

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

GABRIELA GARCIA DAMASCENO

A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Uma análise sobre o rendimento atual da teoria do bem jurídico

Uberlândia

2013

GABRIELA GARCIA DAMASCENO

A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Uma análise sobre o rendimento atual da teoria do bem jurídico

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Fábio Guedes de Paula Machado.

Uberlândia
2013

GABRIELA GARCIA DAMASCENO

A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Uma análise sobre o rendimento atual da teoria do bem jurídico

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Fábio Guedes de Paula Machado.

Uberlândia, 25 de fevereiro de 2012.

Banca Examinadora

Professor Doutor Fábio Guedes de Paula Machado

Professora Doutora Ana Elisa Liberatore da Silva Bechara

Professora Doutora Helena Regina Lobo da Costa

Aos que compreenderam minha ausência...
E torceram pelo meu sucesso....

AGRADECIMENTOS

A elaboração do presente trabalho é fruto do apoio e compreensão de um apreciável grupo de pessoas que já faziam parte da minha vida, bem como de novos colegas que conquistei no decorrer desses dois anos de estudos.

Preliminarmente, faz-se mister o agradecimento ao meu esposo, Robson, e meus demais familiares e amigos, pelo imprescindível apoio dado aos meus filhos durante meus estudos. Apenas com pessoas de tamanha grandeza ao meu lado a minha ausência física se tornou menos dolorosa.

Ao meu Professor orientador, Dr. Fábio Guedes de Paula Machado, que, mesmo ciente de todas as minhas limitações, não deixou de empreender esforços para a solidificação do meu conhecimento, tornando possível a conclusão do presente trabalho.

À Polícia Civil de Minas Gerais, instituição de que tenho a honra de fazer parte, especialmente nas pessoas de meus chefes imediatos, Dr. Samuel Barreto de Souza e Drª Márcia Regina Pussoli, por me darem condições de continuar a desenvolver meus estudos nas Ciências Penais, bem como do Dr. Eduardo Henrique Lemos, pela colaboração na condução da 86ª Área Integrada de Segurança Pública, unidade a qual chefio.

Ao Professor Doutor Alexandre Walmott e sua estimável secretária Isabel Arice Koboldt, que tenho como amiga, pelos exemplos de dedicação, compreensão e infinita fraternidade.

Aos amigos, colegas e professores do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito “Jacy de Assis”, pelo apoio incondicional.

A Deus, que possibilitou que essa conquista fosse atingida sem deixar sequelas incuráveis em minha vida pessoal e profissional.

Muito obrigada!

RESUMO

Hodiernamente, a sociedade tem vivenciado um constante processo tecnológico que também tem produzido influxos na seara criminal. O aumento maciço da preocupação com a minimização dos riscos globais reflete-se em uma expansão do Direito Penal para a proteção de interesses antes impensados pelas escolas clássicas. Na tentativa de satisfazer tais pretensões, o uso de mecanismos dogmáticos polêmicos e a busca por uma tutela efetiva na proteção desses novos interesses, em detrimento, muitas vezes, de garantias penais solidificadas desde as conquistas iluministas, tem-se mostrado como uma realidade global. Nesse contexto, emerge como importante questão a verificação de quais seriam os limites do *jus puniendi* estatal, ou, melhor dizendo, se esse poder de criminalizar condutas estaria respeitando os limites impostos por um Estado Democrático de Direito. Coube à teoria do bem jurídico, sobretudo após a Segunda Guerra, a função crítica de limitar o poder de punir do Estado. Essa concepção, hoje de certa forma decadente em alguns países da Europa, ainda encontra grandes adeptos no território brasileiro, sendo tal seara ambiente fértil para uma discussão realista e de fundamental importância, tendo em vista os perigos de um Estado detentor de um poder ilimitado. Nesse sentido, o presente trabalho, utilizando-se de um raciocínio dedutivo e de vasta pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, tem como objetivo evidenciar o importante papel do conceito de bem jurídico no Direito Penal, contudo reconhecendo a insuficiência do conceito para desempenhar a função de fundamento de legitimidade do Direito Penal de maneira que não impeça que essa área jurídica apresente a dinamicidade necessária para atender as novas necessidades da sociedade atual.

