

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
MESTRADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA**

**DAYANE PANIAGO VELASCO**

**O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL NA SOCIEDADE DE RISCO E  
OS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO: UMA ANÁLISE DOS  
CRITÉRIOS LEGITIMADORES DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO**

**RIBEIRÃO PRETO  
2023**

DAYANE PANIAGO VELASCO

**O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL NA SOCIEDADE DE RISCO E  
OS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO: UMA ANÁLISE DOS  
CRITÉRIOS LEGITIMADORES DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Ribeirão Preto  
2023

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

VELASCO, Dayane Paniago, 1989-  
V433b O bem jurídico supraindividual na sociedade de risco e os delitos  
de perigo abstrato: uma análise dos critérios legitimadores do direito de  
punir do Estado / Dayane Paniago Velasco. – Ribeirão Preto, 2023.  
103 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Sebastião Sérgio da Silveira.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania, 2023.

1. Teoria do bem jurídico. 2. Sociedade de risco. 3. Bem jurídico-  
penal transindividual. 4. Crimes de perigo abstrato. 5. Modernização do  
Direito Penal. II. Título.

CDD 340

DAYANE PANIAGO VELASCO

O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL NA SOCIEDADE DE RISCO E OS  
DELITOS DE PERIGO ABSTRATO: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS  
LEGITIMADORES DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade de Ribeirão Preto para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 19 de maio de 2023

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira  
Presidente/UNAERP



Prof. Dr. Danilo Garcia Simini  
Escola Brasileira de Estudos Jurídicos (EBJur)

gov.br

Documento assinado digitalmente  
MÁRIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TÁRREGA  
Data: 27/03/2024 10:10:42-0300  
Verifique em <https://validar.idi.gov.br>

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega  
UNAERP

RIBEIRÃO PRETO  
2023

Dedico este trabalho a Deus primeiramente,  
e a minha mãe, Wyslene Paniago,  
que sempre me apoiou incondicionalmente.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me permitido realizar o sonho de estar no programa de mestrado.

À minha mãe, Wyslene Paniago, que me apoiou incondicionalmente em tudo, muito obrigada!

Agradeço à minha irmã, Mariana Paniago, e ao meu esposo, Baldomero Gonçalves, pela paciência e o suporte necessário para a conclusão deste trabalho.

Agradeço a toda a equipe de serviço da Defensoria Pública Estadual, em especial à Dra. Shalimar Bencice, pelo apoio, paciência e carinho, imprescindível durante toda a caminhada da dissertação.

Agradeço a toda a equipe de professores, de biblioteca e aos colegas da turma desta pós graduação *stricto sensu* da UNAERP, que contribuíram ao longo da jornada até a conclusão deste trabalho, e, em especial, ao meu Orientador, Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, por todo o apoio para o aperfeiçoamento deste trabalho.

A todos que me ajudaram direta e indiretamente, muito obrigada!

## RESUMO

A presente dissertação busca analisar a teoria do bem jurídico-penal como critério limitador do direito de punir do Estado no âmbito dos delitos supraindividuais, em especial nos delitos de perigo abstrato, bem como suas limitações e potencialidades, advindos da Sociedade de Risco. Busca-se analisar a possibilidade de complementação da teoria do bem jurídico com critérios autônomos de limitação ao direito de punir, sem que isso relativize a fecundidade da teoria do bem jurídico. O trabalho parte da análise da teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck. As propostas dos autores estudados neste trabalho para transformar a dogmática penal, bem como controlar os riscos advindos da sociedade pós-industrial, têm a vantagem de oferecer ao gestor estatal mecanismos mais aptos para o controle e a contenção de práticas perigosas. Todavia, as propostas devem ser vistas com cautelas. Nesse sentido, defende-se, ao final, que não existe compatibilidade com o Estado Democrático de Direito a utilização de um Direito Penal do risco amplo e irrestrito, que não possui limites e nem atenda aos princípios desenvolvidos, tais como a legalidade, a taxatividade, a proteção de bens jurídicos definidos, a culpabilidade, dentre outros, indispensáveis para reprimir a utilização desmesurada da sanção penal. Assim, a liberação sem critérios cria um sistema criminal excessivamente repressor e disfuncional. Consta-se que a construção do conceito de bem jurídico deve ser norteada pela Constituição em sentido material, e a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais deve considerar a utilização do Direito Penal como um direito mínimo, a fim de não incidir no Direito Penal simbólico. Não obstante a isso, verifica-se ser de notável importância a continuidade do desenvolvimento de estudos acerca de novos critérios de restrições à punibilidade para os crimes de perigo abstrato, cujo embasamento para uma necessária e constante reflexão está longe de marcar um desfecho aos estudos atinentes ao tema em questão. A presente pesquisa utiliza os preceitos do estudo exploratório, por meio de pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, de natureza teórica e explicativa. O método será o dedutivo. Quanto ao emprego do método de procedimento, será utilizada a técnica de procedimento monográfico, que estuda em profundidade, determinado fato sob todos os seus aspectos.

Palavras-chave: Teoria do bem jurídico. Sociedade de risco. Bem jurídico-penal transindividual. Crimes de perigo abstrato. Modernização do Direito Penal.

## ABSTRACT

The present dissertation seeks to analyze the theory of the criminal-legal good as a limiting criterion of the State's right to punish in the scope of supra-individual crimes, especially in crimes of abstract danger, as well as its limitations and potentialities, arising from the Risk Society. It seeks to analyze the possibility of complementing the theory of the legal interest with autonomous criteria for limiting the right to punish, without this relativizing the fruitfulness of the theory of the legal interest. The work starts from the analysis of Ulrich Beck's Risk Society theory. The proposals of the authors studied in this work to transform criminal dogmatics, as well as to control the risks arising from the post-industrial society, have the advantage of offering the State manager more apt mechanisms for the control and containment of dangerous practices. However, the proposals must be viewed with caution. In this sense, it is argued, in the end, that there is no compatibility with the Democratic State of Law the use of a Criminal Law of broad and unrestricted risk, which has no limits and does not meet the principles developed, such as legality, taxation, the protection of defined legal assets, culpability, among others, indispensable to repress the excessive use of criminal sanctions. Thus, release without criteria creates an excessively repressive and dysfunctional criminal system. It appears that the construction of the concept of legal interest must be guided by the Constitution in a material sense, and the protection of supra-individual legal-criminal interests must consider the use of Criminal Law as a minimum right, in order not to affect the symbolic Criminal Law. Despite this, it appears to be of notable importance to continue the development of studies on new criteria of restrictions on punishment for crimes of abstract danger, whose basis for a necessary and constant reflection is far from marking an outcome to the related studies. to the topic in question. This research uses the precepts of exploratory study, through bibliographical research, with a qualitative approach, of a theoretical and explanatory nature. The method will be deductive. As for the use of the procedural method, the monographic procedure technique will be used, which studies in depth a certain fact in all its aspects.

Keywords: Theory of the legal good. Risk society. Transindividual legal-criminal asset. Abstract danger crimes. Modernization of Criminal Law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 A TEORIA DO BEM JURÍDICO .....</b>	<b>13</b>
2.1 SÍNTESE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL.....	13
2.2 TEORIAS CONTEMPORÂNEAS .....	28
2.2.1 Teorias Sociológicas .....	28
2.2.2 Teorias Constitucionais do Bem Jurídico-Penal.....	32
2.3 O BEM JURÍDICO E DIGNIDADE PENAL .....	35
<b>3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS À TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL .....</b>	<b>39</b>
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	40
3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE.....	41
3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	45
<b>4 O BEM JURÍDICO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO .....</b>	<b>50</b>
<b>5 BEM-JURÍDICO TRANSINDIVIDUAL E CRIMES DE PERIGO .....</b>	<b>61</b>
5.1 BEM-JURÍDICO TRANSINDIVIDUAL .....	61
5.2 CRIMES DE PERIGO.....	64
5.2.1 Crimes de Perigo Concreto .....	65
5.2.2 Crimes de Perigo Abstrato .....	66
<b>6 – CRÍTICAS À TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL TRANSINDIVIDUAL E PROPOSTAS ALTERNATIVAS DE CRITÉRIOS DE LEGITIMIDADE NO DIREITO PENAL .....</b>	<b>69</b>
6.1 OS LIMITES DO BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL .....	71
6.2 APLICAÇÕES DO BEM JURÍDICO PENAL SUPRAINDIVIDUAL .....	75
6.2.1 O Meio Ambiente.....	75
6.2.2 Maus Tratos de Animais.....	82
6.3 PROPOSTAS ALTERNATIVAS DE CRITÉRIOS DE LEGITIMIDADE NO DIREITO PENAL.....	85
6.3.1 Escola de Frankfurt .....	85
6.3.2 O Direito Penal de Duas Velocidades .....	87

6.3.3 A Proteção dos Contextos da Vida.....	90
<b>7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>92</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>94</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O surgimento da sociedade pós-industrial, denominada de sociedade de risco, trouxe consigo novos riscos e a necessidade de tutela de novos bens jurídicos, em decorrência da revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, bem como da globalização.

Nasce, com isso, um novo catálogo de interesses a serem protegidos, os interesses transindividuais.

Dentro desse novo cenário, os temas relativos à preservação ambiental para as presentes e futuras gerações, bem como a sustentabilidade, eclodem na esfera pública e nos estudos jurídicos, fato que resulta na modernização dos estudos afetos ao Direito Penal.

Isso porque, em decorrência da sociedade pós-industrial, surgem novas formas de criminalidade, cujas ameaças das modernas tecnologias deixam de se referir a apenas um indivíduo isoladamente considerado, e passam a criar risco a toda uma sociedade, fato que demanda uma ampliação do conceito de bem jurídico-penal.

Como exemplo de novas formas de criminalidade, pode-se citar o desastre de Chernobyl no ano de 1986 e o vazamento nuclear de Fukushima (Japão) em 2011, os quais atingiram toda uma sociedade.

É justamente sob essa sociedade de risco que se estrutura a rede de proteção penal aos direitos supraindividuais, como uma forma de contenção de riscos, numa sociedade cada vez mais amedrontada, tendo em vista que muitas vezes outros ramos do direito mostram-se ineficazes.

Surge a crença em um Direito Penal gestor dos riscos sociais, o qual deverá ser analisado e utilizado com o máximo de critério possível, porquanto não se pode perder de vista os princípios da fragmentariedade e da *ultima ratio*, além dos princípios neoconstitucionalistas como a razoabilidade e proporcionalidade (vedação ao excesso e a proteção deficiente), a fim de se evitar a utilização do sistema punitivo pelo Estado de forma arbitrária.

Com a finalidade de observar os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito com respeito à dignidade humana, para que não haja arbitrariedade e desrespeito aos direitos fundamentais, cumpre analisar os critérios de legitimação do poder Estatal de incriminar sobre essas novas formas de criminalidade.

O objeto de estudo desta dissertação tem como foco principal analisar a teoria do bem jurídico penal como critério limitador do direito de punir do Estado no âmbito dos delitos supraindividuais, em especial nos crimes de perigo abstrato, bem como suas limitações e potencialidades.

Questiona-se: há a possibilidade de complementação da teoria do bem jurídico com critérios autônomos de limitação ao direito de punir, sem que isso relativize a fecundidade da teoria do bem jurídico?

Verifica-se que este trabalho buscará discutir os desafios impostos pela sociedade de risco no Direito Penal moderno, a fim de buscar reflexões críticas acerca de critérios que embasem a existência dos crimes de perigo abstrato em consonância com as exigências de legitimidade material do ilícito, sem que haja ofensa aos princípios da ofensividade e da intervenção mínima.

Refletir acerca dos critérios legitimadores do direito de punir do Estado nos delitos de perigo abstrato enriquecerá sobremaneira a hodierna discussão, travada especialmente na doutrina alemã, em torno da teoria do bem jurídico-penal.

Com efeito, não pode o legislador declarar punível uma conduta pelo simples fato de não querer que ela seja praticada, eis que devem haver critérios que legitimem o poder estatal de incriminar, sob pena de se resultar em arbitrariedade e desrespeito aos direitos fundamentais.

Na construção de um Estado Democrático de Direito, verifica-se ser necessário reduzir as incompatibilidades entre o direito de liberdade do cidadão, o desenvolvimento econômico-social sustentável e o direito de punir do Estado, de modo que somente com a utilização de um critério legítimo que restrinja o poder do legislador de incriminar condutas é que se poderá ter uma compatibilização plausível.

Observa-se que a teoria do bem jurídico tem sido utilizada como critério para reduzir o poder de incriminar do Estado, a qual afirma que só podem ser incriminadas as condutas que afetem negativamente os chamados bens jurídicos.

Ocorre que, com o surgimento da sociedade de risco, houve um crescimento da criminalização de condutas ofensivas a bens jurídicos supraindividuais, cuja contenção foi amplamente realizada através da utilização de tipificação aberta, conceitos indeterminados e de cláusulas penais em branco, típicas das estruturas dos delitos de perigo abstrato.

Contudo, no decorrer do tempo, observou-se que mencionada técnica legislativa apresenta alguns problemas dogmáticos, principalmente no tocante à

ofensividade, na medida em que não representa um real e concreto perigo de lesão ao bem jurídico penal.

Nota-se ser imprescindível uma reflexão crítica acerca de critérios legitimadores do direito de punir do Estado nos delitos de perigo abstrato, porquanto se sabe que o Direito Penal serve de proteção a bens jurídicos, e afigura-se no mínimo contraditório menosprezar a necessidade de ofensa a bens jurídicos para a configuração do ilícito em delitos de perigo abstrato.

A importância deste estudo reside, principalmente, para que seja analisado o alargamento desenfreado do Direito Penal e, conseqüentemente, do sistema punitivo e da privação de liberdade individual, em contraposição à liberdade do indivíduo e o respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

Assim, impõe-se refletir acerca da legitimidade da teoria do bem jurídico-penal como critério de restrição do poder de incriminar do Estado nos delitos de perigo abstrato, ou mesmo sobre a possibilidade de sua ampliação, sem que haja a relativização da fecundidade da citada teoria, ou, por outro lado, analisar a possibilidade de criação de critérios autônomos como novas técnicas de restrições à punibilidade.

Na primeira parte, será apresentado um panorama geral da evolução histórica da teoria do bem jurídico-penal e do conceito de bem jurídico. A segunda parte trata da sociedade de risco e o Direito Penal, com uma abordagem às contribuições sociológicas de Ulrich Beck, formulador do conceito de sociedade de risco, e as conseqüentes alterações na dogmática penal. A terceira parte discorre sobre o conceito de bens jurídicos transindividuais e sua relação com o desenvolvimento da construção de tipos penais de perigo abstrato. Por fim, no último capítulo, se discutirá sobre as críticas à teoria do bem jurídico transindividual e se apresentará as propostas alternativas de critérios legitimadores do direito de punir do Estado.

O trabalho é encerrado com as considerações finais, momento em que são resumidas as ideias desenvolvidas no decorrer da dissertação.

A presente pesquisa foi desenvolvida fundamentalmente a partir de pesquisas doutrinárias em estudos nacionais e estrangeiros atinentes ao tema em questão, tais como os que dizem respeito a teoria do bem jurídico e sociedade de risco. No decorrer da dissertação escolheu-se, metodologicamente, reproduzir parte

das obras pesquisadas, dada a importância ao estudo. Utiliza-se os preceitos do estudo exploratório, por meio de pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, de natureza teórica e explicativa. O método é o dedutivo. Quanto ao emprego do método de procedimento, é utilizada a técnica de procedimento monográfico, que estuda, em profundidade, determinado fato sob todos os seus aspectos.

## 2 A TEORIA DO BEM JURÍDICO

### 2.1 SÍNTESE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DO BEM JURÍDICO PENAL

Como instrumento limitador da intervenção penal no meio social, surge a teoria do bem jurídico-penal. Compreendê-lo adequadamente exige conhecer, de forma histórica, sua evolução conceitual.

Segundo Bianchini (2002), o bem jurídico, enquanto produto social, é histórico. Origina-se do sistema concreto de relações sociais de um determinado período, não pertencendo à sociedade em abstrato.

A história do conceito de bem jurídico “coincide, em boa parte, com a história moderna do conceito de delito” (FERRAJOLI, 2000, p. 374). Observa-se que, antes da elaboração dos pressupostos da teoria do bem jurídico no século XVIII, havia um entrelaçamento nos conceitos de crime e pecado.

Nas comunidades mais antigas, aplicava-se a pena como uma imposição natural, decorrente de normas pressupostas, sem qualquer perquirição sobre a racionalidade, a proporcionalidade e, com maior percepção, sobre a necessidade de impedir a utilização desmedida da aflição. (PELARIN, 2002, p. 30-35)

Para a visão cosmológica, o delito era concebido como uma transgressão da ordem natural das coisas; o direito era imutável, justamente porque a natureza é imutável.

Por sua vez, na sociedade feudal da Idade Média, sob o paradigma teleológico, o direito se fundamentava na vontade divina e a punição seria obra do desejo transcendental e não do humano.

Na visão cosmológica e na teleológica inexistia o debate acerca da justiça da pena, cujo caráter era nitidamente retributivo.

É somente a partir da ruptura com o Estado Absoluto, cuja autoridade decorria do poder divino, e a instauração do Estado de Direito, (século XIX), que se opera mudança na forma de se exercer o *ius puniendi*.

Com o surgimento do Iluminismo, apenas as ações que causam lesão à sociedade são consideradas crimes, portanto, passíveis de aplicação de pena.

Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva. (PRADO, 2019, p. 20-21)

O iluminismo se fundamentou no Contrato Social de Locke e Rousseau, desvinculou a ideia de delito com a de pecado, e passou a buscar o conceito material de crime.

O iluminismo detonou o processo de construção da noção do bem jurídico-penal, com (talvez os mais) importantes limites formais e até mesmo materiais ao *ius puniendi*, como a potencialização do clássico princípio da legalidade e seus corolários e a necessidade, para a existência do crime, da lesão a um direito subjetivo e a danosidade social, a tentar afastar a punição das condutas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem um dano diretamente a uma pessoa em concreto ou à própria república. (PELARIN, 2002, p. 38-39)

Paul Anselm Ritter Von Feuerbach (1775-1833) (2007) apresentou a primeira tentativa de conceito material de crime, transcendente e crítico em relação ao Direito Penal escrito, com a afirmação de que o crime é a violação a um direito subjetivo.

Para Feuerbach (2007), o crime é visto como uma conduta transgressora de um direito alheio, tanto do indivíduo quanto do Estado, previsto pela lei.

Emergia, portanto, o Estado como garantidor, separando-se o Direito da moral.

Para supramencionado autor, o Direito é visto como um conjunto de direitos e não de proibições, e, o crime, portanto, é o desrespeito aos limites das liberdades asseguradas em lei:

Quem ultrapassa os limites da liberdade jurídica comete lesão ou lesão jurídica. Quem viola a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada pelas leis penais, comete um crime. Portanto, crime é, em sentido amplo, uma lesão contida em uma lei penal (FEUERBACH, 2007, p. 55, tradução nossa).

<sup>1</sup>

Na doutrina clássica de Feuerbach, por serem protegidos os direitos dos indivíduos e do Estado, havia a divisão entre delito privado (*delictum privatum*) e delito

---

<sup>1</sup> Texto no original: *Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal* (FEUERBACH, 2007, p. 55).

público (*delictum publicum*). Ademais, distinguia-se, ainda, entre delitos comuns e próprios (FEUERBACH, 2007).

O Direito Penal, portanto, era o protetor dos direitos dos indivíduos e do Estado, motivo pelo qual subordinou-se o conceito de delito ao princípio material, qual seja, a preservação da liberdade individual, sendo que o Estado só poderia incriminar as condutas que, além de violar os direitos subjetivos, ocasionassem dano social.

As ideias de Feuerbach constaram do Código Penal da Baviera de 1813, no qual se destacou a ausência de criminalização de condutas contra a religião ou moral (SILVEIRA, 2003).

Andrade pontua que, para Feuerbach,

Quem ultrapassa as fronteiras da liberdade legal comete a violação de um direito, uma ofensa (lesão). Quem viola a liberdade garantida pelo contrato estadual e protegida pelas leis penais comete um crime. Em sentido amplo, crime é, assim, a ofensa sancionada por uma lei penal, uma ação que contraria o direito de outrem. (ANDRADE, 1990, p. 43)

A concepção de crime para referido autor estava assentada na violação dos direitos subjetivos do indivíduo ou do Estado, com influência direta do individualismo liberal ou racionalismo.

Andrade leciona que:

Também Feuerbach parte do dogma de que ao Estado cabe exclusivamente a tarefa de assegurar o livre exercício da liberdade de cada um, no respeito pela liberdade dos outros. (...) É a influência de Kant que deve imputar-se o importante desenvolvimento do pensamento de Feuerbach: a separação entre o direito e a moral, por um lado; e a denegação da legitimidade de prossecução, através do direito penal de quaisquer finalidades transcendentais, de étimo religioso ou mesmo do horizonte do Wohlfahrt. (ANDRADE, 1990, p. 44-ss)

Feuerbach se opunha ao direito penal teocrático, de modo que a punição só é legítima quando se protege direitos subjetivos, isto é, atentatórios à liberdade do cidadão ou do Estado. Da mesma forma, não tinham lugar as representações que pretendiam punir qualquer regra moral.

Figueiredo pontua que,

Também não se deixa de notar, nesse autor, a adoção de uma postura crítica, que se materializa na busca de afastamento e reconstrução das concepções próprias do *Ancient Régime*. Tal preocupação transcendente, herdada do ideário iluminista, arranca de sua definição de crime como violação de um

direito subjetivo: o estado só deve intervir para salvaguardar a liberdade do cidadão (o livre exercício dos seus direitos subjetivos), e nunca para promover a cultura ou a moral. (FIGUEIREDO, 2008, p. 41).

Foi, justamente, nesse contexto liberal iluminista que surgiu o conceito de danosidade social, exigida para a caracterização do delito, defendida também por Carrara e por Beccaria (GOMES, 2002).

Ensina Prado que para Carrara:

O delito, como ente jurídico, compõe-se de elementos materiais e morais que formam uma unidade. Daí advertir-se que o objeto do delito não se confunde com o objeto da ação, pois não se lhe pune como fato material, mas sim jurídico. Ou seja: a ação material terá por objeto a coisa ou o homem; mas o ente jurídico não pode ter como seu objeto senão a ideia, o direito violado, que a lei protege com sua proibição. (PRADO, 2019, p. 21)

Renato de Mello Jorge Silveira sintetiza a ideia então vigente da seguinte forma: “o conceito iluminista de crime guardava, como seus verdadeiros pressupostos, o direito subjetivo, a danosidade social e a necessidade da pena” (SILVEIRA, 2003, p. 38).

Sobre a relevância de Feuerbach nas obras modernas, insta destacar os princípios elencados pelo doutrinador que serão pressupostos para a imposição da pena: (I) a existência de uma norma legal (*nulla poena sine lege*); (II) a necessidade de condicionamento da imposição da pena à existência de uma ação delitiva (*nulla poena sine crimine*) e (III) a necessidade de condicionamento do fato legalmente cominado à previsão de lei penal (*nullum crimen sine poena legali*) (FEUERBACH, 2007).

