

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-168-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinárias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo “A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto “Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental”, a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão lícitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

A IMPRESCINDIBILIDADE DO BEM JURÍDICO PARA A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL.

EL CARÁCTER INDISPENSABLE DEL BIEN JURÍDICO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO MUNDIAL.

Fábio Augusto Tamborlin ¹

Resumo

O direito penal está inserido na sociedade de risco global, devendo se adaptar a esse novo contexto social. Um dos temas mais discutidos em relação à teoria do delito é o bem jurídico, instrumento teórico imprescindível para a consecução de um direito penal mínimo. Esse referencial é importante no que diz respeito à observância do princípio da intervenção mínima. Apesar das críticas direcionadas ao bem jurídico, mostra-se mais adequado aprimorar essa ferramenta ao invés de abandoná-la.

Palavras-chave: Bem jurídico, Sociedade do risco global, Intervenção mínima

Abstract/Resumen/Résumé

El derecho penal está incrustado en la sociedad del riesgo global y debe adaptarse a este nuevo contexto social. Uno de los temas más discutidos en relación con la teoría del crimen es el bien jurídico, instrumento teórico esencial para la consecución de un derecho penal mínimo. Este marco es importante en relación con el principio de intervención mínima. A pesar de las críticas dirigidas al bien jurídico, se muestra más adecuado mejorar esta herramienta en lugar de abandonarla.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: bien jurídico, Sociedad del riesgo global, Intervención mínima

¹ Mestrando desde 2015 no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em Direito do Estado - linha de pesquisa: Direito, Poder e Controle

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente presenciamos aquilo que Beck denominou de sociedade do risco ou sociedade reflexiva. Nesse contexto, os perigos seriam, também, uma consequência do consumo cotidiano. Segundo Beck os riscos “viajam com o vento e a água, escondem-se por toda a parte e, junto com o que há de mais indispensável à vida – o ar, a comida, a roupa, os objetos domésticos –, atravessam todas as barreiras altamente controladas de proteção da modernidade”.¹

Em um primeiro momento os perigos advindos dos avanços tecnológicos e da industrialização passaram despercebidos, pois a fé no êxito da razão oitocentista ainda preponderava. Contudo, quando os perigos e riscos começaram a se concretizar o cenário em tela foi alterado. Além da sociedade de risco, vislumbra-se, ainda, a modernidade reflexiva, momento no qual a modernidade (na concepção mais clássica) olha para si e reflete a respeito dos problemas oriundos de sua complexidade e que por muito tempo restaram imperceptíveis. A sociedade de classes, no âmbito da qual a riqueza dita os caminhos, cede espaço à sociedade do risco, uma vez que na reflexividade do processo de modernização o acúmulo de poder tecnológico-econômico é ofuscado cada vez em maior proporção pela produção de riscos.²

Os riscos em apreço destacam-se pelo seu caráter global. Ademais, as ameaças oriundas da modernização em determinado momento afetam ou atingem os produtores dos riscos, fenômeno que Beck denomina como efeito bumerangue.³ Esse é o pano de fundo no qual serão problematizadas categorias dogmáticas da teoria do delito. Uma sociedade permeada e perpassada por incertezas e por inseguranças, e, por isso, extremamente suscetível às ameaças e às informações difundidas pelos meios de comunicação.⁴

O novo contexto social acima exposto exige que o direito realize a gestão de determinados riscos, tarefa executada, inclusive, pelo direito penal. Nesse cenário, bastante

¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p.9

² Ibidem. p.15,16

³ Ibidem. p. 26-27.

⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 25-26 “Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de seu uso surge a incerteza, a insegurança. que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, fator indispensável ao desenvolvimento econômico do livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social.”⁴

diverso do observado nos séculos XVIII e XIX (auge do direito penal de matriz liberal e inspirado pelos valores iluministas), o aparato penal é conclamado a intervir nas novas relações sociais. O teatro do direito penal ganha novos atores e, portanto, a dogmática deve propiciar soluções referentes aos casos penais dos tempos hodiernos. Isso apenas pode ocorrer por intermédio de uma atualização do direito penal, sob pena de incorrer-se em um anacronismo por meio da aplicação, em relação a fatos derivados da sociedade de risco; líquida e reflexiva, de um instrumental jurídico concebido, ainda, na sociedade industrial.

O presente artigo visa a apresentar uma espécie de defesa do bem jurídico, o qual tem sua origem vinculada ao direito penal do século XIX. Serão expostas algumas críticas comumente direcionadas aos bens jurídicos. Procurar-se-á rebatê-las e, posteriormente, serão lançados argumentos visando à demonstração da imprescindibilidade do bem jurídico para a consecução de um direito penal pautado, sobretudo, pelo princípio da intervenção mínima.