Palavras-Chave: Bem jurídico. Direito de punir. Legitimidade. Sociedade de risco. Estado Democrático de Direito.

RESUMEN

Actualmente, la sociedad tiene vivenciado un constante proceso tecnológico que también ha producido influjos en la esfera criminal. El aumento macizo de la preocupación con la minimización de los riesgos globales se refleja en una expansión del Derecho Penal para la protección de intereses antes impensados por las escuelas clásicas. En la tentativa de satisfacer tales pretensiones, el uso de mecanismos dogmáticos polémicos y la búsqueda por una tutela efectiva en la protección de esos nuevos intereses, en detrimento, muchas veces, de garantías penales solidificadas desde las conquistas iluministas, se ha demostrado como una realidad global. En ese contexto, emerge como importante cuestión la verificación de cuáles serían los límites del *jus puniendi* estatal, o, mejor diciendo, si ese poder de criminalizar conductas estaría respetando los límites impuestos por un Estado Democrático de Derecho. Cupo a la teoría del bien jurídico, sobre todo después de la Segunda Guerra, la función crítica de limitar el poder de punir del Estado. Esa concepción, hoy de alguna manera decadente en algunos países de Europa, aún encuentra grandes adeptos en el territorio brasileño, siendo tal, ambiente fértil para una discusión realista y de fundamental importancia, con vista a los peligros de un Estado detentor de un poder ilimitado. En ese sentido, el presente trabajo, utilizándose de un raciocinio deductivo y de vasta investigación bibliográfica, nacional y extranjera, tiene como objetivo evidenciar el importante papel del concepto de bien jurídico en el Derecho Penal, pero reconociendo la insuficiencia del concepto para desempeñar la función de fundamento de legitimidad del Derecho Penal de modo que no impida que esa área jurídica presente la dinamicidad necesaria para atender a las nuevas necesidades de la sociedad actual.

Palabras clave: Bien jurídico. Derecho de punir. Legitimidad. Sociedad de riesgo. Estado Democrático de Derecho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONCEPÇÕES SOCIOLÓGICAS DO DIREITO E CONCEITOS PRELIMINARES CORRELATOS À TEMÁTICA DO BEM JURÍDICO.....	14
1.1 Os fundamentos do Direito Penal e as concepções sociológicas do Direito: breve esboço.....	15
1.1.1 A teoria da ação social de Max WEBER.....	16
1.1.2 Teoria do discurso de HABERMAS.....	19
1.1.3 LUHMANN: reflexos de sua teoria dos sistemas na compreensão do Direito.....	23
1.1.4 Reflexos das teorias sociológicas nos posicionamentos jurídico-penais contemporâneos.....	26
1.2 O Direito Penal enquanto sistema.....	29
1.3 A finalidade do Direito Penal e sua relação com os conceitos de sistema, lei penal e norma	33
1.4 O conceito de bem para o Direito e sua acepção penal.....	36
1.5 A evolução do Direito Penal clássico ao Direito Penal contemporâneo: estabelecimento de novos paradigmas.....	39
1.5.1 A sociedade globalizada e os novos enfrentamentos do Direito Penal	44
1.6 Os princípios do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.....	49
2 A TEORIA DO BEM JURÍDICO: EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA E FUNÇÕES DESEMPENHADAS NO DIREITO PENAL.....	57
2.1 O delito como ofensa ao direito subjetivo	57
2.2 Birnbaum – o percussor da teoria dos bens.....	59
2.3 O bem jurídico na perspectiva positivista.....	60
2.4 A concepção neokantiana.....	62
2.5 Escola de Kiel.....	64