Até então, a teoria do contrato social na Revolução Francesa foi considerada produto da razão humana. Todavia, posteriormente, foi reduzida ao ideário político de determinado partido, razão pela qual não foi possível permanecer como base da teoria da lesividade social, em razão da ausência de neutralidade científica.

Com efeito, bem sintetiza Knut Amelung:

Uma vez que a teoria do contrato social se tornara um ideal defendido por um grupo particular, não era mais possível, por razões de neutralidade científica, fundamentar nela a teoria da lesividade social. Além disso, as mudanças no poder haviam se tornado possível e logo também legalizadas, trazendo elas consigo mudanças nas ideias políticas fundamentais e com isso novas valorações em forma de leis. Tudo isso exigia um abandono da teoria do contrato social e da teoria da lesão a direito dela derivada em favor de uma

concepção mais flexível do conceito de lesividade social. (AMELUNG, 2011, p. 124)

Nesse cenário, surge o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo, defendido por Johann Michael Franz Birnbaum, em 1834, com a publicação na Alemanha de seu famoso estudo sobre a tutela da honra – “Ueber das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, traduzida para o idioma espanhol como “Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para ele concepto de delito”.

De fato, a doutrina parece ser unânime em atribuir a Birnbaum a origem da expressão “bem jurídico”, a partir do artigo *über Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens* (1834), muito embora ele não tenha utilizado expressamente o termo “bem jurídico”.

Figueiredo afirma que:

A obra de Birnbaum, ao contrário, porque vinda a lume em um período de confluência entre múltiplas escolas do pensamento firmadas até a primeira metade do século XIX, apresenta a ambivalência e “equivocidade que constitui a marca de todo o pensamento situado em períodos de viragem: do mesmo passo que antecipam e anunciam o advento de realidades novas, apresentam ainda os estigmas do ambiente em que veem à luz do dia”. Assim, se é a partir desse autor que o direito penal recebe a influência do positivismo ou do historicismo, não deixa, paradoxalmente, de refletir ainda influências patentes do Iluminismo e jusracionalismo ou do hegelianismo. (FIGUEIREDO, 2008, p. 45).

Como bem pontua Nilo Batista:

O espaço teórico para o conceito de bem jurídico surgiu quando, na primeira metade do século XIX, contestou-se a concepção clássica corrente do crime como uma ofensa a bens (Birnbaum). A partir daí, inúmeras teorias foram elaboradas para a compreensão do bem jurídico ofendido pelo crime: ora se retornava aos direitos subjetivos, ora se propunha um direito subjetivo público do Estado, aqui o próprio direito objetivo, ali uma obrigação jurídica, logo os interesses, adiante os valores. (BATISTA, 2007, p. 94)

Para Birnbaum, o delito deixa de ser ofensa aos direitos subjetivos e passa a ser ofensa a bens materiais. Para tanto, os direitos não podiam ser lesionados nem colocados em perigo; apenas o bem, em sua realidade existencial, poderia.

Para o autor, é “bem”, em sentido jurídico penal, todo “bem material, pertencente a um particular ou à coletividade, pela sua natureza suscetível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela” (CUNHA, 1995, p. 46).

Ensina Figueiredo que,

Sendo assim, de uma tal compreensão parece já relevar, com alguma clareza, a dimensão empírico-naturalística em contraposição à dimensão 'espiritual', que antes vigorava: ao conceito de direito subjetivo, ao Direito Penal centrado nos 'homens e suas relações', num momento espiritual, sucede-se uma concepção que coloca os bens materiais em lugar de primazia. Portanto, com Birnbaum passa a tomar acento o caráter concreto e objetivo dos 'bens' que o direito penal visa tutelar. Se antes eram as pessoas e suas relações (a sua intersubjetividade) o que correspondia ao conteúdo (material) do crime, agora se privilegia o mundo exterior e objetivado em 'coisas' concretas. (FIGUEIREDO, 2008, p. 49)

Como exemplo, Luiz Flávio Gomes afirma que, no crime de homicídio, "o que resulta lesionado não é o direito subjetivo à vida (posição iluminista), senão a própria vida (segundo Birnbaum), que conta com 'realidade existencial'" (GOMES, 2002, p. 74).

Com Birnbaum a importância concedida ao sistema social é notória, mormente quando afirma que a lei penal não objetiva, tão somente, assegurar a livre coexistência individual, mas também servir a interesses sociais que transcendem o plano individual.

Maria da Conceição Ferreira Cunha adverte quanto à construção de Birnbaum, porquanto, se de um lado destacou o caráter concreto do bem jurídico, de outro aludiu a bens imateriais, tais como honra, bons costumes e valores religiosos (CUNHA, 1995).

A respeito da distinção entre Birnbaum e Feuerbach, Pelarin pontua:

O que marca a concepção de Birnbaum é a elevação 'de novos referentes ontológicos da ilicitude penal e por imprimir um novo sentido à ideia de danosidade social'. Enquanto em Feuerbach apelava-se para 'a disfuncionalidade das perturbações ou frustrações ao nível da intersubjetividade, privilegiada pela compreensão do crime como lesão a um direito subjetivo', em Birnbaum 'a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objetivo de que preferentemente relevam as 'coisas' valoradas como bens jurídicos. (PELARIN, 2002, p. 56)

Para Birnbaum, os bens podem ser divididos em individuais e coletivos, sendo que a moral e a religião estão inclusos neste último grupo. No lugar de crimes contra o Estado, proposto por Feuerbach, o autor propõe a categoria de crimes contra o bem-estar comum. Distancia-se, assim, da teoria clássica, tanto em razão de reconhecer a existência de bens da coletividade quanto por aceitar os crimes contra a moral e a religião.

Cunha destaca que,

O significado da criação de Birnbaum (o conceito de bem jurídico - e sua renúncia em ancorá-la numa construção teórica de maior alcance) reside no fato de ela ter contribuído para emancipar a doutrina penal, se não de toda influência transjurídica, pelo menos das verdades metajurídicas. (CUNHA, 1995, p. 45)

Para Pelarin, Birnbaum, ao defender o bem jurídico como objeto de tutela do Estado, lançou a base para a construção mais científica do instituto, mormente para os estudos de LISZT e BINDING, e, ainda, “as sementes para a radicalização normativa do conceito, devido à referência sistêmico-social e à visão intra-sistemática, que acabará por aniquilar o seu sentido e, com isso, os contributos liberais da limitação do poder punitivo” (PELARIN, 2002, p. 57).

Birnbaum atribui ao bem jurídico “um conteúdo individualista, identificador do bem jurídico com os interesses primordiais do indivíduo na sociedade, nomeadamente, a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu património” (PELARIN, 2002, p. 55).

Na década de 1870, com a publicação do Código Penal do Império Germânico e do primeiro volume da obra *Die Normen*, de Bidding, e em razão da maior influência do positivismo, é que se consagra a doutrina de Birnbaum.

Ao criticar a teoria do crime como lesão a direito subjetivo apresentada por Feuerbach, Birnbaum foi o primeiro a apresentar a teoria de que o Direito Penal protege bens. Todavia, foi Binding quem complementou o conceito de bem com o adjetivo jurídico, cujo conteúdo é semelhante ao que hoje ainda é empregado (GRECO, 2006).

A partir de Birnbaum, dá-se um grande passo rumo à consagração teórica e doutrinária da noção de bem jurídico e de um novo paradigma na concepção do crime, que esse conceito inaugura.

Figueiredo pontua que,

Mesmo tendo-se em conta todas as incongruências de sua obra – v.g., o conflito entre individualismo e referências sistêmico-social, entre jusnaturalismo e positivismo/historicismo, entre uma preocupação crítica e uma outra vocacionada para a legitimação do direito positivo, não se nega o fato de ter adiantado muitas das proposições fundamentais que viriam, ao seu tempo, a ser declamadas na afirmação de um novo modo de se perspectivar a infração criminal. De resto, importa reter de seu labor a formulação de um novo conceito de objeto e por isso um novo conceito de lesão. Ambos concebidos como realidades do mundo exterior e definidos, por

princípio, à margem da intersubjetividade. O mesmo vale para a influência positivista, que já se faz notar em sua teorização. (FIGUEIREDO, 2008, p. 50)

Com a emergência da doutrina positivista do francês Augusto Comte na primeira metade do século XIX, Karl Binding (1841-1920) criou a teoria de que o crime não é violação da lei penal, e sim da norma que lhe serve de fundamento, derivada do preceito legal.

Nesse período, a Escola da Exegese, que apregoava que a literalidade e o método gramatical eram que determinavam a compreensão da lei, é considerada uma das primeiras escolas juspositivistas, identificando as noções de Direito e Lei. O apogeu da referida escola ocorreu com as codificações no século XIX, iniciada pelo Código Napoleônico de 1810.

Sob influência positivista, Binding formula o princípio segundo o qual o criminoso não infringe a lei penal, mas sim age conforme a descrição do tipo penal. Para o autor, a lei penal deve preceder a lei infringida pelo criminoso, mas *“conceitual e regularmente, e não necessariamente temporal”* (DINIZ; ORTS, 2012, p. 13).

Binding define o bem jurídico como tudo o que, como tal, for considerado pelo legislador, sendo a norma a fonte reveladora do bem jurídico. Assim, para o autor não existem direitos inatos, estes eram atribuídos pela lei, não apenas reconhecidos por ela (PELARIN, 2002).

Com efeito,

em Binding, adepto do mais puro positivismo, o bem jurídico tem uma função claramente intra-sistemática. Não cumpre ao jurista a eleição de quais valores devem ser criminalizados, pelo contrário, a ele (jurista) só cabe tomar como um ‘dado’ aqueles bens que o legislador autonomamente elegeu. (FIGUEIREDO, 2008, p. 52)

Para Binding,

É bem jurídico tudo aquilo que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã na comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado o legislador se empenha através de normas. (ANDRADE, 1990, p. 66)

Para o autor, a norma constitui a única fonte de revelação do bem jurídico, de modo que é legítimo tudo o que preenche a forma jurídica independentemente do seu conteúdo.

Figueiredo pontua que,

Tudo isso leva a que o Estado ou a sociedade passem a ser a referência única no que concerne aos interesses que o bem jurídico incorpora. Se tudo o que entender o legislador como valioso pode passar a objeto de tutela penal, independentemente de qualquer limitação transcendente, óbvio é que os bens assumem todos um valor social (*sozial-Wert*). A sua lesão terá de obedecer a uma ponderação, não apenas deste ou daquele, mas de toda a comunidade viva. É só por isso que eles gozam de uma tutela social (*sozial-Schutz*). Nada, pois, deu mais errado do que introduzir aqui uma perspectiva individualista e pretender traçar uma linha divisória rígida entre os bens do indivíduo, por um lado, e os da sociedade e do Estado por outro. Notório é, portanto, o desprezo aos referentes individuais e a conseqüente exaltação, sem precedentes e em postura diametralmente oposta à de Feuerbach, da referência sistêmico-social do bem jurídico. (FIGUEIREDO, 2008, p. 53)

Nesse período, o Direito e o Estado deixaram de ser instrumentos de tutela das liberdades, para serem um fim em si mesmos. A teoria do bem jurídico foi considerada a partir de um paradigma normativista extremado, atribuindo-se, inclusive, poder ilimitado ao legislador em definir a conduta punível, caso fosse adotada de forma rigorosa.

Pelarin afirma:

tal positivismo possibilitou o nascimento das concepções reducionistas do bem jurídico, utilizadas posteriormente pelo Direito Penal nacional-socialista alemão, para quem o delito era a traição ao povo, a mais pura infração de deveres, sem qualquer perquirição sobre a lesão efetiva ao bem jurídico, a afastar toda e qualquer investigação da danosidade social. (PELARIN, 2002, p. 65)

Castillo e Pavajeau preceituam que,

aqui, abrem-se os caminhos para a construção de teorias imanentistas do bem jurídico, entre as quais sobressaem, por seu aspecto radical, a de Biding e a dos neokantianos, onde, em definitivo, o conceito de bem jurídico, suas manifestações e conseqüências dependem da vontade do legislador e, portanto, o objeto de proteção da norma não é exclusivamente um direito, mas sim, principalmente, o dever de respeito à própria norma. (CASTILLO; PAVAJEAU, 1996, p. 24 apud PELARIN, 2002, p. 67)

Nesse sentido, bem jurídico penal é tudo aquilo que, aos olhos do legislador, tem relevância para a ordem jurídica, e, em razão disso, é requisito indispensável para a configuração do delito.

Binding dividiu a norma em duas categorias: as proibitivas e as sancionadoras de desobediência ao mandado legal. Em ambas, considerou como premissa básica o fato de que todos os crimes afetariam bens jurídicos, incluindo os delitos formais.

Cunha ensina que, para Binding,

O conceito de bem jurídico abandona qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica, uma vez que passa a ser um conceito imanente ao sistema - ou seja, é o próprio legislador que cria os bens jurídicos. (CUNHA, 1995, p. 51)

Em reação contrária à concepção positivo legalista defendida por Binding, surge o conceito material de crime a partir de uma perspectiva sociológica defendida por Frans Von Liszt.

Segundo Prado, “para Liszt, o bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente)” (PRADO, 2019, p. 26).

Com Liszt, “o bem jurídico assume uma posição crítica e trans-sistemática” (FIGUEIREDO, 2008, p. 54).

Para Liszt,

A designação do conceito de bem jurídico como um conceito limite (...) deve acentuar fortemente a conexão interna da ciência jurídica com a política, a necessidade constante de fomento e fecundação recíproca; deve resguardar-se contra um tratamento puramente formalístico do direito, isto é, exclusivamente lógico-jurídico. (LISZT, 2006, p. 140)

Em oposição ao defendido por Binding, para Liszt a norma não cria o bem jurídico, e sim o encontra. Isto é, é na realidade social que estão os interesses vitais, que, reconhecidos pelo ordenamento jurídico, são chamados de bens jurídicos.

Ensina Figueiredo que “não se resumem, como postulava Binding, em *bens-do-direito*. São antes bens da vida (do homem e da sociedade)” (FIGUEIREDO, 2008, p. 55).

Influenciado por Jhering, com a doutrina dos interesses, Liszt defende que a finalidade do direito é a proteção dos interesses da vida humana. O Direito Penal se

destina à proteção de interesses, através da cominação e da execução da pena como consequência do mal realizado pelo criminoso (LISZT, 2006).

Para o supracitado autor, todos os interesses podem ser protegidos pela norma, porquanto a essência do Direito Penal está na qualidade da proteção e não na qualidade dos interesses protegidos (LISZT, 2006).

Assim, para Liszt:

todos os interesses legais são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, é criado pela vida; mas a proteção do direito eleva o interesse vital a um bem jurídico. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência são interesses vitais, como os direitos de autores e inventores, muito antes de serem garantidos pela Constituição contra a interferência arbitrária do poder do Estado, ou pelas leis penais, contra violações vindo de particulares. A necessidade cria a defesa, e com a mudança de interesses, o número e tipo de direitos legais variam. Mas, os interesses vitais resultam das relações de vida entre os mesmos indivíduos ou entre os indivíduos e a sociedade organizada no Estado, e vice-versa. (LISZT, 2006, p. 6, tradução livre)

Para o autor, o bem jurídico “não é um bem do Direito ou da ordem jurídica; ao contrário, é um bem do homem que o direito reconhece e protege” (SILVA, 2013).

Nesse contexto, o bem jurídico assumia uma postura crítica, limitando-se à ciência jurídica da política, com o abandono do tratamento exclusivamente formal-jurídico do direito.

Em razão disso, Binding foi considerado adepto ao positivismo jurídico e, por sua vez, Liszt ao positivismo sociológico ou naturalista.

Se para Binding o bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade, por mais individual que possa aparentemente ser, para a Liszt, em posição distinta, nada se opõe a um tratamento dual que reparta os bens jurídicos entre individuais e supraindividuais (FIGUEIREDO, 2008).

Figueiredo ensina que,

Para sustentar a sua teoria, Liszt recorre à tese de que, sendo o direito o produto da vontade humana, a finalidade última de todo o direito não pode deixar de ser a tutela dos interesses vitais que constituem o produto daquela vontade criadora do direito. Esses interesses humanos, que Liszt chama de bens jurídicos quando são protegidos juridicamente, não são para ele um produto da ordem jurídica, mas da vida e, portanto, estão dados a ela previamente. Fundamental, assim, na construção de Liszt, é a definição do bem jurídico como interesse juridicamente protegido. (FIGUEIREDO, 2008, p. 55)

Para Liszt, a vida fornece os critérios, limites e legitimidade para o direito intervir, e o legislador só pode criminalizar as ações que provocam uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital da comunidade ou do indivíduo.

Liszt introduz o conceito de necessidade da pena, atualmente princípio da subsidiariedade, segundo o qual só se utiliza o Direito Penal quando não haja outra forma de proteção eficaz dos bens jurídicos (CUNHA, 1995).

Além disso, para o autor, a pena deve se justificar na necessidade para a manutenção da ordem jurídica e segurança da sociedade. Nesse sentido, não seria legítima a proteção criminal de condutas contrárias apenas à moral ou à religião.

Figueiredo pontua que,

Uma vez que a noção de bem jurídico, como um conceito limite, sujeita o legislador a só incriminar aqueles interesses existentes antes e independentemente da lei, na mesma linha, aquilo que resulta socialmente danoso para o interesse em questão é colhido de um modo independente do direito positivo. Diferentemente de Binding, Liszt aposta numa relação de tensão e possível incompatibilidade entre norma e bem jurídico. Já que os interesses que o direito quer proteger existem previamente à proteção dispensada pela norma, o que é socialmente danoso não se afige necessariamente em consequência da infração à norma. Noutros termos, o que é formalmente ilícito nem sempre o é materialmente, ou, segundo o próprio Liszt: 'o conceito material antissocial do ilícito é independente da sua correta valoração por parte do legislador. A norma jurídica encontra-o, não o cria'. (FIGUEIREDO, 2008, p. 57)

As teorias de Binding e Liszt foram fundamentais para a consolidação da ideia de bem jurídico e teoria do delito. Ao conceberem o delito como uma ação danosa a um bem jurídico, ambos transportaram a teoria do bem jurídico para o centro do conceito de crime, cujo tema é até hoje um dos principais debates no Direito Penal.

A partir do início do século XX, sob a influência da filosofia neokantiana, surge a concepção metodológica do bem jurídico ou teleológico-metodológica (CUNHA, 1995).

Para essa corrente, o direito deve guardar, sob o aspecto teleológico, referência a certos valores compreendidos a partir da relação entre o ser (mundo dos fatos) e o dever-ser (mundo dos valores), não se revelando apenas por meio da observação da realidade (PRADO, 2019).

Segundo Pelarin, a publicação da obra de R. Honig sobre "o consentimento do ofendido" em 1919 marca o início de nova etapa da doutrina do bem jurídico no bojo do clima normativista radicalizador da interpretação legal (PELARIN, 2002).

Para Honig, as conceituações do bem jurídico existentes não respondiam satisfatoriamente à exigência de que “a dogmática da ciência do direito requer, para seus conceitos fundamentais, a exigência de que o conceito expresso em palavras determine de forma unitária e exaustiva a essência dos fatos vitais que abrangem tais expressões” (FIGUEIREDO, 2008, p.58).

Em razão disso, o autor propõe o conceito metodológico de bem jurídico, com nítido entorno normativista.

Pela formulação de Honig,

o bem jurídico “é o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve”, como uma síntese categorial com a qual o pensamento jurídico tenta captar o sentido e o fim das singulares prescrições penais. Quer dizer esse modo, enquanto síntese, o objeto da tutela é apenas o produto da reflexão especificamente jurídica, o que resulta na conclusão de que os objetos da tutela não existem como tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objeto do escopo das disposições penais. (PELARIN, 2002, p. 79)

Honig, valendo-se do pensamento neokantiano, o qual compreende o direito como intermédio entre os mundos do ser e o de dever ser, reage contra a exacerbação do positivismo.

A partir desse contexto de reação à compreensão legalista do Direito, e como retomada a sua vertente teleológica, parte da doutrina, em especial Honig, passou a definir o bem jurídico como a *ratio* da norma, isto é, como o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais.

O interesse não é ofertar uma noção de bem jurídico unívoco, com validade para qualquer espécie de incriminação, já que se assim fosse seria impossível atestar a lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico concebido em termos tão genéricos.

É intenção de toda a prescrição jurídica que ameaça uma pena prevenir a lesão ou exposição a perigo de um valor significativo para a vida jurídica, o conceito de objeto de proteção é só aquela síntese categorial com a qual o pensamento jurídico intenta captar o sentido e o fim das prescrições penais singulares (FIGUEIREDO, 2008).

O objeto de proteção passa, então, a constituir não mais um conceito exterior ao direito, mas sim parte das construções e conceitos imanentes à ordem jurídica positiva, a qual possui como função, de forma essencial, interpretar e aclarar o sentido das prescrições jurídicas.

Assim, essencialmente, ensina Figueiredo que a concepção de bem jurídico é revelada como

meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime e que, assim, fazem dos mesmos uma categoria omnicomprensiva à qual se reconduzem os elementos relevantes da fatualidade típica, inclusive as modalidades de ação e as atitudes pessoais do agente, uma mera abreviatura do pensamento teleológico (Grünhut), ou ainda, com Honig, um produto da reflexão especificamente jurídica – o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve. (FIGUEIREDO, 2008, p. 59)

Edmund Mezger também foi adepto à concepção metodológica de bem jurídico, e definiu-o como o valor que se identifica com a própria finalidade da norma, da qual depende para a sua existência.

Assim, de acordo com o conceito metodológico, o conceito de bem jurídico não poderia mais ser definido como um bem da vida protegido pelo direito, como defendia Liszt, e sim passou a ser mera fórmula interpretativa dos tipos legais de crime, a exprimir o sentido e o fim das normas penais.

A concepção metodológica do conceito de bem jurídico, apesar de ter sido construída com a intenção de se afastar do positivismo jurídico, bem como em razão de ter se estruturado sob base filosófica neokantiana ao identificar o bem jurídico com a finalidade da norma penal, acabou se aproximando da proposta positivista, e, em razão disso, sujeitou-se às mesmas críticas contra ela formuladas.

Segundo Prado, “para essa concepção, bem jurídico vem a ser um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: ‘valor ideal da ordem social juridicamente protegida’” (PRADO, 2019, p. 29).

O idealismo neokantiano teve como grande desvantagem a possibilidade de abertura do sistema jurídico para acolher qualquer ordem de ideias ou valores, ainda que antidemocráticas.

Luigi Ferrajoli afirma que:

Com o movimento espiritualista e irracionalista que se produziu na cultura alemã do início do século XX, o conceito de bem desmaterializa-se, definitivamente, transformando-se, de critério de delimitação e deslegitimação externa, em instrumento positivo e autorreflexivo de legitimação política dos interesses tutelados - e, com eles das normas positivas -, diretamente assumidas como valores ético-culturais, ou, simplesmente, como valores, cuja violação dá lugar a comportamentos imorais. Nesse ponto, reproduz-se integralmente, em dimensão ético-formal, a confusão entre direito e moral, alcançando o conceito de bem jurídico o fim da sua parábola. Aos juristas nazistas, no marco do novo modelo

acentuadamente ético e subjetivista do Direito Penal da vontade, não lhes restava se não decretar seu arquivamento e a coerente substituição pelos conceitos de ‘violação do dever’, ‘desvalor da atitude interna’, ou ‘infidelidade’ ao Estado ou ao seu chefe. (FERRAJOLI, 2000, p. 376)

No período da ditadura nazista houve uma controvérsia entre a Escola de Marburgo e a Escola de Kiel a respeito da manutenção da noção de bem jurídico.