2. DIREITO PENAL COMO PROTETOR DE BENS JURÍDICOS OU VOLTADO À TUTELA DA VIGÊNCIA DA NORMA

Não são todos os autores que trabalham com a teoria do bem jurídico. Existem algumas alternativas, entre as quais se pode destacar a teoria do delito proposta por Jakobs. O autor alemão funcionaliza o direito penal a partir do entendimento de que o referido aparato jurídico possui como função a proteção da vigência da norma. Desse modo, esse passa a ser o referencial a partir do qual será construída a teoria do delito, abandonando-se, portanto, o bem jurídico como figura central.⁵

Para Jakobs o direito penal realiza a gestão das expectativas normativas, servindo de garantia a que não ocorram lesões a bens jurídicos, contudo esse é um efeito secundário⁶. Para o autor alemão as pessoas desempenham papéis e, portanto, uma conduta deve ser analisada tendo-se em vista essa circunstância, cuja fixação é realizada pela norma que regula o ambiente no qual o indivíduo está inserido. Segundo Jakobs, não há uma fronteira fixa entre a lesão a um bem jurídico e uma imoralidade. De acordo com o principal expoente da teoria

⁵ *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico in* GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 12-13

⁶ JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 161-162

delito denominada de funcionalismo sistêmico o fato delitivo seria uma lesão à vigência da norma e a pena configuraria a eliminação dessa lesão⁷.

Em que pese à exposição acima sintetizada, o presente trabalho situar-se-á a partir de um posicionamento diametralmente oposto. Um sistema que vise à manutenção de si mesmo, ou seja, um direito penal que tenha como objetivo a estabilização da vigência das próprias normas e das expectativas normativas não se mostra capaz de trazer respostas satisfatórias aos desafios lançados pela sociedade do risco. Ademais, um modelo fechado de teoria do delito está suscetível a ser asfixiado de dentro para fora, em razão da ausência, ou reduzida quantidade, de diálogo com as estruturas sociais externas ao sistema.

Ainda nesse diapasão, é mister salientar que uma teoria do delito extremamente normativa pode ensejar um sistema penal autoritário, a depender das inspirações e aspirações advindas dos responsáveis pela elaboração e promulgação dos dispositivos legais.

O direito penal caracterizado pela função de proteção dos bens jurídicos mais importantes aos indivíduos mostra-se uma opção mais condizente com uma realidade democrática, em que são observados os preceitos da intervenção mínima e da *ultima ratio*. Nos tópicos a seguir serão discutidas algumas questões as quais corroborarão com a defesa até aqui apresentada.

3. BEM JURÍDICO: LIMITE OU JUSTIFICATIVA ÀS INCRIMINAÇÕES?

O bem jurídico foi concebido como um instrumento de limitação à intervenção penal, ou seja, um filtro cuja função seria reduzir o âmbito da imputação. Sendo assim, a princípio essa ferramenta serviria como uma espécie de freio ao *ius puniendi* estatal.⁸

Uma das críticas corriqueiramente realizadas em relação a essa ferramenta seria a de que houve uma inversão na tarefa por ela executada, ou seja, o limite tornou-se um justificador de novas espécies de incriminação. Hassemer aponta que no âmbito do direito penal moderno o bem jurídico sofreu uma mutação, de crítica ao legislador torna-se um apelo à imposição de pena a novas espécies de comportamentos.⁹

A partir dessa compreensão, primeiramente, é mister salientar que, de fato, novas espécies de incriminações surgiram nas últimas décadas. Um rol de temas que antes não sofria

⁷Ibidem, p. 177.

⁸ ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico in* GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 180

⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 194-195.

a incidência da esfera penal passou a ser tipificado penalmente, principalmente, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da legislação penal especial. Destarte, houve uma ampliação no número de bens jurídicos tutelados pelo aparato penal.

Esse fenômeno é denominado por Silva Sánchez como “Expansão do direito penal”. O autor espanhol atribui ao direito penal a missão de proteção das lesões intoleráveis aos bens jurídicos. A partir dos argumentos lançados por Silva Sanchez o pano de fundo descrito na introdução deste trabalho fica ainda mais clarividente, uma vez que as mudanças na sociedade pós-industrial inspiram alterações no aparato penal como um todo, inclusive no que diz respeito à teoria do delito.¹⁰

Por outro lado, Hassemer aduz que a teoria do bem jurídico serve como a “pedra de toque” da teoria funcionalista na esfera penal uma vez que essa categoria cumpre o papel de critério político-criminal, vinculando a cominação de pena à efetiva lesão ou ao perigo de lesão aos bens jurídicos¹¹. O autor alerta, todavia, que a teoria do bem jurídico migrou, em certa medida, de um perfil crítico-penal descriminalizador para uma vertente fundamentadora e criminalizadora, especialmente nos últimos anos¹².