2.6	O bem jurídico na visão finalista.....	66
2.7	Teorias contemporâneas.....	67
2.7.1	As teorias constitucionais.....	68
2.7.2	As teorias sociológicas.....	72
2.7.3	Outras concepções.....	76
2.8	O tema na visão dos brasileiros.....	80
2.9	Funções desempenhadas pela teoria do bem jurídico em um modelo democrático de Estado.....	83
2.9.1	O bem jurídico e sua importância na teoria do delito.....	84
2.9.2	O papel do bem jurídico em razão da individualização da pena.....	88
2.9.3	Função crítica ou político-criminal.....	89
2.10	Classificação dos bens jurídicos.....	93
 3	OS PROBLEMAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEOS E SEUS INFLUXOS NO RENDIMENTO CRÍTICO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO.....	96
3.1	Os reflexos da sociedade pós-industrial no Direito Penal contemporâneo.....	96
3.2	Principais problemas atuais enfrentados pelo Direito Penal.....	99
3.2.1	A antecipação da intervenção penal.....	100
3.2.2	A administrativização do Direito Penal.....	103
3.2.3	Delitos de acumulação.....	105
3.2.4	Do processo de desmaterialização dos bens jurídicos ao reconhecimento de “delitos sem bem jurídico”.....	109
3.3	ANÁLISE DO RENDIMENTO CRÍTICO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO.....	113
3.3.1	Uma visão geral do posicionamento europeu: entre defensores e céticos.....	114
3.3.2	O assunto tratado pelos brasileiros.....	135
3.3.3	A experiência anglo-saxã e o <i>harm principle</i>	138
3.4	Polêmicas finais e tomada de posição.....	142
 CONCLUSÃO	150

INTRODUÇÃO

No decorrer da experiência acadêmica, muito se fala sobre a teoria do bem jurídico e as funções que desempenha, tanto aquelas dentro da dogmática como as de caráter político-criminal. Grande parte dos penalistas nacionais define como função do Direito Penal ser o guardião dos bens jurídicos selecionados pela sociedade como de extrema relevância¹. Portanto, desenvolver um estudo sobre a teoria do bem jurídico, além de ser algo fundamental à boa compreensão da essência do Direito Penal, é sempre extremamente rico, haja vista a grande variedade de conceitos para um mesmo tema.

Nesse sentido, há quem o defina como sendo todos os valores que aos olhos do legislador são considerados como condição para o desenvolvimento da sociedade², ou mesmo como “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no quadro de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema”³. Há até mesmo aqueles que, embora não negam sua existência, promovem um esvaziamento de seu conteúdo, como entende Günther JAKOBS, para quem a função do Direito Penal não seria proteger eventuais bens jurídicos, mas, sim, assegurar a vigência da norma.⁴

Contudo, considerando que majoritariamente pode-se afirmar que a função do Direito Penal é a garantia de proteção subsidiária dos bens jurídicos, será que o Direito Penal contemporâneo tem atendido a tal preceito? E tal assertiva é realmente basilar no controle do *jus puniendi* estatal?

¹ Pode-se citar PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5. ed.. São Paulo: RT, 2011. p. 47, afirmando que “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. Na mesma linha, ver: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 2; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed.. São Paulo: RT, 2001. p. 98.; TOLEDO, Franciso de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 5., entre outros tantos.

² Assim, o conceito positivista de BINDING apud PRADO. *Ob. cit.* p. 33.

³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. 1. p. 56. No original: “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. 2. ed.. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 44.

Antes de se responder tais questionamentos, faz-se necessária uma análise dos institutos nucleares de Direito Penal para, dentro desse universo, verificar e conceituar o que vem a ser o bem jurídico e sua relação político-criminal com o Direito e o Estado que representa. Ademais, tendo em vista que parte dessa questão encontra-se muito além das fronteiras do Direito Penal, acostando-se na seara de discussões sobre a legitimidade do Direito em si, grande relevância passam a ter as concepções sociológicas sobre o Direito, propostas inicialmente por Max WEBER e retomadas, hoje, com HABERMAS e LUHMANN, que, de certa maneira, têm servido de fonte para as mais recentes propostas de legitimação do Direito.

Feitos esses primeiros apontamentos, o aprofundamento no tema do estado atual do bem jurídico implica um imprescindível estudo do que se comprehende por Direito Penal contemporâneo e quais são as perplexidades que acompanham o citado conceito. Pode-se afirmar que tal expressão vem sendo amplamente difundida pelos penalistas⁵ para trabalhar diversos problemas atuais sem que haja uma preocupação com um delineamento preciso de seus aspectos. Nesse sentido, aqui será entendido como objeto do Direito Penal contemporâneo todo o arcabouço jurídico penal fruto da perspectiva expansionista que esse ramo jurídico tem vivenciado, sobretudo a partir da década de 1980 e que, de certa maneira, representa uma ampliação do citado ordenamento para além das fronteiras do Direito Penal nuclear ou clássico, de viés liberalista.

