTULO 4

O MODELO TEÓRICO DE GÜNTHER JAKOBS: O DIREITO PENAL COMO PROTEÇÃO CONTRA A LESÃO DE DEVERES NORMATIVOS

4.1 A funcionalização radical da ciência jurídico-penal

O pensamento de Günther Jakobs é dotado de extrema inventividade e reconhecida complexidade. Embora corretamente criticado por ter cunhado o famigerado conceito de “Direito Penal do Inimigo”,³³² a importância de sua obra não apenas ultrapassa em muito esse debate, como mesmo parece *guardar certa independência frente a ele*. De fato, entendo ser possível enxergar, na obra de Jakobs, diversas fases, dotadas de pressupostos diversos e, muitas vezes, conflitantes.³³³ Disso decorre que muitas das ideias de Jakobs parecem poder ser apropriáveis, sem que seja necessário aceitar todos os pressupostos dos quais parte esse autor.

Conhecido como um dos principais expoentes do funcionalismo penal, seus escritos fornecem um tratamento *sui generis* dos principais

³³² Como este estudo não procura abordar esse debate, limito-me a remeter o leitor aos principais textos onde ele é travado: JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo: un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Edisofer, 2006; JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo – Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; JAKOBS, Günther. *Terroristen als Personen im Recht? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 117, 2005.

³³³ A título de exemplo, entendo que a proposta de Direito Penal do Inimigo, ao introduzir a ideia de segurança cognitiva e de “combate ao inimigo”, constituiria uma ruptura significativa em relação à tese jakobsiana de que o Direito Penal deve ser visto exclusivamente sob um ponto de vista comunicativo. Para detalhes acerca de uma divisão de “fases” no pensamento jakobsiano, com a qual concordo integralmente, ver MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 170-218.

temas da ciência penal contemporânea, sempre com o intuito de oferecer uma resposta adequada aos desafios de nosso tempo. Como veremos, pelos próprios pressupostos de que Jakobs parte, seria absolutamente necessário desnaturalizar os conceitos com os quais a teoria penal vem trabalhando de forma absolutizada, para que, então, seja possível adequar a ciência do Direito à sociedade no qual este se insere. A teoria penal, diz Jakobs, “*não apenas leva a cabo a tarefa de reunir as normas jurídico-penais de uma sociedade e de ordená-las segundo critérios externos; para além disso, trata-se de expor a necessidade e os limites de tais normas para seu tempo e, nesse sentido, sintetizar Direito Penal e tempo em um mesmo conceito*”.³³⁴

Esse penalista alemão partilha com um de seus principais inspiradores – o sociólogo Niklas Luhmann³³⁵ – a crença de que a teoria do Direito e a dogmática têm de se mostrar adequadas à complexidade da sociedade na qual elas são forjadas. Assim, parece-me mérito de Jakobs reconhecer que, por maiores que sejam os refinamentos conceituais de um dado complexo de categorias, ele de nada adianta se tiver perdido o referencial central da *realidade social*, de onde o Direito surge e sobre o qual age. Nesse sentido, os operadores do Direito, bem como aqueles que sobre ele refletem, deveriam estar preocupados não apenas com o refinamento analítico e a coerência lógica de suas construções teóricas, mas também – e principalmente – deveriam atentar para as causas e consequências sociais da atividade jurídica. Quais são as consequências de determinada alteração legislativa? A criminalização de determinado setor da vida social, além de ser compatível com uma teoria do delito abstratamente bem definida, faz sentido do ponto de vista político-criminal? Quais as relações entre os conceitos dogmáticos e a função que o Direito Penal exerce na sociedade? Em que medida as categorias jurídicas estruturam nosso raciocínio, nossas pretensões e nossas ações no âmbito do Direito Penal? Essas são importantes questões trabalhadas pelo movimento funcionalista, que tem em Jakobs um

³³⁴ JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. In: HASSEMER, Winfried (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53 (os grifos são nossos).

³³⁵ Para uma análise luhmanniana das relações entre dogmática e sistema social, ver LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993. p. 9-37. Entre nós, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980. p. 81-117.

dos seus principais expoentes. Para ele, “como ciência prática, a ciência do Direito Penal deve estar intimamente acoplada a outros dois sistemas sociais, a saber, primeiro, com a política, e, segundo, com o sistema jurídico propriamente dito”.³³⁶ Trata-se, portanto, de uma *premissa fundamental*: a de relevar sensivelmente as relações entre Direito e sociedade.

A adoção dessas premissas, longe de constituir mero jogo de palavras, traz consigo consequências relevantes para a formulação dos conceitos dogmáticos. Isso porque, segundo Jakobs, considerar fundamental a relação entre Direito e sociedade implica reconhecer que também a dogmática jurídico-penal, como setor de reflexão do Direito Penal, tem de necessariamente adotar uma “*perspectiva externa*”,³³⁷ isto é, tem de construir o processo de imputação com base não em um sistema fechado de categorias (como ação, antijuridicidade e culpabilidade), mas sim na prestação que o Direito Penal exerce no âmbito social.³³⁸ Como nota Marta Machado, trata-se de perceber a necessidade de adaptar o processo de imputação às estruturas concretas nas quais este é formulado.³³⁹ Para tanto, não apenas os conceitos de ação³⁴⁰ e de culpabilidade,³⁴¹ mas também outros situados em um grau bem menor de abstração devem deixar de expressar determinada essência pré-jurídica, para então “se converterem em conceitos sobre os quais nada se pode dizer sem que seja feita referência à função do Direito Penal na sociedade”.³⁴² Tal perspectiva implica, no limite, em pensar distintas formas de construção do conceito de delito, conforme as interações funcionais

³³⁶ JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente cit., p. 35.

³³⁷ JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, p. 851, 1995.

³³⁸ Nesse mesmo sentido, fundamental é LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Karl Heymanns Verlag, 1999. p. 280-282.

³³⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 133.

³⁴⁰ Fortemente funcionalizado em JAKOBS, Günther. *Der strafrechtlicher Handlungsbegriff*. Munique: C.H. Beck Verlag, 1992.

³⁴¹ Como procede em JAKOBS, Günther. *Das Schuldprinzip*. Düsseldorf: Westdeutscher Verlag, 1993 e também em JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: JCB Mohr, 1976.

³⁴² JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1991. p. VII.

vigentes em um dado contexto de regulação.³⁴³ Nesse diapasão, o que Jakobs propõe é conduzir os conceitos jurídicos a um *processo de funcionalização e de normativização radical*,³⁴⁴ de forma a que esses percam seu caráter material e previamente dado, para então serem vistos como contingentes em relação a cada arranjo social concreto.³⁴⁵

4.2 As críticas jakobsianas à teoria do bem jurídico

O conceito de bem jurídico, como conceito dogmático,³⁴⁶ não escapa desse processo de normativização. Pelo contrário, é por ele fortemente atingido e reformulado. Tal reformulação parece fazer com que várias das insuficiências da teoria do bem jurídico, tais como tratadas no capítulo 2 deste estudo, tornem-se efetivamente superáveis. Isso porque, a partir da funcionalização e da desmaterialização do conceito de bem jurídico, parece ser possível *repensar as causas dos déficits explicativos e críticos* dos quais sofre a atual teoria do delito, bem como propor *um novo critério* para se definir o que é e o que pode ser objeto de proteção penal em nossa sociedade.

Se os argumentos a seguir expostos parecerem corretos, então parte da obra de Jakobs deve ser lida como um esforço para criar um modelo alternativo àquele calcado na ideia de bem. Por conta disso, antes de adentrar especificamente no seu modelo, entendo ser conveniente começar tratando das objeções desse autor à teoria do bem jurídico, objeções estas que me parecem ser agrupáveis em *três diferentes ordens*: i) em primeiro lugar, as objeções em relação ao *fundamento* da teoria do bem jurídico, isto é, aos pressupostos

³⁴³ LESCH, Heiko H. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 28-29.

³⁴⁴ Para mais detalhes acerca dos pressupostos de tal processo de normativização, ver JAKOBS, Günther. *La idea de la normativización en La dogmática jurídico-penal. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Madri: Civitas, 2003. p. 15-45

³⁴⁵ Essa proposta parece constituir, portanto, uma inversão da proposta ontologicista de Welzel e Armin Kaufmann, no sentido de que a ciência penal deveria se preocupar com a “essência dos conceitos”, com o que há de “perene e constante na realidade humana”, e não com aquilo que varia de sociedade em sociedade. Cf. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* cit., p. 345 e ss. Para uma excelente contextualização dessa proposta, ver MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal* cit., p. 224 e ss.

³⁴⁶ Sobre o conceito de bem jurídico como conceito dogmático, ver AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 206.

teóricos dos quais esse modelo parte; ii) em segundo lugar, em relação à *descrição do sistema jurídico-penal* fornecida por essa teoria; iii) por fim, em relação ao reduzido *potencial crítico* nela inscrito.

4.2.1 As objeções jakobsianas quanto ao fundamento da teoria do bem jurídico

Como apontado no primeiro capítulo, a obra de Welzel parece marcada por uma *duplicidade* na abordagem do conceito bem jurídico. Por um lado, esse autor reconhecia a importância de se proteger bens, como estados materiais valiosos; por outro, no entanto, afirmava que a proteção de bens jurídicos seria apenas um momento parcial e condicionado da verdadeira proteção penal, qual seja, aquela que garantiria os valores ético-sociais e exercitaria no sujeito uma atitude conforme o Direito.³⁴⁷ Dessa forma, ao condicionar proteção de estados valiosos ao respeito dos valores sociais subjacentes a eles, Welzel chamava atenção para algo muito importante: a dimensão social que está na base da proteção realizada pelo Direito Penal.

Com o passar dos anos, no entanto, essa duplicidade foi esquecida pelos sucessores de Welzel, sendo que, desde Armin Kaufmann, a função de proteção de bens jurídicos parece ter matizado e minguado o aspecto ético-social de que falava seu mestre. A partir de então, a relevância da ideia de bem foi inflada, em detrimento do sentido social expresso em sua proteção. Consequentemente, a finalidade da pena estatal passou a ser cada vez mais cunhada na inviolabilidade e intangibilidade de bens jurídicos, e cada vez menos pautada pelas relações entre seus titulares.

É exatamente contra esse fundamento que Jakobs se volta. Para ele, a tese de proteção de bens jurídicos, ao tomar como referência central um *bem*, estaria adotando, no limite, um *ponto de partida equivocado*.³⁴⁸ Seja afirmando que existem bens prévios ao Direito

³⁴⁷ WELZEL, Hans. Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes cit., p. 101.

³⁴⁸ JAKOBS, Günther. Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention, Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung. *Sobre la normativización de La dogmática jurídico-penal*. Madri: Civitas, 2003. p. 48. Tomaremos como base o manuscrito original em alemão, que mantém, no entanto, a mesma paginação da

Penal (como faziam Birnbaum e von Liszt), seja afirmando que também o Estado pode criá-los e por eles ser responsável (como o faz a doutrina hoje dominante), a teoria do bem jurídico conceberia como norte do processo de imputação a *intangibilidade de determinados bens*. Eles deveriam ser preservados, exatamente por serem considerados pelo Direito como objetos de grande importância.

Fundamentar a intervenção penal na necessidade de proteção de bens, dirá Jakobs, não é algo adequado. E isso fica evidente se observarmos que, em uma grande quantidade de casos da vida cotidiana, um sem-número de “bens” seria lesionado e se extinguiria diariamente, como consequência de processos que, efetivamente, carecem de qualquer relevância jurídico-penal. Os seres humanos morrem ao alcançar uma idade avançada, desastres naturais destroem casas, objetos são corroídos por ferrugem etc. Ora, afirma Jakobs, admitir que essas sejam lesões de bens jurídicos seria, no limite, partir da absurda concepção de que o passado constitui um vasto “cemitério de bens jurídicos”.³⁴⁹ Diante de tantas lesões a bens presentes em nosso dia a dia, como então explicar que o Direito Penal permaneça inerte, como explicar que esses danos não afetem de modo algum nosso cotidiano jurídico?

Nesses casos, um adepto da teoria do bem jurídico poderia afirmar que ao Direito Penal caberia cuidar apenas de lesões de bens provocadas por ataques *humanos*, não lhe interessando meros fenômenos da natureza como a morte por velhice, uma tempestade ou uma reação química que deteriora objetos com o tempo; assim, ainda que uma gripe afete o bem *integridade física*, ela não constituiria uma violação contra esta como bem jurídico.

Essa resposta, afirma Jakobs, pode parecer convincente à primeira vista, mas uma análise mais detida nos fará perceber que o ponto decisivo parece permanecer escondido. O relevante, de fato, é compreender que os bens, independentemente de quem os viole (a natureza ou os homens), não transitam independentes pelo mundo; pelo contrário, estão adstritos a *titulares*, de modo que são estes (e não seus bens) que detém a pretensão de não serem lesados. Colocada a questão desse ponto de vista, Jakobs então sustenta ser preciso

publicação em espanhol.

³⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil* cit., Parágrafo 2/4.

aceitar que “o Direito não é um muro protetor colocado ao redor de bens, mas sim uma relação entre pessoas”.³⁵⁰ Portanto, a tese de que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas poderia significar que o que se protege é o indivíduo ou a coletividade em sua relação com outras pessoas.³⁵¹

Nessa perspectiva, o mundo em que opera o Direito Penal deixa de ser visto como um complexo de bens a ser protegido, e passa ser compreendido como um mundo de titulares de direitos que, de modo recíproco, têm o dever de respeitar os direitos alheios. Portanto, o delito não viola um bem jurídico, mas sim uma *relação jurídica* entre pessoas, estruturada normativamente; a título de exemplo, e na mesma esteira proposta por Kargl,³⁵² a destruição de um corpo ou de uma coisa apenas constituiria crime e deixaria de ser um “mero” fato natural se for vista como violação de uma relação jurídica de respeito aos bens *vida e integridade física*.³⁵³ Assim, destruir uma vida humana *per se* não seria mais que mero fato natural, sendo que apenas a presença de uma *norma* é capaz de converter o sistema psico-físico ser-humano em um titular de direito à vida que, portanto, não deveria ser morto sem razão.³⁵⁴

O que Jakobs propõe, portanto, é uma mudança de perspectiva, a partir da adoção de *um novo fundamento para a proteção penal*. Trata-se de aceitar, para usar de suas palavras, que “um Estado no qual os indivíduos possuem algo apenas faticamente é, necessariamente, vazio do ponto de vista jurídico. Para que se possa preencher esse vazio jurídico, é necessário que esses bens sejam processados em forma de ‘propriedade’, isto é, de direitos e deveres que devem ser respeitados por todos”.³⁵⁵ Nesse sentido, para que a morte possa ser entendida como delito de homicídio, isto é, para que possa ser

³⁵⁰ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33. Os grifos são meus.

³⁵¹ JAKOBS, Günther. Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention, Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung cit., p. 60-61.

³⁵² Conforme tratada no capítulo anterior.

³⁵³ JAKOBS, Günther. La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal cit., p. 27-28.

³⁵⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 154.

³⁵⁵ JAKOBS, Günther. Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem. *Festschrift für Knut Amelung*. Berlin: Walter de Gruyter, 2009. p. 45.

entendida para além de seu mero resultado empiricamente verificável, seria necessário que ela fosse vista pelo prisma das relações jurídicas que lhe atribuem significado.³⁵⁶ Sob esse novo ângulo, a teoria do bem jurídico, ao enxergar a sociedade como mero conjunto de bens, parece atomizar o complexo comunicativo das interações humanas, ameaçando encobrir esta importante relação entre sistema social e sistema jurídico.³⁵⁷

Nesse ponto, alguém poderia objetar: seria a adoção desse novo fundamento uma mera renomeação do problema? Estaríamos, aqui, apenas criando um desnecessário “metanível normativo”, complicando a proteção de um bem como a vida com a ideia de um “direito à vida?”.³⁵⁸ Acredito que *não*, de forma alguma. Pelo contrário, como procurarei demonstrar mais adiante, a objeção de Jakobs quanto aos fundamentos da teoria do bem jurídico parece ter por consequência direta uma sensível mudança na forma pela qual descrevemos e podemos criticar a atual configuração de nossas práticas jurídico-penais, superando uma série de deficiências presentes no horizonte atual da teoria do bem jurídico.