No entendimento do autor alemão, a teoria do bem jurídico não pode responder sozinha à questão do merecimento de pena, visto que a ameaça a um bem jurídico é um pressuposto necessário, entretanto não suficiente para dar ensejo à determinada criminalização. Para Hassemer, é preciso observar que o legislador possui grande margem de discricionariedade em relação a quais condutas serão criminalizadas e de que forma isso irá ocorrer¹³.

Dessa forma, o autor alemão aduz que a teoria do bem jurídico pode desempenhar o papel de limite ao legislador penal, dificultando a adaptação do ordenamento jurídico penal a políticas criminais escusas e de interesses obscuros, contudo é imprescindível que o bem jurídico seja vislumbrado a partir de uma relativização sistêmica, sendo complementado por outros princípios, entre os quais se destacam- a legalidade, a subsidiariedade e a danosidade social¹⁴.

¹⁰SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Coleção direito e ciências afins. v. 6. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 33-37.

¹¹HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011 p. 16.

¹²Ibidem. p. 17.

¹³Ibidem. p. 17-18.

¹⁴Idem.

Schünemann, por sua vez, alega que a teoria do bem jurídico enquanto fundamento e limite do direito penal possui um grande futuro, uma vez que essa teoria é indispensável para a interpretação dos tipos penais. Na concepção do autor o bem jurídico desempenha importante papel na determinação da estrutura do delito e, para além disso, estabelece qual será o campo das ações passíveis de lesionar o tipo. Sendo assim, no entendimento de Schünemann, a teoria do bem jurídico preencheu papel fulcral no processo de interpretação do tipo penal e de toda a teoria do delito. Ademais, por intermédio de sua orientação liberal a teoria do bem jurídico é imanente e crítica ao ser contrária a limitações desnecessárias às liberdades das mais diversas naturezas¹⁵.

Em que pese às críticas, Hassemer ressalta que o bem jurídico é irrenunciável como parâmetro de uma boa política criminal e, além disso, juristas deveriam centrar-se no seu núcleo negativo (descriminalizador) e crítico ao direito penal¹⁶. Ademais, segundo o autor alemão, o bem jurídico configura um fundamento necessário e constitucional para consecução de um dever de proteção, assim como para determinar os limites da intervenção penal e mensurar a intensidade da incidência do aparato penal¹⁷.

Na concepção de Busato, não obstante as críticas à categoria bem jurídico, muitas das quais ainda serão analisadas neste artigo, esse instrumental é um referencial importante à teoria do delito, uma vez que é um critério limitador da intervenção do sistema jurídico-penal, operando um recorte no âmbito dos fatos suscetíveis à incidência do controle social penal. Para o autor apenas a referência aos bens jurídicos justifica a imposição de regras que promovam restrições a liberdades e a direitos¹⁸.

Isso decorre da seguinte circunstância: os indivíduos abrem mão de parcelas de direitos e liberdades visando à proteção de determinados bens, sendo assim, eventuais intervenções penais devem necessariamente fazer referência aos mencionados bens, sob pena de se configurarem como autoritárias ou injustificadas.¹⁹

Sendo assim, é imprescindível que o bem jurídico atue prioritariamente como limite à incriminação em detrimento de eventual papel meramente justificador e que corrobore com a ampliação da intervenção penal. O bem jurídico se caracteriza como um referencial teórico

¹⁵SCHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 25-27; 56.

¹⁶HASSEMER, Winfried. *¿Puede Haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 96

¹⁷ibidem. P. 104-105.

¹⁸BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. 364-365.

¹⁹idem.

apto a lograr êxito nessa missão, limitando o direito penal por meio de um recorte do âmbito de incidência do aparato jurídico em apreço.

4. A CONCEITUAÇÃO DE BEM JURÍDICO.

A conceituação do bem jurídico é uma faceta em relação à qual também são dirigidas algumas críticas, entre elas destaca-se a referente ao teor, a princípio, abstrato, ou até mesmo vago, do instrumental em análise.

Hassemer verifica que o direito penal criminalizou, nos últimos anos, uma série de delitos de vítima diluída, entre os quais se podem destacar questões referentes à economia, ao meio ambiente e às drogas. Devido a isso, é possível constatar um empobrecimento dos pressupostos de punibilidade. Ademais, o autor ressalta que o bem jurídico pode servir de critério de retificação da política criminal quando for solidamente descrito, contudo, hodiernamente verifica-se uma imprecisão conceitual em relação a esse referencial²⁰.

Hassemer é defensor de um conceito pessoal de bem jurídico, conceituando esse elemento como sendo composto por interesses humanos que carecem de proteção penal. O autor salienta que essa opção não exclui a totalidade de bens jurídicos coletivos, contudo essa espécie deve estar consonante com uma funcionalização desses bens a partir da pessoa humana. Esse *modus operandi* seria imprescindível para que o direito penal atue como *ultima ratio* de intervenção jurídica.