A Escola de Marburgo defendia a tese de que não se fazia necessário abandonar o conceito de bem jurídico, tão somente superar sua origem individualista e tutelar os bens do Estado, da mesma forma como defendeu Binding.

Por sua vez, a escola de Kiel (Kieler Schule), que configurou a teoria do bem jurídico atrelada à limitação do *jus puniendi* estatal, serviu apenas ao ideal de legitimação da intervenção penal na Alemanha nazista a partir da década de 30.

Os penalistas da Escola de Kiel, em razão de seu legado liberal e individualista, substituíram a noção liberal de crime como ofensa a bens jurídicos pela “violação ao dever de fidelidade ao Estado ético, personalizado no Führer” (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 11).

Para Prado, a Escola de Kiel refutou,

no primeiro momento, o dogma do bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, para admiti-lo posteriormente, quando perdeu sua identidade e não passava de instrumento inócuo. Essa escola - representada, principalmente, por F. Schaffstein e G. Dahm – sustentou o chamado Direito Penal da vontade (Willensstrafrecht) ou Direito Penal do autor (Taterstrafrecht), procurando construir uma base teórica para o Direito Penal do nacional-socialismo. Como nota característica desse direito autoritário, Antón Oneca, após tecer-lhe severas críticas, cita as frases seguintes de Schaffstein e Dahm: “o crime não é só fundamento, senão ocasião da pena; o Estado utiliza a pena para tornar visível aos olhos de todos o seu poder; na pena se manifesta simbolicamente a dignidade do Estado” (Derecho Penal, p. 67). No entanto, procura-se fazer pontual ressalva, afirmando que: “La opinión que se critica desconoce así mismo que em los años treinta también hubo partidarios del nacionalsocialismo que defendieron el dogma del bien jurídico, y no sólo aquellos que, como Schwinge, vaciaron la teoría del bien jurídico hasta su identificación con la interpretación teleológica, sino también otros, como Klee, que defendió el concepto de bien jurídico básicamente en la forma en que éste era entendido por Binding y Liszt” (AMELUNG, K. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, R. (ed.). La teoría del bien jurídico, p. 234). (PRADO, 2019, p. 61)

O abandono da teoria do bem jurídico trouxe consequências como a punição do crime impossível, bem como dos atos preparatórios, além de estabelecer o Direito Penal do autor.

Observa-se que, por dois séculos, o conceito de bem jurídico recebeu várias definições a depender do regime de governo do respectivo Estado. Tanto os regimes democráticos quanto autoritários utilizaram a teoria do bem jurídico com o fim de atender os respectivos interesses, ora da burguesia, ora do proletariado, ora do Estado nazifascista.

## 2.2 TEORIAS CONTEMPORÂNEAS

### 2.2.1 Teorias Sociológicas

A evolução da noção de bem jurídico continuou com as mais variadas contribuições até chegar às concepções modernas, principalmente as sociológicas (funcionalistas sistêmicas e interacionistas simbólicas) e as constitucionais.

Prado ensina que, dentre as primeiras, podem ser mencionadas: K. Amelung, G. Jakobs, H. Otto, J. Habermas, W. Hassemer, R. P. Calliess, Mir Puig, Gomez Benitez, Muñoz Conde, Bustos Ramírez, Hormazabal Malaree, entre outros (PRADO, 2019).

A doutrina sociológica funcionalista originou-se com a obra de Durkheim (DURKHEIM, 1999), intitulada “Da divisão social do trabalho”, e se desenvolveu, em especial, com Parson, Merton e Luhmann.

Segundo o funcionalismo sistêmico,

a sociedade é compreendida como um sistema global ou de interação – formado, sobretudo, por normas de organização – ao qual se vinculam todos os fatores sociais (sociedade/indivíduo), sendo a funcionalidade o critério principal de exame de qualquer conduta. É de notar que, para essa espécie de filosofia social, “poderia valer a máxima construída por analogia com a célebre máxima hegeliana: todo o funcional é real e todo o real é funcional. O funcionalista não conhece funções negativas: conhece somente disfunções (...), isto é, defeitos que podem ser corrigidos no âmbito do sistema, enquanto a função negativa requer a mudança do sistema. Ademais, em uma concepção em que as diferentes partes de um sistema social são consideradas em razão do todo, o Direito tem não só uma função positiva, mas uma função positiva primária no tempo em que é o instrumento de conservação por excelência, é o subsistema de que depende em última instância a integração do sistema, a última barreira além da qual está a inevitável desintegração do sistema. (PRADO, 2019, p. 46)

Nesse contexto, para o funcionalismo sistêmico, a missão do Direito Penal é justamente garantir a funcionalidade do sistema social. Isso porque o crime é uma disfunção que pode ser corrigida dentro do próprio sistema.

Prado leciona que:

para a teoria sistêmico-funcional, o bem jurídico define-se e reduz-se às imprescindíveis condições-possibilidades de participação no diálogo (interação) social, condições possibilitadoras da integração no respectivo subsistema, garantindo, desse modo, a funcionalidade do sistema social. Correlativamente, o delito reconhece-se como 'facto socialmente danoso', como 'violação das expectativas' dos destinatários das normas penais (que, precisamente, têm por função tutelar as condições 'mínimas' da interação social). Para essa concepção, portanto, o bem jurídico 'esvazia-se de toda a dimensão axiológica, e o crime é indiferente a qualquer valoração ético-jurídica, esgotando-se, somente, na inadequação do fato à eficiente funcionalidade do sistema (noção sociológico-funcional). A convivência social só é possível quando cada um puder contar (expectativa) fundadamente (confiança) com determinado comportamento (reação) por parte do outro destinatário da norma penal (interação social). Ora, a preservação desta indispensável confiança na norma (*Normvertrauen*) exige que a cada violação das expectativas (protegidas pela respectiva norma penal) corresponda uma sanção que restabeleça e reforce o sentimento da eficaz vigência da norma. Em conclusão, a pena (a punibilidade de um facto) não tem o seu fundamento na ilicitude da conduta e nem na culpa ético-pessoal do infrator, mas, pelo contrário, fundamenta-se na 'danosidade social do facto' (violador da norma enquanto padrão regulador do contacto social) e tem por função restabelecer a confiança no direito (*Rechtstreue* – prevenção geral positiva de integração), i. é., garantir, em última análise, a funcionalidade do sistema social. (PRADO, 2019, p. 48)

Nesse sentido, o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral. O Direito Penal tem por objetivo a proteção do funcionamento do sistema diante de um fato socialmente danoso.

Referido sistema foi construído com base na teoria sistêmica de Luhmann, em especial por Jakobs e Amelung.

Para Jakobs, a missão do Direito Penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, a fim de garantir o funcionamento do sistema social. Isto é, estabilizar a ordem social através da imputação de condutas. Nesse sentido, o delito, como transgressão da norma penal, "significa oposição à prescrição normativa que se vê contrariada pela sanção, que impõe ou restabelece a obediência ao Direito" (PRADO, 2019, p. 46).

Jakobs, baseado nos estudos de Niklas Luhmann, funcionaliza não apenas os conceitos dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro da teoria funcionalista-sistêmica da sociedade (GRECO, 2000).

Greco afirma que:

O mundo em que vivem os homens é um mundo pleno de sentido. As possibilidades do agir humano são inúmeras, e aumentam com o grau de complexidade da sociedade em questão. O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um elemento de perturbação: não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós. Este conceito, o de expectativa, desempenha um valor central na teoria de Luhmann: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura. (GRECO, 2000, p. 242)

Para assegurar essas expectativas é que surgem os sistemas sociais, ainda que elas não sejam sempre satisfeitas.

Referidos sistemas sociais fornecem aos homens modelos de condutas, bem como indica quais expectativas podem existir em face dos outros.

Para Luhmann, existem duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras deixam de subsistir quando são violadas. Por sua vez, as expectativas normativas se mantêm apesar de serem violadas (contrafaticamente). Disso, surge o conceito de norma: “normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente” (GRECO, 2000, p. 243).

Por consequência, surge a necessidade de um processamento das decepções. Assim, a decepção deve gerar uma reação para reafirmar a validade da norma, e uma das reações é, justamente, a sanção (GRECO, 2000).

Greco aduz que:

O direito também é um sistema social, composto de normas, que, quando violadas, geram decepções, as quais por sua vez tornam patente a necessidade de reafirmação das expectativas. No Direito Penal, isto ocorre através da pena, que é definida por Jakobs como ‘demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente’. (GRECO, 2000, p. 243)

Jakobs revela duas marcas do pensamento de Luhmann: a) o vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação; b) a noção de bem jurídico penal (CAVALCANTI, 2005).

Quanto ao primeiro aspecto, Jakobs afirma que o Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas sim na comunicação, sendo que seus atores são pessoas, e suas condições são estipuladas por um sentimento da sociedade, e não individual.

Por sua vez, quanto à noção de bem jurídico, Jakobs entende que o bem jurídico penal corresponde à ínsita necessidade de se proteger a firmeza das expectativas normativas.

Bonfin e Capez apresentam a seguinte crítica à teoria de Jakobs:

A absolutização do método funcional por Jakobs, sem as limitações do ontológico, levou Silva Sánchez a caracterizar esta teoria como funcional radical. Esta radicalização se encontra apoiada na missão do Direito Penal, diferente do funcionalismo moderado de Roxin, pois este orienta as categorias do sistema de Direito Penal a finalidades político-criminalistas, enquanto Jakobs vê importância somente nas necessidades sistêmicas dirigidas para a função prevenção integração, onde a violação de uma norma é disfuncional ao sistema, não porque cause dano a um bem jurídico, mas porque contradiz o modelo de orientação da norma. Esta contradição é um problema de imputação, em especial da imputação do comportamento típico e antijurídico. (BONFIM, 2004, p. 282)

Tavares ensina que Jakobs, apesar de não descartar expressamente a teoria do bem jurídico, acaba por identificar os bens jurídicos com a validade fática das normas, das quais “se possa esperar a proteção dos bens, das funções e da paz jurídica” (TAVARES, 2019, p. 211).

Não obstante, Tavares critica Jakobs, porquanto, ao reformular o conceito de bem jurídico para “indicar que por tal se deva entender a validade fática das normas, regressa à velha proposta de Mezger de não o diferenciar de seus próprios fins de proteção” (TAVARES, 2019, p. 211).

De modo singular, Knut Amelung propôs a substituição da teoria do bem jurídico pelo conceito de danosidade social, e concebeu o delito como um comportamento socialmente danoso (TAVARES, 2019).

Amelung procura definir o conceito de danosidade social por meio das teorias social-sistêmicas, as quais entendem que compete ao direito conferir a estabilidade da sociedade, que é vista como um complexo sistema de iterações, e, dessa forma, garantir o funcionamento do sistema (PELARIN, 2002).

Assim, “o direito distribui funções, gerando expectativas e, quando estas são violadas, reafirma-as através da sanção, para que deste modo se mantenha a imprescindível confiança na funcionalidade do sistema” (PELARIN, 2002, p. 89).

Para Amelung, danoso é um fato disfuncional, um acontecimento social que dificulta a superação dos problemas de sobrevivência do sistema social. O crime é o fenômeno disfuncional de maior perigo, e o Direito Penal é o mecanismo para esse controle social.

Tavares leciona que:

embora seja correto associar-se todo o sistema normativo à danosidade social produzida pelo delito, os funcionalistas utilizam esse critério, meramente, como princípio informador e não como fundamento material da incriminação. (TAVARES, 2019, p. 212)

A concepção de Amelung foi criticada em razão da ausência de determinação da danosidade social, que pode ficar ao puro arbítrio do legislador, e que, por consequência, “transportaria a definição do bem jurídico para a própria norma penal” (BECHARA, 2014, p. 133). Assim, a noção de danosidade social perderia a eficácia limitadora da intervenção penal.

A principal crítica direcionada às teorias funcionalistas-sistêmicas, em especial as de Jakobs e Amelung, é justamente a de que elas são aptas a legitimar, sem distinção, qualquer sistema social, tanto democráticos quanto totalitários.

## 2.2.2 Teorias Constitucionais do Bem Jurídico-Penal

Após a 2ª Guerra Mundial, com o intuito de conter as arbitrariedades Estatais vivenciadas até então, reconstrói-se a ideia de Estado de Direito, fundamentada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Restabeleceu-se o constitucionalismo e se fixou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático (BECHARA, 2014).

Desse modo, a constituição passou a exercer a função de racionalização, a fim de limitar a intervenção indevida sobre a liberdade individual, inclusive no âmbito penal. A teoria do bem jurídico teve que se adequar a esse novo paradigma.

Passa-se a buscar, então, na Constituição os objetos aos quais o Direito Penal deve conferir proteção.

As teorias constitucionais do bem jurídico procuram criar critérios capazes de limitar o momento de criação do ilícito penal do legislador ordinário. São divididas em teorias de caráter geral ou amplo e de fundamento constitucional estrito (PRADO, 2019).

Para Prado,

Nas primeiras, costuma-se fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida,

aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo.

Dentre elas estão, principalmente, as concepções de W. Sax., M. Marx, D. Pulitanò, G. Fiandaca, E. Musco, Octavio de Toledo, Pérez Álvarez, Vives Antón, González Cussac, C. Roxin e H. J. Rudolphi – estas duas últimas revelando influência funcionalista. (...)

De outro passo, as teorias constitucionais estritas, representadas, por exemplo, por F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J. J. Gonzalez Rus, F. J. Álvarez García, L. Arroyo Zapatero e E. Gregori, J.C. Carbonell Mateu, Barbosa Castillo e Gómez Pavajeau (com base nos direitos fundamentais), Carneiro Leão, e, com matizes (caráter expresso, tácito ou, ao menos, de não incompatibilidade com a Constituição/Estado democrático e social de Direito), o autor deste estudo, orienta-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, ao nível de prescrições específicas (explícitas ou implícitas), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional. (PRADO, 2019, p. 65)

Para os adeptos da teoria constitucional de caráter geral, a constituição é tida como marco de referência, o informativo vinculante com princípios genéricos, a exemplo do Estado de Direito e Social-Democracia (PELARIN, 2002).

Perfilhando-se a essa corrente de caráter geral, também se posiciona Claus Roxin.

Roxin define:

Os bens jurídicos são dadas circunstâncias ou finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no quadro de um sistema social global estruturado com base nessa concepção de finalidades ou para o funcionamento do próprio sistema. (ROXIN, 1997, p. 56, tradução livre)

Para referido autor, o legislador deve vedar incriminações arbitrárias que não protegem bem jurídico, ou que tenham finalidades puramente ideológicas e imoralidades (ROXIN, 1997).

Roxin defende que, em um Estado Democrático de Direito, as normas jurídico-penais devem garantir o direito dos indivíduos, a fim de assegurar uma existência livre e pacífica.

Tavares pontua que:

Embora o conceito de Roxin possa ser posto em discussão, porque – ao estilo neokantiano – se deixa levar pela normatização globalizada, ao assentar-lhe uma base puramente sistêmica, caminha, ao invés, para a construção de um sistema de garantias, ao desvincular da proteção de bem jurídico a mera proibição de condutas imorais, a proteção de fins puramente ideológicos e todos os preceitos discriminatórios, bem como ao buscar limitações ao poder de punir na própria evolução do grau de utilidade dos dados e dos objetivos que servem de substrato ao bem jurídico. (TAVARES, 2019, p. 212)

Por outro lado, para Roxin, a Constituição apenas cumpre a função de proibição de excessos no âmbito da ofensividade, vinculada ao princípio da proporcionalidade.

Todavia, admitir a dimensão constitucional do princípio da ofensividade não significa “reconhecer que a Constituição proporcione um elenco de bens jurídicos a proteger penalmente e nem que contenha obrigações de criminalização” (BECHARA, 2014, p. 125).

Na mesma linha de ideias, Rudolphi defende que o legislador ordinário está vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo deve estar em conformidade com os valores fundamentais constitucionais (PRADO, 2019).

Nesse sentido, segundo Rudolphi,

a tarefa do Direito Penal, desde o ponto de vista da decisão valorativa contida na Constituição, consiste em proteger as funções sociais e os mecanismos eficazes necessários para manter a sociedade em face dos danos e perturbações que a podem ameaçar. (RUDOLPHI, p. 345 apud LUISI, 2003, p. 172)

Assim, para Rudolphi, todos os comportamentos que não perturbam os organismos sociais ficam fora das proibições jurídicos penais (LUISI, 2003).

O bem jurídico, nesse contexto, “é concebido como uma valiosa unidade de função social, indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar” (PRADO, 2019, P. 64).

Por sua vez, os requisitos para a concretização do bem jurídico como um juízo de valor do ordenamento positivo, segundo Prado, são:

- 1) Que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que para o Direito Penal são deduzidas da Constituição.
- 2) Que com o anterior somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para serem desenvolvidas as condições e funções em que se baseia esta sociedade dentro do marco constitucional.
- 3) Que um tipo penal seja portador de um bem jurídico claramente definido não significa já sua legitimação. É necessário, ainda, que só seja protegido diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo. (PRADO, 2019, p. 64-65)

Assim, observa-se que as teorias constitucionais do bem jurídico de caráter geral fazem remissão ao texto da Constituição de forma abrangente, sendo que as

escolhas penais são vinculadas apenas ao modelo de Estado e aos princípios regentes do ordenamento jurídico.

Por outro lado, as teorias constitucionais estritas do bem jurídico defendem que a tutela penal só pode recair sobre bens de relevância constitucional. Isto é, o legislador penal encontra nas constituições prescrições específicas “e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem recebidos na ordem jurídico-penal” (LUISI, 2003, p. 173).

A teoria estrita é adotada especialmente pela doutrina italiana, e tem como adeptos Franco Bricola, Francesco Angioni, Enzo Musco e Francesco Palazzo (LUISI, 2003).

Franco Bricola, adepto do princípio da taxatividade e defensor de limites do Direito Penal ao mínimo indispensável, propõe que “o ilícito penal pode concretizar exclusivamente numa lesão de um valor constitucional relevante” (BRICOLA, p. 15-16 apud HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 127).

Pelarin afirma que,

Em que pese a força das argumentações dentro dessa última perspectiva, os *princípios pertinentes à matéria penal*, de onde se retiram as conclusões de criminalização constitucional estrita, ou da delimitação desta, não servem à proposta do direito penal mínimo. (PELARIN, 2002, p. 118).

As teorias constitucionais despertaram para o papel limitativo da Constituição, e a partir de então, se apresentam como instrumento de controle crítico limitativo para o legislador penal.

## 2.3 O BEM JURÍDICO E DIGNIDADE PENAL

Todas as teorias estudadas anteriormente possuem a preocupação fundamental de estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o bem jurídico penalmente tutelado e o direito restringido pela sanção penal.

Em razão disso, tem se exigido do direito penal a intervenção exclusiva para a proteção de bens dignos de tutela.

A esse respeito, Figueiredo conceitua a dignidade penal (*Strafwürdigkeit*), como a ideia segundo a qual “é tarefa do direito penal, só e exclusivamente, vir a proteção fragmentária de bens jurídicos penais” (FIGUEIREDO, 2008, p. 87).

Afirma, ainda, Figueiredo:

(...) não seria, pois, desarrazoado reconhecer a dignidade penal como uma expressão, traduzida para a linhagem jurídico penal, do princípio da proporcionalidade. Mais concretamente, determina a noção de dignidade penal, tanto ao legislador quanto ao intérprete, que a intervenção do direito penal não resulta proporcional se não tem lugar para a proteção das condições fundamentais da vida em comum e para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra as mesmas. Nessa linha, na formulação de Otto, digno de pena (*Strafwürdigkeit*) é apenas um comportamento merecedor de desaprovação ético-social por que é adequado a pôr gravemente em perigo ou prejudicar as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada, tendo de tratar-se sempre de uma lesão particularmente grave do bem jurídico. Podemos, portanto, precisar a dignidade penal como expressão sucinta do mandamento político-criminal de proteção exclusiva de bens jurídicos dotados de dignidade de tutela. Em segundo lugar, como quer Costa Andrade, o juízo de dignidade penal implica um limiar qualificado de danosidade ou de perturbação e abalos sociais. (FIGUEIREDO, 2008, p. 88)

Para Silva Sánchez, a função da dignidade penal é a introdução, no debate a respeito da concepção material de crime, de “considerações acerca da importância do bem e da gravidade intrínseca dos ataques ao mesmo” (SÁNCHEZ, 1992, p. 277). Tais considerações servem como “contrapontos valorativos” e são político-criminalmente vinculantes em relação às outras considerações de cunho utilitaristas que também fazem parte do sistema e que, por essa razão, influenciam-no.

Figueiredo Dias e Costa Andrade apontam a dignidade penal e a carência de tutela penal como os fundamentos tanto da descriminalização quanto da neocriminalização, nos seguintes termos:

No contexto do primeiro tipo de sociedade, tem sido sobretudo a partir de dois conceitos fundamentais que se têm procurado definir os parâmetros da legitimidade da intervenção do direito criminal: o conceito de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e o conceito de carência (ou necessidade) de tutela penal (*Strafbedürftigkeit*).

Segundo o entendimento praticamente unânime, só assumem dignidade penal as condutas que lesem bens jurídicos ou, noutros termos, que sejam socialmente danosas. (...)

O conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula redução do direito penal ao núcleo irredutível – se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que contam com apoio generalizado da comunidade.

A definição de uma conduta como socialmente danosa, isto é, lesiva de bens jurídicos cuja integridade é importante, porventura mesmo imprescindível à subsistência da comunidade, não esgota, porém, o problema da legitimidade da criminalização. A dignidade penal constitui apenas a legitimação negativa (Hassemer), sendo suficiente para impor a descriminalização ou contrariar a criminalização *ex novo*, mas não para impor, sequer para legitimar positivamente, a criminalização. Tal só se logrará num segundo momento,

em sede de carência de tutela. Com esta categoria exprime-se de forma sintética, como assinala Sax, o juízo de que, em relação a determinados comportamentos que direta ou indiretamente lesam bens jurídicos, sendo, portanto, dignos de sanção criminal, esta sanção é também de fato o único meio para, de forma eficaz, proteger a ordenação comunitária. Este juízo assenta predominantemente numa investigação criminológica sobre fatos que, pela sua frequência, persistência e danosidade, são considerados como problema político-criminal. O conceito de carência de tutela corresponde ao princípio da subsidiariedade do direito penal, princípio segundo o qual o direito penal deve constituir a *ultima ratio* do controle social (DIAS; ANDRADE, 1992).

No juízo de dignidade/merecimento de pena, prevalece um momento axiológico, no qual se verifica quais valores devem ser considerados essenciais para uma existência pacífica e responsável em comunidade, bem como as formas de ataque mais gravosas para eles.