4.2.2 As objeções jakobsianas quanto ao déficit descritivo da teoria do bem jurídico

Se rejeitarmos o fundamento da teoria do bem jurídico, apontando como ela estaria partindo de uma perspectiva atomizada que reduz a sociedade a um conjunto de bens positivamente valorados, passamos a poder entender e repensar por que essa teoria parece insuficiente para descrever adequadamente o funcionamento do Direito Penal contemporâneo.

Quais seriam, então, as raízes de seu déficit descritivo da teoria do bem jurídico e como elas poderiam ser superadas a partir de uma perspectiva alternativa?

³⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 3. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 2008. p. 89.

³⁵⁷ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 171.

³⁵⁸ Esse argumento é sustentado, por exemplo, por SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos* cit., p. 13-14.

i) Em primeiro lugar, a teoria do bem jurídico parece enfrentar dificuldades por não levar suficientemente em conta o fato de que todo bem, para que possa ser efetivamente usufruído, necessitaria de uma série de condições acessórias, que atualmente nem seriam abundantes nem estariam garantidas por si mesmas. Dito de outra forma, a teoria do bem jurídico parece não compreender a *importância não apenas da proteção de bens, mas também das condições básicas necessárias a sua utilização*.³⁵⁹

Como apontado anteriormente, a sociedade da segunda metade do século XX se diferenciou e se complexificou de tal forma que não apenas diversos novos riscos surgiram, como também a forma pela qual a sociedade civil os apreendeu mudou significativamente. A crise financeira de 1929, duas guerras mundiais, a Guerra Fria, dois choques do petróleo na década de 1970, a consolidação de uma sociedade de consumo de massa, o aumento da consciência ambiental, a diminuição das fronteiras com a internacionalização do fluxo de pessoas, a flexibilização do fordismo e o advento de um padrão toyotista de produção: esses são apenas alguns dos fenômenos que impulsionaram uma sensível metamorfose das relações entre Estado e sociedade civil. Esse novo contexto passou a exigir das autoridades públicas um intervencionismo sensivelmente maior. Nesse movimento, a partir da década de 80, o Direito Penal foi chamado a regular um número cada vez maior de situações. Jakobs afirma que, nesse período, o que se passou a perceber foi um decréscimo da confiança de que os pressupostos da vida e da configuração da vida dos cidadãos se ajustariam por vias naturais, por meio da autorregulação do mercado ou de uma simples composição civil. Por conta disso é que o Estado teria passado a assumir a administração de tais pressupostos.³⁶⁰ O reflexo disso na seara penal seria, como vimos, o surgimento dos chamados “bens jurídicos supraindividuais”, como o meio ambiente, a confiança no sistema financeiro etc.

A teoria do bem jurídico parece enfrentar grande dificuldade para explicar esse novo contexto. Por enfatizar os bens protegidos e não as relações sociais que lhe subjazem, esses diversos novos interesses foram duramente questionados como objetos dignos de proteção

³⁵⁹ JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipienendenken... cit., p. 861.

³⁶⁰ JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*... cit., Parágrafo 2/11.

penal. Afinal, a seguridade do tráfico viário, o meio ambiente intacto e tantas outras situações não são, evidentemente, estados naturais como a vida, a integridade física ou mesmo a honra.³⁶¹ Por conta disso, sua caracterização como “bens” foi e continua sendo problemática para muitos autores que partem dessa chave de interpretação caucada em bens.

Nesse contexto, mesmo a discussão sobre entender ou não esses novos interesses como “bens jurídicos” seria, segundo Jakobs, inevitavelmente infrutífera, pois não enfrentaria a questão de por que esses interesses seriam importantes. Uma saída para não cair nesse mesmo erro apenas poderia ser pensada quando deslocamos nosso foco um pouco, entendendo que, quando tratamos desses interesses supraindividuais, estamos lidando não com bens clássicos, mas com algumas das condições básicas sem as quais aqueles estados naturais dificilmente poderiam ser protegidos efetivamente, dado o atual estágio de evolução de nossa sociedade.³⁶²

Em uma sociedade complexa, o estabelecimento de normas que se dirigem contra a lesão de bens de contorno nítido e voltados à satisfação dos interesses dos indivíduos não parece suficiente. Se elas serviam adequadamente às necessidades de um outro modelo social, o mesmo parece não se aplicar a este que hoje se apresenta.³⁶³ Nesse sentido, basta pensarmos na importância de um meio ambiente protegido como garantia da saúde e da vida de milhares de pessoas, ou em como o usufruto da propriedade individual poderia ser ameaçado se o sistema financeiro não for protegido contra colapsos. Quando deixamos de tratar esses interesses a partir de uma estrita gramática de bens, torna-se possível abrir espaço para discutir, de um ponto de vista *social*, sobre as necessidades e conveniências de uma regulação penal sobre esses setores. Se essa é, então, uma questão sobre a sociedade, então aqueles que querem defender a ilegitimidade da regulação penal de interesses supraindividuais não podem fazê-lo simplesmente alegando que “não estamos diante de bens jurídicos”,

³⁶¹ JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipien... cit., p. 862.

³⁶² JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal... cit., p. 45-46. O mesmo afirma STRATENWERTH, Günther. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts cit., p. 694.

³⁶³ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 155. A mesma necessidade de adaptação do Direito Penal às exigências do presente também é afirmada por SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft cit., p. 207-208.

pois teriam, pelo contrário, de defender que a proteção dessas condições de usufruto de bens não seria necessária para que nossa sociedade mantenha sua própria estrutura normativa.³⁶⁴

Com esse argumento, não pretendo endossar uma posição igualmente equivocada, que confere legitimidade imediata à proteção penal de interesses coletivos. Não se trata disso. Trata-se, apenas e tão somente, de perceber a importância de relacionar o Direito Penal e a sociedade, e de notar que as normas estruturantes da sociedade atual não cuidam necessariamente apenas dos processos de *interação direta entre indivíduos*, podendo também proteger expectativas relacionadas à *estabilização de instituições* e a fenômenos sociais de grande porte, como as relações de consumo de massa, de institucionalização dos processos políticos, de resguardo do meio ambiente e da higidez do sistema de economia globalizada. Afinal, tais expectativas, embora sejam por certo mais difusas, não são necessariamente menos *concretas*, pois também podem ser de suma importância para a estrutura normativa de uma sociedade diferenciada e complexa como nunca.³⁶⁵

Diante desse contexto, acredito que, se o que se pretende é afirmar que o Direito Penal de hoje deve manter sua estrutura clássica e funcionar nos moldes tradicionais,³⁶⁶ esse projeto não pode ser sustentado apenas pela referência àquilo que ocorreu no passado. Aqueles que o fazem estariam, nos dizeres de Jakobs, caindo no mesmo erro de quem não percebe que a obra *Second Treatise of Human Nature*, de John Locke, apesar de toda sua importância histórica, não reflete necessariamente a sociedade do presente.³⁶⁷ Assim, se levarmos a sério a necessidade de se refletir a respeito da relação entre sistema social e sistema jurídico-penal, então não podemos tomar como dado qualquer modelo de regulação

³⁶⁴ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 171.

³⁶⁵ JAKOBS, Günther. Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrschutzes. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1985. p. 627-628. No mesmo sentido, ver MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 186.

³⁶⁶ Como pretende a chamada “Escola de Frankfurt”, a exemplo de HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge* cit., p. 116 e ss.; no mesmo sentido, também HASSEMER, Winfried. *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre* cit.

³⁶⁷ JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipien... cit., p. 862.

penal. Pelo contrário, a recondução do Direito Penal às suas bases tradicionais é algo que, sim, pode ser sustentado, mas apenas de forma *argumentativa*, isto é, por meio de razões que exponham bons *motivos* para que, mesmo diante de todas as transformações sociais do último século, nosso modelo regulador permaneça o mesmo daquele praticado no passado. Afinal, são razões e fundamentos, e não o passado ou tradição que podem moldar o “se” e o “como” do Direito.

No plano desse debate mais amplo e necessário, parece-me que os atuais adeptos da teoria do bem jurídico estão caminhando para um impasse. Se, por um lado, condiciona-se a intervenção penal à proteção de bens, e entendem-se estes exclusivamente como bens concretos e individuais, então se acaba não compreendendo adequadamente a temática dos interesses coletivos. Por outro lado, quando se procura redescrever esses interesses coletivos como sendo “novos bens jurídicos”, essa teoria parece *diluir o próprio conceito que pretende a todo custo salvar*,³⁶⁸ uma vez que aproxima a ideia de bem daquilo que é socialmente tido como importante para a manutenção das relações intersubjetivas em um dado contexto social.³⁶⁹ Dito com um exemplo: se, por um lado, alguém afirma que o meio ambiente *não* é um bem jurídico e que, por isso, ele deve ser desconsiderado pelo Direito Penal, então se acaba deixando desprotegido um conjunto de condições sem o qual os bens *saúde*, *integridade física* e *vida* não poderiam ser usufruídos adequadamente; se, por outro lado, esse alguém procura adaptar a ideia de proteção de bens à realidade atual, então se acaba, necessariamente, esvaziando o conceito de bem jurídico, tratando-o como uma noção extremamente ampla e contingente, cujo conteúdo depende de cada contexto a ser regulado.³⁷⁰

Esse tipo de impasse, cada vez mais presente com a reconhecida tendência de “desmaterialização dos bens jurídicos”, parece-me um forte indício da *impossibilidade estrutural de descrição adequada de*

³⁶⁸ Assim admite GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato... cit., p. 110.

³⁶⁹ Não é à toa que Jakobs aponta que a criação da ideia de bem jurídico supraindividual implica em reconhecer que, no limite, toda e qualquer institucionalização da atividade estatal possa ser vista como bem. Cf. JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 2/11.

³⁷⁰ BACIGALUPO, Enrique. Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts. *Festschrift für Günther Jakobs*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007. p. 14.

nossa sociedade a partir de uma “semântica de bens”,³⁷¹ a qual reduz sua análise à proteção de interesses que, em realidade, são elencados e disputados no contexto de regulação em tela, não surgindo como valiosos por conta de suas próprias características imanentes.³⁷²

ii) Para além do fato da teoria do bem jurídico não levar em conta as condições necessárias ao usufruto dos bens concretos em uma sociedade complexa, Jakobs afirma que ela peca, ainda, por não perceber que, ao lado da vida, da saúde, da integridade física e de tantos outros interesses, *a própria segurança teria se convertido, atualmente, em um direito que se poderia exigir do Estado.*³⁷³

Para esse autor, seria certo que as normas que penalizam lesões efetivas de bens devem ocupar lugar de destaque; no entanto, em uma sociedade complexa e que permite contatos anônimos, isso, segundo Jakobs, não seria suficiente.³⁷⁴ Na medida em que o Estado teria sido chamado a intervir de forma mais incisiva sobre a vida social, o padrão de imputação, como vimos, passou a sofrer sensíveis transformações. A natureza dos interesses que se pretende proteger por meio das mais recentes criminalizações tornara impossível manter o tradicional *modus operandi* da regulação penal, baseado na reação em face de danos concretos. Nesse contexto, vimos como, para cuidar de um complexo cada vez mais difuso de riscos, a regulação penal teria começado a trabalhar, cada vez mais, de forma essencialmente *preventiva*.³⁷⁵

Também no plano dessa problemática, dar ênfase às relações entre sistema social e sistema jurídico constitui uma importante premissa para entender essas mudanças. Isso porque essas alterações em nossa estrutura de imputação refletiriam determinada forma de organização social, em que se verificaria uma nova e disseminada percepção social sobre a ideia de *risco*.³⁷⁶ Em uma sociedade desse tipo, afirma Jakobs, a administração estatal não poderia criar apenas normas que se referem à *lesão* de bens, pois existiria também a necessidade de

³⁷¹ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 156.

³⁷² JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 2/25.

³⁷³ Sobre a ideia de segurança como bem jurídico, ver a exposição detalhada de KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat...* cit., p. 277 e ss.

³⁷⁴ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? cit., p. 43-44.

³⁷⁵ HASSEMER, Winfried. *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik* cit., p. 486; no mesmo sentido, também PRITZWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko...* cit., p. 239.

³⁷⁶ BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft – auf dem Weg in eine andere Moderne* cit., p. 254-270.

que determinadas modalidades de comportamento, consideradas inócuas, sejam combatidas normativamente como condutas que infringem determinado padrão de *periculosidade*.³⁷⁷ Nesse contexto, seria necessário perceber que a própria segurança teria deixado de ser mero reflexo da atividade de polícia, convertendo-se em um interesse legitimamente tutelável.³⁷⁸

Seria, assim, com base na *lesão a essa pretensão de segurança* que os crimes de perigo abstrato poderiam ser explicados mais adequadamente. Apenas dessa forma seria possível superar a aporia expressa naquilo que chamei de “crise do princípio da ofensividade”, inerente à ideia de proteção contra danos ou perigo concreto a bens jurídicos. Na medida em que se desloca o ponto de gravidade do conceito do delito, percebendo-o como manifestação que afeta a relação entre titulares de direitos (no caso, de direito à segurança), e não como simples lesão de bens, a discussão sobre os crimes de perigo abstrato e os delitos de tentativa parece poder ganhar novos contornos: como nota Müssig, nessa nova perspectiva, as noções naturalistas de *dano* e *perigo* passam a ser reconduzidas e reconstruídas em uma mesma *semântica de lesividade normativa*. Assim, tanto no caso dos crimes de resultado quanto no dos crimes de perigo, estaríamos diante de expectativas sociais juridicamente garantidas; a diferença entre um caso e outro passa, então, a ter de levar em conta não o dano concreto existente em apenas uma dessas duas constelações, mas sim a *diferente intensidade dos significados lesivos* que ambos os tipos de crime representam para a ordem social.³⁷⁹ Longe de ser em si um projeto acabado, essa nova forma de enxergar a ideia de dano e os crimes de perigo abstrato exige o desenvolvimento de critérios dogmáticos mais aptos a sistematizar e limitar o uso dessa técnica reguladora; de qualquer modo, acredito que, com essa mudança de perspectiva, estaria dado ao menos o primeiro passo para que a conveniência e a legitimidade dessas figuras possam ser abertamente discutidas em seu mérito, sem que tenhamos de esbarrar na suposta impossibilidade teórica de explicá-las do ponto

³⁷⁷ JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipiendenken... cit., p. 863.

³⁷⁸ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

³⁷⁹ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 194-200.

de vista da dogmática penal tradicional.

iii) Por fim, para além da dificuldade em lidar com interesses coletivos e de não perceber a necessidade de se proteger a pretensão de segurança das pessoas, a teoria do bem jurídico, ao adotar um ponto de partida equivocado, parece ainda ser inadequada para descrever o Direito Penal contemporâneo por não dar conta da *alta volatilidade e contingência* verificadas na definição da fronteira entre lícito e ilícito na atualidade.

Como apontado quando da análise das normas penais em branco e dos delitos de transgressão, a dinâmica da sociedade contemporânea estaria afastando a regulação jurídico-penal de uma “moral institucionalizada”.³⁸⁰ Desse modo, a fronteira entre lícito e ilícito parece não se pautar mais em consensos absolutos acerca da imoralidade de determinado comportamento, sendo, pelo contrário, muitas vezes fruto de uma decisão que não guarda qualquer suporte em uma diferenciação moral entre justo e injusto. Para usarmos de um exemplo, podemos dizer que, se um crime clássico como o estupro diferencia lícito de ilícito com base em um padrão muito próximo do código moral/imoral (ter relações sexuais com mulher contra a vontade dela e mediante uso de força ou grave ameaça), o mesmo não parece acontecer com a definição que separa uma operação financeira penalmente típica de uma penalmente atípica.³⁸¹ Tal seria o afastamento dessas duas dicotomias que, muitas vezes, se mostra possível (e até altamente provável) que a linha que separa as operações financeiras lícitas das ilícitas seja uma hoje, e outra completamente diferente amanhã. Nesse contexto, vimos a importância da norma penal em branco como meio de adaptação do sistema jurídico-penal a uma realidade fortemente cambiante.