Dessa forma, pode-se afirmar, *ab initio*, que, com o desenvolvimento da sociedade contemporânea, o Direito Penal tem-se expandido para campos até então não imaginados pelas escolas clássicas, como a proteção ambiental e econômica, a responsabilização da pessoa jurídica, a criminalização cada vez mais crescente das condutas de perigo ou mesmo a tipificação de crimes cibernéticos. Contrariando a grande parte da doutrina que, com as conquistas humanistas, prega a aplicação de um Direito Penal mínimo, ou seja, do uso do Direito Penal apenas como *ultima ratio*, a legislação nessa seara tem realizado um movimento oposto, inflando-se em proporções geométricas.

⁵ Neste trabalho optou-se pela expressão Direito Penal contemporâneo em detrimento de outras tantas usadas para a ilustração do mesmo processo, como por exemplo, o termo Direito Penal Moderno ou Direito Penal pós-moderno, haja vista a existência de certa discordância entre os sociólogos sobre a existência ou não de uma pós-modernidade representada pelo atual momento vivido pela sociedade.

Nesse diapasão, resta incontestável que muitas vezes, sobretudo impulsionado pela mídia, o legislador, olvidando-se dos limites democráticos do *jus puniendi*, atua voltado tão somente às finalidades repressivas do Direito Penal. Essa perspectiva extremamente simbólica, que enxerga a criação de novos delitos como solução para toda a criminalidade, tem sido uma ferramenta cada vez mais utilizada pela sociedade contemporânea. Porém acaba por reforçar uma sensação de insegurança, fruto da inocuidade da grande maioria dos tipos penais produzidos sob essa égide. Trata-se, em verdade, de caminho mais fácil do que garantir ao cidadão um Estado provedor de todos os direitos sociais estabelecidos no bojo das Constituições atuais.

Contudo, em que pese a inevitabilidade da expansão, essa não pode se dar a troco de todos os direitos conquistados pela humanidade ao longo de tantos séculos. Dentro desse contexto, vivenciado por grande parte dos países do globo, resta o questionamento acerca da legitimidade do Estado em ampliar seu rol de condutas punidas pelo Direito Penal e, ainda, se, para a existência desses novos tipos penais, a ofensa a um bem jurídico ainda representa um referencial válido de legitimidade.

É desse grande enigma que ressurgem os estudos em torno da teoria do bem jurídico, não se sabendo, contudo, quão suficiente essa se mostra para fundamentar a legitimidade do Direito Penal frente aos problemas contemporâneos. Embora a grande maioria dos penalistas nacionais⁶ defendam a necessidade de ofensa a um verdadeiro bem jurídico para legitimar a atuação do Direito Penal, dentro de uma perspectiva constitucionalizada, hodiernamente, na Europa, já se discute se essa teoria realmente serve de fundamento ao novo movimento expansionista que o Direito Penal tem indiscutivelmente vivenciado⁷.

Dessa forma, a proposta do presente trabalho assenta-se em analisar as limitações de ordem democrática impostas à utilização legítima do Direito Penal pelo Estado, enfocando, nesse raciocínio, a importância de se impor limites à atuação indiscriminada – ou mesmo “quase ilimitada” – com que o Estado tem utilizado o Direito Penal. Ademais, verificar-se-á se a teoria do bem jurídico pode

⁶ Seguindo esse raciocínio, pode-se citar Alice BIANCHINI, Luiz Flávio GOMES, Luis Regis PRADO, Rogério GRECO, Mariângela Gama Magalhães GOMES, Renato de Mello Jorge SILVEIRA, entre tantos outros.

⁷ Já com essa nova roupagem, cite-se a obra coordenada por Roland HEFENDEHL. **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

atender, de maneira idônea, à função crítica de controlar a expansão do Direito Penal e legitimar seu uso dentro de uma perspectiva democrática ainda nos dias de hoje, frente a todas as transformações pela quais tem passado a sociedade e, consequentemente, o próprio Direito Penal. Para tanto, será feita uma digressão sobre o bem jurídico como fundamento da norma penal e as novas posições doutrinárias que encontram, fora da teoria do bem jurídico, um critério de legitimação desse ramo do Direito.