Para o autor, o conceito de bem jurídico deve ser seletivo e nítido, pois diz respeito aos limites à intervenção em relação à liberdade de atuação humana, ou seja, configura-se como um conceito protetor da liberdade e, por isso, exige diferenciações precisas no tocante aos objetos e denominações próximas aos fatos. Ademais, para Hassemer o conceito de bem jurídico deve ser compreensível, facilitando, com isso, o controle a ser exercido sobre o legislador, a fim de que esse instrumental limite o direito penal ao invés de ser mola propulsora da expansão desse aparato jurídico²¹.

²⁰HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 18-19.

²¹HASSEMER, Winfried. *¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 104.

O objetivo do autor alemão seria evitar conceitos amplos e vagos os quais poderiam ser preenchidos da maneira como fosse conveniente à época em que fosse realizada a interpretação dos fatos.

Schünemann argumenta que o bem jurídico deve continuar ocupando uma posição central no bojo da dogmática-penal, uma vez que representa a “pedra angular” no pensamento liberal e, com isso, da justiça.²²

Para o autor, o princípio de proteção dos bens jurídicos não seria apto a exercer uma função construtiva no processo de interpretação dos tipos penais caso se limitasse a um conceito vazio de conteúdo. Schünemann, inspirado pela filosofia da linguagem, não propõe um conceito fechado de bem jurídico, pelo contrário, compreende esse instrumental como uma diretriz normativa²³.

Hefendehl aponta que o bem jurídico vem sendo “torturado”, uma vez que se exige dele algo que ele não é capaz de cumprir. O autor aduz que não é possível uma formulação precisa do conceito de bem jurídico e, portanto, sempre haverá um espaço para posterior reflexão²⁴. O autor destaca, ainda que a imprescindibilidade do bem jurídico enquanto elemento crítico e limitador do direito penal cresceu nos últimos anos em virtude do avanço do rigor penal em algumas áreas, como, por exemplo, a criminalidade organizada²⁵.

Além disso, no âmbito da sociedade de risco clama-se pela não concretização das ameaças e dos perigos e por isso pleiteia-se por um controle penal antecipado. Também nesse ponto Hefendehl destaca o papel do bem jurídico, o qual deve ser preenchido de conteúdo, não podendo ser vago o suficiente para proporcionar um preenchimento de viés autoritário e repressor²⁶.

Amelung compreende o bem jurídico como o objeto de proteção da norma de conduta que pode inferir-se do direito positivo, configurando-se um instrumento polivalente no âmbito da argumentação jurídico penal. A proteção dos bens jurídicos exige que as normas tenham

²² SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. p.200 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

²³ Ibidem. p. 202-203

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p.56; HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal*. in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p.57.

²⁵ HEFENDEHL, Roland. *De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 461-462

²⁶ Idem.

uma utilidade que extrapole a mera manutenção de suas vigências fáticas. O autor complementa argumentando que a teoria de proteção dos bens jurídicos por um lado nega a legitimação de normas penais inúteis, contudo, por outro lado, caracteriza-se por uma flexibilidade a qual dá ensejo à faculdade do legislador de decidir o que será objeto de proteção da norma penal.²⁷

Roxin enaltece que a existência de um bem jurídico depende de pressupostos mutáveis, ou seja, o contexto empírico de uma dada sociedade em um determinado lapso temporal será determinante nesse processo, não havendo uma eterna validade de caráter jusnaturalista²⁸. Além disso, ressalta que o bem jurídico deve ser lido a partir de óptica crítica à legislação e ao legislador²⁹. Roxin define os bens jurídicos como realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura, na qual estejam garantidos os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou, então, que sejam necessários ao funcionamento do sistema estatal que também vise à consecução dos mencionados fins³⁰.

Ademais, o autor alemão é adepto do conceito pessoal de bem jurídico, ressaltando, contudo, que essa definição não se limita aos bens jurídicos individuais. Dessa forma, estão abarcados, também, os bens jurídicos da comunidade (coletivos) desde que direcionados, em última instância, ao cidadão individualmente considerado. Outrossim, Roxin posiciona-se de modo favorável ao bem jurídico enquanto elemento crítico à atividade do legislador. Por intermédio dessa crítica visa-se à limitação da punição³¹.

Bottini também vislumbra a dificuldade no estabelecimento de critérios concretos de identificação dos bens jurídicos, contudo, ressalta que essa vicissitude não afasta a importância do tema, uma vez que essa categoria cumpre com um papel crítico em relação ao legislador e à legislação, limitando a intervenção penal e corroborando com a proporcionalidade das penas. Além disso, o autor argumenta que é necessário preencher o bem jurídico de algum sentido, ou seja, provê-lo de determinada parcela de materialidade.

²⁷AMELUG, Knut. *El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos* p.263 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

²⁸ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 458.

²⁹ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 187-191.