Para Jakobs, esse tipo de realidade não poderia ser adequadamente descrita pela teoria do bem jurídico. Isso porque esta procuraria fixar previamente os objetos dignos de proteção penal, incorrendo em uma tentativa quase estéril de redução de complexidade de um

³⁸⁰ Em sentido próximo, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 153.

³⁸¹ Da mesma forma, “no âmbito dos crimes econômicos internacionais, um astuto comerciante e um criminoso econômico não se diferenciam como antes se diferenciavam um ‘cidadão’ de um ‘malfeitor’”. Cf. JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipienendenken...* cit., p. 853.

setor jurídico que, inevitavelmente, teria de lidar com uma realidade altamente diferenciada.³⁸² Somente quando recorremos às relações entre Direito Penal e sociedade, para então perceber que aquele pode se alterar conforme as mudanças desta. Assim, ainda que a teoria do bem jurídico partisse de um rol mutável de bens, a frenética mudança dos contornos desses objetos de proteção, determinada pela contingência das necessidades regulatórias, parece fazer com que esse conceito tenha um reduzido potencial de descrição sobre o que vem ocorrendo na atualidade.

Diante do exposto, procurei demonstrar que a crítica de Jakobs ao fundamento da teoria do bem jurídico traz consigo importantes ganhos descritivos a ciência penal contemporânea. Mais do que uma mera troca de rótulos, o afastamento da ideia de bem e a consequente valorização das relações jurídicas presentes no seio social parece implicar em um tratamento mais adequado da realidade que vivenciamos: a partir da funcionalização proposta por Jakobs, a proliferação de “bens jurídicos supraindividuais” torna-se uma questão que diz respeito às condições necessárias ao usufruto de bens concretos; já a “crise do princípio da lesividade”, representada pela proliferação de crimes de perigo abstrato e delitos de tentativa, passa a poder ter seu alcance revisto, na medida em que a própria segurança é vista como um interesse digno de proteção, e a lesão de uma expectativa normativa toma o espaço central na definição de delito, antes ocupado pelos resultados concretos de cada conduta; por fim, a “administrativização do Direito Penal”, expressa no recurso crescente a normas penais em branco e a delitos de transgressão, passa a ser vista por outras lentes, na medida em que os objetos das normas penais passam a ser visto como contingentes e cambiantes, e não mais como bens *per se* dignos de proteção penal.

Essa funcionalização e essa desmaterialização da teoria do bem jurídico, portanto, trazem consigo a possibilidade de descrever adequadamente muitas das transformações pelas quais passa o Direito Penal de hoje. Consequentemente, dessa nova postura surge a possibilidade de superar a suposta “impossibilidade teórica”, sustentada pelos adeptos da teoria do bem jurídico, de explicar a atual realidade que vivemos. A partir de então, superadas as dificuldades

³⁸² JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 2/11.

de descrevermos teoricamente o Direito Penal da atualidade, abre-se espaço para que possamos, finalmente, discutir abertamente os méritos e deméritos dos rumos que estamos dando a nossas práticas jurídico-penais.

4.2.3 As objeções jakobsianas quanto ao déficit crítico da teoria do bem jurídico

Somado a todos esses méritos descritivos, existe algo ainda mais importante contido na afirmação segundo a qual o Direito Penal não serve à proteção de bens jurídicos: a *possibilidade de superar os déficits críticos de que sofre a atual teoria do Direito Penal*.

Anteriormente,³⁸³ mencionei como até mesmo um autor como Hassemer, ferrenho defensor do conceito de bem jurídico como limite ao *ius puniendi*, vem admitindo que a proteção de bens contra danos e perigo tem servido à legitimação de uma atuação cada vez mais intensa do Direito Penal.³⁸⁴ Nesse plano, apontei como a ideia de proteção de bens jurídicos vem migrando de um critério *negativo* para um critério *positivo* de política criminal, isto é, em vez de servir de crítica a novas incriminações, a proteção de bens tem servido como fundamento legitimador da expansão do Direito Penal. É chegada a hora de analisar com cuidado as raízes dessa transformação.

Na esteira do que percebe Jakobs, essa tendência não me parece acidental nem mesmo contraditória. Pelo contrário, ela parece-me *consequência da própria autocompreensão da teoria do bem jurídico*. Assim, se quisermos rastrear os motivos ocultos que alimentam a tendência contemporânea de expansão do Direito Penal, sobretudo no que tange ao quadro de adiantamento crescente das fronteiras de punibilidade característica dos crimes de perigo abstrato, da punição de crimes tentados e de atos preparatórios, então devemos olhar para a própria tese segundo a qual o Direito Penal serve à proteção de bens jurídicos.³⁸⁵

³⁸³ Ver seção 2.5.2 supra.

³⁸⁴ HASSEMER, Winfried. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* cit., p. 557; também HASSEMER, Winfried. *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik* cit., p. 484.

³⁸⁵ Esse argumento está originalmente exposto em uma palestra proferida por Jakobs em 1985, intitulada *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. A referida

De acordo com os partidários da teoria do bem jurídico, o objetivo das normas penais seria garantir a proteção de determinado estado de coisas, caracterizado pela intangibilidade de bens tidos como relevantes. A nocividade de uma dada conduta seria, nestes termos, definida pela periculosidade que ela representa para a integridade de determinado bem. Essa proposição, sobre a qual muito se apoia a maioria dos penalistas da atualidade, serviria supostamente para formularmos pretensões e demandas por um Direito Penal menos intromissivo e mais racional. Quando, no entanto, analisamos mais de perto o que está por trás dessa fórmula pretensamente garantista, a questão que surge é a seguinte: *se a função do Direito Penal é tida como a de evitar danos a bens jurídicos, como então limitar a forma pela qual esse objetivo será perseguido?*

Segundo Jakobs, a teoria do bem jurídico não conseguiria, *a partir de seus critérios internos*, responder a essa pergunta.³⁸⁶ Isso porque, ao tomar como exclusivo ponto de partida de seu modelo teórico a ideia de *bem*, aqueles que partem da teoria do bem jurídico tendem a desconsiderar equivocadamente a *esfera jurídica do autor*, deixando de se perguntar sobre algo extremamente importante: quais são seus direitos e seus deveres, isto é, se determinado cidadão seria ou não competente para garantir a incolumidade de determinado bem.³⁸⁷

Para esse modelo teórico, o crime seria concebido como uma lesão a bens, e a função do Direito Penal consistiria na garantia de que estes não sejam violados. O problema é que, se partirmos desse modelo como pauta de nossas práticas jurídico-penais, acabamos correndo o risco de dar tanta ênfase para os bens a serem protegidos e para a finalidade de garantir sua inviolabilidade, que então deixamos de atentar para a esfera de direitos e deveres do potencial autor, tomando-o como mera fonte de perigo – ou, nas palavras críticas de Jakobs, como “inimigo do bem jurídico”.³⁸⁸ Afinal, se um delito consiste na lesão de bens, e

palestra foi publicada na Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, tendo sido traduzida ao espanhol e publicada em JAKOBS, Günther. Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

³⁸⁶ Isso foi admitido recentemente, inclusive, por Roxin, que vimos ser um dos principais defensores da teoria do bem jurídico. Cf. ROXIN, Claus. Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte. *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010. p. 589-590.

³⁸⁷ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico cit., p. 295.

³⁸⁸ Idem, ibidem. Vale ressaltar que o termo “inimigo”, usado nesta época, tem significado

se evitá-la é a função precípua do Direito Penal, então os cidadãos acabam sendo colocados à margem desse modelo, não lhes sendo reconhecida qualquer esfera privada ou qualquer espaço de liberdade ou de competência, dentro das quais, embora possa haver lesão a algum bem, não seria lícita qualquer intervenção estatal.³⁸⁹

Acredito que essa grande preponderância dada aos bens sobre as esferas de liberdade e de competência de cada cidadão, longe de constituir uma mera deficiência teórica, traz consigo uma série de problemas práticos, quando transportada para o universo dos conceitos e categorias que estruturam o entendimento e as ações daqueles que participam de nossas práticas penais. Vejamos, então, alguns exemplos esclarecedores.

Suponhamos que, diante de atitudes autoritárias de um governante, uma série de pessoas começa a planejar, em seu foro íntimo, várias manifestações políticas, pintando as fachadas de órgãos públicos com protestos e termos questionadores. Ao ouvir em alguns meios eletrônicos rumores sobre esses planos, as autoridades públicas se colocam na posição de garantir a inviolabilidade de bens como a *propriedade* e a *paz pública*. Então, por não estarem dispostas a esperar que os eventuais danos aconteçam, editam normas penais de caráter preventivo, punindo não apenas a violação desses bens, mas também todos os atos preparatórios e o planejamento feito por aquelas pessoas.

Imaginemos agora que, em determinada comunidade costeira, uma forte indústria petrolífera se instala e começa suas atividades a todo vapor. Em nome da inviolabilidade do bem *meio ambiente*, a autoridade competente edita normas penais que punem todo e qualquer trabalhador que danificá-lo de forma considerável. Mais ainda, cria diversas posições de garante, estabelecendo para os dirigentes desta e de outras empresas uma série de deveres positivos, no sentido de garantir que nenhum perigo surja da exploração do petróleo, e sancionando-os

muito diferente daquele pelo qual Jakobs foi séria e justamente criticado. O texto ora em tela, datado de 1985, foi escrito 14 anos antes da temerária discussão sobre o *Direito Penal do Inimigo* ser colocada como polêmica internacional. Sobre a diferença dos termos usados nestas duas épocas, ver GRECO, Luís. Über das sogenannte Feindstrafrecht. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 96-98.

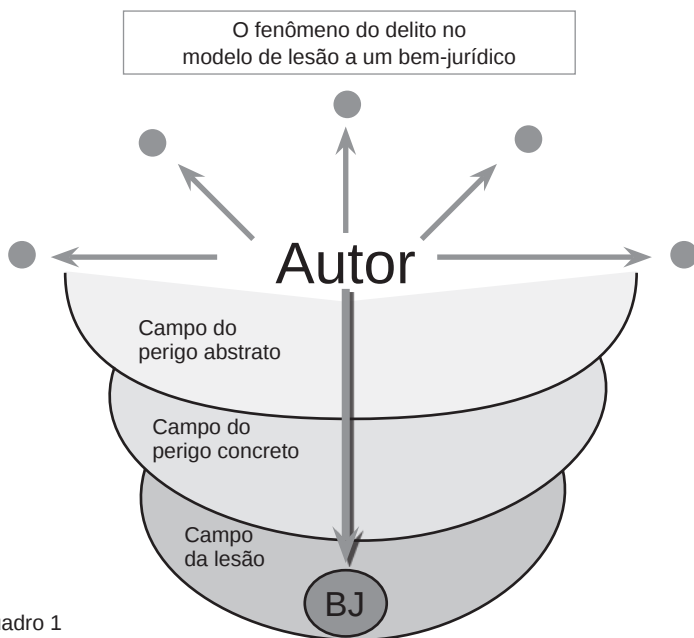
³⁸⁹ Ainda que partindo de outra chave, esse diagnóstico também está presente na brilhante tese de GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 347 e ss. (especialmente p. 350).

penalmente caso isso ocorra, a título de crimes omissivos impróprios.

Esses são apenas alguns exemplos de como o chamado “adiantamento da punibilidade” e a criação de uma série de questionáveis normas podem ser fundamentados pelo legislador com base no objeto de proteger bens jurídicos. Nos casos relatados, pode-se notar um importante papel desempenhado pela tese segundo a qual a função do Direito Penal seria garantir a proteção de bens. Para garantir sua intangibilidade, punem-se atos preparatórios que, eventualmente, possam representar algum perigo; sob essa mesma justificativa, cria-se ainda uma série de deveres positivos para pessoas envolvidas com riscos de grande porte, sobrecarregando-as com a árdua tarefa de proteger bens a todo curso.

Essas situações parecem apontar para o fato de que não apenas a teoria do bem jurídico não estaria apta a fornecer uma limitação à proliferação de crimes de perigo abstrato, de delitos de tentativa e de crimes omissivos impróprios, como, pelo contrário, parece estar na base fundamentadora desse processo.

O seguinte gráfico pode ser útil para ilustrar este argumento:



Quadro 1

Nele, o que se procura demonstrar é que, em um modelo que reduz o sentido da intervenção à proteção de bens, abre-se espaço para tal proteção seja defendida a todo custo,³⁹⁰ uma vez que a chamada teoria do bem jurídico não oferece, por si só, qualquer critério para garantir que a proteção penal se mantenha no campo da lesão, sem que migre para os campos de perigo concreto e de perigo abstrato. O autor, então, é visto como fonte de perigo a ser combatida, e suas esferas de liberdade e de competência tendem a ser desconsideradas em nome de uma tutela penal de caráter cada vez mais preventiva e eficientista.

Essa relação íntima entre teoria do bem jurídico e a atual tendência de adiantamento da punibilidade, longe de ser mera especulação diletante, fica evidente quando analisamos com cuidado alguns julgados recentes de nossos tribunais. Apenas a título de exemplo, podemos citar uma manifestação formulada pela Ministra Ellen Gracie no âmbito do julgamento do *Habeas Corpus* STF n. 81.057/SP.

Na espécie, o Supremo Tribunal Federal se deparou com a necessidade de discutir se alguém que portava uma arma desmuniada realizava ou não o tipo previsto no hoje revogado art. 10 da Lei 9.437/1997.³⁹¹ Alguns ministros entenderam que, por não haver qualquer potencialidade de dano no caso, não haveria que se falar em tipicidade da conduta; de outro lado, no entanto, alguns ministros sustentaram que o delito previsto no referido dispositivo seria de perigo abstrato, motivo pelo qual o crime em tela estaria consumado mesmo sem que houvesse possibilidade de ocorrência de resultado danoso.

Independentemente de se discutir qual posicionamento parece mais adequado à análise do crime de porte ilegal de arma, interessa aqui notar com quais argumentos foi sustentada a tese que procurava justificar a punibilidade no caso concreto. Em uma das passagens mais importantes de seu voto, a Ministra Ellen Gracie, opinando pela manutenção da condenação do paciente, sustentou que a legitimidade

³⁹⁰ JAKOBS, Günther. Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention, Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung cit., p. 67.

³⁹¹ “Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

dos crimes de perigo abstrato – como o que estava em jogo no caso – decorreria de sua função última de *proteção de bens jurídicos*. A seu ver, “*a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típico, independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas*” (os destaques são meus).³⁹²

Esse exemplo evidencia o problema que na ilustração acima procurei apontar: a dificuldade de se explicar, a partir da teoria do bem jurídico, por que entender a função do Direito Penal como proteção de bens não faria com que justificássemos a proliferação cada vez maior de adiantamentos de punibilidade característicos de um Direito Penal de perigo. Ou colocado como uma pergunta: “*se colocamos o bem jurídico como centro de gravidade do conceito de delito, (...) por que razão há de se esperar até que se produza a lesão?*”.³⁹³

Quando, portanto, Jakobs percebe essa face oculta da teoria do bem jurídico, o que esse autor nos fornece é um poderoso argumento, que faz com que a suposta “metamorfose” na função do bem jurídico – que se transforma de uma *proibição* em um *comando de criminalização* – se mostre em todas as suas contradições.³⁹⁴ Com isso, resta evidente a incoerência de se fazer referência à noção de bem jurídico para questionar o uso abusivo de crimes de perigo abstrato, de delitos de tentativa e de crimes omissivos impróprios. Na medida em que a teoria do bem jurídico, enquanto concepção dominante que temos sobre o delito, é denunciada como modelo que concebe a sociedade como um amontoado de bens que devem ser protegidos a todo custo, torna-se claro o porquê do descompasso existente entre os objetivos teóricos propostos e a prática expansiva da regulação penal

³⁹² STF, HC 81.057-8/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, fl. 261.

³⁹³ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal... cit., p. 42.