Oferece-se um padrão crítico tanto para o legislador quanto para o intérprete, de modo que serve como uma barreira garantista contra tendências intervencionistas realizadas em nome de um “exasperado pragmatismo efficientista”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 90.)

Todavia, o juízo de dignidade penal não é condição suficiente para aferir a legitimidade de uma incriminação.

Com efeito,

para além da legitimação negativa de toda a intervenção penal (mediatizada pela noção de dignidade penal), há de se acrescer um juízo positivo, que só considera legítimo o recurso ao tipo penal nos casos de comprovada necessidade (carência) de tutela. Assim, em sintonia com a linha seguida e defendida por Hassemer, afirma-se que uma conduta que ameaça um bem jurídico é condição necessária, mas não suficiente, para ser criminalizar essa conduta. (FIGUEIREDO, 2008, p. 91)

Ao contrário da categoria do juízo de dignidade penal, na categoria de necessidade de tutela penal, prevalece a razão funcional, na qual se inserem os princípios da necessidade e da adequação da intervenção penal, isto é, intervenção mínima.

O princípio da necessidade corresponde ao mandamento de subsidiariedade e *ultima ratio* do direito penal. Isto é, “a violação de um bem jurídico não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização de cada um na comunidade” (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 407). Isto é, o importante é verificar se não há outros ramos do direito que não cumpram satisfatoriamente a finalidade precípua de proteção.

Por sua vez, o princípio da adequação prevê a utilização do direito penal apenas quando a imposição de pena para determinado comportamento seja idônea, eficaz e adequada para cumprir sua função de tutelar bens jurídicos penais.

A esse respeito, Figueiredo adverte que,

É a conjunção de ambas as categorias político-criminais acima descritas que empresta sentido e conteúdo ao movimento da não-intervenção-moderada, mormente a sua vertente da descriminalização. Ora, quando se estabelece que uma determinada conduta humana deve ser descriminalizada, fato é que isso ocorrerá sempre nos casos de não estarmos diante de um comportamento que lese ou exponha a perigo bens jurídico-penais claramente individualizados (dignidade penal); ou, quando, mesmo havendo uma ofensa a um bem jurídico penal, essa possa ser razoavelmente punida por meios extrapenais de política social (carência de tutela penal). (FIGUEIREDO, 2008, p. 92).

Importa registrar que a conceituação de crime como ofensa a bens jurídicos vincula não só o legislador a reprimir condutas sociais danosas ao bem jurídico, como também o vincula, com base no princípio da ofensividade, a não “antecipar o recurso à sanção penal ao momento em que se manifestem, de qualquer modo, vontade ou personalidade hostis à Lei, impondo-lhe que espere a verificação de lesões tangíveis ou ameaças à integridade desta ou daquela realidade ou relação existente no mundo exterior” (MARINUCCI, 1994, p. 154).

Nesse sentido, corrobora-se a utilização do direito penal de modo fragmentário, com a utilização do sistema repressivo para proteger um bem jurídico por tipo penal de modo proporcional à gravidade das consequências jurídicas impostas.

Vale por dizer,

A ilicitude (penal) não se esgota na relação subsistente entre a ação e a norma, mas possui sempre significado material (ilicitude material). Uma ação é materialmente ilícita em função do desrespeito que supõem ao bem jurídico protegido pela norma correspondente. (ANDRADE, 1985, p. 315-316)

No mesmo sentido, Roxin afirma que “no tipo é valorada a ação do ponto de vista da necessidade abstrata de pena” (ROXIN, 1997, p. 57).

Assim, no momento de se questionar a respeito da tipicidade de uma conduta, impõe-se observar, como elemento associado ao juízo de tipicidade, se há a ocorrência de uma ofensa a um bem jurídico-penal e a necessidade (ou carência) abstrata de punição.

### 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS À TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Após a conceituação do bem jurídico penal, bem como das teorias constitucionais, impõe-se ponderar sobre os princípios constitucionais que irão auxiliar na escolha dos bens jurídicos penais.

O princípio, consoante o i. doutrinador Celso Antônio de Bandeira Mello, pode ser definido como “mandamento nuclear de um sistema”. Isso porque ele reflete o valor de uma dada sociedade, o ideal de determinado povo.

Nas palavras do doutrinador:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade de um sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 1980, p. 230)

Paulo de Barros Carvalho, no livro Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, afirma que “os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação não dá do feixe de normas” (SILVA, 2009, p. 1140).

Verifica-se que o princípio também é uma norma cogente e, portanto, deve ser considerado como parâmetro de controle de constitucionalidade. Assim, na escolha dos bens jurídicos penais pelo legislador, devem ser respeitados os princípios constitucionais para se penalizar ou despenalizar determinadas condutas.

Passa-se, agora, a analisar os três princípios constitucionais fundamentais à teoria do bem jurídico penal, quais sejam, dignidade da pessoa humana, intervenção mínima e proporcionalidade.

### 3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os princípios constantes da Constituição federal de 1988, o de maior valor é o da dignidade da pessoa humana, sendo o eixo orientador do Estado Democrático de Direito.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 prevê o direito à dignidade da pessoa humana. Este, constitui o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil e se encontra no título I do texto maior, qual seja, Dos Princípios Fundamentais, antes mesmo Dos Direitos e Garantias Fundamentais elencados no título II.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 28)

Paulo de Barros Carvalho afirma que a dignidade da pessoa humana pede o equilíbrio entre direitos voltados para o indivíduo e aqueles outros da sociedade, do bem comum, isto é, a igualdade entre eles. Entretanto, não é suficiente proclamar, de forma retórica, o direito sem que se criem mecanismos efetivos para garantir a real proteção dos direitos fundamentais que dão suporte ao princípio da dignidade humana.

Celso Bastos preleciona que “a referência é a dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social” (BASTOS, 1988, p. 425).

Por sua vez, Alexandre de Moraes afirma que a dignidade da pessoa humana concede unicidade aos direitos e garantias fundamentais, de forma que é inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoais do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual (MORAES, 1999).

Para Júnior e Costa,

Certo é que a dignidade representa valor intrínseco do ser humano e fundamento hodierno basilar do estado, sendo arma fundamental contra o arbítrio e descaso do Estado, bem como munição para garantia dos direitos fundamentais. (JÚNIOR; COSTA)

Para a escolha do bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal, não se pode perder de vista que o direito penal deve tutelar a pessoa humana, exercendo um juízo positivo de valor a respeito de determinada situação social e sua relevância para a incriminação penal.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é um limite ao Direito Penal na definição de seus bens jurídicos.

### 3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE

O direito penal, por se tratar de uma etapa violenta, por aplicar a pena e a medida de segurança, intervém na última fase do controle social.

O surgimento do princípio da intervenção mínima coincide com as ideias iluministas de limitação da interferência estatal na liberdade individual, que parte da lógica do contrato social e das ideias de Beccaria. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 determinou em seu artigo 8º que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias (...)”. Surge, com isso, o princípio orientador e limitador do poder criativo do crime, qual seja, o da intervenção mínima, que preconiza que “só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico” (LUISI, 2003, p. 39).

Nilo Batista explicita que:

O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantiveram o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que, quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas; Beccaria advertia que proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos (...). Tobias Barreto percebera que a pena é um meio extremo, como tal é também a guerra. E, de fato, por constituir ela, como diz Roxin, a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado, entende-se que o estado não deva

recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não penais. (BATISTA, 2007, p. 84)

O princípio da intervenção mínima não se encontra explicitado nas legislações constitucionais e penais contemporâneas. Todavia, é um princípio “imaneente que, por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do estado de Direito, se impõe ao legislador e mesmo ao hermeneuta” (Everardo da Cunha Luna, Apud LUISI, 2003, p. 39).

O supramencionado princípio é imprescindível à formulação da teoria do bem jurídico penal, já que deve nortear o legislador na escolha das condutas e dos bens jurídicos penais a serem descritos como criminosos.

A sanção penal somente é utilizada se for instrumento indispensável de proteção jurídica, de modo que, se outras formas de sanção se revelarem suficientes para a tutela do bem, a criminalização se mostra ilegítima. Isto é, este princípio determina que a intervenção do direito penal só deve ocorrer nos casos de real necessidade, com a missão de proteger os bens jurídicos fundamentais em face dos ataques mais graves, e somente quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para a referida proteção (GOMES, 2003).

Do princípio da intervenção mínima do direito penal decorrem dois outros princípios que limitam o poder punitivo estatal, quais sejam, a fragmentariedade e a subsidiariedade.

O direito penal, conforme afirma Binding, não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica (LUISI, 2003).

O primeiro registro do caráter fragmentário do direito penal foi feito por Binding, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial (1896). Todavia, Binding se preocupava com a superação do caráter fragmentário das leis penais, das lacunas e daí decorrentes e seus efeitos na proteção dos bens jurídicos. Obstante a isso, atualmente, se reconhecem as virtudes políticas da fragmentariedade.

Com efeito, BATISTA afirma que:

De fato, se o fim da pena é fazer a justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar

da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim o direito penal como um sistema descontínuo de ilicitudes, bastando folhear a parte especial do código penal para percebê-lo. Supor que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é, como frisa Navarrette, falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo, seja do ângulo político criminal, seja do ângulo científico. Como ensina Bricola, a fragmentaria idade se opõe a uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõem uma seleção seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensas. (BATISTA, 2007, p. 86)

Muñoz Conde afirma que o caráter fragmentário do direito penal aparece de uma forma tripla, porquanto o princípio ao mesmo tempo atua defendendo o bem jurídico só contra ataques de especial gravidade, e tipificando só uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico e, também, deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais (CONDE; GÁRCIA, 2002).

Reconhece-se um duplo aspecto à fragmentariedade: fragmentam-se os bens jurídicos em um que mereça e outro que careça da proteção do direito penal, e também condutas lesivas em condutas que ofendem o bem jurídico de forma típica e o de condutas que ofendem o bem jurídico de forma atípica.

Ademais, entende-se que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, o qual só se considera legítimo quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade. Dessa análise decorre o caráter subsidiário da intervenção penal, a qual só se justifica “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos” (CONDE, 2001, p. 60).

A subsidiariedade do direito penal deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo, que só deve ser ministrado quando outros revelarem ineficientes. Nesse sentido, não se justifica aplicar um recurso mais grave “quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão só o pagamento das despesas funerárias” (CONDE, 2001, p. 31).

BATISTA afirma que foi observado por Roxin que a utilização do “direito penal onde bastam outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica não dispõe da legitimação da necessidade social e perturba a paz jurídica produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito” (BATISTA, 2007, p. 87).

A título de exemplo, Batista afirma que:

existe uma curiosa aplicação *contra legem* do princípio da subsidiariedade no crime de desobediência (art. 330 do CP). Embora a lei não faça qualquer ressalva, a doutrina (Hungria, Fragoso, Noronha) e os tribunais (sucessivas e reiteradas decisões) entendem que, se concorrer uma sanção administrativa ou civil para a desobediência, não cabe aplicar a pena. Essa opinião dominante, ainda que jamais fundamentada, deu ensejo a um emprego bem temperado da autoritária disposição penal. (BATISTA, 200, p. 87)

O caráter subsidiário da intervenção penal coloca em questão a autonomia do direito penal, na qual se busca saber se ela é constitutiva ou sancionadora.

Batista, afirmando Fragoso, afirma que predomina no Brasil o entendimento de ser ele constitutivo, já que “mesmo quando o direito penal tutela bens interesses jurídicos já tutelados pelo direito privado, o faz de forma peculiar e autônoma” (BATISTA, 2007, p. 88). Noutro sentido, Noronha e Damásio o consideram sancionador.

A respeito dos argumentos utilizados pela corrente constitutiva, Batista leciona que:

Os principais argumentos da corrente constitutivista estão: 1º) no caráter original do tratamento penal; 2º) na convivência de conceitos jurídicos com distintos conteúdos; e 3º) na existência de matéria só versada pelo direito penal. O primeiro argumento a nada conduz: ninguém questiona seja a pena algo exclusivo do direito penal, e sim se ela opera sobre preceitos primários também exclusivos. O segundo argumento se baseia na existência de conceitos jurídicos com distintos conteúdos no direito penal e em outros ramos: assim, o conceito amplo de bem imóvel do direito privado (ver especialmente o art. 46 CC) e o conceito restritivo que se usa na teoria dos crimes contra o patrimônio, ou o conceito jurídico-penal de funcionário público (art. 327 CP) e o mesmo conceito no direito administrativo. Não cremos que essas adaptações funcionais, que incidem muita vez sobre conceitos-chave para certos grupos de casos, demonstrem uma desvinculação: pelo contrário, é através delas que se estabelecem linhas de relação que nunca - e eis o que importa - fazem confrontar-se em termos de contradição o direito penal e qualquer outro ramo. O terceiro argumento se reporta quase sempre a hipóteses exóticas, como a crueldade contra animais, ou, recorrentemente, ao crime de omissão de socorro (art. 135 CP). As primeiras são associáveis a um legislador que ignorou o princípio da intervenção mínima ao deferir apenas e principalmente ao direito penal a tutela pretendida: é razoável contar com que, progredindo-se na transferência para o direito administrativo dos ilícitos de polícia e - pensando agora também na omissão de socorro - dentro de um quadro legislativo que estabeleça deveres gerais de solidariedade social e proteja eficientemente os bens públicos, o argumento simplesmente desaparece. (BATISTA, 2007, p. 88-89)

Na Constituição estão as raízes do ordenamento jurídico como um todo, e também do ilícito como unidade. O caráter sancionador do direito penal deve constituir uma recomendação político-criminal à qual esteja permanentemente atento o legislador.

O direito penal possui o caráter de ser subsidiário, pois sua intervenção só se justifica quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito. Isto é, o Direito Penal é subsidiário para a proteção dos bens jurídicos, em razão do rigor da sanção penal.

A despeito de a ausência de previsão expressa do princípio da intervenção mínima na Constituição Federal, referido princípio emana de outros postulados explícitos, e também dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, mencionado princípio decorre do direito fundamental à liberdade, descrito no artigo 5º da Constituição Federal; à dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, III, da CF/1988; cujos valores somente estarão observados diante de um direito penal que atue nos exatos limites da necessidade.

### 3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Realizada pelo legislador a identificação da conduta ofensiva digna de proteção penal, importa escolher a medida da resposta sancionatória. Isso porque os vários bens com status constitucional possuem valorações diferenciadas que deverão ser observadas quando der tipificação, em abstrato, das condutas reprovadas.

Importa ressaltar que a pena legalmente cominada deve ser formulada a partir da gravidade da infração, pois ela indica a importância que a ordem jurídica atribui ao preceito e ao bem jurídico tutelado, a fim de que cumpra a função educativa e social jurídica do direito penal.

Destaca-se que, a partir da análise das penas dos crimes de determinado ordenamento, é possível aferir a hierarquia material dos crimes penalmente protegidos e também a hierarquia das formas de tutela de um mesmo interesse em relação às modalidades de agressão.

Historicamente, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se na Alemanha a partir de 1875 e alcançou sua justificação dogmática com clareza após a Segunda Guerra Mundial. A partir disso, progrediu a ideia de que normas processuais

penais deveriam ser limitadas por meio de princípios gerais e valores contidos em todo o direito constitucional.

No mesmo sentido estão Sebastião Sérgio da Silveira e Rafael Tomaz de Oliveira:

A proporcionalidade, por outro lado, no modo como trabalhada na dogmática dos direitos fundamentais, seria um desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que, em sua utilização, procura cravar uma maior analiticidade para o controle de leis restritivas de direitos fundamentais. (SILVEIRA; OLIVEIRA)

Conforme Heinrich Scholler, “o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, originariamente, no âmbito do direito administrativo, mais especificamente das normas sobre o poder de polícia e seus limites, evolução que já remonta ao século XIX” (SANGUINÉ, 2001, p. 93).

Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, em 1756, afirmou que:

O interesse geral não se afunda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais comuns prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar crimes são mais contrários ao bem público e podem tornar-se mais frequentes. Deve, portanto, haver proporção entre crimes e castigo. (BECCARIA, 1995, p. 61)

Beccaria previu, ainda, a ponderação de interesses, da seguinte forma:

Se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar e estabelecer uma progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos. O quadro dessas duas progressões seria a medida da Liberdade ou da escravidão da humanidade, ou da maldade de cada país. Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e que, especialmente, não aplique os mesmos castigos aos maiores delitos. (BECCARIA, 1995, p. 63)

Miguel Reale Júnior pontua que o primeiro a identificar no fenômeno jurídico o princípio da proporcionalidade foi Aristóteles:

Proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional. (...) prossegue referindo-se à reciprocidade conforme a proporcionalidade, uma vez que não há identidade absoluta entre a justiça e a retribuição exatamente igual (...) a origem da escolha está no desejo e no raciocínio dirigido a um fim. (JÚNIOR, 1993, p. 56)

A jurisprudência francesa, a partir de 1970, consagrou a necessidade de ponderação das circunstâncias do caso concreto frente aos interesses enfrentados, através da utilização da técnica da ponderação do custo-benefício, isto é, uma concreção do princípio da proporcionalidade. As teorias de limitação do poder da França foram recepcionadas pela Alemanha, e com isso erigiu-se o princípio da proporcionalidade ao nível constitucional.

Pelo princípio da proporcionalidade, cabe ao legislador atentar para o valor proeminente da liberdade pessoal constante da Constituição, de modo que a restrição pode ocorrer apenas para balancear a lesão de um valor constitucionalmente significativo. Trata-se, portanto, não de analisar se é possível sacrificar um bem em detrimento de outro, mas sim o quanto isso é possível.

O direito penal tutela de forma específica e fragmentaria, baseada em modalidades de lesão, de modo que nem sempre a maior relevância de um dado bem jurídico corresponde ao maior valor de um específico típico incriminador a este relacionado. Com efeito, não há necessária coincidência entre o valor do bem jurídico em si considerado com o valor da conduta expressa no tipo penal.

Isso porque, além do valor do bem jurídico, existem outros fatores que devem interferir na definição da resposta proporcional ao fato, a exemplo da excessiva especificidade da norma, as possíveis diversidades das estruturas apresentadas, a eventual existência de uma valoração quanto ao resultado da ação, a possível pluralidade de interesses tutelados e os diferentes níveis de gravidade da ofensa ao respectivo bem (GOMES, 2003).

O princípio da proporcionalidade é a reunião de três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Conforme Alexy, “todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Direitos fundamentais enquanto princípios exigem otimização” (ALEXY, 2003, p. 135, tradução livre).

A adequação é a primeira vertente do princípio da proporcionalidade, e se caracteriza pela capacidade da medida de atingir os seus objetivos. Isto é, verifica-se se o meio utilizado pelo legislador ou pelo aplicador do direito é apto a atingir determinado fim, de modo que, caso não seja, não se fala em adequação e, conseqüentemente, proporcionalidade. Trata-se, portanto, da verificação da idoneidade da adequação do meio para que se alcance determinado fim.

Por sua vez, o segundo elemento da proporcionalidade é a necessidade, através da qual busca-se a indispensabilidade da medida a ser adotada, isto é, é a

utilização da medida menos gravosa para se atingir determinado fim. Destaca-se que, dentre os meios idôneos, a necessidade determina que seja escolhido aquele que possua um maior grau de adequação, isto é, mais idôneo, entregando se o meio menos nocivo aos direitos dos cidadãos, ou seja, o meio mais suave.

Vitalino Canas explicita que “medida necessária é a medida idônea atingir certo fim que se revele menos lesiva do que as que com ela competem. Medida desnecessária é aqui não resiste a comparação com outras, revelando-se mais lesiva” (CANAS, 1994, p. 04).

Por fim, a chamada proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à análise concreta da razoabilidade entre o meio e o fim. Verifica-se se há, pelas circunstâncias concretas, a plausibilidade no sacrifício. Isto é, questiona-se se a medida é, de fato, proporcional e até quando será.

O Estado deve utilizar meios adequados e abster-se de utilizar recursos desproporcionais. Ou seja, mesmo que a medida seja adequada e necessária, não se pode restringir direitos fundamentais além do justificável pelo objetivo perseguido.

Verifica-se que o princípio da proporcionalidade importa que a tutela penal seja adequada para a proteção do bem jurídico, além de ser necessária, menos gravosa e também não restringir os direitos fundamentais.

Ressaltou-se, até o presente momento, o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de excesso, ou seja, a proporcionalidade como contenção do poder estatal, já que a tutela penal será legítima apenas quando constituir o meio adequado à finalidade almejada, necessária e razoável. Ademais, a pena deverá ser proporcional à importância do bem, à intensidade de culpabilidade do agente, bem como à gravidade da ofensa.

Gilmar Mendes pontua que:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional não da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. (MENDES, 1999, p. 72)

O princípio da proporcionalidade é corolário do princípio da igualdade, porquanto proporciona a justa medida decorrente da aplicação de tratamentos diferentes para situações distintas.

Não obstante, direitos fundamentais não são utilizados apenas na função negativa de abstenção Estatal. Assim, observa-se que o princípio da proporcionalidade possui também a vertente da vedação da proteção deficiente. Trata-se de um dever de tutela penal.

Luciano Feldens, quanto ao princípio da proporcionalidade no Estado Brasileiro, conclui que o princípio da proporcionalidade tem sua estatura constitucional derivada:

- (i) das normas de direitos fundamentais, as quais, por definição, mostram-se vinculantes ao legislador, notadamente naquilo que se refira ao seu núcleo essencial;
- (ii) outrossim, e tal como operacionaliza lado pelo Supremo Tribunal Federal, desponta da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), em sua perspectiva substancial (art. 5º, LIV, da Constituição do Brasil);
- (iii) demais disso, a proporcionalidade encontra fundamento constitucional na fórmula política do Estado de Direito (art. 1º da Constituição do Brasil), a qual, também por definição, encerra a interdição da arbitrariedade. (FELDENS, 2012)

Verificou-se, até aqui, que os bens jurídicos penais são valores que devem ser garantidos por meio da norma penal, em razão de representarem interesses essenciais para a vida do homem em sociedade.

Da mesma forma, observou-se que a determinação constitucional de tutela penal deve ser realizada com observância dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, além de dever ser suficientemente protegida, com medidas de penas necessárias e adequadas à finalidade da pena.

Assim, passa-se agora ao estudo do bem jurídico penal na sociedade pós-industrial.

#### 4 O BEM JURÍDICO-PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

O estudo acerca do bem jurídico-penal na sociedade atual implica em refletirmos a respeito do caráter do ambiente social dos tempos atuais.

Por tempos atuais, entende-se as últimas décadas, as quais padecem de uma natureza diversa das imediatamente anteriores.

As últimas décadas possuem algumas terminologias, a exemplo de “pós-modernidade” de Jean Luotard e Boa Ventura de Sousa Santos; “modernidade líquida” de Zygmunt Bauman; e, “sociedade do risco” de Ulrich Beck e Anthony Giddens.

No centro da discussão a respeito da intervenção do Estado na esfera jurídico-penal, destaca-se o paradigma da sociedade pós-industrial, comumente designada como “sociedade de risco” (BECK; GIDDENS, 1997).

Segundo BECK, o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, as quais levam à necessidade de redefinir os padrões de controle formal e de responsabilidade, em virtude das ameaças potenciais que escapam à percepção sensorial e que não podem ser determinadas pela ciência (BECK; GIDDENS, 1997).