³⁰ ³⁰ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 448.

³¹ Idem.

Isso apenas será possível por intermédio da observância da dinâmica social relativa a determinado período histórico³².

Busato aduz que a fluidez ou abstração exacerbada é preocupante no âmbito de uma sociedade moderna e complexa, pois torna o conceito vago e de difícil preenchimento. Todavia, uma concreção exagerada do bem jurídico aproximaria o conceito desse instrumental à definição de objeto material. Este último é extremamente concreto, representando a configuração material do interesse jurídico, na hipótese de um crime de furto, por exemplo, o objeto material poderia ser um carro, enquanto que o bem jurídico seria o patrimônio. Não há uma identidade entre os dois conceitos, mas sim uma complementação.³³

De acordo com o escólio de Busato, o bem jurídico não deve ser compreendido enquanto um dado conceitual, mas sim como um princípio, ou, nos termos utilizados também por Schunemann, uma diretriz normativa destinada ao recorte da intervenção penal³⁴. Dessa forma, percebe-se que o autor reconhece e até mesmo defende determinada parcela de indefinição no tocante ao bem jurídico. Na teoria do delito proposta por Busato o bem jurídico forma uma racionalidade em conjunto com princípios limitadores do direito penal, tais como a legalidade, a intervenção mínima, a culpabilidade e a proporcionalidade³⁵.

A partir do conjunto de limitadores supracitados seria possível analisar o fato a fim de verificar se houve o preenchimento da ofensividade necessária, em face de um bem jurídico relevante, a dar azo à intervenção penal³⁶. Na compreensão do autor, é imperioso ressaltar, ainda, que o direito penal não é apto a proteger efetivamente os bens jurídicos, uma vez que o aparato repressor é acionado após a lesão ter ocorrido, mesmo que se trate de delito praticado na modalidade tentada. Sendo assim, o bem jurídico se consubstancia como um elemento justificante da intervenção penal³⁷.

Com efeito, merece destaque a questão relativa à precedência, ou não, da norma em relação ao bem jurídico. Nesse ponto, resta clarividente que alguns bens são tão essenciais que podem ser reconhecidos independentemente de previsão normativa, tais como a vida e a liberdade. Entretanto, não são todos os bens jurídicos prévios ao reconhecimento da norma.

³²BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 135-137

³³BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 367-368.

³⁴*Ibidem*. 369

³⁵*Ibidem*. 369-370

³⁶*Idem*.

³⁷*Ibidem*. p. 364-365

Interesses tais como o meio ambiente e a administração pública podem ser erigidos ao grau de bem jurídico penal por intermédio de uma posição político-criminal³⁸.

Da leitura e comparação das interpretações que os autores supracitados concedem ao tema em apreço é possível extrair algumas perspectivas similares. Primeiramente, é clarividente a dificuldade em definir bem jurídico de uma maneira conceitualmente fechada. Contudo, esse teor flexível e aberto da teoria do bem jurídico não necessariamente se confunde com ausência de conteúdo ou vagueza. O instrumental em apreço deve estar aberto às mutações sociais, a fim de que a teoria do delito não seja anacrônica ao contexto social que a permeia.

Ademais, destaca-se, também, que os autores reconhecem no bem jurídico um referencial importante de limitação da intervenção penal, seja por meio da crítica ao legislador ou do filtro penal em relação à quantificação das lesões, uma vez que o direito penal só pode intervir em relação às lesões graves direcionadas aos bens jurídicos penais mais relevantes. Sendo assim, o bem jurídico tem uma importância imensurável no tocante à interpretação relativa aos processos de criminalização primária e secundária, visto que guarda íntima ligação com os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade.

5. A LEGITIMIDADE DO BEM JURÍDICO COLETIVO

No âmbito da sociedade de risco, pano de fundo a partir do qual são desenvolvidas as considerações presentes neste artigo, vislumbra-se o surgimento de novos interesses derivados do incremento de complexidade das relações e do exponencial aumento da capacidade lesiva oriunda das ameaças globais. Nesse contexto, os bens jurídicos coletivos (ou supraindividuais) ganham espaço, dando azo à emergência de diversos diplomas legislativos incriminadores de condutas que no auge do antropocentrismo não recebiam tutela penal³⁹.

Desde logo, ressalta-se que a princípio não há uma ilegitimidade no tocante aos bens jurídicos coletivos. Contudo, a expansão do direito penal em direção à gestão de riscos em novas searas acende um sinal de alerta em relação a uma possível criminalização

³⁸Ibidem. p. 362-363.