³⁹⁴ Cf. HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht...* cit., p. 7

na atualidade. Ao partirmos dos pressupostos dessa teoria, tendemos a ignorar a esfera de liberdades e de competência dos (potenciais) autores, não percebendo que nem toda conduta perigosa para um bem seria, necessariamente, socialmente lesiva. Assim, aquilo que seria mera intervenção ilegítima passa a ser tratado da mesma forma daquilo que serve como proteção legítima de interesses socialmente relevantes.³⁹⁵

A estrutura segundo a qual o Direito Penal protege bens jurídicos parece guardar, portanto, uma série de problemas para a autocompreensão de nossas práticas jurídico-penais. Por não dar devida atenção às relações entre Direito e sociedade, essa concepção acaba fornecendo modelos insuficientes para descrever a realidade atual. Mais ainda, por se pautar excessivamente pela proteção de estados valiosos, ela faz com que esqueçamos a importância de se levar em conta as esferas jurídicas dos cidadãos, esferas estas que efetivamente deveriam informar quando podemos e quando não podemos exigir via pena a intangibilidade de determinado bem jurídico.

Postas essas críticas fundamentais, parece-me que tanto o chamado caráter imanente quanto o chamado caráter transcendente do conceito de bem jurídico se mostram pouco úteis e até mesmo potencialmente perigosos. Diante desse quadro, devemos cada vez mais procurar desenvolver outras formas de pensar e processar dogmaticamente o conceito material de delito. Nas páginas a seguir, tratarei da forma pela qual, segundo entendo, Jakobs pretende superar essas dificuldades da teoria do bem jurídico, desenhando as linhas mestras de uma alternativa à ideia de que ao Direito Penal cabe a proteção de bens jurídicos. Consequente com a tese de que o Direito não trata de bens, mas sim das relações entre seus titulares, será exposto como, para Jakobs, a função exercida pelo Direito Penal consiste na *proteção da validade da ordem normativa*, ou seja, na proteção contra a violação dos deveres que dela decorrem.

³⁹⁵ Ou dito de outro modo: a teoria do bem jurídico não é capaz de distinguir normas meramente interventoras de normas funcionais. Cf. JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien* cit., p. 863.

4.3 O Direito Penal como proteção contra lesões de deveres

4.3.1 Prevenção geral positiva e garantia de expectativas normativas

Em termos muito gerais, pode-se dizer que, historicamente, a discussão sobre o conteúdo material do conceito de delito foi, por muito tempo, feita separadamente da discussão sobre a função do Direito Penal.³⁹⁶ O surgir do movimento funcionalista veio mudar esse quadro, sendo que já Roxin, quando afirmava que a função do Direito penal seria proteger subsidiariamente bens jurídicos, teria tratado de conectar a resposta da pergunta “o que protege o Direito Penal?” à da pergunta “para que protege o Direito Penal?”. Em Jakobs, por sua vez, essa fusão é levada às últimas consequências, pois, como apontado, ele condiciona todos os conceitos dogmáticos – dos mais simples aos mais abstratos – à determinação da função social do sistema jurídico-penal. Por esse motivo, tratar do objeto de proteção das normas penais exige, previamente, que seja exposta, ainda que de forma sucinta, a concepção de Jakobs a respeito da função do Direito Penal.³⁹⁷

Günther Jakobs é conhecido como o principal representante da teoria da *prevenção geral positiva* na atualidade. Para esse autor, esta seria a teoria que fornece os maiores subsídios teóricos de explicação da função da pena na sociedade. Jakobs enfrenta as diversas teorias formuladas sobre o tema, desde o retributivismo das teorias absolutas até os modelos de prevenção especial negativa e positiva, passando ainda pela prevenção geral negativa. Em oposição a elas, afirma que a principal função da punição não seria a retribuição de um mal cometido (como pensariam os retributivistas), nem a ressocialização do infrator, criando nele

³⁹⁶ Basta pensarmos, por exemplo, na forma como a discussão sobre a reabilitação do preso foi feita por von Liszt de forma apartada de sua concepção de bem jurídico como “interesse vital juridicamente admitido como valioso”.

³⁹⁷ Ultrapassa os objetivos deste trabalho analisar pormenorizadamente a teoria da pena de Jakobs. Por esse motivo, para mais detalhes, considero fundamental a leitura de JAKOBS, Günther. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Düsseldorf: Ferdinand Schöningh, 2004, bem como de LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Madri: Dykinson, 1999.

um valor de respeito à lei (como pensam os adeptos da prevenção especial positiva), nem sua neutralização com vistas a evitar reincidência no cometimento de um crime (prevenção especial negativa), e tampouco o desencorajamento do restante da sociedade, dissuadindo potenciais autores de ilícitos a realizarem seus planos (como pensam os adeptos da prevenção geral negativa).³⁹⁸

Para Jakobs, o Direito Penal teria por função contribuir com a *prevenção geral positiva*. A pena, nesse modelo, não se justificaria por sua capacidade de intimidar terceiros ou por sua capacidade de regenerar o infrator. Pelo contrário, os destinatários da norma penal seriam *todas as pessoas*, e não apenas alguns potenciais infratores.³⁹⁹ Ela teria, primordialmente, um efeito positivo sobre toda a sociedade, servindo para conservar a validade de sua estrutura normativa.⁴⁰⁰

Para fundamentar esse modelo, Jakobs redescreve elementos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, segundo a qual a sociedade é *comunicação*, configurada mediante normas.⁴⁰¹ Estas, por sua vez, são esquemas de interação que, de forma generalizada, estruturam uma rede de expectativas.⁴⁰² Segundo Luhmann, ao contrário do que aconteceria com as leis da natureza, as regras sociais precisam de um mecanismo que garanta sua validade, caso venham a ser desrespeitadas. Dito com um exemplo, ainda que um indivíduo tenha a expectativa de não ser lesado em seu direito de não ser agredido, existe sempre a possibilidade de ocorrência de um fato que vá contra tal expectativa, frustrando-a, por exemplo, quando se comete uma lesão corporal. Diante disso, a tarefa do Direito seria a de garantir que tal expectativa se mantenha como legítima, sem que se adapte (ou seja, sem que seja tomada, por seu detentor e por toda a sociedade, como uma expectativa equivocada). Em poucos

³⁹⁸ Para um panorama sobre as diversas concepções de fins da pena, bem como para uma análise crítica das mesmas, ver ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1998.

³⁹⁹ JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 1/9.

⁴⁰⁰ Sobre as origens e implicações dessa teoria, ver GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe I. *WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung*. Heft 1, 2004. p. 127-130.

⁴⁰¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1991. p. 411-418; ver também: LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 3. ed. Köln-Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987. p. 28-49.

⁴⁰² LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft* cit., p. 79.

termos, ao Direito caberia garantir expectativas.⁴⁰³

No que diz respeito estritamente ao Direito Penal, sua função seria, segundo Jakobs, garantir apenas e tão somente aquelas normas cuja observância seria irrenunciável para a manutenção da configuração básica da sociedade.⁴⁰⁴ Como um crime é visto como ato que porta uma comunicação violadora da ordem normativa, a pena surgiria, então, como mecanismo pelo qual se comunicaria à sociedade que o infrator, ao afrontar determinada expectativa normativa social básica, terá *seu ato entendido como comunicação defeituosa* – isto é, como algo que não se admite.⁴⁰⁵ O Direito, desse modo, lança a seus destinatários em geral, bem como à vítima e ao infrator em particular, a mensagem de que não aceita como comunicação válida a afirmação desviada, isso é, o delito. Dessa forma, reafirma-se a configuração normativa da ordem vigente, de modo que a aplicação da pena funciona como uma forma de confirmação simbólica da identidade social.⁴⁰⁶

Nessa interação simbólica entre negação da norma e sua confirmação por meio da pena, “*o delito cai marginalizado na comunicação*”,⁴⁰⁷ diante de uma declaração institucional de que seu conteúdo não representaria uma alternativa aceitável de comportamento, e de que a ordem mantém-se digna de gerar expectativas que nela se apóiem. Assim, não apenas o delito seria portador de uma comunicação, mas também o seria a pena, pois esta significaria “*que o comportamento do infrator não é determinante e que o que segue valendo é a norma*”.⁴⁰⁸

⁴⁰³ LUHMANN, Niklas. Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?. *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981. p. 73 e ss.

⁴⁰⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito á imputação...* cit., p. 166.

⁴⁰⁵ JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipiendenken cit., p. 844. No mesmo sentido, também: JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft...* cit., p. 88-98.

⁴⁰⁶ Detalhes e críticas desse modelo podem ser vistos em: CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoria de la imputación* de Günther Jakobs. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1999. p. 19-26.

⁴⁰⁷ JAKOBS, Günther. Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention, Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung cit., p. 51.

⁴⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 1/9. No mesmo sentido, ver: JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipiendenken cit., p. 845.

4.3.2 A proteção de bens jurídicos como um discurso metafórico sobre a vigência das normas penais

Como nota Müssig,⁴⁰⁹ se a função do Direito Penal é vista nos termos acima expostos, o que se torna possível é uma mudança decisiva de perspectiva no trato daquilo que se entende por objeto das normas penais. Em um sistema em que tanto delito quanto pena são elevados ao nível da *comunicação* e de seus respectivos *significados sociais*, a lesividade de uma conduta deixa de ser aferida com base na lesão de bens jurídicos.⁴¹⁰ Isso porque, quando adotamos esse novo modelo, uma infração passa a ser relevante não porque tenha resultado em uma lesão material a um bem concreto, mas sim porque resultou na *lesão à vigência de uma norma*.⁴¹¹ O objeto de proteção do Direito Penal torna-se outro, e este sistema passa a proteger a sociedade contra *infrações de deveres normativos*.

Longe de ser essa uma simples mudança teórica, é preciso reconhecer que, com isso, muitos dos problemas práticos enfrentados pela teoria do bem jurídico passam a poder ser tratados de maneira diferente e mais sofisticada.

Por um lado, tornar-se possível descrever mais adequadamente muitas dos institutos dogmáticos do Direito Penal contemporâneo. Em primeiro lugar porque, como nesse modelo seria relevada a relação entre sistema-jurídico e sistema social, ele acaba oferecendo uma explicação mais consistente da proteção penal dos interesses supraindividuais que surge na atualidade. Em segundo lugar, porque a remissão à ideia de deveres normativos, ao afastar a noção pouco maleável de *bem*, torna possível explicar a grande contingência quando da definição da fronteira entre lícito e ilícito, fazendo com que, assim, as normas penais em branco e os delitos de transgressão deixem de ser vistos, necessariamente, como figuras *per se* incompatíveis com o Direito Penal.

Para além disso, ao elevar o conceito de delito ao nível de comunicação, um modelo teórico calcado na noção de deveres normativos parece capaz de reestruturar o conceito de lesão, fazendo

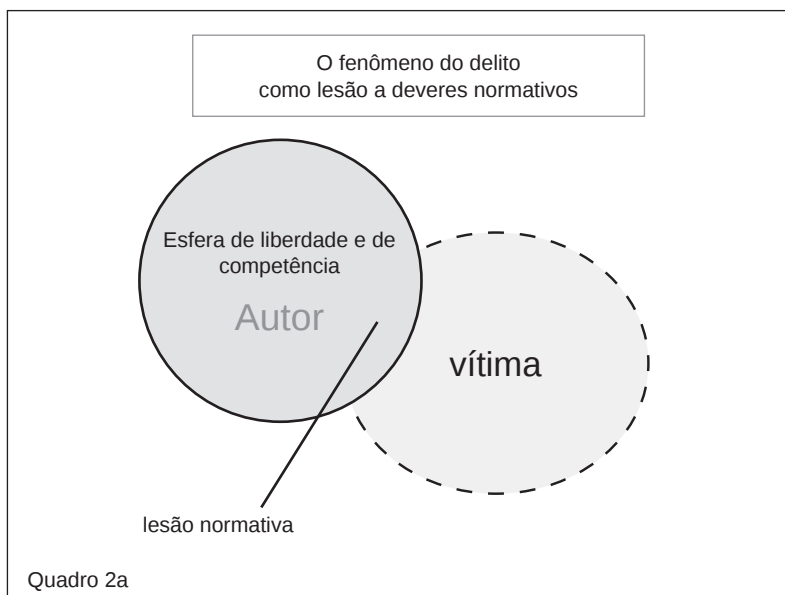
⁴⁰⁹ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal... cit., p. 256.

⁴¹⁰ JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*... cit., Parágrafo 1/11.

⁴¹¹ Assim também vê KARGL, Walter. Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz... cit., p. 60.

com que a chamada “crise do princípio da ofensividade” passe, necessariamente, a ser tratada pela semântica do *significado social da conduta*. Com isso, não apenas estaria resolvido um problema teórico, mas também estariam postas as linhas mestras de uma dogmática que pretenda ser capaz de operar adequadamente em uma realidade na qual a distinção entre lesão e perigo é cada vez mais fluida e indeterminada.

Para esclarecer este ponto, vejamos a figura a seguir:



Esse *Quadro 2a* pretende ilustrar uma das possíveis formas de compreender o conceito de delito como violação de deveres normativos. Como nesse modelo a sociedade deixa de ser entendida como conjunto de bens valiosos, para então ser vista como interação de expectativas condensadas em normas, um delito não pode mais ser tratado dogmaticamente como mera violação de bens, devendo, ao revés, ser concebido como ato portador de *significado lesivo* – isto é, como comunicação que afronta deveres condensados em normas estruturantes de uma dada sociedade. A pergunta central, assim, passa a ser: em que medida determinada pessoa organizou sua esfera jurídica de modo a violar as expectativas pertencentes à esfera de

outrem, isto é, em que medida um comportamento poderia ser visto como violação de um dever normativo?

Nesse novo registro, o dano empírico-causal que pode decorrer de um comportamento deixa de ser determinante, ainda que possa servir para avaliar a intensidade da lesão normativa de alguns tipos de crime. Trata-se, no limite, de perceber que *nem sempre a prática de um delito pressupõe a lesão de um bem concreto*. Assim, ainda que desempenhe algum papel em parte das normas penais, o resultado material de lesão a um bem jurídico concreto deixa de ser necessário para entender determinado comportamento como crime.⁴¹²

Se partirmos desse modelo estruturado sobre a noção de deveres normativos, então a chamada crise do princípio da ofensividade, que representava um verdadeiro entrave à explicação da realidade pela teoria do bem jurídico, parece ser finalmente passível de revisão e reformulação. Isso porque, nesse modelo, elemento comum a todo delito seria esta lesividade comunicativa, presente em todo comportamento que violasse um dever normativo. Não sendo mais decisivo o ataque externo, acessível aos sentidos, de determinado bem, tornar-se-ia possível, então, explicar teoricamente os crimes de perigo abstrato, os delitos de tentativa e de transgressão, entre outras figuras da regulação penal na atualidade. Afinal, também estes, embora não impliquem em destruição parcial ou total de bens jurídicos, poderiam ser pensados como comportamentos portadores de significado lesivo, como violações de deveres e de expectativas de segurança normativamente configuradas. A título de exemplo, bastaria aqui pensarmos que o resultado danoso com base no significado simbólico da conduta estaria presente tanto naqueles delitos cujo resultado tradicionalmente se afere em termos concretos e empíricos (ex: morte da pessoa, violação da liberdade sexual etc), quanto naqueles cujo resultado apenas pode ser visto como lesão a um standard de conduta normativamente estabelecido (ex: crimes de perigo abstrato, violação de bens jurídicos coletivos etc).

Se transferirmos o foco da proteção bens concretos para a proteção de deveres normativos, portanto, o próprio conceito de lesão tem de ser reformulado, passando a se calcar não mais em critérios empírico-causais, mas sim em uma *análise normativa e*

⁴¹² MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones... cit., p. 118.

funcional a respeito do que é considerado socialmente danoso. Esses ganhos descritivos teriam de ser, obviamente, acompanhados de um esforço em construir uma dogmática capaz de operar nossa realidade jurídica atual. No entanto, ainda que seja necessário desenvolver uma série de critérios dogmáticos para se aferir adequadamente as diferentes formas de lesividade normativa,⁴¹³ já estaria dado o primeiro passo para se solucionar a chamada crise do princípio da ofensividade, abrindo-se espaço para um debate mais profícuo acerca da conveniência e da legitimidade dos atuais rumos de nossas práticas jurídico-penais.