Com o desenvolvimento científico exasperado e a sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, transforma-se a noção de risco, antes periférica e acessória, em um elemento central na organização social. O novo papel do risco e do perigo é o norte que orienta os principais instrumentos de interação social nos tempos atuais (BOTTINI, 2010).

O sociólogo Giddens afirma que:

A noção (de risco) se originou com a compreensão de que resultados inesperados podem ser uma consequência de nossas próprias atividades ou decisões, ao invés de exprimirem significados ocultos da natureza ou intenções infáveis da deidade. ‘Risco’ substitui em grande parte o que antes era pensado como fortuna (fortuna ou destino) e torna-se separado das cosmologias. (GIDDENS, p. 38)

O desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e econômico origina múltiplos novos riscos, os quais produzem efeitos secundários não desejados, decorrentes de decisões e atividades relativas à tecnologia humana, sendo que tais

riscos são aptos a atingir grandes dimensões e alcançar um número indeterminado de pessoas.

Nesse sentido, a sociedade pós-industrial se caracteriza pela insegurança objetiva e subjetiva sentida pelos cidadãos, o que gera uma sensação de insegurança geral, a qual ocasiona uma demanda por parte do Estado, que, por sua vez, recorre ao Direito Penal, não apenas para a proteção objetiva diante dos riscos, mas, também, para dar confiança ao meio social (BECHARA, 2014).

A respeito do controle do risco inerente à sociedade pós-industrial, Silva pontua que:

As grandes decisões sociais na sociedade contemporânea devem ser tomadas em milésimos de segundos, face às exigências do mercado, todavia, os efeitos destas decisões podem ser catastróficos. A par disso, surge uma nova criminalidade que vem minando a todo o momento estes riscos, criando uma situação de instabilidade contínua. Ante os já referidos problemas, redimensionados pelo medo impulsionado pelos meios de comunicação, surgem novas políticas criminais que tentam a todo o custo controlar o risco imanente a esta sociedade final. (SILVA, 2005, p. 252)

A origem do termo “risco” não é precisa. Bottini afirma que para Giddens a palavra provém, possivelmente, do árabe e significaria “correr para o perigo ou ir contra uma rocha”. Por outro lado, ensina que, para outros autores, deriva do baixo-latim *risicu*, que significa ousar, isto é, atuar perante a possibilidade de perigo. Em qualquer definição adotada, é certa a relação entre risco e perigo (BOTTINI, 2010).

Risco é, então, para Bottini, “o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo” (BOTTINI, 2010, p. 31).

O risco e o perigo sempre estiveram presentes na atividade humana. Entretanto, sempre foi considerado como um elemento alheio à ordem social, de modo que no cotidiano não eram exigidas constantes avaliações de riscos. As catástrofes, guerras, variações climáticas eram fenômenos isolados de crise de estabilidade.

Assim, os riscos do passado caracterizavam-se pela regionalidade, pessoalidade e facilidade de medição ou previsão. Nesse sentido, o que caracteriza a sociedade atual não é a existência do risco, e sim a nova dimensão assumida pelo risco, porquanto o risco sempre existiu.

A sociedade de risco é fruto do desenvolvimento econômico surgido na Revolução Industrial, a partir da qual se passou a exigir uma constante busca por inovações tecnológicas para a produção em larga escala (BOTTINI, 2010).

Não obstante, vale ressaltar que a intensidade do progresso da ciência não é acompanhada no mesmo ritmo pela análise dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias. O descompasso entre o surgimento das inovações científicas e o conhecimento de suas consequências ocasiona o surgimento da incerteza e insegurança, os quais obrigam a analisar o risco sob uma nova perspectiva.

O risco passa a ocupar papel central no modelo de organização social, o que, por consequência, faz nascer a sociedade de riscos.

Registre-se que o próprio termo 'sociedade de risco' já designa que as novas técnicas não se apresentam, imediatamente, como lesivas ou prejudiciais, porquanto, se assim fossem, estaríamos diante de uma sociedade de perigo e não de riscos (BOTTINI, 2010).

A procedência humana do risco abre caminho, portanto, para a presença do Direito Penal para a sua prevenção.

A nova dimensão dos riscos passou a ser objeto de preocupação a partir de 1980, em razão das tragédias em grande escala ocasionadas pelo manejo inadequado das novas tecnologias, a exemplo de Chernobyl (Ucrânia, 1986). Um pouco mais recentemente, tivemos o vazamento nuclear de Fukushima (Japão) em 2011.

A respeito da dinâmica de produção e distribuição dos riscos, Ulrich Beck pontua que:

Enquanto coisas como renda e educação são bens de consumo que podem ser experimentados pelo indivíduo, a existência e a distribuição de riscos e perigos são mediadas em princípio por meio de argumentos. Aquilo que prejudica a saúde ou destrói a natureza não é reconhecível pelo próprio sentimento ou olho, e mesmo onde está aparentemente à vista, ainda é necessário um julgamento especializado qualificado para determiná-lo "objetivamente". Muitos dos riscos mais recentes (contaminação nuclear ou química, poluentes nos alimentos, doenças da civilização) escapam completamente aos poderes humanos de percepção direta. O foco é cada vez mais em perigos que não são visíveis nem perceptíveis para as vítimas; perigos que, em alguns casos, podem nem ter efeito durante a vida das pessoas afetadas, mas sim durante a vida de seus filhos. (BECK, 2005, p. 27, tradução livre)

Para Beck, portanto, o perigo onipresente, mas inapreensível, é uma nova dimensão das ameaças ao ser humano surgidas com a sociedade do risco.

Beck pontua que os riscos são provenientes da ação humana, em grande parte são inapreensíveis para o ser humano leigo, e possuem uma distribuição global.

Nesse sentido, “os riscos são infinitamente reproduzíveis, dado que se reproduzem a si próprios” (BECK, GIDDENS, 1997, p.9).

A onipresença do risco advém, justamente, da globalização, entendida como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa” (GIDDENS, 1999, p. 69).

Em razão dessa nova realidade, torna-se inútil a utilização dos velhos conceitos. A esse respeito, Beck sustenta que:

Pode ser demonstrado que não são apenas as formas e as medidas organizacionais que não estão aptas para compreender e legitimar este retorno da incerteza e da impossibilidade de controle, também não estão os princípios e as categorias éticas e legais, tais como a responsabilidade, a culpa, o princípio poluidor-pagador (para determinar os riscos, por exemplo) e os procedimentos de decisão política (como seja o princípio da maioria). Analogamente, é verdade que as categorias e os métodos das ciências sociais falham perante a vastidão e ambivalência dos fatos que devem abarcar e compreender. (BECK; GIDDENS; LASH, 1999, p. 10-11).

Sobre a discussão travada por Ulrich Beck, Roxin defende que:

Trata-se da questão de saber até que ponto o direito penal está em condições de enfrentar os riscos da vida moderna (como os de tipo técnico atômico, químico, ecológico ou genético) muitos respondem negativamente a esta questão e aludem à necessidade de desativar as causas sociais de onde provêm tais riscos. Porém, como isto é sempre possível apenas de forma limitada, a verdade é que não se pode renunciar totalmente à intervenção do direito penal neste domínio. Mas também na luta contra o risco através do direito penal, há que preservar a referência ao bem jurídico e aos restantes princípios da imputação do Estado de Direito; e onde isso não for possível, o direito penal deve abster-se de intervir. (ROXIN, 2003, p. 61, tradução livre)

O direito penal deve se manter restrito em seu campo de atuação, abstendo-se de expandir de forma desordenada neste novo contexto.

Todavia, esse pressuposto encontra dificuldade de ser colocado em prática, tendo em vista que o direito penal deverá lidar com o conceito de responsabilidade sistêmica e não individual, fato que dificulta a imputação da responsabilidade.

Com efeito, pondera Beck:

A interdependência sistêmica dos agentes de modernização altamente especializados nos negócios, na agricultura, no direito e na política corresponde à ausência de causas e responsabilidades únicas isoláveis. (...) Por outras palavras, correspondendo a uma divisão altamente diferenciada do trabalho, existe uma cumplicidade geral, e à cumplicidade corresponde uma desresponsabilização geral. Todos são causa e afeto e, portanto, não causa. As causas escorrem em um amálgama geral de agentes e condições, reações e contrarreações, que traz certeza social e popularidade ao conceito de sistema. (BECK, 2005, p. 32-33, tradução livre)

Diante desse contexto de insegurança da sociedade pós-industrial, surge o Direito Penal de prevenção, que possui as seguintes características marcantes pontuadas por Bechara:

a) protagonismo da delinquência clássica; b) prevalência do sentimento coletivo de insegurança; c) valorização ou prevalência dos interesses da vítima; d) populismo e politização; e) revalorização do componente aflitivo da pena; f) retorno à privação da Liberdade como principal sanção; e, g) ausência de receio social ante o amplo poder sancionador estatal. (BECHARA, 2014, p. 213)

Nesse sentido, o Direito Penal clássico dá lugar ao direito penal moderno, o qual é representado pela flexibilização do instrumentário jurídico penal, cujo objetivo é adaptar-se à realidade contemporânea face às ameaças e às necessidades de proteção surgidas com a sociedade de risco.

A esse respeito, Sanchez afirma que:

A combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo 'delito de lesão de bens individuais' ao modelo 'delitos de perigo (presumido) para bens supraindividuais', passando por todas as modalidades intermediárias. (...) Assim, junto aos delitos clássicos, aparecem outros muitos, no âmbito socioeconômico de modo singular, que recordam muito pouco aqueles. Nesse ponto, a doutrina tradicional do bem jurídico revela que, diferentemente do que sucedeu nos processos de despenalização dos anos 60 e 70, sua capacidade crítica no campo dos processos de criminalização como os que caracterizam os dias atuais - e certamente o futuro - é sumamente débil. (SANCHEZ, 2002, p. 113)

Para Hassemer, o moderno direito penal:

Não mais compreende os bens jurídicos sob o ponto de vista de um perigo individual, mas sob o ponto de vista de um 'grande transtorno' colocado em perigo. A intervenção jurídico-penal transforma-se de repressão pontual em prevenção global. A visão jurídico-penal sobre o objeto e a consequência da

intervenção amplia-se de modo extraordinário: do caso isolado à ordem sistemática global; do patrimonial ao transtorno no mercado de capitais; da lesão corporal ao perigo à saúde popular. Com isso, se vê que as práxis e a teoria do Direito Penal 'modernizados' se correspondem. (HASSEMER, 2005, p. 361)

Para Bechara, o “Direito Penal do risco” se revela expansivo na medida em que compreende o reconhecimento de novos bens jurídicos, o adiantamento das fronteiras do comportamento punível e a redução nas exigências de imputação, caracterizando-se, inclusive, por pretender criminalizar condutas com a finalidade de torná-las socialmente sem valor, a exemplo das esferas ambientais e econômicas (BECHARA, 2014).

A estruturação de novas modalidades de delitos clássicos e a aparição de novas formas delitivas, características da sociedade de risco, não respeita qualquer fronteira, seja entre nações ou entre gerações, atingindo, inclusive, os próprios agentes produtores de riscos.

Diante disso, houve a adaptação do aparato penal à sociedade do risco, cujas respostas político-criminais às dificuldades oriundas da tutela dos novos riscos giram em torno de três questões mestras, quais sejam: a questão do bem jurídico, os critérios de imputação e a responsabilidade dos entes coletivos (BECHARA, 2014).

A partir desses pontos de referências, é possível identificar as seguintes tendências político-jurídicas da criminalidade do risco: a criação de novos tipos penais para a tutela de bens jurídicos supraindividuais; o alargamento e a antecipação da tutela penal, com abandono da lesão ao bem jurídico, e a utilização dos tipos de perigo abstrato; a de repensar o conceito de culpabilidade para abarcar não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas; o aumento da utilização das normas penais em branco, dos crimes omissivos e culposos, e a flexibilização do entendimento do dolo eventual (MACHADO, 2005).

A expansão do Direito Penal, como consequência das novas tarefas atribuídas pelo processo de modernização, resultou na redução da rigidez dos pressupostos gerais da intervenção penal, no recrudescimento de penas e na neocriminalização.

Em vista disso, no Brasil, a partir da década de 1990, houve uma superprodução na legislação penal extravagante, a fim de prevenir riscos na área da ordem econômica e financeira, meio ambiente, engenharia genética etc.

Para Sánchez, algumas das causas que resultaram na expansão do Direito Penal são: a aparição de novos interesses, a exemplo das instituições econômicas de crédito ou de inversão, e a valorização daqueles que já existiam, a exemplo do patrimônio histórico-artístico; o efetivo aparecimento de novos riscos decorrentes do aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade; a institucionalização da insegurança e a sensação social de insegurança; a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos e a identificação da maioria com a vítima do delito; o descrédito de outras instâncias de proteção, com a visão de que o Direito Penal é o único recurso eficaz para a proteção dos bens jurídicos mais importantes (SANCHEZ, 2002).

A ampliação dos novos riscos, os conflitos econômicos e sociais a respeito de sua admissibilidade, aliados à falta de diretrizes científicas que fixem pautas de condutas de seguranças, ocasionam um sentimento de temor social (BOTTINI, 2010).

Sanchez pontua que essa insegurança é reforçada através dos meios de comunicação. Os meios de comunicação aproximam o cidadão comum dos riscos, mesmo que ele não pertença ao núcleo de afetação daquela atividade potencialmente perigosa (SANCHEZ, 2002).

Com isso, a sensação subjetiva de insegurança é realçada sobremaneira, o que intensifica a cobrança coletiva por mais segurança.

Esse processo de expansão do Direito Penal tem sido denominado como “administrativização do Direito Penal”. A proteção penal do meio ambiente é um dos exemplos claros dessa tendência (SANCHEZ, 2002).

Sanchez pontua que:

O Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e nessa medida está ‘administrativizado’. (SANCHEZ, 2002, p. 148).

Se por um lado, a insegurança subjetiva intensifica o processo de juridicização da opinião pública, o que ocasiona a exigência contra o Estado da utilização da pena como política de redução dos riscos; de outro, esse processo aponta para a transformação do sistema jurídico-penal, em razão dos mecanismos de participação normativa do público.

Machado ressalta os riscos da politização do Direito Penal. Isso porque o processo de definição social que atinge o universo da mídia é muito suscetível a

influências, como interesses político-econômicos, que fortemente influenciam a percepção pública dos riscos decorrentes de suas atividades e produtos, e, por consequência, afeta a criação das normas (MACHADO, 2005).

Todavia, a expansão criminal aqui afirmada não se confunde com a noção de Direito Penal do inimigo formulada por Jakobs, muito embora ambas priorizem estratégias de controle penal preventivo, e despreza a cultura jurídica garantista adquirida ao longo dos séculos.

Para Sanchez, uma das expressões da expansão do Direito Penal é a modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais.

Isso porque, a introdução de novos objetos de proteção com a antecipação das fronteiras da proteção penal propiciou uma rápida transição do modelo de “delito de lesão de bens individuais” ao modelo de “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais” (SANCHEZ, 2002, p. 146).

O Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado, se converte em um direito de gestão punitiva de riscos gerais.

Isso porque o sistema punitivo clássico, baseado nos princípios da taxatividade, proteções a bens jurídicos individuais, lesividade, subsidiariedade, imputação individual, e etc., possui limitações quando instado a atuar contra a macrocriminalidade surgida com a sociedade global do risco (MACHADO, 2005).

Essa nova criminalidade, cujas condutas intensificam os riscos, foi denominada por Winfried Hassemer como “criminalidade moderna”, diferenciando-se da “criminalidade de massa”, que é a criminalidade do dia-a-dia, como furtos, sequestro, tráfico de drogas, etc. (MACHADO, 2005, p. 97).

A criminalidade moderna, para Hassemer, é aquela que não possui vítimas individualizadas; atinge bens supra-individuais e vagos; os danos causados possuem pouca visibilidade à primeira vista; é caracterizada pela internacionalidade, profissionalidade e divisão do trabalho. A título de exemplificação, podemos destacar a criminalidade econômica, ambiental, crime organizado, comércio internacional de armas, etc. (MACHADO, 2005).

A tendência político-criminal resultante do paradigma da sociedade de risco ocasionou alterações qualitativas na intervenção penal, dentre as quais podemos destacar: a extensão da proteção penal a bens jurídicos supraindividuais; o processo

de desmaterialização dos bens jurídicos; a criação dos delitos de transgressão, dentre outros.

Em relação ao processo de desmaterialização dos bens jurídicos, insta destacar que inicialmente a noção de bem jurídico, conforme já exposto nessa obra, surgiu da necessidade de limitação material do *ius puniendi*. Birnbaum, em 1834, formulou o conceito de delito como lesão a um bem, em contraposição à noção de Feuerbach de delito como vulneração de um direito subjetivo. Isso inicializou a discussão da teoria do bem jurídico, que se tornou a matriz definidora e legitimadora do Direito Penal.

A teoria do bem jurídico tem desempenhado papel fundamental na construção do tipo de injusto e na delimitação da atuação do instrumento penal.

Contudo, essa concepção de bem jurídico tem sofrido uma enorme crise, o que acaba por questionar sua função mais significativa, isto é, a de legitimar e delimitar a intervenção penal, em razão da incorporação de bens jurídicos supraindividuais e materiais e imprecisos ao espectro de proteção jurídico penal.

As consequências disso revelam uma significativa mudança do conceito de bem jurídico, pois se distancia da objetividade natural e do eixo individual para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, com características mais vagas e abstratas. Trata-se do denominado processo de desmaterialização do bem jurídico (MACHADO, 2005).

Nas áreas influenciadas pelos aparecimentos dos novos riscos, se altera o modelo clássico estruturado em torno da punição de ações que atacam imediatamente um bem, e passa-se à criminalização formal de condutas supostamente lesivas ou perigosas. Isto é, o aparato penal incrimina feitos que frequentemente não passam de mera transgressão a uma norma organizativa, sem qualquer resultado concreto.

Machado pontua que, em razão das demandas por proteção dos interesses coletivos e difusos, mormente à qualidade de vida e ao conteúdo dos direitos sociais, a exemplo do meio ambiente, saúde pública, segurança do trabalho, etc., o Estado Social passa a atuar na tutela desses bens, convertendo-os em fins a serem perseguidos pelo próprio Estado (MACHADO, 2005).

O bem jurídico passa a ser protegido penalmente não em razão de pertencer a sujeitos individuais ou coletivos, mas sim em virtude de ser um bem apropriado pelo próprio Estado e transformado em objeto de sua soberania.

Diante disso, o Direito Penal passa a ser um instrumento privilegiado para operacionalizar políticas concernentes a esses bens, muito embora eles tradicionalmente não se enquadrassem nas especificações de bens jurídicos penais.

Essa é considerada a gênese do processo de desmaterialização do bem jurídico, a qual se caracteriza pela identificação do bem com um fim social, com o abandono de qualquer materialidade pré-positiva (MACHADO, 2005).

De outro lado, a necessidade de proteção a bens jurídicos universais, de conteúdo amplo e abstratos, trouxe grandes dificuldades de adequação e eficiência dos critérios tradicionais de incriminação baseados na lesão a bem protegido.

Em razão disso, passou-se, no nível da política criminal, a proteger juridico-penalmente esses bens por meio de criação de normas incriminadoras construídas, não sobre a descrição de um fato bruto, não institucionalizado, mas sim, sobre a violação de regras técnicas e burocráticas de administração do bem.

Em outros termos, o tipo penal não descreve a ação tida como delituosa, mas apenas a sua moldura, que será preenchida pela administração pública. Como exemplo, pode ser citado Hassemer:

O tipo penal diz, genericamente, que quem polui a água será sancionado, mas quem fixa os limites de poluição e o momento em que começa o ato criminoso é o direito administrativo, isto é, é uma norma de direito administrativo que estatui que quem joga um quilo de sal em um rio não comete um delito, mas quem joga uma tonelada sim, pois ultrapassou o limite de segurança estabelecido. (HASSEMER, 1994, p. 45 apud MACHADO, 2005, p. 113)

Assim, os ilícitos penais passam a se manifestar como transgressão de um dever, sem necessariamente uma relação imediata com um bem material. Trata-se da criação de delitos de transgressão, nos quais o ilícito penal consiste na infração do dever de observar uma determinada norma, concentrando o injusto muito mais no desvalor da ação que viola o *standard* de segurança do que no desvalor do resultado.

Vislumbra-se que a intervenção penal, nesse caso, possui como objetivo o evitamento do risco e a garantia da segurança do sistema, razão pela qual precede a concretização do dano. Por isso, o resultado, isto é, a lesão ao bem jurídico, torna-se apenas eventual exaurimento de um risco incrementado por um comportamento desaprovado.

Nesse contexto, a legitimação material do Direito Penal reside na função social da própria norma de conduta que ele protege, e, justamente por esse motivo,

Jakobs concebe como função da pena resguardar a própria validade da norma (MACHADO, 2005).

Assim, a proteção da vigência da norma passa a ser um fim material do Direito Penal, apto às exigências de segurança perseguidas na sociedade de risco, sem o qual não haveria o mínimo de confiança e tranquilidade para usar e gozar de direitos e bens.

Por fim, em razão do potencial catastrófico dos novos riscos, que não permite ensaios, a atuação do aparato penal na sociedade de risco passa a dar ênfase a uma estratégia preventiva, cujo principal instrumento é a utilização das incriminações de perigo, cuja análise será realizada no tópico a seguir.

## 5 BEM-JURÍDICO TRANSINDIVIDUAL E CRIMES DE PERIGO

### 5.1 BEM-JURÍDICO TRANSINDIVIDUAL

O processo evolutivo do Estado liberal para o Estado social, e a afirmação deste último, ampliou a dimensão da tutela estatal, impondo-se a salvaguarda de direitos que transcendem a esfera individual e se projetam em grupos ou na sociedade global.

A essa categoria de novos bens jurídicos, fruto do desenvolvimento da sociedade pós-industrial, designados como metaindividuais, a doutrina apresenta as mais diversas classificações e denominações.

Prado cita como exemplo de classificações a que divide bens jurídicos individuais e os macrossociais, sendo subespécies destes os bens jurídicos institucionais, os coletivos e os de controle (PRADO, 2019).

Por sua vez, Lacruz López classifica em bens individuais, coletivos e supraindividuais (LACRUZ LÓPEZ, apud PRADO, 2019).

Hassemer e Muños denominam como universais todos os bens não individuais (HASSEMER, CONDE, 1989).

Muñoz Conde e García Arán explicitam que bens jurídicos individuais são os que afetam de modo direto as pessoas individualmente consideradas, por sua vez, bens jurídicos coletivos são os que afetam o sistema social, a exemplo da saúde pública, meio ambiente, organização política, etc. (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 1998).

Não obstante, Zaffaroni, apesar de entender que não há diferença qualitativa entre bens supraindividuais e bens individuais, afirma existirem bens jurídicos de sujeitos múltiplos, de modo que um não possa dispor do bem individualmente, sem afetar a disponibilidade de outro (ZAFFARONI, 1981, t.3).

Prado pontua que “os bens jurídicos transindividuais constituem uma realidade inegável, ainda que de difícil identificação e com conteúdo muitas vezes ambíguo, bem por isso que escapam à definição mais exata” (PRADO, 2019, p. 124).