³⁹BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 136-137; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Coleção direito e ciências afins. v. 6. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33-34; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 103-104.

excessiva.⁴⁰ Essa espécie de bem jurídico somada a institutos dogmáticos, tais como os crimes de perigo abstrato e as normas penais em branco, culmina em um avanço das barreiras de imputação objetiva, ou seja, no cabo de guerra entre intervenção mínima e um direito penal autoritário e excessivamente repressor, este último ganha espaço.⁴¹

Busato também verifica esse movimento de reconhecimento de bens jurídicos coletivos, apontando que em uma sociedade na qual a conduta de um indivíduo é capaz de afetar a esfera de vida de muitos é uma tendência que os valores comungados pela sociedade deixem seu caráter eminentemente individual e, aos poucos, adquiram, também, um caráter parcialmente coletivo⁴².

Conforme aponta Guaragni, o direito penal não é a única forma de gestão aos novos riscos sociais. Todavia, resta clarividente que esse ramo do direito terá um papel importante no combate às ameaças mais graves aos bens jurídicos mais relevantes. Ao direito penal será cabível parte dessa gestão de riscos, uma vez que a ele é destinado controle social do intolerável, visando à redução dos níveis de risco comum a todos:

“O direito penal não é a única ou a exclusiva fonte de contenção de riscos e proteção destes interesses supraindividuais. Dentre outras fontes, operam o direito administrativo e o sistema respectivo. Operam mecanismos de autocontrole construídos pela própria economia de mercado. Porém, é inegável que o direito penal e o sistema penal possuem, aqui, um novo papel”⁴³

⁴⁰BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 144 “Atualmente, a multiplicação de tipos penais de perigo abstrato com o intuito de apaziguar a população e demonstrar simbolicamente a capacidade de reação do Estado é significativa. A perplexidade diante dos novos riscos, da incompreensão científica sobre as inovações tecnológicas e a ansiedade por proteção incidem na elaboração e na aplicação da lei penal, ampliando seus espaços de afetação, de maneira a responder a uma intenção não manifesta do poder público de recuperar a legitimidade perdida pela incapacidade de compreender e regulamentar a produção dos riscos em outros âmbitos”.

⁴¹HASSEMER, Winfried. . *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico in* GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.p. 18-19

⁴²BUSATO, Paulo César. *Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio societas delinquere non potest, desde a perspectiva do quarto Estado*. Revista Jurídica UNOESC. v.3, n. 3, (jan/dez), 2002. p.. 182. “À medida que avança a sociedade no sentido da valorização das pessoas como componentes de um grupamento social e menos como indivíduos, num mundo em que a velocidade de fluxo das informações é imensa e que a ação de um afeta os direitos de muitos, o bem jurídico, objeto de atenção fundamental do direito penal vai, aos poucos, deixando seu enfoque individual em favor do coletivo com conseqüências mais diversas.”

⁴³GUARAGNI, Fábio André. *Da tutela de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria in* BUSATO, Paulo César. *Ler Beccaria hoje*. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 64-65.

Nesse ponto, o princípio da intervenção mínima constitui um limite de atuação estatal, estabelecendo as balizas nas quais a atuação do aparato mais repressor do Estado é legítima. É imperioso ressaltar que o direito penal é um instrumento de controle social que apenas deve atuar em relação às lesões, ou perigo de lesões, intoleráveis.⁴⁴

Dessa forma, procurar-se-á colaborar, ainda que minimamente, com a construção de um conjunto argumentativo que dê ensejo a uma utilização do bem jurídico coletivo que coadune com os preceitos de um direito penal inserido em um Estado Democrático de Direito, no bojo do qual vigora o princípio da intervenção mínima⁴⁵.

Bottini vislumbra a necessidade de recuperação do viés crítico do bem jurídico, uma vez que o reconhecimento de interesses supraindividuais inéditos aumenta a demanda pela incidência do aparato penal enquanto gestor de riscos. Para o autor, faz-se necessário preencher os bens jurídicos com um substrato material apto a justificar a intervenção penal. Bottini argumenta que os bens jurídicos difusos devem fazer referência a interesses individuais, dessa forma, o referente antropocêntrico permanece imprescindível.

Na concepção de Hassemer o direito penal não visa à segurança social ou à diminuição de danos sociais e, portanto, a teoria do bem jurídico deve assimilar os novos problemas e as novas estruturas sociais sem deixar de lado o aspecto personalista que caracteriza a referida teoria. Sendo assim, o autor conclui que os interesses da coletividade e do estado devem ser funcionalizados a partir do indivíduo⁴⁶.

Os bens jurídicos são interesses humanos e, em virtude dessa peculiaridade, os interesses difusos devem ser considerados tão somente no que diz respeito a sua afetação indireta aos indivíduos. Para o autor, somente a teoria pessoal do bem jurídico é apta a analisar criteriosamente os bens jurídicos coletivos e, assim, evitar ideologizações, tais como incriminações de comportamentos com fundamento apenas em padrões de moralidade⁴⁷.