Por outro lado, não apenas o déficit descritivo, mas também parte do déficit crítico da teoria do bem jurídico – derivado da dificuldade em responder à pergunta “*se do que se trata é de proteger bens, como então impor um limite à tendência de adiantamento da punibilidade?*” – parece encontrar um tratamento mais consistente se adotarmos esta perspectiva. E isso porque, se o Direito Penal passa a ser visto como garantidor de expectativas normativas, então não lhe interessa toda e qualquer violação de bens, mas sim e apenas aquelas que violam determinado rol de deveres, ou seja, aquelas que, do ponto de vista *normativo*, possam ser consideradas como lesivas para a estrutura comunicativa da sociedade. Se o que constitui a lesão social não é o simples causar a morte (que representa simplesmente a lesão a um bem), e sim a oposição à norma subjacente ao homicídio, ou seja, a oposição à validade da norma que obriga o cidadão a não matar uma pessoa,⁴¹⁴ então um acusado somente deve ser responsabilizado quando se comportar em desacordo com um rol de deveres previamente delimitado.⁴¹⁵

Esse deslocamento de foco – dos bens a serem protegidos para os deveres normativos que estruturam as relações sociais – afasta, então, a problemática visão pressuposta na teoria do bem jurídico, a qual acabava por tomar o autor como mera fonte de perigo,⁴¹⁶

⁴¹³ A observação acurada é de: PUPPE, Ingeborg. Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik. *Goldtammers Archiv für Strafrecht*, 1994. p. 317.

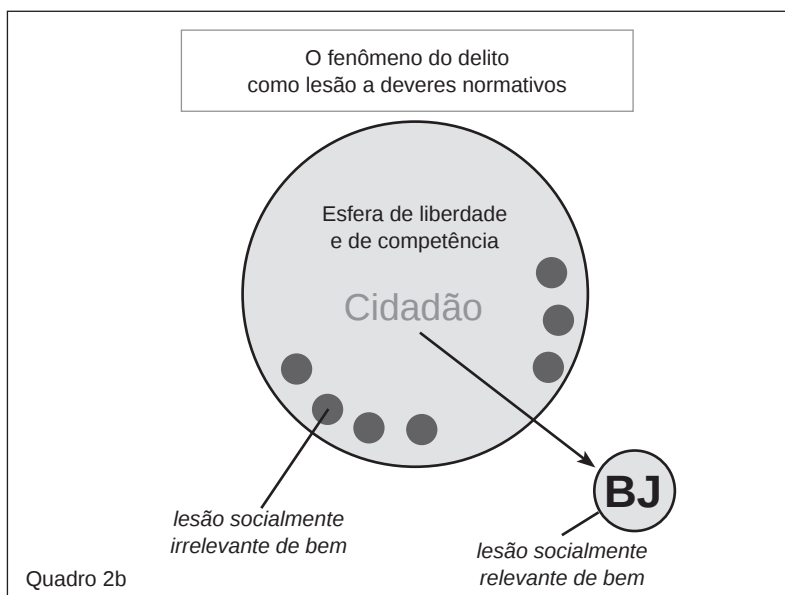
⁴¹⁴ JAKOBS, Günther. Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem cit., p. 45-46.

⁴¹⁵ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? cit., p. 38.

⁴¹⁶ Ver *Quadro 1*, supra.

pois tende a demandar uma maior consideração à esfera jurídica daqueles envolvidos no delito. Como consequência dessa mudança de perspectiva, passa a ser necessário aceitar, por exemplo, que todo autor, como pessoa, possui uma esfera de deveres e de direitos configurados normativamente, esfera essa que constitui não apenas o *fundamento* como também o *limite* da responsabilização penal. Ou seja: quando tomamos como pressuposto esse modelo teórico, somos chamados a reconhecer que um sujeito apenas pode ser imputado por um dano a um bem se a sua proteção estiver inscrita no rol de deveres de sua esfera de competência.

A seguinte ilustração pode ser usada para esclarecer este ponto:



Esse *Quadro 2b* tem por objetivo ilustrar uma segunda forma de entender o delito como lesão de deveres normativos. Se no quadro anterior importava perceber que nem todo delito pressupõe a lesão de um bem, nesse trata-se de deixar claro que *nem toda lesão de bens constitui um delito*.

Essa figura procura mostrar que, uma vez entendendo o Direito Penal como mecanismo de proteção de normas, passa a ser importante levar em conta a diferença entre *lesões relevantes* e *lesões irrelevantes*

de bens. As primeiras seriam aquelas que, do ponto de vista social, deveriam ser evitadas pelo autor, pois seria seu dever garantir a inviolabilidade de certo bem. As segundas, por sua vez, seriam aquelas que, normativamente consideradas, não podem servir de base à responsabilidade de ninguém, uma vez que estão dentro da esfera de liberdade e de competência de determinada pessoa, sendo, portanto, socialmente aceitas e juridicamente permitidas.

Com essa reformulação do problema oferecida por um modelo calcado na noção de deveres normativos, a semântica de verificação da legitimidade de um preceito penal parece, então, ganhar uma nova força. Por colocar em foco a relação entre titulares de direitos e deveres, e não a relação entre simples bens, abre-se espaço para uma limitação da intervenção penal com base em um *critério de imputação extra*: não mais “há lesão ou risco de lesão ao bem?”, mas sim “há fundamentos para se considerar que uma pessoa é responsável por garantir a intangibilidade do bem?”.⁴¹⁷ O dano social, assim, passa a ter de ser medido de modo diferente, sendo possível se falar em lesões de bens que *não* autorizam a punição penal, pois o “ser responsável por uma lesão” torna-se algo muito diverso do simples “causar uma lesão”.⁴¹⁸

Entendido nestes termos, o Direito Penal passa a funcionar com base em *papéis sociais*, vale dizer, com base em um conjunto de deveres que cada cidadão deve respeitar para que possa agir conforme a lei. Consequentemente, uma pessoa apenas pode ser responsabilizada por um delito se lesou a vigência das normas fundamentais à estrutura da sociedade e os deveres normativos inscritos em sua esfera de competência.⁴¹⁹

Esse pressuposto, que exige que levemos em conta a esfera jurídica do autor, parece de suma importância nos dias de hoje. Isso porque, como nota Jakobs, em uma sociedade complexa como a atual, não se poderia conceber o Direito Penal como uma simples instituição de conservação de bens; pelo contrário, já que em uma sociedade complexa é impossível que todos se ocupem de tudo,⁴²⁰

⁴¹⁷ JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? cit., p. 43.

⁴¹⁸ JAKOBS, Günther. Wie und was schützt das Strafrecht?... cit., p. 64.

⁴¹⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 157.

⁴²⁰ JAKOBS, Günther. *La imputacion objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc,

é preciso admitir que, muitas vezes, o sacrifício desses bens pode ser fundamental para tornar possível a própria interação social. A vida, a saúde, a liberdade etc, não estão simplesmente “aí”; devendo, ao revés, ser pensados como um “ser-em-função”.⁴²¹ Não deveríamos, portanto, criar uma barreira contra a lesão de bens; se assim o fizermos, corremos o risco de construir, no limite, uma “proteção policialasca”,⁴²² que culminaria em uma disfuncional paralisação social.⁴²³

Tendo esse risco em mente, a concepção de delito como lesão de deveres normativos fornece aos participantes de nossas práticas jurídico-penais um arsenal teórico mais adequado para tratar casos problemáticos de sua realidade. Partindo dessa perspectiva, no exemplo dos grupos que planejam protestar contra a autoridade governamental, acima mencionado, seria possível sustentar que a edição de normas penais de caráter preventivo tem sempre de respeitar um limite básico: o da esfera privada de que cada pessoa é titular. Assim, a punição de atos preparatórios e do planejamento feito por aquelas pessoas não poderia, em nome da proteção de bens, ser legitimada, uma vez que a intervenção deve sempre respeitar a esfera íntima de cada pessoa, ao menos enquanto esta não tiver se exteriorizado de forma mais contundente. Esse é um argumento que apenas pode ser fundamentado de forma consistente se tomamos o autor não como um mero perigo em potencial para bens, mas sim como alguém que, como cidadão, é dotado de uma esfera mínima isenta de controle estatal.⁴²⁴ Entender o delito como uma lesão de deveres normativos, e não como mera lesão de bens, parece, assim, um pressuposto fundamental para concretizar a ideia de que, “*em um Estado de liberdades, devem ser isentas de responsabilidade não apenas as cogitationes, mas também toda conduta que se*

1997. p. 3.

⁴²¹ “*Ihr Dasein ist ein In-Funktion-Sein*”. Cf. JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 2/23. Como vimos, parecido é o pressuposto de RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico cit., p. 344.

⁴²² Cf. LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision* cit., p. 182.

⁴²³ Basta pensar, por exemplo, no que a proteção absoluta de bens significaria em relação aos grandes riscos que enfrentamos, a todo momento, no tráfico viário, no consumo de alimentos geneticamente modificados etc.

⁴²⁴ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estado previo a la lesión de um bien jurídico cit., p. 295-296.

realize no âmbito privado e, ademais, toda conduta que seja per se irrelevante”.⁴²⁵

Também no que tange ao o caso das leis contra danos ambientais, usadas na hipótese acima mencionada, o modelo de lesão de deveres parece fornecer uma nova perspectiva e oferecer fundamentos sólidos para um novo tratamento prático. Se entendermos todo cidadão como um ser dotado de uma esfera de liberdade e de competência, então não podemos lhe imputar todo e qualquer perigo ou dano a determinado bem. Pelo contrário, a criação de crimes de perigo abstrato e de crimes omissivos impróprios, em sua fundamentação, precisaria ir além do argumento de que estariam servindo à “proteção de um bem jurídico”, fornecendo boas razões sobre por que deve ser imputado a um funcionário de uma empresa o dever de garantir – como um vigilante sem descanso – determinado estado de coisas, bem como detalhando quais devem ser os limites desses deveres. Isso significa, no limite, ter de partir da ideia geral de que, em uma sociedade complexa, os participantes da prática jurídico-penal devem estar aptos a discutirem a formulação de um tipo penal não simplesmente nos moldes “danificar um bem jurídico: pena de x a y”, esforçando-se para, além disso, discriminar detalhadamente *quais são os deveres* que competem a cada papel social, deveres esses que, uma vez respeitados, isentam de responsabilidade qualquer pessoa, ainda que um bem venha a ser violado.⁴²⁶

Diante do exposto, espero ter demonstrado que reformular o conceito de delito, tomando-o como lesão de deveres normativos, guarda um grande potencial crítico e permite repensar a atual tendência de adiantamento de punibilidade, incutindo a ideia geral de a regulação penal contemporânea não pode nem deve estar voltada à proteção de bens contra todos os riscos. Nesse ponto, um partidário da teoria do bem jurídico poderia até objetar que, em realidade, ele não defenderia a proteção *absoluta* de bens, mas sim e apenas a “proteção necessária” ou a “proteção de bens *relevantemente* afetados”. A própria ideia de *tipicidade*

⁴²⁵ Idem, p. 303.

⁴²⁶ Um argumento aproximado, aplicado à responsabilização penal por defeito de produto, pode ser visto em detalhes em MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 107-114.

material,⁴²⁷ hoje amplamente aceita na doutrina internacional e cada vez mais reconhecida nacionalmente, teria esse tipo de “correção conceitual” em mente, isto é, procuraria escapar de uma proteção cega de bens. No entanto, parece-me que esse tipo de “correção”, em vez de garantir uma sobrevida à teoria do bem jurídico, na realidade reforça os argumentos a favor de um conceito de delito calcado na lesão de deveres. Isso porque, ao assumir que a conduta apenas seria socialmente danosa se, para além da relação formal entre fato e descrição típica, o bem jurídico for atingido de “forma relevante”, o que esse partidário da teoria do bem jurídico não percebe é que está admitindo que, por trás do termo *relevante*, existe, na verdade, uma *consideração normativa*, que já não faz parte dos critérios internos da teoria do bem jurídico. Afinal, quando a teoria do bem jurídico afirma que se trataria da “proteção contra lesões *relevantes* de bem jurídico”, a própria ideia de “relevância” – que nada mais significa que a danosidade social da conduta⁴²⁸ – está sendo introduzida de fora para dentro da proposta de proteção de bens jurídicos.⁴²⁹

Diante dessa situação, de duas uma: ou a proteção de bens jurídicos é vista como absoluta, acarretando num possível aumento *ad infinitum* da responsabilidade penal para evitar a todo custo que bens sejam lesionados; ou ela é matizada por critérios normativos, e assim deixa de ser decisivo o bem em si, para então se tornar central aquilo que determina se o dano por ele sofrido é ou não um dano não permitido: as normas jurídicas e os deveres por ela prescritos. Em suma: ou a teoria do bem jurídico parece insuficiente para limitar o poder punitivo, pois tende a legitimar argumentos que justificam uma proteção absoluta de bens, ou ela remete, necessariamente, à proteção de deveres,⁴³⁰ fazendo com que a proteção de bens apenas seja sustentável como “*discurso metafórico sobre a vigência das normas*”.⁴³¹

⁴²⁷ Sobre este tema, fundamental é ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil* cit., p. 295-300 e 382-384.

⁴²⁸ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 210. Também ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter* cit., p. 292.

⁴²⁹ Neste ponto, concordo integralmente com o argumento de JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 2/5.

⁴³⁰ JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 7/4b.

⁴³¹ JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen”*

Assim sendo, acredito que a teoria penal, se pretende oferecer aos participantes de nossas práticas jurídicas conceitos e categorias que nos permitam compreender e criticar consistentemente nossa realidade, deve ser capaz de se movimentar no âmbito da própria estruturação da sociedade, discutindo e debatendo as normas de comportamento que compõem e configuram a comunicação do sistema social. Não mais a proteção contra a lesão de bens, e sim a proteção das normas que garantem a identidade das relações intersubjetivas: esse deve ser o ponto de partida.⁴³² Posto o problema nesses termos, as pretensões de determinar aquilo que se entende por “lesivo” passa a ter novos contornos, e “digno de punição” será apenas aquele comportamento capaz de atingir os papéis e os deveres normativamente estabelecidos. Nesse projeto teórico, com muitos reflexos práticos, a análise da legitimidade das normas penais passa a ser pautada por critérios normativos de identidade do sistema social.⁴³³ Trata-se, portanto, de uma proposta alternativa, que se preocupa em interpretar as relações entre Direito Penal e sociedade, pode abrir caminho para novas formas de compreender e de pensar nossas práticas jurídicas.

4.3.3 Teoria penal versus política: sobre o caráter formal da noção de dever normativo

O eventual sucesso deste projeto alternativo exige, contudo, o enfrentamento de uma derradeira crítica, que vem sustentando que, se do que se trata é da proteção de normas, então seria possível proteger qualquer ordem jurídica, da mais liberal à mais totalitária. Se adotamos esse modelo fundado na proteção de deveres normativos, alguns afirmam, estaríamos então assumindo uma “*concepção conservadora e tecnocrática, fundamentadora da expansão do Direito Penal e protetora do status quo*”.⁴³⁴

Prinzipiendenken... cit., p. 862.

⁴³² Nos dizeres de Luhmann, “não se trata da garantia ou da falta de garantia sobre uma dada ordem de bens, mas sim da possibilidade de continuidade do próprio processo de reprodução do sistema” (Cf. LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme* cit., p. 86).

⁴³³ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 171.

⁴³⁴ Apenas para citar alguns entre os muitos exemplos, ver: MIR PUIG, Santiago.

Sem dúvida alguma, parece-me verdade que, para um autor como Jakobs, seria impossível estabelecer, previamente, quais serão os conteúdos e os objetos das normas penais; afinal, como ele mesmo admite no início de seu Tratado, sua atenção se dirigiria apenas e tão somente para o estabelecimento dos traços comuns a todo ordenamento jurídico, independentemente das enormes diferenças aferíveis entre cada sociedade concreta.⁴³⁵ Como afirma um de seus discípulos, o conceito de dever jurídico, em si, seria *formal*, não pressupondo qualquer conteúdo específico.⁴³⁶ Por considerar que a decisão sobre esses conteúdos não seria uma questão a ser apreciada por sua teoria, muitos dos opositores a esse modelo calcado em deveres normativos afirmam que, com ele, estaríamos diante dos limites da desmaterialização e da funcionalização da ciência penal, pois estaria diluída qualquer possibilidade teórica de se estabelecer quais os conteúdos do conceito de delito, isto é, quais os interesses e objetos que seriam legitimamente passíveis de proteção.