1 CONCEPÇÕES SOCIOLOGICAS DO DIREITO E CONCEITOS PRELIMINARES CORRELATOS À TEMÁTICA DO BEM JURÍDICO

Compreender os contornos do Direito Penal na sociedade contemporânea e, por consequência, o papel do bem jurídico nessa realidade implica ao estudioso não só deter o conhecimento jurídico sobre o assunto, mas, além disso, ter um vasto conhecimento dos fundamentos do próprio Direito Penal enquanto instrumento de controle social, haja vista que é na atividade legislativa que se encontra o cerne do problema da utilização da teoria do bem jurídico como critério de legitimação da norma incriminadora.

Para tanto, frente a toda complexidade e fragmentação das sociedades contemporâneas, algumas correntes sociológicas se mostraram interessadas em desenvolver estudos sobre tal fenômeno e sua relação com a função social do Direito. Logo, discorrer sobre a teoria sociológica do Direito e sua influência na compreensão da presente temática mostra-se imprescindível, sobretudo no que tange aos reflexos das teorias de Max WEBER, Jünger HABERMAS e Niklas LUHMANN, esses últimos mais contemporâneos, propondo uma releitura do Direito atual frente os avanços da sociologia⁸.

Os influxos das citadas teorias na visão contemporânea do Direito Penal mostram-se gritantes. Nesse sentido, verifica-se que o positivismo foi fortemente influenciado pelo raciocínio sociológico de Max WEBER. Por seu turno, o funcionalismo sistêmico encontra sua matriz jusfilosófica no desenvolvimento da teoria dos sistemas, sobretudo a de LUHMANN. E, ainda, do desenvolvimento da ação comunicativa de HABERMAS emergem inúmeras discussões acerca da legitimidade do Direito Penal e novas formas de compreensão do citado sistema, visando dotá-lo de maior legitimidade democrática e menor natureza estigmatizante.

Dessa forma, resta notória a importância da compreensão das referidas concepções sociológicas do Direito como ponto de partida para, após breves apontamentos sobre a correlação do tema com a noção de sistema e norma penal,

⁸ Sobre a especial influencia de LUHMANN e HABERMAS, cf: SOTO NAVARRO, Susana. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna.** Granada: Comares, 2003.

contextualizar a sociedade contemporânea e toda a sua complexidade e dinamicidade, geradoras de discrepâncias também no âmago do Direito Penal.

Apenas após tais notas introdutórias é que se tornará viável uma análise mais sólida e coerente da questão central deste trabalho, referente ao rendimento atual da teoria do bem jurídico como critério legitimador das normas incriminadoras.

1.1 Os fundamentos do Direito Penal e as concepções sociológicas do Direito: breve esboço

Conforme apresentado inicialmente, três são as teorias sociológicas do Direito que serão aqui brevemente esboçadas, assim como seus influxos diretos na compreensão do Direito Penal.

Enquanto a teoria da ação social proposta por Max WEBER pode ser representada como um fundamento inicial do conceito de ação finalista de Hans WEZEL, assim como um forte aparato sociológico de fundamentação do positivismo jurídico, a teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN pôde proporcionar o surgimento de um novo paradigma para a fundamentação do Direito Penal: a prevenção geral positiva. Nesse viés, destacam-se os escritos de Günther JAKOBS, nos quais a influência da teorização de LUHMANN é evidente⁹.

Por sua vez crítico direto da teorização weberiana, Jünger HABERMAS, com sua concepção de ação comunicativa, exerceu alguma influência no Direito Penal, podendo-se citar como orientações que buscaram fundamentar esse ramo do Direito na linha habermansiana o raciocínio de Klaus GÜNTHER e de Tomás Salvador VIVES ANTÓN¹⁰.

Entretanto, antes de adentrar em tais posicionamentos propriamente ditos, que refletem as influências da sociologia no mundo do Direito, faz-se primordial uma breve digressão acerca das citadas concepções sociológicas, para só então verificar o quanto elas ainda se mostram atuais em relação aos problemas

⁹ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal.** Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 22 e ss.

¹⁰ SOTO NAVARRO. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna.** p. 8.

contemporâneos enfrentados pelo Direito Penal e às questões referentes à legitimidade desse mesmo Direito.