Os bens jurídicos transindividuais também são designados genericamente como universais, macrossociais, supraindividuais, metaindividuais ou transindividuais (PRADO, 2019).

Fato é que, didaticamente, entende-se que bem jurídico individual é aquele em que o titular ou portador é o indivíduo, “o particular que o controla e dele dispõe conforme sua vontade”, conforme ensina Prado (PRADO, 2019, p. 124).

De outro lado, bens jurídicos metaindividuais são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, universal, coletiva ou difusa, que afetam um grupo de pessoa ou toda a coletividade, de modo que ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade.

Figueiredo Dias discorre sobre a importância da proteção dos direitos supraindividuais no direito penal:

Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídicos penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última instância “antropocêntrica” da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos. (DIAS, 1999, p. 74)

No mesmo sentido, discorre Mir Puig:

(...) As modificações que o capitalismo e o modelo de Estado em nossa esfera cultural sofreram, entretanto, estão determinando ou exigindo certas mudanças nos bens jurídicos do direito penal. Atualmente, ganha força a opinião de que o direito penal deve alargar a sua proteção a interesses menos individuais, mas de grande importância para amplos setores da população, como o ambiente, a economia nacional, as condições alimentares, o direito ao trabalho em determinadas condições de segurança social e material - os chamados interesses difusos. (MIR PUIG, 1998, p. 135, tradução livre)

Na atual sociedade pós-industrial, complexa e altamente conflituosa, há uma relação de complementaridade entre os bens jurídicos individuais e metaindividuais. Como exemplo, pode-se citar a saúde pública em relação à individual e o meio ambiente em relação à qualidade de vida do homem.

A categoria de bens supraindividuais abarca tanto os bens de titularidade difusa quanto os de titularidade coletiva. Com efeito, o código de defesa do consumidor designa os interesses ou direitos coletivos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível e de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (BRASIL, Lei 8.078, 1990, art. 81, parágrafo único, II). Por sua vez, os direitos difusos

são conceituados como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (BRASIL, Lei 8.078, 1990, art. 81, parágrafo único, I).

Gianpaolo Poggio SMANIO, ao discorrer sobre os bens jurídicos penais difusos e coletivos, pontua que:

Os bens jurídico-penais difusos são distintos dos interesses coletivos, no sentido utilizado no Direito Penal. Quando a doutrina penal se refere aos bens jurídicos coletivos, está fazendo alusão ao interesse público, ou seja, aqueles bens que decorrem de um consenso coletivo, em que há unanimidade social de proteção e forma de proteção. Portanto, os conflitos que podem gerar ocorrem entre o indivíduo que pratica o crime e a autoridade do Estado que efetua a punição. Em relação aos bens jurídicos difusos, a conflituosidade de massa está presente em suas manifestações, contrastando interesses entre grupos sociais em sua realização. Dessa forma, o Estado realiza muitas vezes uma intermediação, ou melhor, dispõe uma diretriz para as condutas socialmente consideradas, ao tipificar tais condutas como crime, ou ao não as tipificar, deixando outros ramos do direito realizarem a solução. (SMANIO, 2000, p. 216)

SMANIO propõe uma tríplice classificação dos bens jurídicos-penais, a saber: a) os bens jurídico-penais de natureza individual, “que são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos” (SMANIO, 2000, p. 215). São bens jurídicos divisíveis em relação ao titular, a exemplo da vida, integridade física, propriedade, honra, etc.; b) bens jurídico-penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, sendo que os indivíduos não possuem disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. Portanto, são indivisíveis em relação aos titulares e estão compreendidos dentro do interesse público no âmbito do Direito Penal. Com exemplo, pode-se citar a tutela da incolumidade pública, da paz pública, etc.; c) por fim, há os bens jurídico-penais de natureza difusa, os quais também se referem à coletividade e são indivisíveis em relação aos titulares.

Entretanto, os bens de natureza difusa, segundo SMANIO,

trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na proteção das relações de consumo, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a proteção da saúde pública, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc. (SMANIO, 2000, p. 217)

Não obstante as distinções trazidas pela doutrina a respeito da classificação dos bens jurídicos transindividuais, bem como a clara diferenciação realizada pelo Código de Defesa do Consumidor, o enfoque do presente trabalho é a proteção penal de valores não individuais.

Diante deste cenário complexo, importa questionar acerca da legitimidade da intervenção penal na proteção dos novos riscos surgidos com a sociedade pós-industrial, isto é, a proteção dos bens jurídicos supraindividuais.

## 5.2 CRIMES DE PERIGO

Claus Roxin divide os delitos em crimes de lesão e crimes de perigo.

Segundo o autor,

Dependendo se o objeto da ação do tipo deve ser de interesse ou apenas posto em perigo em seus interesses, faz-se uma distinção entre crimes de lesão e de perigo. Nos crimes de lesão corporal, que constituem a maioria dos tipos, o objeto da ação deve ser realmente lesionado para que haja fato consumado; é o caso dos crimes de interesse (§§ 211 ss.), dos crimes de lesão (§§ 223 ss.), dos danos (§ 303), etc. Por outro lado, nos crimes de perigo, o fato apenas supõe uma ameaça mais ou menos intensa ao objeto da ação. Dentre eles, a divisão mais importante é a dos crimes de perigo concreto e abstrato. (ROXIN, 1997, p. 336, tradução livre)

Juarez Cirino explica que os tipos de lesão são aqueles que se caracterizam pela lesão real do objeto da ação. Por sua vez, os tipos de perigo descrevem apenas a produção de um perigo para o objeto de proteção, e se subdividem em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato (SANTOS, 2020).

Os delitos de perigo concreto exigem a efetiva produção de perigo para o bem jurídico, de modo que a falta de lesão ao objeto de proteção pareça meramente acidental, a exemplo do perigo de contágio venéreo (art. 130 do Código Penal Brasileiro), e a explosão (art. 251 do Código Penal Brasileiro). Conforme SCHUNEMANN, “o perigo concreto caracteriza-se pela ausência casual do resultado, e a casualidade representa a circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar” (SCHUNEMANN, 1975, p. 793 apud SANTOS, 2020, p. 107).

De outro lado, os tipos de perigo abstrato presumem um perigo para o objeto de proteção. Isto é, independentemente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido, o delito estará consumado, a exemplo do abandono de incapaz

previsto no artigo 133 do Código Penal Brasileiro, bem como a difusão de doença ou praga elencada no artigo 259 do Código Penal.

### 5.2.1 Crimes de Perigo Concreto

Os crimes de perigo concreto requerem a produção de um perigo real para o objeto protegido pelo tipo penal, isto é, há necessidade de criação de um efetivo perigo de resultado, ou um risco de lesão adequado e não permitido.

Segundo Roxin, “os crimes de perigo concreto exigem que no caso concreto tenha existido perigo real para coisa protegida pelo respectivo tipo” (ROXIN, 1997, p. 404, tradução livre).

Para Juarez Cirino Santos, os tipos de perigo concreto exigem a produção efetiva de perigo para o objeto de proteção, isto é, é caracterizado pela ausência casual do resultado, sendo que a casualidade representa a circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar. Assim, nesses tipos de delito, a ausência de lesão do bem jurídico parece meramente acidental, a exemplo do perigo de contágio venéreo, do perigo para a vida ou a saúde de outrem, o incêndio, a explosão, entre outros, (SANTOS, 2020).

Para Greco, existem duas posturas a respeito do que seja perigo concreto: uma de natureza ontológica, proposta por Horn, a qual afirma “existir perigo concreto quando a não ocorrência do resultado não é cientificamente explicável por meio de uma lei natural” (GRECO, 2004, p. 120).

Greco ensina que para Horn,

se não fosse possível afirmar em razão de qual lei natural o resultado danoso deixou de ocorrer, se as leis naturais de que dispomos levassem-nos a diagnosticar a ocorrência de um resultado ou qual, na verdade, não se sucedeu, então estaríamos diante de uma verdadeira situação de perigo concreto (GRECO, 2004, p. 120-121).

A segunda concepção, de caráter normativo, hoje majoritária na doutrina, afasta a possibilidade de que se possa recorrer a dados ônticos para definir quando há perigo concreto, isto é, inerentes ao mundo do ser. Segundo este conceito normativo de perigo, somente estaremos diante de um perigo concreto quando não se pudesse ter confiado na não ocorrência do resultado. Isto é, “o bem jurídico terá passado por perigo concreto quando a inoocorrência da lesão parece mera obra do

acaso, quando um homem racional não pudesse contar com um final feliz para os acontecimentos” (GRECO, 2004, p. 121). Cita-se, como exemplo, uma conduta perigosa no trânsito que só não causa lesão a bem jurídico por mero acaso, devido à destreza da vítima em potencial, a qual realiza manobra milagrosa para impedir o desastre (ROXIN, 1997).

Assim, observa-se que não há grandes controvérsias acerca da conceituação dessa modalidade de tipificação do perigo. Por sua vez, conforme se verá a seguir, para os tipos de delito de perigo abstrato, as controvérsias vão além da sua conceituação, alcançando também a sua admissibilidade no sistema penal.

### 5.2.2 Crimes de Perigo Abstrato

O tipo de perigo abstrato é a técnica legislativa na qual se atribui a qualidade de crime para determinadas condutas, independentemente do resultado (BOTTINI, 2010).

Ao contrário dos crimes de perigo concreto, nos tipos de delito abstrato a completude se restringe ao comportamento descrito no tipo, sem qualquer referência aos efeitos exteriores do ato, de modo que a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do crime, a exemplo do que ocorre no delito de porte irregular de arma de fogo (art. 12 da Lei 10826/2003), ou no crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei 11343/06.

O enfrentamento dos novos contextos de risco pelo Direito Penal, surgidos em razão da sociedade pós-industrial, se dá principalmente pela utilização dos crimes de perigo abstrato como construção de técnica legislativa.

A utilização de novas tecnologias tem o potencial de afetar um volume crescente de bens jurídicos, sendo que algumas atividades e produtos possuem alto potencial lesivo, a exemplo da energia nuclear, utilização de organismos geneticamente modificados, desenvolvimento de novos medicamentos em larga escala, sem a necessária precaução quanto aos seus efeitos. E, é justamente em razão disso, que “os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do Direito Penal do risco” (BOTTINI, 2010, p. 119-120).

A norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, a fim de evitar ou controlar as condutas, e não reprimir os resultados. A atividade passa a ser o núcleo do injusto como forma de prevenção, razão pela qual se prima pela utilização

de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto.

Os tipos de perigo abstrato são utilizados justamente em razão da dificuldade da previsão de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias. Isto é, a imprevisibilidade no manejo das atividades inovadoras, bem como os efeitos dos novos produtos, afeta a análise dos cursos causais possíveis e, por consequência, torna-se ineficaz a utilização dos tipos de resultado (BOTTINI, 2010).

Não obstante, a proteção de bens jurídicos coletivos contribuiu para a utilização cada vez mais acentuada dos delitos de perigo abstrato. A tutela da ordem tributária, do meio ambiente, da saúde pública, da ordem política é de difícil concretização pela utilização de crimes de resultado lesivo, em razão da abstração dos interesses protegidos.

O emprego de tipos penais de perigo abstrato facilita a inibição de condutas, já que não necessita de resultado concreto para a aferição do tipo objetivo.

A técnica de tipos de perigo abstrato é utilizada para restringir riscos em atividades de alto potencial lesivo, em situações em que a relação de causalidade é de difícil comprovação, para a proteção de bens de índoles coletivas, e também se utiliza para enfrentar um outro fenômeno da sociedade atual, qual seja, os novos contextos de risco interacional (BOTTINI, 2010).

Bottini explica que a utilização quotidiana por parcela significativa da população de novas tecnologias ocasiona a criação de contextos de interação arriscados, a exemplo do fenômeno do tráfego viário. Com efeito, a utilização do automóvel como instrumento cotidiano de locomoção por um número considerável de usuários numa mesma localidade cria um ambiente de risco, e esta interação intensa exige a intervenção do direito, que, por sua vez, permite a utilização com certo grau de segurança e confiança. Assim, evitam-se possíveis instabilidades decorrentes da ausência de regras específicas que solidifiquem expectativas de interação.

Conforme Botini,

a pena nestes âmbitos não surge como ameaça a comportamentos que atacam diretamente bens jurídicos, mas como mecanismo de controle da vigência das regras de organização. A norma importará menos o dano específico resultante da conduta do que a quebra de expectativas de interação. (BOTTINI, 2010, p. 125).

O controle e a segurança destes contextos de risco são construídos por normas de racionalização, o que, além de manter o funcionamento do sistema, protege os bens jurídicos dos riscos inerentes sobrevivendo da sociedade pós-industrial. Tais normas são criadas não para proibir a utilização dos insumos tecnológicos disponíveis, mas sim para fazer com que o emprego ocorra de maneira racional.

Por outro lado, os delitos culposos também podem ser utilizados para alcançar o controle dos riscos e inibir a inobservância de regras de cuidado. Todavia, a necessidade da presença do resultado, que é justamente o que o legislador quer evitar com a organização dos contextos de riscos interacionais, frustraria as expectativas de comportamento e diminuiria a confiança que permite o usufruto destes contextos. Além do mais, os delitos culposos não descrevem, de modo geral, a conduta proibida que se quer evitar, mas tão somente o resultado não desejado.

Os delitos de perigo abstrato descrevem a conduta típica com maior precisão, em razão de apontarem expressamente as ações não toleradas.

Os tipos de perigo abstrato são utilizados para evitar os atos perigosos tidos por acumulação. Isto é, ações que isoladamente não representam ameaça em relação ao bem jurídico protegido, todavia a sua reiteração acaba por consolidar um ambiente de riscos efetivos, a exemplo do delito tipificado no art. 29 da Lei 9605/98, referente à caça de espécies da fauna nativa (BOTTINI, 2010, p. 126).

Por tais razões, a técnica legislativa de utilização de tipos penais de perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do Direito Penal na sociedade pós-industrial.

## **6 – CRÍTICAS À TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL TRANSINDIVIDUAL E PROPOSTAS ALTERNATIVAS DE CRITÉRIOS DE LEGITIMIDADE NO DIREITO PENAL**

Os capítulos anteriores dão enfoque à utilização do aparato penal pelo Estado para o combate dos novos riscos surgidos na sociedade de riscos, a fim de garantir o sentimento de segurança dos cidadãos.

A técnica dos crimes de perigo abstrato é proclamada por grande parte da doutrina como solução técnico-legislativa eficaz para a proteção de bens jurídicos penais transindividuais.

Isso porque o Direito Penal concebido de forma clássica não atende os novos bens supraindividuais surgidos na sociedade pós-industrial. Houve uma transformação no Direito Penal com a expansão da intervenção penal, mormente para a proteção de bens jurídicos supra individuais, com a utilização de crimes de perigo abstrato; a antecipação da tutela penal aos delitos cumulativos; a frequente utilização de crimes de mera desobediência, omissivos e culposos; bem como a atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica.

A inovação na intervenção penal relativizou princípios garantistas do Direito Penal clássico, sendo eles: estrita legalidade, proporcionalidade, causalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade, etc., os quais obstaculizam a necessidade preventiva e de proteção da sociedade de risco no âmbito penal (MACHADO, 2005).

Nesse contexto, questiona-se a capacidade efetiva da teoria do bem jurídico de orientar as escolhas legislativas e, por consequência, limitar a intervenção penal.

Wolfgang Frisch defende a fundamentação e a limitação do Direito Penal não por meio do bem jurídico e sim pelo critério de merecimento de pena. Da mesma forma, Wolfgang Nauck apresenta críticas relacionadas à forma de seleção de condutas puníveis a partir do conceito de lesão de bens jurídicos, porquanto o conceito apenas indicaria o anseio de uma maioria ou minoria poderosa. Trata-se da ideia de merecimento de pena, como alternativa à teoria do bem jurídico penal (BECHARA, 2014).

Sob o enfoque da reformulação do bem jurídico em termos procedimentais, de forma exclusiva ou complementar, temos José Luis Díez Ripollés, o qual

defende que, no âmbito de uma teoria racional, o princípio da lesividade não deve se identificar com o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, devendo ser referido ao comportamento socialmente danoso, já que o bem jurídico é capaz de justificar qualquer norma (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003).

Knut Amelung sustenta a legitimidade do Direito Penal a partir da danosidade social, cujas condutas a serem penalmente punidas devem ser determinadas com base em sua disfuncionalidade em relação ao sistema (BECHARA, 2014).

Já Roland Hefendehl afirma que a intervenção penal, em certos casos, de forma excepcional, não encontra legitimidade em um bem jurídico a ser tutelado, mas na conduta que ofenderia convicções culturais profundamente arraigadas (BECHARA, 2014).

Destaca-se a obra de Gunther Jakobs, defensor da concepção formal do bem jurídico, para quem o delito constitui a lesão da norma. No mesmo entendimento funcionalista sistêmico, Bernd Mussig sustenta que a legitimidade da intervenção penal se relaciona à configuração da sociedade, e não a bens jurídicos, motivo pelo qual o seu critério é a função social da norma de comportamento garantida penalmente.

Por outro lado, nos países anglo-saxões, não existe discussão acerca da teoria do bem jurídico e sua função crítica, já que a legitimidade da norma no sistema da *common law* se dá a partir da construção do *harm principle*, cuja origem remonta à clássica obra *On Liberty* (1858) de John Stuart Mill (MILL, 1998).

Para a concepção de Mill, só são legítimas as punições de comportamentos que causem danos a outro, sendo ilegítima a intervenção em caso de auto lesão.

A intervenção jurídico-penal no sistema anglo-saxão possui como pressuposto quatro princípios de limitação da liberdade, quais sejam: i) princípio de dano a terceiro (*harm to others principle*), segundo o qual somente comportamentos que causem lesão ou exponham a perigo outras pessoas são passíveis de punição; ii) princípio da ofensa a terceiros (*offense to Other principle*), para o qual comportamentos que são aptos a provocar sentimentos ou sensações negativas, apesar de não causar danos diretos a alguém, podem ser punidos; iii) paternalismo legal (*legal paternalismo*), o qual incrimina comportamentos autolesivos; e, iv) moralismo jurídico (*legal moralism*), o qual estabelece a punição de condutas imorais, independente da produção de dano (BECHARA, 2014).

Na década de 1980, o filósofo americano Joel Feinberg, no primeiro volume da obra “*The moral limits of the criminal law*”, intitulado “*Harm to others*”, defende a punição de comportamentos apenas nos casos de danos a terceiros, identificado como princípio do dano (*harm principle*), sendo o dano a lesão de interesses fundamentais relacionados ao bem-estar.

Mill limitou sua posição, em especial às condutas danosas. Por sua vez, Feinberg considera o risco de consequências lesivas, as quais são equiparadas sob determinadas circunstâncias ao dano efetivo, motivo pelo qual se legitima a criminalização de crimes de perigo abstrato.

Bechara adverte que o *harm principle* não pode ser considerado uma categoria equivalente ao conceito de bem jurídico, porquanto os bens jurídicos se identificam com elementos básicos constitutivos da liberdade pessoal, e, por sua vez, o *harm principle* ocupa-se de Estados lesivos, o que torna referido princípio equiparado à teoria do bem jurídico apenas em sua base positiva correspondente à ideia de interesse (BECHARA, 2014).

Em razão da insuficiência do conceito de dano, não se pode esclarecer quando determinada situação pode ser submetida à esfera da intervenção jurídico penal. Assim, Michael Kahlo adverte que o *harm principle* se sujeita ao risco de ser manipulado e instrumentalizado, o que aproxima da teoria do bem jurídico em relação às críticas.

## 6.1 OS LIMITES DO BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

Além da dificuldade para conceituação de bem jurídico narrada no primeiro capítulo do presente trabalho, importa analisar outra questão: a existência de um bem jurídico protegido é condição necessária para legitimar qualquer proibição penal? Ou é possível normas legítimas que não protegem bens jurídicos?

Para os defensores do conceito político criminal de bem jurídico, ao entendimento de que normas sem finalidade de proteger um bem jurídico são ilegítimas, sendo inclusive chamadas de “terrorismo estatal”, como afirma Hassemer (GRECO, 2006).

Por sua vez, outros autores, exemplo de Hefendehl, Hirsh e Rudolphi, “apontam para a necessidade de se reconhecerem incriminações com finalidades protetivas diversas da de proteção de bens jurídicos” (GRECO, 2006, p. 258).

Uma das principais questões no debate é ocupada pelos crimes ambientais e pela tutela penal de animais e plantas. Como exemplo, cite-se a questão da pessoa que secretamente tortura e depois mata o seu cão (art. 32 da Lei 9605/98). Como se poderá dizer quem está violando um bem jurídico? Neste caso, não se está afetando qualquer dado fundamental para realização pessoal de outro indivíduo nem para a existência do sistema social, já que ambos continuam a viver bem sem o cão?

Da mesma forma, questiona-se em relação aos interesses das futuras gerações, tais como os crimes ambientais, como a poluição de águas ou do ar em relação à flora.

Greco afirma que é possível três respostas, a saber:

“ou se nega que haja violação a bem jurídico, em razão disso, a legitimidade da proibição; ou se modifica o conceito de bem jurídico inicial, estendendo-o para que também possa englobar a ausência de sofrimento dos animais, por exemplo; ou se mantém o conceito inicial, admitindo-se uma exceção ao princípio do bem jurídico como condição necessária para a proibição”. (GRECO, 2006, p. 258)

Quanto à primeira alternativa, que nega a violação do bem jurídico, vislumbra-se que é patentemente insatisfatória, em razão do desprezo a algo que hoje poucos considerariam indigno de proteção.

A segunda alternativa, relacionada à modificação do conceito de bem jurídico inicial, a fim de se estender para englobar a ausência de sofrimento dos animais, por exemplo, mostra-se viável. Todavia, Greco adverte o risco de dilatar o conceito de bem jurídico de tal forma que ele não tenha mais como cumprir sua função delimitadora (GRECO, 2006).

Greco defende a terceira hipótese, qual seja, a manutenção do conceito inicial, com admissão de exceção ao princípio do bem jurídico como condição necessária para a proibição. Para tanto, sustenta que mencionada alternativa tem a vantagem de manter um conceito estreito de bem jurídico, e de demarcar com exatidão a partir de qual momento não se trabalha mais com esse conceito para legitimar uma punição.

Para o autor,

não apenas se impede que interesses indignos de proteção se camuflam sob a pele inocente de um conceito de bem jurídico completamente dilatado, como, ao mesmo tempo, se estigmatizam as exceções, uma vez que esta etiqueta as onera com a tarefa de justificar por que devem ser consideradas legítimas. Esta terceira via pode não parecer a todos satisfatória, mas ao menos ela me parece, por ora, a menos insatisfatória. (GRECO, 2006, p. 259)

De fato, não se pode negar que, quando se fala de novos interesses supraindividuais, um dos aspectos que chama mais atenção se relaciona com a ampla superfície deles, isto é, a dificuldade de precisar o seu conteúdo, de forma a servir como padrão político-criminal à legitimidade da incriminação que os tem por objeto.