Frente a isso, no entanto, entendo ser importante deixar claro o que está em jogo quando tratamos desse processo de desmaterialização e normativização do conceito de delito. Para tanto, duas perguntas precisariam ser respondidas: em primeiro lugar, *o conceito de bem jurídico seria capaz de fugir desse “problema”?* Em segundo lugar, *admitir que uma teoria como a de Jakobs não atribui qualquer conteúdo prévio às normas penais significa que esta deva ser rechaçada?*

Em relação à primeira questão, a resposta me parece ser *negativa*. Como procurei demonstrar no capítulo 1, o conceito de bem jurídico foi de tal forma alterado em seu desenvolvimento histórico que, seguramente, não constitui um conceito necessariamente liberal. Pelo contrário, como visto, a sua origem foi pensada por Birnbaum exatamente para legitimar criminalizações que não podiam ser explicadas com base na ideia feuerbachiana de lesão a direitos

Función fundamentadora y función limitadora da prevención general positiva. *El derecho penal en el Estado social y democratico de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 138; também: BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 24, p. 544 e ss., 1984.

⁴³⁵ JAKOBS, Günther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil...* cit., Parágrafo 1/1.

⁴³⁶ MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., p. 238.

subjetivos.⁴³⁷ Mais ainda, como vimos, a ideia de proteção de bens estaria sendo um fundamento importante para justificar a expansão do Direito Penal,⁴³⁸ acelerada, inclusive, pelo próprio fato de se dar relevância central à intangibilidade de certos bens. Ao contrário do que se pensa, portanto, a definição do que se entende por bem jurídico parece ser, também ela, marcadamente *formal*, pois a determinação de seu conteúdo depende, em última instância, de uma decisão política.⁴³⁹ Haveria, assim, uma forte arbitrariedade velada inscrita nesse conceito, sendo que por meio dele se poderia tanto garantir a liberdade do indivíduo quanto proteger a “pureza de uma raça” ou a hegemonia de um partido político, a depender do que se entenda por bem jurídico.⁴⁴⁰ Assim sendo, parece-nos ilógico afirmar que a adoção de uma perspectiva fundada na noção de dever normativo levaria à perda do potencial crítico da teoria do bem jurídico. Afinal, como o próprio Jakobs nota, “*o que não existe não se pode perder*”.⁴⁴¹

Diante dessas constatações, podemos então responder a segunda questão levantada. De fato, o modelo de Jakobs parece marcado por um *duplo contingenciamento* no trato da ideia de bem jurídico:⁴⁴² em um primeiro plano, a ideia de delito seria desnaturalizada e desvinculada tanto de conteúdos previamente dados quanto da proteção contra a lesão de bens, fazendo surgir a noção de *dever jurídico*; em um segundo plano, por sua vez, o conteúdo desses deveres é tido, ele também, como contingente em relação às definições de cada sociedade concreta.

Ao realizar esse procedimento, Jakobs afirma que a teoria penal não deveria interferir na escolha dos conteúdos dos deveres normativos de uma sociedade. Para ele, “*se realmente a sociedade esta imersa em uma tendência de diminuição dos direitos de liberdade, (...) a decisão sobre se este processo é excessivo e desnecessário, ou, pelo contrário, se consiste em uma necessária*

⁴³⁷ SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal supra-individual...* cit., p. 40

⁴³⁸ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro...* cit., p. 155.

⁴³⁹ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit., p. 48.

⁴⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Wie und was schützt das Strafrecht?*... cit., p. 69.

⁴⁴¹ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? cit., p. 43.

⁴⁴² A expressão extremamente acurada é de MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação*. cit., p. 158.

defesa, é algo que se define politicamente, mas não jurídico-penalmente".⁴⁴³ Em seu modelo, portanto, o conteúdo material do delito não teria uma relevância primária, pois a questão a respeito de quais deveres o Estado pode proteger sob ameaça de sanção penal seria deslocada para fora das margens da teoria penal.⁴⁴⁴ Em outras palavras, não estaria no âmbito de sua teoria dar definições sobre a identidade da sociedade,⁴⁴⁵ e avançar esse limite *não* seria, segundo ele, algo que caberia ao penalista.⁴⁴⁶

Esse posicionamento excessivamente passivo constitui o ponto em que me separo de Günther Jakobs. Isso, no entanto, não me faz abandonar um projeto de Direito Penal fundado na noção de dever normativo, pelo simples fato de que a postura que esse autor adota não me parece ser a única forma de defender um modelo alternativo à teoria do bem jurídico. Pelo contrário, como mencionado no início desse capítulo, as implicações da funcionalização e da desmaterialização da teoria penal são tantas que, em certa medida, acredito ser possível se apropriar de muitas das contribuições jakobsianas, sem, contudo, assumir que não caberia à teoria penal influir sobre a escolha dos conteúdos das normas penais. No limite, acredito ser possível partir de muitos pressupostos de Jakobs para, então, rever e aprimorar sua própria obra.⁴⁴⁷

⁴⁴³ Os destaques são meus. Cf. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien denken cit., p. 860.

⁴⁴⁴ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? cit., p. 46.

⁴⁴⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del derecho penal* cit., p. 38.

⁴⁴⁶ A mesma postura parece ser tomada por Stratenwerth, que, ao se mostrar absolutamente cético a respeito da possibilidade de se formular uma teoria geral acerca da legitimidade das criminalizações promovidas pelo Direito, afirma que a decisão sobre os limites e as medidas da punição deve ser feita em concreto, no plano do debate público em torno de uma dada tipificação (Cf. STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil I – Die Straftat* cit., p. 37).

⁴⁴⁷ Esse esforço parece estar presente na obra de alguns pensadores da atualidade que, ao se apropriarem da desmaterialização e da funcionalização proposta por Jakobs, o fazem de maneira crítica, revendo muitas das posições desse autor a partir de suas próprias contribuições. Apenas para citarmos alguns exemplos, ver GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit – Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005; também: MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit.; e MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. In: DíEZ, Carlos Gómez-Jara. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

Nesse sentido, embora esse autor derive desse processo de desmaterialização e da funcionalização uma posição teórica excessivamente passiva frente às diversas demandas feitas ao sistema jurídico-penal, suas ideias parecem trazer consigo (ainda que não intencionalmente, é verdade) um *potencial emancipatório* nunca antes visto na teoria do Direito Penal, e por isso não devem, de modo algum, ser rechaçadas de plano.

4.4 O potencial emancipatório inscrito na funcionalização e na desmaterialização dos conceitos em Direito Penal

Do exposto nota-se que nem o modelo de proteção de bens nem o de modelo de proteção de deveres normativos seriam capazes de necessariamente restringir os possíveis conteúdos de uma norma penal.⁴⁴⁸ No entanto, parece-me que essa última forma de entender o delito é dotada de três sensíveis vantagens quando comparada com sua oponente. Como já apontado, em primeiro lugar ela guarda um maior potencial *descritivo*, na medida em que dá ênfase às relações entre Direito Penal e sociedade, e entende o delito como lesão normativa, não empírico-causal; em segundo lugar, ela guarda ainda um maior potencial *crítico*, pois exige que consideremos a esfera jurídica dos cidadãos, não os tomando como meras fontes de perigo à inviolabilidade de certos bens.

Para além desses dois aspectos, por si muito importantes, o modelo de delito como lesão de deveres normativos parece guardar, ainda, uma *vantagem fundamental* sobre a teoria do bem jurídico: o fato de deixar *evidente* que a opção por uma maior ou menor intervenção penal é, no limite, uma decisão *política*, determinada contingencialmente, e não aferida em um processo dedutivo pelos teóricos penalistas. Em outras palavras: por denunciar a formalidade dos conceitos jurídicos (entre eles, o conceito de “bem jurídico”), mostrando que esses são preenchidos contingencialmente de acordo com cada contexto de regulação concreto, o que esse processo de funcionalização consegue evidenciar é o caráter *normativo* do que

⁴⁴⁸ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? cit., p. 47.

antes era tido como “conteúdo material do delito”. Nesse sentido, e ao contrário do que se prega, seja no modelo de bens jurídicos, seja no modelo de lesão de deveres, estaríamos diante de estruturas formais que dependem – queiramos ou não – de decisões para preencher seus conteúdos.⁴⁴⁹

Assim, o problema apresentado em ambos os casos seria o mesmo: quem toma a decisão e com base em quê.⁴⁵⁰ E nesse ponto parece residir uma diferença fundamental entre esses dois modelos. O modelo fundado na noção de bem jurídico, ao defender que os bens são protegidos penalmente porque têm um valor em si, tende a mascarar o caráter social e normativo dessa decisão, fazendo com que a resposta acerca de quais são os “bens dignos de proteção penal” seja dada de forma unilateral pelos teóricos do Direito Penal. Em oposição a isso, a definição de delito como lesão de deveres tende a evidenciar a natureza contingente desse processo, uma vez que esvazia o conteúdo *a priori* vinculado à ideia de bens, e se nega a fornecer, de antemão, uma resposta unívoca sobre quais são os comportamentos legitimamente reguláveis pelo Direito Penal.⁴⁵¹

Os ganhos decorrentes da adoção dessa perspectiva são muitos. O principal deles, talvez, consista em entender que, se o debate acerca de “quais são os bens jurídicos de uma sociedade” constitui, nos termos de Jakobs, um debate metafórico sobre a vigência das normas sociais, então devemos considerar ilegítima qualquer colocação feita em termos “ontologizados”. Concretamente falando, no âmbito de um debate público acerca da legitimidade de determinada criminalização, alguém que queira defender adequadamente sua posição não poderá fazê-la apenas afirmando que algo “é” ou “não é” um bem jurídico, como se esta fosse uma questão de identificar coisas “existentes” no mundo. Pelo contrário, se entendermos que estamos diante de um problema *normativo*, e não *ontológico*, as respostas tradicionalmente dadas pelos penalistas não podem mais ser vistas como meras “descrições da realidade”, tendo, pelo contrário, de ser acompanhadas de bons *argumentos*

⁴⁴⁹ É o que sugere GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung... cit., p. 451-452.

⁴⁵⁰ Nesse mesmo sentido: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 159.

⁴⁵¹ JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipiendenken cit., p. 859-860.

e boas *fundamentações* – que levem em conta tanto os interesses regulatórios da sociedade em que se discute quanto a magnitude dos custos de liberdade em jogo relacionados a determinada criminalização.

Nesse ponto, talvez seja necessária uma ressalva. Ao dessubstancializar o conceito de delito, transformando os objetos tradicionalmente tidos como “bens jurídicos” em conteúdos *normativos* adotados pelo Direito Penal, não quero dizer que os teóricos penalistas não possam ter, para si, uma proposta própria a respeito do que entendem ser melhor para nossas práticas jurídicas. Sem dúvida alguma, eles o podem – e, inclusive, acredito que o *devem*. No entanto, não me parece que lhes caiba substituírem, como oráculos, os próprios cidadãos no processo de escolha dos objetos e das formas de regulação que se deseja adotar.⁴⁵² A não ser que estejam em jogo valores basilares e fundamentais de um Estado democrático (por ex.: no caso de apoio massivo à pena de morte), não deveria ser dada aos teóricos penalistas a legitimidade de decidir *com exclusividade* o “o quê” e o “como” do Direito Penal.⁴⁵³ Se de o que se trata é de defender um modelo de regulação jurídico-penal, então isso deve ser feito não por meio de “descrições” sobre quais “são” os bens jurídicos a serem protegidos, mas sim por meio de argumentos bem fundamentados sobre o que se entende ser a atual configuração da sociedade em debate, bem como sobre aquilo que se deseja para ela.

E isso não apenas porque a sociedade atual poderia exigir uma maior regulação dos novos riscos que surgem de forma crescente. De forma alguma. Não apenas um *aumento* no espectro e uma mudança no *modus operandi* da regulação penal parecem ser atravancados enquanto a teoria penal e aqueles que a partir dela operam continuarem se valendo de uma semântica de bens jurídicos valorados unilateralmente; também as *necessidades sociais de descriminalização* em diversos âmbitos estarão sendo

⁴⁵² O mesmo entendimento pode ser encontrado em: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 111.

⁴⁵³ Nesse sentido, estou de acordo com o desabafo de Stratenwerth, quando este afirma que não cabe à Escola de Frankfurt decidir, como um oráculo, aquilo que pode e aquilo que não pode ser um interesse digno de proteção através da pena (Cf. HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoria del bien jurídico...* cit., p. 420).

ignoradas enquanto continuarmos presos a uma gramática de bens predeterminados pelos teóricos do Direito Penal.

Mais uma vez, a referência à justificativa de um Projeto de Lei pode ser esclarecedora. Da fundamentação do Projeto de Lei 5.085/2005, que busca criminalizar toda e qualquer forma de aborto (inclusive aquelas hoje permitidas) com base na proteção do bem jurídico *vida*, consta a seguinte passagem: *“Ao garantir os direitos individuais fundamentais e invioláveis a todas as pessoas, sem qualquer distinção e, portanto, sem distinguir, tampouco, o estágio da vida em que se encontrem, a Constituição Federal cita, em primeiro lugar, o direito à vida. (...) o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra insuficientes. É indispensável, portanto, que se explicita a natureza hedionda de tais crimes, bem como se vedem legalmente quaisquer ações nesse sentido. Por essa razão, o aborto, em qualquer hipótese passa a ser considerado crime, com a revogação do art. 128 do Código Penal”*. O autor do referido projeto, ao tratar de questão excepcionalmente rica e complexa, fundamenta uma criminalização apenas fazendo referência aquilo que seria um “bem jurídico em si valioso”; não se preocupa, assim, em explicitar os diversos interesses e valores em jogo na questão, nem em argumentar e sustentar racionalmente porque estes deveriam ser preteridos em nome do interesse de vida do feto. Nesse tipo de fundamentação, encontramos expressamente posto o tipo de postura ontologizada que considero problemática. Enquanto a questão da criminalização e da descriminalização do aborto, por exemplo, for analisada estritamente nesses termos, a partir de uma linguagem de “proteção de bens jurídicos” (*vida* contraposta à *liberdade* da gestante), ela permanecerá sendo decidida parcial e autoritariamente por pessoas que pretensamente descrevem qual “é” o “bem preponderante”.

Da mesma forma, enquanto o “bem jurídico” *propriedade* for visto como valor fundamental pelos teóricos do Direito Penal, os cidadãos continuarão sem poder pensar em modelos alternativos que não vinculem a lesão ao patrimônio sanções tão drásticas como as que aplicamos atualmente em nosso país.⁴⁵⁴ Também alguns casos

⁴⁵⁴ Nesse sentido, a partir de uma rápida passada de olhos em nosso Código Penal, as exacerbadas penas cominadas aos crimes que violam as normas que protetoras do

de proteção penal da sexualidade, por muitos setores da sociedade considerada um ranço de moralismo insustentável nos dias de hoje, nunca poderá ser vista como uma questão irrelevante ao sistema jurídico-penal, enquanto se apoiar na referência a esse “bem jurídico” feitas unilateralmente pelos penalistas. Em suma, se permanecermos presos a uma “semântica de bens”, que trata as decisões sobre o que consideramos digno de proteção penal como uma questão *descritiva*, ontológica, continuarão sendo raros os esforços tanto no sentido de se discutir efetivamente sobre quais são os custos – em termos de liberdade, de recursos, de autonomia etc. – decorrentes de determinada criminalização, quanto no sentido de se buscarem possíveis alternativas à regulação penal de determinado problema.

Os problemas derivados dessa postura parecem ser ignorados pela grande parte dos penalistas de nosso país. Acreditando estar adotando uma visão garantista, não raramente encontramos quem sustente que, *“tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui valor, o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem; ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para a sua proteção vem estabelecida a pena”*.⁴⁵⁵ Ainda que acredite que tal concepção seja formulada com boas intenções, parece-me que ela acaba atuando *contra* a construção de uma prática jurídica mais racional e menos invasiva, uma vez que, ao vincular automaticamente o Direito Penal a proteção de objetos “valiosos em si”, ela incorre em um duplo problema: por um lado, ela acaba fornecendo uma visão unilateral acerca de qual deve ser protegido penalmente; por outro, ela impede que alguns interesses sejam tratados por outros meios que não através da pena.