1.1.1 A teoria da ação social de Max WEBER

Em seu raciocínio sociológico, Max WEBER, representante de uma sociologia tradicional cunhada no final do século XIX e início do XX, estrutura uma relação muito evidente entre Estado e Direito. Analisando o desenvolvimento do Estado no ocidente, WEBER comprehende como fundamental para sua organização, tal como ocorreu no século XX, sobretudo o desenvolvimento da burocracia (como mecanismo hábil a sistematizar a cooperação interindividual especializada e legalizada) e do Direito (representando a sistematização jurídica de todo o mecanismo governamental e social).

Esse modelo de Estado denominado por WEBER como “Estado racional” favoreceu não só o desenvolvimento econômico nos Estados Unidos da América, como também a própria solidificação do capitalismo, sendo compreendido como a sociedade da dominação legal¹¹.

Entretanto, o sociólogo traça uma relação muito estrita entre legalidade e legitimidade, haja vista que a existência da fé na legitimidade do direito e da política, bem como na impensoalidade das ordens cumpridas pelo aparelho burocrático, relaciona-se diretamente com o conteúdo obrigatório das normas e não com o detentor do poder¹².

A legitimidade das normas era representada, sobretudo, pela crença na racionalidade do ser humano. Logo, a norma jurídica, enquanto emanação da racionalidade humana (geral, abstrata e impensoal), mostrou-se como sustentáculo para a legitimidade do modelo estatal vigente à época e de seu aparato normativo.

A obediência aos comandos normativos, dessa forma, se dá pela fé ou confiança dos subordinados na racionalidade e consequente legitimidade das

¹¹ WEBER, Max. **História geral da economia** . São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 164. (Coleção Os Pensadores, v. XXVII).

¹² BEZERRA, André Augusto Salvador. **Da dominação legal weberiana à inflação normativa: o caráter racional do Estado contemporâneo.** Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-8/204-da-dominacao-legal-weberiana-a-inflacao-normativa-o-carater-racional-do-estado-contemporaneo?format=pdf>. Acesso em: 12 dez 2012.

mesmas, o que é a base do conceito de dominação legítima em WEBER. Segundo o sociólogo, dominação pode ser compreendida como a “probabilidade de obediência a um determinado mandato”¹³. Ela só será legítima se houver a crença nessa legitimidade, sendo três os fundamentos de legitimação do poder político: a) o racional, configurado pela legalidade da dominação, b) a crença na tradição da dominação, ou c) a crença nas qualidades especiais do dominador, configurando-se como um fundamento carismático.

Dessa forma, a sociedade capitalista estudada por WEBER, em especial a norte-americana, pode ser compreendida como um Estado legítimo, pois seu poder de dominação sobre os dominados se pauta na crença na sua legalidade.

Todavia, esse conceito de legitimidade trabalhado pelo sociólogo é digno de críticas, haja vista que se encontra contido dentro da própria noção de legalidade, dando-lhe um viés estritamente procedural. Essa é uma das principais admoestações da teorização de HABERMAS acerca do raciocínio weberiano, posto que, segundo esse autor, a legitimidade não pode ser reduzida ao conceito de legalidade, já que lhe acrescenta um *plus*, ou seja, a legitimidade depende da existência de uma ordem legal, devidamente embasada em um direito discursivo viabilizado pelo poder democrático institucionalizado¹⁴.

Ademais, considerando que a dominação poderia ser considerada legítima por diversas fontes (afetividade, tradição, uso, direito) na teorização de Max WEBER, seria possível considerar legítimo o próprio Estado nazista de Hitler e sua submissão incondicional ao *Führer*, já que esse encontrou na maioria dos alemães uma adesão afetiva incondicional.

Influenciando, de certa maneira, o pensamento positivista da época, em virtude, sobretudo, da equalização entre legitimidade e legalidade, outro objeto de estudo da sociologia weberiana de relevância para o Direito Penal é seu conceito de ação social.

Weber entende por ação social todo comportamento humano, seja ele omissivo ou ativo, orientado por ações passadas, presentes ou futuras de outros¹⁵. Como qualquer outro tipo de ação, mesmo as denominadas não sociais, a ação social pode ser determinada por quatro fundamentos diferentes: pelo afeto, pela

¹³ WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Bogotá: Fondo de Cultura Econômica, 1977. p. 171.

¹⁴ HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.p. 209 e ss.