Figueiredo ressalta que,

Quando tem por objeto bens jurídicos universais e, a doutrina do bem jurídico vê-se diante de uma realidade diversa da existente no momento do seu surgimento e da eleição dos seus pressupostos teóricos. Mas, vê-se ante alternativas não pouco ricas em consequências práticas: ou opta por uma concepção restrita inadequada aos constantes apelos de neocriminalização, porém dotada de potencial crítico-sistemático; ou, em sentido oposto, adota uma concepção menos precisa, porém mais complacente com a realidade. Dizendo-se de forma exagerada – e ainda seguindo-se a Hassemer -, “se a determinação do conceito de bem jurídico é precisa, é só por isso, rica em consequências político-criminais, mas não parece se adequar ao direito penal real, a teoria do bem jurídico sempre parece quedar-se atrás no desenvolvimento do direito penal”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 144)

A grande particularidade destes novos objetos é, pois, seu caráter massivo e universal. Isto é, referem-se a interesses em massa, de titularidade difusa, que se relacionam não apenas às relações sociais básicas dentro do sistema, portanto, fundamentais para cada membro da sociedade, mas, também, ao próprio funcionamento do sistema.

Ao contrário do que ocorre com os bens jurídicos tradicionais, referente ao indivíduo, nos interesses supraindividuais se protegem valores de uma coletividade, uma massa de indivíduos.

A partir disso, advém como questão de difícil deslinde, precisar e dotar de concreção esses bens e, ao mesmo tempo, fazer com que eles adquiram potencial metapositivo. Isto é, saber se o fato de tais interesses, para além do seu caráter universal, estarem ligados ao funcionamento do sistema social, em si mesmo considerado, faz com que esses percam a força crítica (FIGUEIREDO, 2008).

Figueiredo sustenta que,

Há quem considere que todas as dificuldades de precisão e força legitimante que apresentam os interesses de feição coletiva devem-se ao abandono de uma perspectiva radicalmente antropocêntrica do bem jurídico. Assim, seria devido à ausência de um portador individual do interesse protegido que arrancariam não só os problemas, já mencionados, de legitimidade de tais construções, como também a carência de força crítica delas, consequência da ausência de referência à pessoa. Entretanto, muitas das dificuldades no estabelecimento de um tal objeto de proteção advêm da própria natureza do mesmo objeto que se quer proteger. Natureza essa que implica tanto em dificuldades teóricas quanto práticas, na determinação de quais devem ser precisamente os bens jurídicos penais a tutelar, assim como para a apreciação da respectiva lesão. (FIGUEIREDO, 2008, p. 145-146)

Esses novos interesses coletivos, cuja simples ameaça de ataque ocorre como potencial geradora de riscos para a humanidade, são de difícil apreensão e compreensão. Muitas das dificuldades são justamente de se constatar a lesão dos mencionados interesses ou de atribuição desse mesmo resultado a um sujeito individual.

Verifica-se que os valores aqui protegidos são destituídos de “substrato naturalístico tangível”, possuindo caráter “desmaterializado”, já que não há suporte empírico a fixar seu conteúdo e limites (Figueiredo, 2008). Diferentemente do que ocorre, por exemplo, nos crimes contra a vida ou patrimônio, nos quais os bens jurídicos, em razão de possuírem um substrato empírico de fácil percepção, permitem a determinação com clareza do núcleo duro dos valores que se tem por meta proteger, bem como distinguir diversos níveis de ofensividade da conduta em relação ao objeto protegido.

A principal característica desses bens é a impossibilidade de sua referência a uma pessoa ou a uma coisa individual e a sua consequente imaterialidade, “no preciso sentido de não ser um tal dano comprovável como modificação do mundo exterior, mas apenas como falta de cumprimento de uma tarefa imposta pelo Estado no caso concreto” (DIAS, 1983, p. 9).

Na maioria dos casos relacionados a bens supraindividuais existe uma maior elasticidade no momento de se determinar a sua lesão, já que inexistente uma base tangível de concreção para servir de condição necessária para a distinção entre situações de perigo e de lesão.

Assim, considerando as dificuldades teóricas e práticas na determinação dos bens supraindividuais a se tutelar no âmbito penal, passa-se, agora, a analisar as aplicações da teoria do bem jurídico-penal transindividual no âmbito do meio ambiente e maus tratos a animais.

## 6.2 APLICAÇÕES DO BEM JURÍDICO PENAL SUPRAINDIVIDUAL

### 6.2.1 O Meio Ambiente

Historicamente, observa-se que a tutela penal do ambiente era inimaginável até algumas dezenas de anos atrás, e se limitava ao aspecto patrimonial do direito de cada um de não ver perturbado o desfrute pacífico do ambiente ameaçado por condutas danosas (PRADO, 2008). Ressalte-se que, quando o interesse individual se passava ao coletivo, se tratava sempre de uma visão circunscrita ou limitada do ambiente.

O termo ambiente assume, na linguagem jurídica, diversas acepções, o que resulta na dificuldade de circunscreve-lo com clareza, e isso tem levado à afirmação de que é mais fácil de intuir do que de definir. Com efeito, a doutrina afirma que o termo ambiente é “clara em sua essência e perfeitamente imprecisa em seus contornos, polifacética e interrelacional, absolutamente vaga e mutável, de caráter tipicamente polissêmico, ou, simplesmente, uma *notion caméléon*” (PRADO, 2008, p. 149).

Assim, afirma-se que o ambiente é um catálogo de elementos e não propriamente um conceito.

O conceito de ambiente situa-se entre uma acepção muito estrita, qual seja, a proteção da natureza, e uma acepção muito ampla, defendida como conjunto de problemas relativos à qualidade de vida, à felicidade dos seres, motivo pelo qual Santo Agostinho enumerou cerca de duzentos e vinte e oito definições de ambiente (PRADO, 2008).

PRADO sustenta que,

O ambiente pode ser sintetizado, *verbi gratia*, sob três dimensões: *relacional*, que entrelaça muitos fatores tanto naturais, quanto antropológicos, como o que circunda uma determinada pessoa, ser ou coisa; *geográfico-territorial*, que versa sobre o ambiente referido – global, regional ou local, segundo sejam considerados a biosfera em geral ou os singulares ecossistemas, e a *temporal*, que impõe a necessidade de se adotar uma perspectiva dinâmica para representar adequadamente a contínua evolução e as transformações dos sistemas de relação ambiental. (PRADO, 2008, p. 150)

Acerca da conceituação, importa ressaltar, pelo menos, três concepções doutrinárias principais sobre a matéria.

A concepção globalista, unitária, totalizadora ou amplíssima define o ambiente como tudo o que está ao redor e condiciona a vida do homem, isto é, o entorno que o envolve, que, de certa forma, conduz à problemática ecológica em geral. Ou seja, “o conjunto dos elementos, naturais e (ou) artificiais, que a partir do exterior incidem sobre a formação estético-cultural, psicofísica e sócio econômico da pessoa” ou “o complexo dos elementos que caracterizam o *hábitat* do homem, vindo de encontro a seus interesses tanto materiais quanto espirituais” (ANTOLISEI, 1994, p. 416).

Nesta concepção se insere, segundo Prado,

a direção tripartida, lavrada por Giannini, estabelece três significados jurídicos para o vocábulo ambiente, segundo a norma de referência: a) ambiente-paisagem (inclusive as belezas naturais e os centros históricos); b) ambiente objeto de intervenção normativo-ideológica de tutela da água, do ar e do solo; e c) ambiente urbanístico, objeto da disciplina urbanística. (PRADO, 2008, p. 151)

Nesse sentido, o ambiente é, ao mesmo tempo, um meio e um sistema de relações. É tudo o que, de uma maneira positiva ou negativa, pode influir sobre a existência humana digna, em uma maior ou menor qualidade, de vida, ou seja, o conjunto de elementos naturais ou artificiais que condicionam a vida do homem.

A concepção unitária é considerada deficiente, em razão da exagerada amplitude, que dificulta sobremaneira a imprescindível delimitação do ambiente como bem de natureza penal, já que não há distinção entre recursos naturais, paisagem, patrimônio cultural, urbanismo, etc.

Há a concepção restrita ou reduzida de ambiente, na qual se incluem os elementos naturais de titularidade comum e de características dinâmicas, tais como a água, o ar, veículos básicos de transmissão, suporte em fatores essenciais para a existência do homem sobre a terra. Referido conceito é eminentemente físico, enquanto ambiente natural dos sujeitos propiciadores da vida, ainda que possa ser modificado pelo homem de forma limitada.

Tal aceção “reconduz toda a problemática na proteção ambiental à tutela do ar e da água, descartando-se do âmbito ambiental as questões relativas ao

território e à natureza” (PRADO, 2008, p. 152). Desse modo, excluem-se, por exemplo, o solo, os ruídos e os recursos naturais.

A esse respeito, Figueiredo pontua que:

Como observa Catenacci, entre as duas acepções, ampla e restrita, de ambiente, pode haver coincidência quanto ao objeto material de tutela (p. ex., um lago ou um bosque), ou quanto à finalidade última dessa (p. ex., salvaguardar a economia da população que utiliza aquele lago ou aquele bosque), mas não quanto à precisa individualização do específico bem a proteger. No caso do ambiente entendido em sentido amplo, será tutelada a qualidade (paisagística, histórico-cultural e econômica, etc.) ligada a um certo estado do lago ou do bosque; no caso contrário do ambiente em sentido estrito, o bem é proteger, consistirá no ciclo biológico do qual aquele lago ou aquele bosque outra coisa não são que o espaço natural. (FIGUEIREDO, 2008, p. 166)

Entre a concepção global e a restrita, existe uma orientação intermediária do conceito de ambiente.

A corrente intermediária existe porque as formulações globais têm caráter meramente indicativo ou programático, o que inviabiliza “a elaboração de objetivos concretos com rigor lógico-jurídico essenciais à estruturação do sistema normativo penal” (PRADO, 2008, p. 152). Por sua vez, a visão restrita não garante suficiente proteção do bem jurídico, nem se harmoniza com a sua noção constitucional.

A corrente intermediária propõe, sinteticamente, o conceito de ambiente de sentido natural, como totalidade dos fundamentos naturais da vida humana.

Referida corrente define o ambiente como “a manutenção das propriedades do solo, do ar, e da água, assim como da fauna e da flora e das condições ambientais de desenvolvimento destas espécies, de tal forma que o sistema ecológico se mantenha com seus sistemas subordinados e não sofra alterações prejudiciais” (BACIGALUPO, 1982, p. 200). Em outras palavras, o ambiente se apresenta como a manutenção das propriedades do solo, água e ar, bem como da flora, fauna e as condições ambientais de desenvolvimento dessas espécies, de modo que o sistema ecológico se mantenha com seus sistemas subordinados e não sofra alterações prejudiciais.

A esse respeito, Prado ensina que:

Refuta-se, portanto, sua identificação com tudo o que envolve o homem, e se aceita como correta – especialmente apta em sede penal – a concepção intermediária, isto é, fundamentalmente física ou biológica e moderado antropocentrismo, em que tanto cada um dos elementos naturais quanto o

conjunto por eles formado constituem ambiente (sendo parte dele a natureza, com os elementos água, ar, solo, a fauna e a flora e o conteúdo da relação homem-meio). Noutro dizer: é o sistema de bens fundamentalmente enquadrados nos recursos da natureza e aos quais não dispensa o direito penal nenhuma outra forma de proteção mais específica. (PRADO, 2008, p. 153)

A ciência penal contemporânea tem aceitado o conceito de ambiente intermediário e descritivo, com inclinação por sua compreensão ontológica, física ou natural, ressaltando-se a inoperância que suporia adicionar outros tipos de fatores, tais como econômico, socioeconômico, político, social ou cultural. Isso em razão da extrema indeterminação da concepção global, bem como do reduzido âmbito das concepções restritivas.

A questão de determinação do bem jurídico protegido nos crimes contra o meio ambiente merece redobrado empenho, porquanto constitui a única noção idônea “para fixar o mínimo, em termos materiais, da magnitude de afetação ao meio ambiente capaz de levar ao juízo de tipicidade” (SANCHÉZ, 1999, p. 161).

Quanto ao bem jurídico protegido pelo direito penal no âmbito do meio ambiente, a doutrina distingue três teorias, sendo elas: a) teoria ecocêntrica absoluta; b) teoria antropocêntrica absoluta, e; c) teoria antropocêntrica moderada ou relativa (concepção ecológica antropocêntrica).

Para a teoria econcêntrica absoluta, o meio ambiente é considerado em si mesmo, independentemente de qualquer interesse humano e, inclusive, pode ser defendido contra ele.

Nessa linha, afirma-se que “também nos bens jurídicos coletivos (...), deixa-se sentir em última instância um fim protetor do ser humano (...), é mesmo assim correto outorgar a esses bens um valor próprio supraindividual, porquanto aparecem acima dos seres humanos individuais” (PRADO, 2008, p. 155).

Para os defensores da teoria antropocêntrica pura, o bem jurídico protegido no direito ambiental não é o meio ambiente por si mesmo considerado, devendo ser entendido como um instrumento para a satisfação das necessidades da saúde e da vida do homem. Ou seja, o direito penal do meio ambiente só deve estar a serviço da proteção da vida e saúde do homem (FIGUEIREDO, 2008).

O meio ambiente não seria um bem final para cuja proteção estaria legitimada a imposição de uma sanção penal, pelo contrário, seria um bem instrumental para a proteção da saúde e da vida das pessoas. Em consequência

disso, no plano dogmático, dificilmente seria sustentável a criação de figuras típicas de perigo abstrato, ou mesmo de resultado, que pretendessem a proteção do meio ambiente enquanto tal. Isto é, só seriam legítimas técnicas de tutela absolutamente subordinadas à exposição de perigo de um bem pessoal, a exemplo da saúde humana.

Assim, a afetação do bem jurídico ambiental só conduziria à tipicidade da conduta se fosse possível apreender uma perigosidade da própria conduta para a saúde ou a vida das pessoas.

Por último, há a teoria antropocêntrica moderada ou relativa, isto é, concepção-ecológico antropocêntrica, segundo a qual o ambiente é protegido como um bem jurídico penal autônomo, e possui caráter relativamente antropocêntrico. Segundo essa teoria, o ambiente é dotado de autonomia sistemática, com quanto objeto jurídico de proteção penal, porém se vincula de modo indireto a interesses individuais (teoria pessoal relativa).

Observa-se que o ambiente como bem jurídico não é uma realidade em si, com valor absoluto, mas, sim, uma realidade vinculada indiretamente ao ser humano, ainda que substancialmente autônoma.

A esse respeito, Prado pontua que:

Deve-se valorar no contexto ambiental o conjunto de condições ecológicas que interessam à convivência humana, na medida em que entram em relação com o homem, abrangendo os fundamentos naturais da vida humana em sua globalidade. (PRADO, 2008, p. 156).

Para a teoria antropocêntrica moderada, o ambiente é definido a partir do homem, como ambiente necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento enquanto pessoa, isto é, o ambiente é protegido na medida em que é útil e indispensável para o próprio homem.

Prado define que o ambiente consiste na conservação dos recursos naturais para garantir a curto prazo a qualidade de vida e a longo prazo, a própria vida (PRADO, 2008).

Advirta-se que, sendo o ambiente um bem jurídico, merecedor de tutela penal, qualificá-lo como antropocêntrico é reiterativo, porquanto todos os bens jurídicos objetos de tutela penal são concebidos e tratados em razão da pessoa humana, de forma direta ou indireta.

O ambiente, entendido como o conjunto dos elementos naturais essenciais para a vida e o desenvolvimento do homem, não se confunde com os demais bens jurídicos individuais ou supraindividuais protegidos pelo direito penal, já que é portador de substantividade própria, por ser vital em si mesmo, com o bem jurídico metaindividual sistematicamente autônomo.

Pontua Prado que, “além do assentir constitucional, sua conservação e manutenção é primordial ao ser humano, seja no que pertine às suas necessidades existenciais, seja no que se refere ao seu desenvolvimento pessoal e social” (PRADO, 2008, p. 157).

No Brasil, embora o debate fique prejudicado, tendo em vista que a nossa Constituição consagra de forma expressa no seu artigo 225 o meio ambiente como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, Constituição Federal, art. 225), ele nos serve de parâmetro para a melhor compreensão do grau de vinculação entre o meio ambiente e os outros bens jurídicos pessoais.

A lei 6938/1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, define em seu artigo terceiro o meio ambiente como:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

(...). (BRASIL, 1981)

Figueiredo ressalta que,

A ideia de uma hierarquização dos bens jurídicos em função de sua proximidade com os interesses dos indivíduos – e a conseqüente instrumentalização dos bens supraindividuais aos bens fundamentais da pessoa (vida, integridade física, patrimônio etc.) – só se compreende coerentemente no contexto de um antropocentrismo moderado. Como bem observa Anabela Rodrigues a respeito da realidade portuguesa, a consagração, “como direito fundamental a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado (art. 66 da CRP), do direito ao ambiente destaca, já ao nível constitucional, a sua autonomia. Ele conforma-se como um direito fundamental autônomo e distinto de outros direitos também constitucionalmente protegidos que lhes são próximos (v. g., o direito à saúde ou o de propriedade). (FIGUEIREDO, 2008, p. 178)

Nesse sentido, o meio ambiente é considerado um bem jurídico supra individual autônomo, porém, ao mesmo tempo, uma “barreira prévia de proteção de bens jurídicos existenciais” (SANCHÉZ, 1999, p. 157). Portanto, é coerente com a Constituição a eleição da pessoa humana como valor principal, enquanto não derivado, mas originário e fundante, e, dessa forma, fazer depender a legitimidade dos bens jurídicos coletivos da existência de interesses das pessoas. No entanto, essas pessoas devem ser entendidas numa dimensão coletiva, o que implica o completo e autônomo acolhimento dos bens jurídicos supraindividuais como interesses de titularidade coletiva, isto é, interesse da pessoa humana como ser social e, também, socialmente responsável.

Sánchez ressalta que,

Todos os autores concordam que, quando, através da afetação do meio ambiente, se põe em perigo concreto, ou mesmo abstrato (no sentido de existência de uma perigosidade real na conduta, ainda que esta não se tenha concretizado em um resultado de perigo), a vida ou a saúde das pessoas, ou mesmo outros interesses vitais destas, procede à intervenção penal. Se o debate se dá, é porque, com base no anterior, um setor doutrinal é partidário de deter-se aí, por exigí-lo assim um conceito pessoal de bem jurídico, enquanto que para outro setor doutrinal tal concepção dos bens jurídicos ecológicos parece errônea ou disfuncional e pretende estender bastante mais além a intervenção do direito penal. (SANCHÉZ, 1999, p. 155)

Por outro lado, verifica-se que a tese intermediária, entre as radicais antropocêntrica e ecocêntrica, só atinge o seu objetivo aparentemente na medida em que, sem renunciar nominalmente ao conceito de bem jurídico, postula uma amplíssima configuração do mesmo que, praticamente, converte-o em um conceito dilatado, que por sua elasticidade permite adaptar-se a qualquer situação (FIGUEIREDO, 2008).

Por sua vez, Sánchez defende que,

parece que haja obstáculo para assumir, com Schunemann, que a ideia da sobrevivência da espécie humana constitui um princípio regulador superior (...), e, a partir daí, consagrar os subprincípios relativos a uma participação relativamente igualitária de todas as gerações nos recursos naturais e, enfim, a uma necessidade de conservação e manutenção de um meio ambiente *lebensfreundlich und lebenswert*. Mas tudo isso deve referir-se ao conjunto da atuação jurídica, social e política, e, precisamente, só de modo muito cauteloso, ao direito penal. (SÁNCHEZ, 1999, p. 156)

Assim, por tudo visto até aqui, defende-se que o ambiente, como bem jurídico de natureza transindividual difusa, é merecedor de tutela penal, porquanto

adequado ao livre desenvolvimento da pessoa humana, digno de proteção para a melhora de sua qualidade de vida.

Por fim, deve-se destacar ainda que o direito penal não se deve contentar em punir as agressões ao meio ambiente, mas também alcançar os comportamentos que dificultem seu desfrute de forma livre e solidária.

### 6.2.2 Maus Tratos de Animais

Um dos pontos mais elucidativos acerca da legitimidade da teoria do bem jurídico diz respeito aos delitos relacionados aos maus tratos a animais. A esse respeito, questiona-se se existe, de fato, um bem jurídico a ser tutelado, bem como se referida tutela pode ocorrer por meio do Direito Penal.

A Constituição Federal, em seu art. 225, parágrafo primeiro, inciso VII, proíbe maus tratos aos animais:

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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:  
(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. (BRASIL, 1988)

O crime de maus tratos a animais é previsto, ainda, no artigo 32 da Lei nº 9605/98:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 1998)

A primeira fundamentação sobre o caráter ilícito dos maus tratos a animais foi feita por São Tomás de Aquino, o qual advertia que o comportamento dirigido inicialmente contra animais poderia converter-se em crueldade contra homens. No

mesmo sentido, Karl Ferdinand Hommel, fundamentado na violação de deveres do homem para com Deus, defendia que a ausência de direitos dos animais não poderia implicar em ausência de deveres do homem em relação a eles.

Immanuel KANT, no mesmo sentido, defende que aquele que pratica crueldade com animais também pode fazer contra outros seres humanos. Entretanto, Kant fundamenta a proteção dos animais como um dever do homem para consigo mesmo, no sentido de compaixão pelo sofrimento do animal.

A partir de Kant, no século XIX, fundamenta-se a doutrina penal na designada tutela indireta ou antropocêntrico-estética dos animais, para a qual, embora os animais não sejam sujeitos de direitos, são pacientes do delito de maus tratos, com a fundamentação jurídica vinculada na violação da moral pública e dos bons costumes.

No início do século XX, a saúde e o bem-estar dos animais passam a ser objeto de proteção do delito de maus tratos, todavia, ainda sob a fundamentação de um interesse moral da sociedade. Nesse período, Adolf Merkel defende que os animais são objetos de simpatia e compaixão humana, portanto, merecedores de tutela.

A tutela dos animais com base na visão antropocêntrica protege sentimentos coletivos de piedade da sociedade em relação aos animais. Não importa o dano efetivamente sofrido pelo animal, mas a percepção por outras pessoas, através da publicidade ou escândalo, idônea a suscitar repulsa ou indignação, o que impossibilita a punição de comportamentos que permaneçam na esfera particular.

Sob uma perspectiva ecocêntrica, vincula-se Knut Amelung, segundo o qual, afastando-se da linha personalista, entende que as leis de proteção aos animais historicamente não possuem relação com a tutela do indivíduo. A propósito, recorda que desde 2002 a Constituição Alemã traz a proteção dos animais como finalidade do Estado, e em nível Internacional a Declaração Universal dos Direitos do Animal, aprovada pela UNESCO em 27 de janeiro de 1978, proclama o direito dos animais, à vida e ao respeito nos mais diversos âmbitos.

A teoria ecocêntrica sustenta que o meio ambiente deve ser compreendido como um fim em si mesmo, já que a natureza e os animais possuem valores próprios que merecem ser tutelados de forma autônoma.