Uma vez capturada nessa problemática faceta, a chamada teoria do bem jurídico acaba se mostrando como uma espécie de “bloqueio cognitivo”, isto é, como uma armadilha presente em nosso imaginário teórico e prático, que dificulta nossa reflexão tanto sobre modelos alternativos de Direito Penal quanto sobre modelos

patrimônio falam por si.

⁴⁵⁵ A síntese deste posicionamento foi retirada de PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição* cit., p. 23.

alternativos ao Direito Penal. O processo de desmaterialização do conceito de delito, ao abrir espaço para modelos que acentuam a relação normativa existente entre Direito Penal e sociedade, parece constituir uma possível via de saída dessa redoma. Para que realmente sejamos capazes de resolver esse dilema, precisamos levar a sério o aviso vocalizado por Marta Machado, segundo a qual o processo de escolha dos objetos de proteção penal nunca será democrático enquanto forem parciais a seleção dos argumentos que impulsionam a criminalização e os critérios que se articulam para brecá-la. Nesse sentido, enquanto permanecermos, como penalistas, assumindo de antemão um único conteúdo possível para o conceito de delito (por exemplo, sua conformação tradicional como violação de bens jurídicos individuais), estaremos subtraindo dos cidadãos “*uma parte da decisão sobre como regulamentar os diferentes setores da sociedade e que instrumentos estão a sua disposição para resolver conflitos de distintas naturezas*”.⁴⁵⁶ Diante desse quadro, a concepção de delito como violação de deveres parece ser dotada de um relevante *potencial emancipatório e democrático* para o Direito Penal, pois deixa o caminho aberto para novas formas de se compreender o que é, sob um critério efetivamente *social*, entendido como danoso. Como irá se formular este processo de eleição dos objetos das normas penais passa, assim, a depender da concreta configuração de cada sociedade, e não mais de um rol determinado unilateralmente posto pelos penalistas.

As diversas concepções a respeito do que pode e do que não pode ser processado pelo Direito Penal devem, assim, estar prontas para se engajarem em um debate *normativo*, com argumentos dotados de peso e passíveis de refutação racional. Não mais pessoas discordando sobre o que “é” um bem jurídico penal, mas sim pessoas avaliando as necessidades de regulação da sociedade, de um lado, e os espaços de liberdade e de autonomia que queremos resguardar, de outro. Diante dessa reformulação, certamente alguns irão dizer que, se esvaziarmos os conteúdos prévios dados ao conceito de delito, estaremos abrindo espaço para o advento de arbitrariedades e de confusões categoriais. No entanto, na esteira do que ensina Silva Sánchez, acredito que,

⁴⁵⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 114.

com esse método, estaremos muito mais perto de apreender o real *status* da ciência penal, por tanto tempo escondido por trás de pretensões desmedidas de cientificidade e neutralidade que, no entanto, nunca estiveram em condições de se realizar.⁴⁵⁷ Somente assim, dessubstancializando o conceito de delito e evidenciando o caráter normativo da determinação de seus possíveis conteúdos, conseguiremos tornar os participantes de nossas práticas jurídico-penais verdadeiros *autores* de nossa realidade; a partir de então, o modo como atribuímos responsabilidade penal em nossa sociedade poderá ser submetido à decisão consciente dos cidadãos, tornando-os – para usar da expressão de Günther – “responsáveis por sua responsabilização”.⁴⁵⁸

Compreender isso parece-me uma tarefa de suma importância. Ao mesmo tempo, admito que concretizar esse projeto é algo complicado, que exige de nós penalistas um tipo de reflexão que raramente é feita. Se reconhecermos que a avaliação da legitimidade dos preceitos penais deve ser, ela mesma, feita de forma legítima, então temos de aceitar que esta é uma questão que deveria ser pensada a partir de critérios democráticos. Vista nesses termos, a ideia de um “conceito material do delito” teria, invariavelmente, de ser reformulada: não mais a determinação unilateral acerca daquilo que os penalistas entendem como valioso, mas sim a tentativa de categorização conceitual da própria atividade de reflexão e de autodescrição da sociedade. Nesse sentido, não estando os padrões de referência dessa análise previamente dados, mas sim sendo resultado dos conflitos e das controvérsias entre diversos interesses sociais,⁴⁵⁹ o teórico penal deverá estar preparado para reconhecer toda uma nova gama de formas possíveis e legítimas de configuração da regulação penal em cada sociedade concreta,⁴⁶⁰ seja no sentido de um *aumento da regulação penal*, seja no sentido de um processo intensivo de *descriminalização de condutas*.

Esse processo de desmaterialização e funcionalização traz

⁴⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo* cit., p. 71.

⁴⁵⁸ O termo alemão é “Verantwortung für ihre Verantwortlichkeit” (Cf. GÜNTHER, Klaus. *Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft*. In: MÜLLER-DOOHM, Stefan. *Das Interesse der Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2000. p. 477-478).

⁴⁵⁹ MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal...* cit., p. 261

⁴⁶⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del derecho penal* cit., p. 44.

consigo, portanto, importantes elementos para uma *reformulação da problemática da legitimação jurídico-penal*, apenas possível quando a teoria do bem jurídico dá lugar a um modelo cunhado na semântica da proteção de deveres normativos. As tarefas dessa reformulação parecem ser muitas e custosas. De qualquer modo, as primeiras pedras dessa estrada parecem ter de ser postas tendo em mente as palavras de Müssig:

“a questão a respeito de qual é o sentido social, qual é o objeto de cada tipo penal, deve ser vista como diretamente relacionada com a configuração da sociedade, e não como uma questão relativa a determinados bens jurídicos. O Direito Penal é a garantia das normas enquanto estrutura da sociedade. Por isso, os critérios de legitimação e os padrões de referência hão de ser determinados desde uma nova perspectiva: aquela da identidade e da autodescrição do sistema social”.⁴⁶¹

⁴⁶¹ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal... cit., p. 232

CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS ■

Este trabalho, por entender de suma importância refletir sobre os conceitos e categorias que usamos em nossas práticas jurídico-penais, procurou contribuir para uma compreensão distinta do conceito material de delito, a partir de uma discussão acerca de qual é o objeto protegido pelas normas penais. Para tanto, teve de enfrentar, invariavelmente, a tese segundo a qual o Direito Penal protegeria bens jurídicos, dado ser essa a visão predominante na atualidade.

Esse enfrentamento não foi, por sua vez, despropositado. Pelo contrário, foi motivado e guiado por um diagnóstico, a meu ver cada vez mais evidente, de que a chamada teoria do bem jurídico não estaria cumprindo duas das principais funções da ciência do Direito: servir de modelo descritivo adequado à compreensão e à operação do sistema jurídico, bem como apresentar critérios consistentes à crítica das práticas ilegítimas que surjam em sua autorreprodução.

Em nome de fundamentar esse diagnóstico, entendi necessário reconstruir os principais passos galgados no desenvolvimento da teoria do bem jurídico, de forma a evidenciar as questões fundamentais que giraram em torno desse conceito, bem como as possíveis funções que ele seria capaz de desempenhar. A reconstrução das diversas formulações dessa teoria mostrou, principalmente, que o conceito de bem jurídico parece ser dotado de uma maleabilidade incontornável. Desde suas origens até os dias de hoje, as pretensões de oferecer um rol preciso de bens que possam ser objeto legítimo das normas penais não teriam feito outra coisa senão fracassar. Para além disso, percebeu-se que, ao contrário do que afirma grande parte dos penalistas, não haveria qualquer relação direta entre proteção de bens jurídicos e garantias liberais;

pelo contrário, a exemplo do que vimos ao analisar a origem desse conceito (criado por Birnbaum), a ideia de proteção de bens muitas vezes pode servir não à limitação, mas sim à legitimação da expansão penal.

Todas essas dificuldades parecem se intensificar no momento em que a sociedade se diferencia fortemente e se complexifica. Passa-se a verificar, a partir de então, que tanto o potencial descritivo (vinculado a seu caráter *imanente*) quanto o potencial crítico (vinculado a seu caráter *transcendente*) do conceito de bem jurídico estariam progressivamente perdendo sua força. Analisando a efetiva complexificação social verificada com o advento de um Estado interventor e a queda do modelo liberal de organização social, procurei mostrar como novos riscos passam a ser objeto da regulação penal e como isso levou a uma alteração no *modus operandi* do sistema jurídico, fazendo com que surgissem figuras como bens jurídicos supraindividuais, crimes de perigo abstrato, delitos de tentativa e de transgressão, normas penais em branco, entre outros. Nesse contexto, aponte como pilares fundamentais da teoria do bem jurídico foram sendo, pouco a pouco, atingidos, na medida em que: a volatilidade de uma proteção penal de *standards* de segurança e de riscos difusos teria desfeito o vínculo entre delito e juízo de reprovação moral, evidenciando a contingência das normas jurídico-penais e a insustentabilidade de um conceito de crime fundado em um rol pré-positivo de bens; a proteção de uma série de situações garantidas não apenas *pelo*, mas também e principalmente *em nome do Estado* relativizaria a ideia de que toda norma penal deve fazer referência à maximização da liberdade dos indivíduos; e a proliferação de delitos de perigo abstrato e de mera conduta colocaria em evidência um crescente apelo do Direito Penal contemporâneo ao chamado desvalor de ação, pondo em crise o chamado “princípio da ofensividade” e colocando em xeque a noção de delito fundada na lesão naturalística de bens materiais, evidenciada no tradicional paradigma dos crimes de resultado.

É diante desse cenário que deveria ser lido o surgimento de modelos teóricos alternativos à teoria do bem jurídico, propondo tanto descrições mais acuradas quanto críticas mais consistentes de nossas práticas jurídico-penais. Nesse contexto, aponte um profícuo caminho recentemente aberto, que consiste na funcionalização e na

desmaterialização do conceito de delito. Inicialmente desbravado por Rudolphi e Kargl, esse trajeto desemboca em sua plenitude na obra do jurista alemão Günther Jakobs. A meu ver, a obra desse autor constitui um interessante caminho com vistas a superar muitas das dificuldades pelas quais passa a chamada teoria do bem jurídico. Isso porque, ao conceber o delito como comunicação que viola deveres normativos, de um lado estabelece-se que nem todo delito constitui uma lesão de bem jurídico e, de outro, por dar evidência à esfera de liberdade e competência de cada cidadão, permite-se sustentar que nem toda lesão de bem constituiria um delito.⁴⁶² Ainda que considere esse modelo teórico problemático em certos aspectos,⁴⁶³ acredito que o que temos a partir dele é uma nova forma de conceber os problemas atuais do Direito Penal.

Como procurei demonstrar, não apenas o avanço da regulação penal pode ser processado a partir de uma ideia de proteção de deveres, como também uma forte redução da responsabilidade penal pode ser, com base nesse modelo alternativo, proposta e defendida com força renovada. Ademais, o principal mérito desse processo de desmaterialização e de funcionalização, presente nas críticas à teoria do bem jurídico, consiste em evidenciar os nexos absolutamente relevantes entre sociedade e Direito Penal,⁴⁶⁴ chamando nossa atenção para o fato de que, no fundo, “nem um, nem outro pode saltar sobre sua própria sombra”.⁴⁶⁵ Uma vez reconhecida a importância desse projeto, estaremos diante de todo um novo horizonte de reflexão para a teoria penal, pois ficará patente que, acima de tudo, nós penalistas temos uma nova tarefa: a de buscar os critérios de legitimação das normas penais em um plano *normativo*, não mais “descrevendo” uma dada conexão entre Direito Penal e um conjunto de bens, mas

⁴⁶² No mesmo sentido, v. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação...* cit., p. 158.

⁴⁶³ Ver item 4.3.3 supra.

⁴⁶⁴ Consiste, no limite, em entender o Direito Penal como estrutura da própria sociedade. Cf. MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal cit., p. 200; no mesmo sentido, também: JAKOBS, Günther. *Dogmática penal y configuración normativa de la sociedad*. Madri: Civitas, 2004. p. 22 e ss.

⁴⁶⁵ JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipien denken cit., p. 859-860.

sim construindo e reconstruindo a forma como nós, cidadãos, exercemos a responsabilidade penal em nossa sociedade.

Se o que foi defendido na apresentação deste trabalho faz algum sentido, então compreender melhor os conceitos e categorias que usamos quando criminalizamos condutas, quando exigimos a liberdade de nossos clientes, quando decidimos pela prisão de um infrator etc., parece ser algo de suma importância. Ao refletir sobre o conceito de bem jurídico, tão importante para nossa prática jurídico-penal, guiava-me a intuição de que, ao fazê-lo, investigava parte daquilo que somos e que queremos para nosso Direito Penal. Nesse sentido, ao defender certas mudanças em nossa perspectiva teórica, meu esforço foi direcionado a tentar tornar os participantes de nossas práticas jurídicas mais conscientes do terreno sobre o qual sustentam suas pretensões, bem como a apontar para novas ferramentas operacionais, novos pressupostos, novos imaginários e, acima de tudo, novos pontos de partida.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Org.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1995.

AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtliche Grundlage; zugleich ein Beitrag. zur Lehre von der Sozialschädlichkeit des Verbrechens*. Frankfurt am Main: Athenäum-Verlag, 1972.

ANASTASOPOULOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*. Munique: C.H. Beck Verlag, 2005.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983.

BACIGALUPO, Enrique. "Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts". In: *Festschrift für Günther Jakobs*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: uma nueva fundamentación de la pena dentro de la teoria sistémica. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 24, 1984.

_____. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 37-55, 1991.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos sem bens jurídicos? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, n. 181, dez. 2007.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft – auf dem Weg in eine andere*

Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

BERZ, Ulrich. *Formelle Tatbestandverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz – Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*. Munique: C.H. Beck Verlag, 1986.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2003.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. Band I: Normen und Strafgesetze*. 4. ed. Leipzig: Felix Meiner Verlag, 1922.

_____. *Grundriss des deutschen Strafrechts – Allgemeiner Teil*. 8. ed. Darmstadt: Scientia Aalen Verlag, 1975.

_____. *Handbuch des Strafrechts*. Leipzig: Duncker & Humbolt, 1885. v. 1.

_____. *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*. München: Ducker & Humbolt, 1915. t. I.

BIRNBAUM, Johann Michael. Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens. *Archiv des Criminalrechts*. Neue Folge Band 17, 1984.

_____. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv de Criminalrechts*. Neue Folge Band 15, 1984.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del risco*. Madri: Civitas, 2001.

BUSTO RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos coletivos. *Revista de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense*, Madrid, 1986.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoria de la adecuación social en Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madri, n. 46, p. 697-729, 1993.

_____. O atual estado da política criminal e a ciência do

direito penal. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Un nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoria de la imputación de Günther Jakobs*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1999.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Madri: Editorial Constitución y Leyes, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNÁNDES, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Heyer Verlag, 1840.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Luis. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlim: Duncker & Humblot, 2009.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, 2004.

_____. Rechtsgüterschutz und Tierquälerei. *Festschrift für Knut Amelung*. Berlim: Walter de Gruyter, 2009.

_____. Über das sogenannte Feindstrafrecht. *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 2006.

GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe I. *WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung*. Heft 1, 2004.

_____. Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts. In: NEUMANN, Ulfried (Org.). *Recht und Moral: Beiträge zur Standortbestimmung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1991.

_____. *Schuld und kommunikative Freiheit – Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

_____. Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft. In: MÜLLER-DOOHM, Stefan (Org.). *Das Interesse der Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2000.

_____. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein “Paradigmawechsel” im Strafrecht?. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Org.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1995.

HART, Herbert. L.A. *O conceito de direito*. 4. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HASSEMER, Winfried. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht. *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001.

_____. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. Munique: C.H. Beck Verlag, 1990.

_____. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: PHILIPS (Org.). *Jenseits des Funktionalismus*. Heidelberg: Decker & Müller Verlag, 1989.

_____. Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992.

_____. Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik. *Strafverteidigung*, n. 9, p. 484 e ss., 1995.

_____. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*. Heidelberg, C.F.Müller, 1994.

_____. Sicherheit durch Strafrecht. *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, n. 4, 2006.

_____. Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989.

_____. *Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1973.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Berlin: Karl Heymanns, 2002.