É mister destacar a possibilidade de criação de alguns critérios de verificação de bens jurídicos coletivos a fim de que eles não tenham um caráter meramente aparente, evitando-seum desvirtuamento no que tange à utilização dessa categoria. Hefendehl elaborou alguns critérios, visto que não vislumbra uma ilegitimidade *a priori* do bem jurídico coletivo. Pelo

⁴⁴BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013 p. 59. “...em um Estado social e democrático de Direito, a obediência ao princípio da intervenção mínima constitui um de seus limites, O Direito penal, como mecanismo de controle social, só deve atuar quando se produzem lesões ou perigos de lesão intoleráveis contra os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade”

⁴⁵MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: BdeF, 2013. p. 85.

⁴⁶HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico in* GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 20-21

⁴⁷*Ibidem*. p. 21-22

contrário, constata que sempre houve essa espécie de bem jurídico no âmbito do direito penal, sendo que nos últimos anos é possível observar um aumento da utilização desse instrumental⁴⁸.

O autor traz a lume os critérios da não exclusividade, da não rivalidade do seu consumo e da não distributividade, visando a verificar a legitimidade do bem jurídico coletivo que estiver sob apreciação. Um bem legitimamente coletivo seria aquele em relação ao qual ninguém estaria excluído do gozo. Além disso, o fato de um indivíduo dele gozar não excluiria o futuro gozo de outro sujeito. E, por fim, bem coletivo seria aquele que não poderia ser dividido e distribuído entre os diversos indivíduos⁴⁹.

Hefendehl aduz que uma das fontes de onde derivam os bens jurídicos coletivos aparentes seria a vinculação de todo tipo penal a um bem jurídico. Segundo o escólio do autor não seria imprescindível essa correlação, sendo possível, em casos excepcionais e delimitados, a inexistência de um bem jurídico como legitimador de um tipo penal específico⁵⁰.

Em que pese ao posicionamento acima exposto, é imperioso destacar que, a partir de um funcionalismo teleológico, no âmbito do qual o direito penal tutela as lesões mais graves em relação aos bens jurídicos mais relevantes, é imprescindível a referência a um bem jurídico. Esse referencial é inafastável tendo-se em vista a observância do princípio da intervenção mínima.

É preferível o entendimento de Roxin, o qual funcionaliza a teoria do delito a partir do bem jurídico, sendo, por isso, inviável o abandono desse instrumento, ainda que de modo eventual. De acordo com o autor alemão o bem jurídico possui relevância enquanto critério teleológico de interpretação dos tipos penais. Ademais, apresentaria rendimento prático-teórico, também, enquanto parâmetro político criminal à crítica legislativa.⁵¹

Além disso, Roxin destaca o fato de que a teoria da imputação objetiva é uma consequência obrigatória do princípio da proteção do bem jurídico, uma vez que para a caracterização do injusto penal faz-se imperiosa a lesão a um bem. Portanto, o único modo de

⁴⁸ HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 59.

⁴⁹ Ibidem. p. 67.68.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ ROXIN, Claus. *O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto* p. 290-291. in AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

efetuar, ainda que utopicamente, a proteção desses bens seria por intermédio da proibição dos riscos (não permitidos) que lesionem ou exponham a perigo um bem jurídico. A realização desse risco não permitido e o consequente resultado típico serão imputados ao autor da conduta⁵².

Fechado esse longo parênteses e retomando-se as questões atinentes ao bem jurídico coletivo, é importante destacar o alerta realizado por Greco, segundo o qual houve uma antecipação da intervenção penal, não somente em razão da utilização de categorias como o perigo abstrato, mas também em virtude da previsão de bens jurídicos coletivos, pois enquanto aqueles antecipam o perigo, estes antecipam a lesão, preenchendo-se o critério da lesividade e solucionando um problema de legitimidade comum em crimes de caráter abstrato. Por isso, seria imprescindível delimitar os bens jurídicos coletivos a fim de que sejam filtradas e distinguidas as espécies de caráter meramente aparente⁵³.

Sobre a temática em apreço, Busato adota uma teoria a qual denomina de monismo humanista. Segundo o autor o mesmo critério que delimita um bem jurídico individual enquanto tal deve ser utilizado no tocante às espécies coletivas, qual seja: o caráter essencial para o desenvolvimento do ser humano. Em virtude do exposto, o posicionamento é tido como monista. Além disso, a ofensividade da conduta terá que ser analisada no contexto do caso concreto, sendo penalmente relevantes tão somente lesões graves aos bens jurídicos coletivos mais importantes, de modo idêntico como ocorre em relação aos bens individuais. Ou seja, independentemente da espécie do bem jurídico ele continuará sendo um instrumento de recorte da intervenção penal. O termo humanista decorre do fato de que para Busato a referência a um indivíduo singularmente considerado, enquanto protagonista, não é necessária, sendo o protagonismo exercido pelo indivíduo considerado no plano coletivo.⁵⁴

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que em razão do ambiente social vislumbrado hodiernamente, no bojo do qual as ameaças da sociedade de risco são globais, a previsão de bens jurídicos coletivos tidos como essenciais mostra-se irrefutável e, *a priori*, não carece de legitimidade. Contudo, deve-se evitar o excesso no tocante ao processo denominado por Machado de desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico, a fim de que não sejam previstos tipos penais baseados em bens jurídicos coletivos aparentes.⁵⁵

⁵²Idem.