Prado defende que os maus tratos a animais constituiriam um delito ambiental a partir de sua inserção no tipo penal da lei ambiental. Nesse sentido,

considerando o meio ambiente como bem jurídico supraindividual, surgem dificuldades para o entendimento do conteúdo material do injusto, porquanto os maus tratos contra um único animal não estariam aptos a prejudicar as condições ecológicas em seu conjunto, muito menos o seriam os maus tratos a animais domésticos, sem nenhuma repercussão ambiental (BECHARA, 2014).

Claus Roxin, adepto a concepção atual, apesar de defender a função exclusiva de tutela de bens jurídicos pelo Direito Penal, admite excepcionalmente a necessidade de sanção ao comportamento, ainda que não prejudique os seres humanos. Roxin trata os maus tratos a animais como um delito sem bem jurídico. Referida teoria sofre críticas, porquanto em hipóteses excepcionais leva a dilatação excessiva ou mesmo à dissolução do conceito de bem jurídico (BECHARA, 2014).

Em sentido próximo, Roland Hefendehl “considera os maus tratos a animais um delito de comportamento, desprovido de bem jurídico, a implicar a necessidade de relativização desse conceito” (BECHARA, 2014, p. 319). A criminalização dos maus tratos a animais se justificaria em razão de ir contra um sentimento dominante ou convicção cultural profundamente arraigada. Referido posicionamento também sofreu críticas, pois sentimentos dominantes ou convicções culturais seriam aptos a justificar criminalizações contrárias ao caráter democrático e pluralista do Estado.

Luís Greco, em sentido diverso, defende a proteção ao direito dos animais levando-se em consideração uma autodeterminação relativa dos animais, sendo que referida autodeterminação é identificada como a capacidade que parte dos animais possui de promover escolhas simples de acordo com a satisfação de necessidades primitivas ou no temor de consequências imediatas. Fundamentar a tipificação dos maus tratos para além do plano ecocêntrico, na humanização desses seres, revela grande carga emotiva apta a levar ao comprometimento da racionalidade da intervenção penal, conforme critica Bechara (BECHARA, 2014).

Por fim, a teoria antropocêntrica-econocêntrica ou mista, utilizando-se da combinação de ambas as teorias explanadas acima, defende que os animais e o meio ambiente devem ser reconhecidos como bens jurídicos autônomos, porém, também devem ter como referência o ser humano.

Revela-se clara a limitação da teoria do bem jurídico para determinar, por si só, a legitimidade do Direito Penal nos crimes contra os animais. Isso porque, a busca a partir do próprio tipo penal, qual seja, o bem jurídico tutelado, não revela maiores dificuldades. Entretanto, o raciocínio para se analisar a legitimidade de

normas penais incriminadoras deve ser justamente no sentido de se perquirir se determinados interesses podem ser convertidos em bens jurídicos com dignidade penal, à luz dos princípios que norteiam a intervenção penal no âmbito de um Estado democrático de direito, a exemplo da intervenção penal mínima, sob pena de levar a indevida ampliação da intervenção Estatal nesse âmbito.

Em vista disso, surgem importantes lições ao Direito Penal, porquanto, apesar de haver dificuldades no estabelecimento do conteúdo e dos limites, o bem jurídico permanece como ponto de referência nas atuais discussões sobre a legitimidade da intervenção penal. É justamente esse critério que tem se mostrado mais apto a apontar soluções com racionalidade, sendo uma ponte entre o normativo e a realidade social, afastando-se a punição de meras imoralidades.

## 6.3 PROPOSTAS ALTERNATIVAS DE CRITÉRIOS DE LEGITIMIDADE NO DIREITO PENAL

### 6.3.1 Escola de Frankfurt

A discussão acerca dos novos contornos do direito positivo para o enfrentamento dos desafios advindos da sociedade de risco reflete nas diferentes propostas metodológicas para a construção do Direito Penal.

A proposta da Escola de Frankfurt fez parte da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo e sua incidência apenas deve ocorrer sobre as condutas que violem de maneira agressiva os bens indispensáveis para a vida em comum, a exemplo da vida, saúde e propriedade, a fim de assegurar o máximo de liberdade.

Windfried Hassemer é o principal expoente desse movimento crítico.

Hassemer sustenta que o Direito Penal atual se afasta da missão original de apenas assegurar os valores indispensáveis à vida social, e se torna um instrumento em busca do controle dos grandes problemas oriundos de uma sociedade de riscos, e isso altera substancialmente seus conceitos dogmáticos.

Segundo o referido autor, o Direito Penal, esvaziando a teoria do bem jurídico, passa a desempenhar uma função meramente simbólica de sinalizar a segurança com a gestão de controle dos riscos advindos da sociedade pós industrial (HASSEMER, 1993).

Nesse sentido, o Direito Penal é utilizado unicamente de forma funcional, isto é, distancia-se de seu escopo inicial de garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, e permite a utilização deste instrumento de controle social de forma dinâmica, apto a acompanhar o desenvolvimento das novas tecnologias.

As ciências penais, para Hassemer, seguidoras da tradição de formação teórica da teoria do bem jurídico, seguem o princípio da legalidade penal, da proporcionalidade da pena, da lesividade e controle da justiça penal, qualificando a conduta criminosa com base no Direito Penal do fato e não do autor. Nesse contexto, deve ser rechaçada a intenção feita na atualidade de vincular o Direito Penal para a manutenção de certos modos de vida ou convenções morais.

Segundo Hassemer,

O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal Formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal.

Estes bens e direitos devem ser definidos da forma mais precisa possível. Acho também que o Direito Penal, no fim de contas, estará disponível para os delitos mais graves, mas não para esse novo campo da moderna criminalidade. (HASSEMER, 1993, p. 95)

Os defensores da Escola de Frankfurt sustentam que o Direito Penal é incapaz de conter os novos riscos e sua função é meramente simbólica. Para Hassemer, o sistema penal tem uma missão oposta aos demais instrumentos de gestão de risco, porquanto deve assegurar e proteger o núcleo básico de direitos individuais, tendo em vista que seu objetivo é a imputação de um fato punível a uma pessoa através dos limites definidos constitucionalmente, e não a seguridade geral.

O supracitado autor defende que o direito administrativo e outros mecanismos que devem desenvolver institutos para a minimização dos riscos advindos da sociedade pós-industrial.

Com efeito,

W. Hassemer propõe, portanto, uma redução do direito penal a um "direito penal nuclear" e defende a solução dos problemas "modernos" indicados por meio de um "direito de intervenção", que "se situa entre o direito penal e o direito contravencional, entre o direito civil e o direito público, e que os interesses terão interesses e interesses regulatórios menos exigentes do que o direito penal, mas que em troca serão dotados de sanções menos intensas contra os interesses". (ROXIN, 1997, p. 61)

Hassemer defende a criação de um novo campo do Direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, mormente as sanções de privação da liberdade, e que, ao mesmo tempo, possa ter garantias. A esse novo campo designou de 'direito de intervenção', o qual estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do direito civil, e entre o campo do direito fiscal, e tem por finalidade controlar os riscos oriundos da sociedade de riscos, através da proibição de condutas perigosas e da proteção de bens jurídicos coletivos (HASSEMER, 1993).

Hassemer propõe afastar o Direito Penal do controle dos riscos, reservando apenas para a defesa dos bens jurídicos fundamentais.

Bottini apresenta críticas à referida teoria ao afirmar que, para a aplicação ao direito brasileiro, há a necessidade de amadurecimento por meio de uma discussão mais profunda e reflexiva a respeito dos parâmetros para a incidência das normas de intervenção, bem como sobre os limites da flexibilidade deste sistema e sobre as condutas sobre as quais as suas normas serão aplicadas (BOTTINI, 2010).

Destaca-se, ainda, a posição de alguns autores, a exemplo de Silva Sanchez, que afirmam que a oposição à modernização do Direito Penal equivale a propugnar um Direito Penal de classes, segundo o qual o delinquente tradicional continua sofrendo a pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico oriundo das classes dominantes fica à margem do Direito Penal (BOTTINI, 2010).

Contudo, não se pode perder de vista que uma das contribuições mais notáveis de Hassemer é justamente a volta do estudo do bem jurídico-penal a partir de sua função limitadora ou crítica do *ius puniendi*.

### 6.3.2 O Direito Penal de Duas Velocidades

Silva Sánchez, ao contrário do que propõe a Escola de Frankfurt, não defende a redução do Direito Penal é um patamar mínimo, no entanto, propõe um sistema que faça frente aos novos riscos e que também respeite os princípios do Estado Democrático de Direito. Isto é, propõe a criação do Direito Penal de duas velocidades.

Para Sánchez, o típico de nosso Direito Penal é a sanção de privação de liberdade, sendo o único tipo de sanção que a administração não pode impor. Em razão disso, defende que sejam flexibilizados os critérios de imputação e as garantias

político-criminais em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal, e no qual sejam impostas penas mais próximas às sanções administrativas, a exemplo das privativas de direitos, multas e sanções que recaem sobre pessoas jurídicas (SANCHEZ, 2002).

Nesse setor, a característica essencial continuaria sendo a judicialização, contudo, sem a repercussão pessoal da pena de prisão.

Referida autora defende que a solução do conflito entre o Direito Penal amplo e flexível e o Direito Penal mínimo e rígido seria o ponto médio da configuração dualista, sendo funcional e suficientemente garantista, ao mesmo tempo.

A título de exemplo, Sánchez pontua que:

A propósito do Direito Penal Econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro etc.), como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio de legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade). Tais princípios, efetivamente, são suscetíveis de uma acolhida gradual e, da mesma forma que se dá hoje entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, não teriam por que ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas de prisão. (SANCHEZ, 2002, p. 190)

Para referido autor, restam mantidas no âmbito do Direito Penal tanto as condutas que afetam bens jurídicos tradicionais, quanto aqueles comportamentos que afetem bens coletivos ou que apenas apontem para uma periculosidade em relação aos interesses protegidos pela norma. No primeiro caso, valeriam as regras do sistema penal atual, juntamente com seus princípios rígidos e a pena de privação de liberdade. Por sua vez, na segunda hipótese, vigoraria um Direito Penal mais brando, com sanções não privativas de liberdade, e institutos mais flexíveis para amparar os contextos dos novos riscos trazidos pela sociedade pós-industrial (BOTTINI, 2010).

García Martín sustenta que as propostas de HASSEMER e Silva Sanchez coincidem sobre o aspecto material, porquanto ambas propõem uma cisão no tratamento das condutas ilícitas. Entretanto, o primeiro cria o direito de intervenção como novo ramo de regulação situado fora do Direito Penal, enquanto Sanchez engloba todas as atividades e as situa no âmbito das normas penais, porém estabelecendo dois níveis, ou duas velocidades internas ao sistema (BOTTINI, 2010).

Com efeito, Sanchez explica as duas velocidades da seguinte maneira:

À medida que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta assim sancionada tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria procedente – exatamente pelo que foi aludido – manter o Claro sistema de imputação individual (pessoal). Mas, vejamos, à medida que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir então estrita afetação pessoal; e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas “corporais” permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal. (SANCHEZ, 2002, p. 191)

A primeira velocidade de Sanchez é vista como um modelo de Direito Penal liberal-clássico, garantista, mínimo e tradicional, que se utiliza principalmente da pena privativa de liberdade. Já o Direito Penal de segunda velocidade defende, de forma proporcional, a flexibilização de garantias penais e processuais penais, todavia, fundada na utilização certa de medidas alternativas à prisão, como as restritivas de direito e pecuniárias.

Conforme Alexandre Rocha de Almeida de Moraes:

A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade pecuniárias ou restritivas de direitos (MORAES, 2011, p. 230)

A terceira velocidade do Direito Penal seria uma velocidade híbrida, com o fito de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com a minimização das garantias aptas a esse fim (segunda velocidade), na qual se inseriria o Direito Penal do Inimigo, criado por Jakobs em 1985.

Para Sanchez, existe um espaço de expansão razoável do Direito Penal, porquanto a pena de prisão seria imputada para aquelas condutas que, por si só, lesionam ou põem em perigo real um bem individual, e, também, pode ser aplicada, eventualmente, para bens supraindividuais, quando efetivamente houver lesão ou perigo real de lesão pela conduta do sujeito em concreto.

Paralelamente a isso, para os delitos de acumulação, ou perigo presumido, isto é, para condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais, se admitiria a flexibilização do Direito Penal para que o ilícito não recebesse pena de prisão.

A proposta de Sanchez revela inequivocamente a perplexidade do jurista em relação aos novos riscos causados pela sociedade pós-industrial.

O fato de ter que se preocupar com os novos riscos e seu potencial lesivo, bem como buscar uma forma menos rígida de limitação, além de reconhecer a dificuldade de equiparar aos delitos tradicionais, impõe o desenvolvimento pelos juristas de novos mecanismos de controle para minimizar os riscos, a exemplo do ordenamento de intervenção (HASSEMER) e do Direito Penal de duas velocidades (SANCHEZ).

Assim, ao mesmo tempo que se preocupam com os novos riscos e o seu potencial lesivo, buscam uma forma menos rígida para a sua inibição, a fim de garantir os princípios clássicos do Direito Penal.

### 6.3.3 A Proteção dos Contextos da Vida

Gunter Stratenwerth propôs uma terceira via para solucionar a questão do “aseguramiento del futuro com los médios del Derecho penal” em uma conferência proferida no ano de 1993 (ROXIN, 1997, p. 62).

Stratenwerth propõe o afastamento do Direito Penal clássico, e uma transformação significativa nos conceitos, institutos e princípios da dogmática penal que assumam a posição de enfrentamento antecipado e preventivo das situações de possível perigo para a estabilidade social e que garantam as expectativas e a segurança do normal funcionamento dos contextos de interação (BOTTINI, 2010).

A tendência dessa nova dogmática penal seria o fortalecimento do poder executivo, o qual seria o responsável pelo preenchimento de normas penais em branco, além da expansão do Direito Penal ser apresentada como resposta à ausência de políticas públicas de intervenção e de prevenção, bem como a significativa utilização da antecipação da tutela penal para estágios anteriores à conduta lesiva.

Claus Roxin ensina que a proposta de Stratenwerth:

pronuncia-se contra “um direito penal puramente funcionalista”, que, negligenciando os interesses tradicionais do Estado de Direito, “só se interessa por alcançar a defesa mais eficaz possível contra os riscos que ameaçam o futuro”. Segundo ele, a pena continua “vinculada a regras diferenciadas de imputação”; e se ele se separar deles, não será mais uma vergonha, mesmo que ele mantenha esse rótulo. Mas também rejeita a retirada do direito penal do campo da garantia do futuro propagada pela

Escola de Frankfurt: "Que se deva renunciar à pena, que é a sanção mais dura... interesses não só dos interesses, mas dos interesses nos seus interesses, é algo que considero... inadmissível". Em vez disso, recomenda ir além da proteção de bens jurídicos, ancorados em interesses, e — por exemplo, em questões de interambiente ou interesses genéticos — "para proteger contextos de vida como tais, sem que isso precise ser redirecionado para os interesses reais de quaisquer participantes". (ROXIN, 1997, p. 62, tradução livre.)

Supramencionado autor pronuncia-se contrário ao Direito Penal puramente funcionalista, porquanto despreza as garantias do Estado democrático de direito. Nesse sentido, propõem o abandono do conceito de bem jurídico.

Para Stratenwerth, a nova dogmática penal seria no sentido de proteger os contextos da vida como tal, sem que essa necessidade seja redirecionada para os interesses reais de quaisquer participantes.

Segundo o autor, é possível, sem recorrer ao conceito do bem jurídico, legitimar as normas penais, devendo, para tanto, necessariamente reconhecer o outro como um ser moral. Propõe considerar as normas sociais de comportamento como adequadas a gerar proteção penal legítima, a partir da preservação dos direitos humanos e do afastamento da discricionariedade absoluta.

## 7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção da teoria do bem jurídico-penal pelo Direito Penal clássico visa, sobretudo, à contenção do poder punitivo Estatal, a fim de evitar a utilização de arbitrariedades do Estado sobre seus cidadãos.

A partir da sociedade pós-industrial e o advento de novas tecnologias, transformou-se a dogmática penal ante o surgimento da sociedade risco.

Nesse contexto, a teoria do bem jurídico-penal foi um dos institutos mais afetados pela modernização, ampliação e administrativização do Direito Penal, e em decorrência disso, houve uma tipificação excessiva de crimes de perigo abstrato, a fim de proteger bens jurídicos supraindividuais.

As propostas dos autores estudados neste trabalho para transformar a dogmática penal, bem como controlar os riscos advindos da sociedade pós-industrial, têm a vantagem de oferecer ao gestor Estatal mecanismos mais aptos para o controle e a contenção de práticas perigosas.

Todavia, a flexibilização excessiva dos limites ao exercício da atividade punitiva acaba por desestruturar o modelo de organização política do Estado Democrático de Direito, o qual é fundamentado na dignidade humana e na restrição da atuação Estatal sobre as liberdades públicas.

Verificou-se que a delimitação da criminalização legítima não é realizada de forma solitária pela teoria do bem jurídico, de modo que necessita de complementação, mormente em relação aos bens jurídicos supraindividuais. Nesse contexto, do ponto de vista teórico, o abandono da referida teoria seria um retrocesso.

As indicações de criminalização retiradas da Constituição têm como função estabelecer as balizas fundamentais do exercício do poder político, porém cabe ao legislador ordinário decidir quais serão as condutas criminalizadas dentre as ofensivas a bens jurídicos.

Nesse sentido, defendemos neste trabalho que não há compatibilidade com o Estado Democrático de Direito a utilização de um Direito Penal do risco amplo e irrestrito, que não possui limites e nem atenda aos princípios desenvolvidos, tais como a legalidade, a taxatividade, a proteção de bens jurídicos definidos, a culpabilidade, dentre outros, indispensáveis para reprimir a utilização desmesurada da sanção penal. Assim, a liberação sem critérios criaria um sistema criminal excessivamente repressor e disfuncional.

A construção do conceito de bem jurídico deve ser norteadada pela Constituição em sentido material, e a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais deve considerar a utilização do Direito Penal como um direito mínimo.

Assim, a criação de tipos penais que visem a proteção de bens supraindividuais deve ocorrer com muita cautela, a fim de não incidir no Direito Penal simbólico.

Dessa forma, conforme reconhecido por Roxin, verifica-se ser de notável importância o desenvolvimento de estudos acerca de novos critérios de restrições à punibilidade para os crimes de perigo abstrato, cujo embasamento para uma necessária e constante reflexão espera-se ter sido dado neste trabalho, longe de marcar um desfecho aos estudos atinentes ao tema em questão.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica**. Doxa, n. 5, Madrid, 1998. Disponível em <[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5\\_07.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf)>. Acesso em: 02 de outubro de 2022.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

Andrade, Manuel da Costa. **A nova lei dos crimes contra a economia** (Dec.-Lei n.º 28/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico, in: VV. AA., **Direito Penal Económico, Ciclos de Estudos, CEJ, Coimbra, 1985.**

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 1994.

AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Organização de Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente**. Estudios penales y criminológicos, v. 5, Santiago de Compostela, 1982

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1º e 2º Volumes, Editora Saraiva, 1988.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11 ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

BECK, Ulrich. **Risks Society**: towards a new modernity. Londres: Sage, 2005.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo Saraiva, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 de julho de 2022.

BRASIL. **Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 10 de julho de 2022.

BRICOLA, Franco. Teoria Generale del Reato. P. 15-16. *Apud* Tradução livre do original: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bién jurídico y estado social y democrático do derecho**: el objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991.

CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (princípio da). **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Separata do VI Volume. Lisboa: 1994.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para uma dogmática do direito penal secundário**. Disponível em <<https://revistas.ucp.pt/index.php/direitoejustica/article/view/10839/10478>>. Acessado em 06 de setembro de 2002.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1992.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trotta, 2003.

DINIZ, Eduardo Saad; ORTS, Miguel Polaino. **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: Liber Ars, 2012.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

FEUERBACH, Paul J. A. R. v. **Tratado de Derecho Penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L., 2007.

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

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GRECO, Luís. **Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal**: direito penal, aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito** – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **A importância dos critérios de seleção de crimes e cominação de penas**. Disponível em <<https://biblioteca.ibccrim.org.br/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=99074&iIndexSrv=1>>. Acessado em 30 de setembro de 2022.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público da União, 1993.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

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

JÚNIOR, Miguel Reale. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1993.

JÚNIOR, Ricardo Bispo Razaboni; COSTA, Ilton Garcia da. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais como pilares para boa administração pública**. In: Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXVIII, v. 32, n. 3, p. 104-121, set/dez 2023. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/3299/2380>>. Visto em 20 de dezembro de 2023.

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

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

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

MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos**. Tradução: José de Faria Costa, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Aequitas Editorial Notícias, Ano 4, Fasc. 2, Abril-Junho, 1994. Disponível em <<https://biblioteca.ibccrim.org.br/biblioteca/asp/primapdf.asp?codigoMidia=42645&iIndexSrv=1>>. Acessado em 30 de agosto de 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2 ed. Ver. e ampl. São Paulo, Celso Bastos Editos, 1999.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Filadelfia: The Pennsylvania State University, 1998.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 5 ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5º Ed., São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

MUNOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: B. de F., 2001.

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

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Apontamentos sobre o Ambiente como Bem Jurídico-Penal**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, n.50, 2008, p.133-158. Disponível em <<https://biblioteca.ibccrim.org.br/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=82320&iIndexSrv=1>>. Acessado em 08 de setembro de 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoria Del Delito. 2 ed. Tradução Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Diaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madri: Civitas, 2003, p. 61.

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

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosh Editor S. A., 1992.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Delitos contra el medio ambiente**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva.** In: Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo: Método, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte geral. 9 ed. Ver. Atual, e amp. rev. TIRANT LO BLANCH, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Disponível em: <[http://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Ingo\\_W.\\_Sarlet\\_Dignidade\\_da\\_Pessoa\\_Humana\\_e\\_Direitos\\_Fundamentais.pdf](http://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Ingo_W._Sarlet_Dignidade_da_Pessoa_Humana_e_Direitos_Fundamentais.pdf)>. Visto em 08 de setembro de 2022.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. **Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito.** In: COSTA, José de Faria (coord.). Temas de Direito Penal Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVA, Ivan Luiz da. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal.** In: Revista de informação legislativa, v. 50, n. 197, p. 65-74, jan./mar. 2013, p. 67. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril\\_v50\\_n197\\_p65.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf)>. Visto em 15 de maio de 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual:** interesses difusos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Sérgio da Silveira; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Direito Penal e Proporcionalidade: anotações sobre o caráter invasor da constituição no controle das normas Penais.** Disponível em: <[https://www.academia.edu/20144959/direito\\_penal\\_e\\_proporcionalidade\\_annotacoes\\_sobre\\_o\\_carater\\_invasor\\_da\\_constituicao\\_no\\_controle\\_das\\_normas\\_penais](https://www.academia.edu/20144959/direito_penal_e_proporcionalidade_annotacoes_sobre_o_carater_invasor_da_constituicao_no_controle_das_normas_penais)>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal dos Interesses Difusos.** São Paulo: Atlas, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal.** 4. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA, Marco Antonio Marques da. & Miranda, Jorge (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. Lisboa/São Paulo: Editora Almedina/Quartier Latin, 2ª edição, 2009. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=78926](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=78926). Acesso em: 05 de setembro de 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3.