_____. (Org.). *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madri: Marcial Pons Ediciones, 2007.

HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*. Heidelber: Decks Verlag, 1991.

_____. *Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung – über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven*. In: NEUMANN, Ulfried. *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten, Teil: Die Geschichte des Einwilligungsprobleme und die Methodenfrage*. Berlin: J. Bensheimer Verlag, 1919.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: PPU Ediciones, 1991.

JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estado previo a la lesión de um bien jurídico. Estudios de Derecho Penal*. Madri: Civitas, 1997.

_____. *Das Schuldprinzip*. Düsseldorf: Westdeutscher Verlag, 1993.

_____. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, p. 851, 1995.

_____. *Derecho penal del enemigo : un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Edisofer, 2006.

_____. *Der strafrechtlicher Handlungsbegriff*. Munique: C.H.

Beck Verlag, 1992.

_____. Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrschutzes. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1985.

_____. *Direito penal do inimigo – Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dogmática penal y configuración normativa de la sociedad*. Madri: Civitas, 2004.

_____. *El derecho penal como disciplina científica*. Navarra: Civitas, 2008.

_____. La autocomprensión de la ciência del derecho penal ante los desafios del presente. In: HASSEMER, Winfried (Org.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. La idea de la normativización en La dogmática jurídico-penal. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Madri: Civitas, 2003.

_____. *La imputacion objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

_____. O que protege o Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O que protege o direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Schuld und Prävention*. Tübingen: JCB Mohr, 1976.

_____. Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem. *Festschrift für Knut Amelung*. Berlin: Walter de Gruyter, 2009.

_____. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Düsseldorf: Ferdinand Schöningh, 2004.

_____. *Strafrecht – Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

_____. Terroristen als Personen im Recht? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 117, 2005.

_____. Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention, Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung. *Sobre la normativización de La dogmática jurídico-penal*. Madri: Civitas, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1988.

JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lei Antitóxicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*. Werke, Darmstadt, 1975. t. IV.

KAREKLAS, Stefano Emm. *Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht*. Tübinger: Eberhard-Karl-Universitäts, 1996.

KARGL, Walter. “Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz: über den Zusammenhang von Rechtsgütern, Schaden und Strafe”. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt (Org.). *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1995. P. 53-64

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Tübinger: Mohr Siebeck Verlag, 1934.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat – rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989.

KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 105, 1993.

LAMPE, Ernst-Joachim. *Das personale Unrecht*. Berlim: Duncker & Humboldt, 1967.

LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Karl Heymanns Verlag, 1999.

_____. *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. *La función de la pena*. Madri: Editora Dykinson, 1999.

LISZT, Franz von. Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 8, 1888.

_____. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 26. ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1932.

_____. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingchen Handbuche. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Berlim: Walter de Gruyter, 1970. t. I.

_____. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Berlin: Walter de Gruyter, 1970. t. I.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Nova York: Menter Press, 1965.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993.

_____. Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981.

_____. *Rechtssoziologie*. 3. ed. Köln-Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

_____. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1991.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs e a dogmática penal contemporânea*. Tese (Doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

_____. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo, IBCCRIM, 2005.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*. Köln: Karl Heymanns, 1972.

MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madri: Centro de Estudios Judiciales, 1993.

MIR PUIG, Santiago. *Función fundadora y función limitadora da prevención general positiva. El derecho penal en el Estado social y democratico de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Júlio Cesar Faria, 2003.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ,

Jesús-María (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. In: Díez, Carlos Gómez-Jara. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

_____. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* VII, Buenos Aires, n. 11, p. 259, 2001

_____. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und Abstrakter Rechtsgüterschutz – zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischen Fundament*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1994.

NAUCKE, Wolfgang. Konturen eines nach-präventiven Strafrechts. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 3, 1999.

NEUMANN, Franz. *The Rule of Law: political theory and the legal system in modern society*. Leamington: Berg Press, 1986.

PERDOMO, Alberto Poveda. Fundamentación material del injusto: entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 21, 1998.

PIRES, Álvaro P. Alguns obstáculos a uma mutação humanista do direito penal. *Sociologias*, v. 1/1, p. 64-65, 1999.

_____. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et sociétés*, v. 33, 1994.

PIRES, Álvaro P.; ACOSTA, Fernando. Les mouches et la bouteille à mouches – utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale. *Revue Carrefour*, v. 16, n. 2, p. 8-40, 1994.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. *Cuadernos de Política Criminal*, Madri, n. 39, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. v. 3.

_____. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 4.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

_____. Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima Ratio? – Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate. In: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (Org.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1995.

PUPPE, Ingeborg. Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik. *Goldtammers Archiv für Strafrecht*, 1994.

ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. N. 116, 2004.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos uma finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons Ediciones, 2007.

_____. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlim: Walter de Gruyter, 1970.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1998.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil I: die Grundlagen und der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. Munique: C. H. Beck Verlag, 2005.

_____. *Systematischer Kommentar StGB*. 6. ed. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1994.

_____. Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte. *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, n. 5 a 8, p. 329, 1975.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1999.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. Das Verbrechen als Pflichtverletzung. In: LARENZ, Karl (Org.). *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlim: 1935. p. 108-142.

SCHMIDT, Ebenhardt. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1983.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los límites inviolables del derecho penal em um Estado liberal de Derecho*. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2007.

_____. Kritische Anmerkungen zur geistigen. Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goldtdammers Archiv für Strafrecht*, 1995.

_____. Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. *Festschrift für Claus Roxin*. Berlim: Walter de Gruyter, 2001.

SGUBBI, Fillipo. *El delito como riesgo social: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Ábaco Editorial, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madri: Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, RT, 2003. p. 40.

SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1962.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRATENWERTH, Günther. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1993.

_____. La criminalización en los delitos contra bienes

jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoria del bien jurídico*. Madri: Marcial Pons Ediciones, 2007.

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil I – Die Straftat*. Köln: Karl Heymanns, 2000.

_____. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 105, 1993.

TAMANAH, Brian. The Internal/External distinction and the notion of a “practice” in legal theory and sociolegal studies. *Law & Society Review*, v. 30, 1996.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985.

_____. Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht. *JuS*, 1989.

VEGA, Dulce Maria Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos coletivos*. Madri: Dykinson Editora, 2000.

WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlín: Walter de Gruyter, 1975.

_____. *Das deutsche Strafrecht – eine systematische Darstellung*. Berlín: Walter de Gruyter, 1969.

_____. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Madri: Aguilar Editores, 1974.

_____. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 58, 1939.

_____. Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes. *Probleme der Strafrechtserneuerung – Festschrift für Eduard Kohlrausch*. Berlín: Walter de Gruyter, 1944.

_____. Über Wertungen im Strafrecht. *Gerichtssaal*, n. 103, 1932.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*. Berlín: Duncker & Humboldt, 2000.

ZACZYK, Rainer. Was ist Strafrechtsdogmatik? *Festschrift für Winfried Küper*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

Relação das Monografias Publicadas

- 1 - *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*
■ Rui Carlos Machado Alvim
- 2 - *A Condição Estratégica das Normas*
■ Juan Félix Marteau
- 3 - *Direito Penal, Estado e Constituição*
■ Maurício Antonio Ribeiro Lopes
- 4 - *Conversações Abolicionistas - Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*
■ Organizadores: Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva
- 5 - *O Estado e o Crime Organizado*
■ Guaracy Mingardi
- 6 - *Manipulação Genética e Direito Penal*
■ Stella Maris Martinez
- 7 - *Criminologia Analítica - Conceitos de Psicologia Analítica para uma Hipótese Etiológica em Criminologia*
■ Joe Tennyson Velo
- 8 - *Corrupção: Ilegalidade Intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*
■ Flávia Schilling
- 9 - *Do Gene ao Direito*
■ Carlos Maria Romeo Casabona
- 10 - *Habeas-Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*
■ Andrei Koemer
- 11 - *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*
■ Anabela Miranda Rodrigues
- 12 - *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*
■ Joana Domingues Vargas
- 13 - *Informatização da Justiça e Controle Social*
■ Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo
- 14 - *Policiamento Comunitário e Controle sobre a Polícia: A Experiência Norte-Americana*
■ Theodomiro Dias Neto
- 15 - *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*
■ Tadeu Antonio Dix Silva
- 16 - *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*
■ Benedito Roberto Garcia Pozzer

- 17 - *Os Filhos do Mundo - A Face Oculta da Menoridade (1964-1979)*
■ Gutemberg Alexandrino Rodrigues
- 18 - *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*
■ Gisele Mendes de Carvalho
- 19 - *O Mundo do Crime - A Ordem pelo Averso*
■ José Ricardo Ramalho
- 20 - *Os Justicadores e sua Justiça - Linchamentos, Costume e Conflito*
■ Jacqueline Sinhoretto
- 21 - *Bem Jurídico-Penal - Um Debate sobre a Descriminalização*
■ Evandro Pelarin
- 22 - *Espaço Urbano e Criminalidade - Lições de Escola de Chicago*
■ Wagner Cinelli de Paula Freitas
- 23 - *Ensaios Criminológicos*
■ Adolfo Ceretti, Alfredo Verde,
■ Ernesto Calvanese, Gianluigi Ponti,
■ Grazia Arena, Massimo Pavanini,
■ Silvio Ciappi e Vincenzo Ruggiero
- 24 - *Princípios Penais - Da Legalidade à Culpabilidade*
■ Cláudio do Prado Amaral
- 25 - *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*
- *Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*
■ Marcos César Alvarez
- 26 - *Iniciativa Popular*
■ Leonardo Barros Souza
- 27 - *Cultura do Medo - Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil*
■ Débora Regina Pastana
- 28 - *(Des)continuidade no Envolvimento com o Crime*
- *Construção de Identidade Narrativa de Ex-Infratores*
■ Ana Paula Soares da Silva
- 29 - *Sortilégio de Saberes: Curandeiros e Juízes nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)*
■ Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer
- 30 - *Controle de Armas: Um Estudo Comparativo de Políticas Públicas entre Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Austrália e Brasil*
■ Luciano Bueno
- 31 - *A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo*
■ Olga Espinoza
- 32 - *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização dos Garantias*
■ Francis Rafael Beck

- 33 - *Punição, Encarceramento e Construção de Identidade Profissional entre Agentes Penitenciários*
■ Pedro Rodolfo Bodê de Moraes
- 34 - *Sociedade do Risco e Direito Penal - Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*
■ Marta Rodriguez de Assis Machado
- 35 - *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo - O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*
■ Christiane Russomano Freire
- 36 - *Efeitos da Internação sobre a Psicodinâmica de Adolescentes Autores de Ato Infracional*
■ Sirlei Fátima Tavares Alves
- 37 - *Confisco Penal: Alternativa à Prisão e Aplicação aos Delitos Econômicos*
■ Alceu Corrêa Junior
- 38 - *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*
■ Fabiana Lemes Zamalloa do Prado
- 39 - *O Trabalho Policial: Estudo da Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Sul*
■ Acácia Maria Maduro Hagen
- 40 - *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*
■ Organizador: Andrei Koemer
- 41 - *Formação da Prova no Jogo Processo Penal: O Atuar dos Sujeitos e a Construção da Sentença*
■ Natalie Ribeiro Pletsch
- 42 - *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: Da Presunção de Inocência à Antecipação de Pena*
■ Fabiana Costa Oliveira Barreto
- 43 - *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Criminalidade Violenta e Controle Punitivo*
■ Marco Antonio Carvalho Natalino
- 44 - *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea - Dogmática, Missão do Direito Penal e Polícia Criminal na Sociedade de Risco*
■ Cláudio do Prado Amaral
- 45 - *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Trancamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*
■ Marina Quezado Grosner
- 46 - *A Capitalização do Tempo Social na Prisão: A Remição no Contexto das Lutas de Temporalização na Pena Privativa de Liberdade*
■ Luiz Antônio Bogo Chies
- 47 - *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*
■ Guilherme Gouvêa de Figueiredo

- 48 - *Um estudo dialógico sobre institucionalização e subjetivação de adolescentes em uma casa de semiliberdade*
■ Tatiana Yokoy de Souza
- 49 - *Policiando a Polícia: A Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004)*
■ Saulo Bueno Marimon
- 50 - *Repressão Penal da Greve - Uma experiência antidemocrática*
■ Christiano Fragoso
- 51 - *O Caos Ressurgirá da Ordem*
■ Marcos Paulo Pedrosa Costa
- 52 - *Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática*
■ Raffaella da Porciuncula Pallamolla
- 53 - *Lei, Cotidiano e Cidade*
■ Luís Antônio Francisco de Souza
- 54 - *A Recusa das grades*
■ Eda Maria Góes
- 55 - *O Crime de Tortura e a Justiça Criminal*
■ Maria Gorete Marques de Jesus
- 56 - *Súmula Vinculante em Matéria Criminal*
■ Diogo Tebet
- 57 - *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*
■ Marcelo da Silveira Campos
- 58 - *DELITO Y POBREZA: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo*
■ Emilio Jorge Ayos
- 59 - *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal*
■ Oscar Mellim Filho
- 60 - *Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas*
■ Bruno Shimizu
- 61 - *Concurso de agentes nos delitos especiais*
■ Mariana Tranchesi Ortiz
- 62 - *Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus*
■ Bruna Angotti
- 63 - *A LUTA E A LIDA: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*
■ Franciele Silva Cardoso

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE TEXTOS DE MONOGRAFIAS - IBCCRIM

As monografias remetidas ao IBCCRIM, para análise e eventual publicação, deverão ter por tema, isolada ou conjuntamente, as matérias de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia, Política Criminal, Sociologia, Psicologia, Filosofia e correlatas, devendo ser redigidas em língua portuguesa, ficando a critério do autor o título, o enfoque metodológico, a abordagem crítica e o posicionamento opinativo.

As monografias devem obedecer, ainda, às seguintes exigências:

1. As monografias enviadas deverão ser inéditas.
2. As referências ou citações de outras obras demandam a indicação explícita dos respectivos autores e fontes. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto, como no exemplo a seguir: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999.
3. Relação bibliográfica completa das obras citadas ou referidas deverá constar na parte final do texto;
4. Os trabalhos deverão ter no mínimo 100 laudas. Os parágrafos devem ser justificados. Como fonte, deve ser empregada o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5cm e as laterais 3,0cm. O tamanho do papel deve ser A4.
5. Os trabalhos deverão ser precedidos de breve Resumo (15 linhas no máximo) e de um Sumário, do qual deverão constar os itens com até 4 dígitos, como no exemplo: SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações; 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2.1 Responsabilidade civil objetiva...
6. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Não sendo admissíveis o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
7. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação, em qualquer tipo de mídia (papel, eletrônica etc.). O autor receberá gratuitamente 50 exemplares da monografia;
8. A monografia terá uma única edição, ficando o autor posteriormente liberado para novas edições. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão ser remetidos de novo, desde que efetuadas as modificações necessárias.
9. Serão admitidas monografias resultantes de concursos e títulos acadêmicos, inclusive dissertações de mestrado, teses de doutorado e concursos relativos a atividade docente. Os trabalhos relativos a monografias resultantes de conclusão de cursos de graduação não serão aceitos.
10. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Departamento de Monografias. Os trabalhos recebidos para seleção não serão devolvidos.
11. Caso a monografia seja aprovada, será fixada uma data para publicação (por ordem de aprovação), após, entraremos em contato e enviaremos um contrato padrão que deverá ser devidamente assinado, com firma reconhecida, e faremos solicitações que entendemos pertinentes.
12. Não há custos para o autor e serão publicados aproximadamente 4.000 exemplares, destes o autor receberá sem custo algum 50 (cinquenta).
A remessa das monografias deve se dar por meio postal, para o IBCCRIM, ao cuidados do Departamento de Monografias, na Rua XI de Agosto, 52, 1º andar, Centro, São Paulo, SP (CEP 01018-010), bem como em versão eletrônica para monografias@ibccrim.org.br. Os trabalhos deverão ser identificados, contendo um breve currículo do autor, bem como endereço e telefone para contato.

Produção Gráfica

PlanMais Ltda.

Rua Dona Brígida, 754 - Vila Mariana

04111-081 - São Paulo - SP

Tel. 11 2061-2797

contato@planmais.com.br