⁵³GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 93-94 .

⁵⁴BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 384-386.

⁵⁵MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.107

Em um processo de adiantamento das barreiras da imputação e da própria tutela penal deve-se adotar uma postura cautelosa, visando à observância do princípio da intervenção mínima. Não se pode desvirtuar o uso do instrumental jurídico-penal. Os bens jurídicos, individuais ou coletivos, consubstanciam-se, essencialmente, como ferramentas de recorte da intervenção penal, ou seja, coadunam com um direito penal de tendência minimalista.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se hodiernamente o vulcão civilizatório característico da sociedade de risco. Os indivíduos são permeados por um cenário social de incertezas e insegurança. É difícil verificar a existência de estruturas sólidas e permanências, tudo é mutável e incerto, e, por isso, em conformidade ao escólio de Bauman, a sociedade torna-se líquida.⁵⁶

A velocidade com que os fatos se sucedem apenas é superada pela rapidez com a qual ocorre a propagação das notícias a respeito desses fatos. Presenciamos uma sociedade, que além do risco global, caracteriza-se pela informação. Esse contexto incrementa a percepção e a suscetibilidade dos indivíduos em relação às ameaças e aos perigos decorrentes dessa realidade.

O direito penal não está imune aos efeitos desse vulcão civilizatório, pelo contrário, é conclamado, inclusive e especialmente pelo clamor público, a intervir e apresentar alguma resposta em relação aos problemas sociais. Se de um lado o aparato penal não é o meio mais adequado para proporcionar melhoras ao contexto social atual, é imperioso ressaltar que a *ultima ratio* do ordenamento jurídico não pode ser impermeável às mudanças e complexidades da sociedade do risco, devendo-se evitar, dessa maneira, um anacronismo penal.

O presente artigo visou a problematizar um dos temas mais importantes da esfera penal, qual seja: o bem jurídico. A partir dos argumentos trazidos a lume por diversos autores que se debruçaram a respeito do tema, buscou-se apresentar algumas críticas as quais são direcionadas aos bens jurídicos a fim de que elas fossem enfrentadas e, ao final, o papel do bem jurídico, enquanto recorte da intervenção penal, fosse ratificado.

⁵⁶BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.p. 36-38.

A referência ao bem jurídico é fundamental para a consecução de um direito penal conduzido pelo princípio da intervenção mínima. Essa categoria do delito não possui um conceito fechado, porém isso não representa, necessariamente, um defeito. Não se está defendendo um conceito de bem jurídico vago e possui de ser preenchido pelo conteúdo que melhor aprouver àquele que detém o poder de legislar, ou que exerça alguma influência nessa tarefa.

Deve-se ressaltar que a porosidade do conceito de bem jurídico é uma de suas qualidades, pois o afasta de um sistema autopoietico, aproximando-o das vicissitudes inerentes à realidade empírica. Um direito penal preocupado, também, com o caso concreto representa um ganho à teoria do delito e a uma democracia. Nesse diapasão, o bem jurídico preenche a dimensão material do conceito de crime, sem contradizer ou impossibilitar o âmbito formal.

Ainda há muito a ser desenvolvido sobre o tema em apreço, mas resta clarividente que o manejo correto da categoria bem jurídico e a sua manutenção enquanto referencial à criminalização (primária e secundária) são imprescindíveis para a consecução de um direito penal mínimo, sobretudo em um contexto social perpassado por tantas tensões, riscos e incertezas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMELUG, Knut. *El concepto <<bien jurídico>> en la teoria de la protección penal de bienes jurídicos* p.227-264 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio *societas delinquere non potest*, desde a perspectiva do quarto Estado*. Revista Jurídica UNOESC. v.3, n. 3, (jan/dez), 2002.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. *Da tutela de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria in* BUSATO, Paulo César. *Ler Beccaria hoje*. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* p. 15-24 in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____, *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *¿Puede Haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?*p. 95-104 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal* p.57-76 in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____. *De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoria del bien jurídico* p.459-476 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?*p. 159-178 in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

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

MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: BdeF, 2013.

ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico* p. 179-210 in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____. *O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto*. in AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *¿Es la protección de biens jurídicos una finalidad del Derecho penal?* p. 443-458 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoria del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos* 25-56. in GRECO, Luís;

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

_____. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación* p. 197-226 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* Coleção direito e ciências afins. v. 6. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013