¹⁵ WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. São Paulo: Centauro, 2002. p. 37

tradição, por valores ou dirigidas a fins. Essas últimas são consideradas como ações racionais, em contraposição às ações irracionais, que seriam dirigidas pela tradição ou pelo afeto¹⁶.

Aqui, faz-se mister o estabelecimento de liame entre o conceito de ação racional e dominação legal, haja vista que essa está pautada na legalidade decorrente de uma criação da ação social racional, daí a crença em sua legitimidade, posto que encontra na racionalidade da legalidade toda a sua gênese.

O conceito de ação racional dirigida a fins pode ser considerado um ponto de partida para o desenvolvimento da noção de ação final em Hans WELZEL, já que é no raciocínio dos caminhos possíveis e sua relação com as ações de terceiros que a ação finalisticamente motivada de WEBER encontra sua racionalidade.

Finalmente, cabe analisar que o contexto social contemporâneo, influenciado pela globalização e uma constante expansão normativa, não parece coadunar com a compreensão de legitimidade do Direito proposta por Max WEBER. Em que pese poder afirmar que o “Estado racional”, assim como os ideais capitalistas, têm perdurado no tempo, admitir que a legitimidade de tal modelo se encontra em uma constatação simplista de legalidade estrita implica não reconhecer a importância da efetivação de outros valores considerados fundamentais à sociedade.

Todavia, de certa maneira, seu posicionamento sociológico, responsável por influxos diretos na escola positivista do Direito, vem sendo reanalizado pelas novas concepções sociológicas de Direito, sofrendo fortes críticas por parte de HABERMAS¹⁷ e de LUHMANN, este afirmando que à sociologia weberiana falta uma concepção de racionalidade social destacada da noção de ação individual¹⁸.

Em suma, pode-se dizer que a proposta de WEBER, pautada nos ideais do racionalismo e na concepção de princípios lógicos *a priori* como mecanismo de hipervalorização da busca por concepções universais, peca, sobretudo, pelo paradoxo temporal proposto, destoado da realidade¹⁹.

¹⁶ WEBER. **Conceitos básicos de sociologia**. p. 41-44

¹⁷ HABERMAS. **Direito e democracia entre faticidade e validade**. p.193 e ss.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 29

¹⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 87-89.

1.1.2 Teoria do discurso de HABERMAS

Talvez um dos principais críticos da obra de Max WEBER, Jünger HABERMAS desenvolve no campo do direito e do poder um ambiente habilitado a solucionar as tensões entre os fatos sociais e sua validade normativa²⁰.

Na construção da ação comunicativa, HABERMAS critica a legitimidade pautada na legalidade proposta por WEBER afirmando que essa só teria solidez se tivesse como pressuposto inicial a própria legitimidade do procedimento. Assim, o autor demonstra que WEBER apenas muda o problema da legitimidade de lugar, passando assim a ser questionável qual a legitimidade do procedimento.

Enquanto WEBER propôs um raciocínio que buscou transformar o Direito em uma ciência fechada, livre de ingerências externas²¹, para HABERMAS, a compreensão moderna de democracia encontra sua chave na relação entre Direito, política e moral²².

Nessa relação, tanto empírica como normativamente, o Estado Moderno encontra sua gênese na conexão entre o Direito e a política. O Direito, por meio de seus mecanismos de coação, coordena as ações e soluciona os conflitos entre os cidadãos. Por sua vez, a política permite ao Estado, por intermédio de seus agentes, organizar programas coletivos de ações representativos de metas a serem seguidas pelo Estado²³.

Essa relação não se finaliza assim, com a simples realização de suas respectivas funções, posto que, entre o Direito e a política, necessariamente, deve haver, segundo HABERMAS, um verdadeiro elo de complementariedade. Isso porque a coercitividade do mundo normativo só se mostra executável se garantida pela intervenção dos instrumentos de violência que são monopolizados pelo Estado. Por sua vez, o sistema político também necessita da colaboração do sistema jurídico para intervir na esfera privada e na regulamentação de suas instituições visando o

²⁰ HABERMAS. **Direito e democracia entre faticidade e validade.** v. 2. p. 240 e ss.

²¹ WEBER. **Conceitos básicos de sociologia.** p. 63 e ss.

²² HABERMAS, Jünger. Soberania popular como procedimento. **Novos estudos**, São Paulo, nº 26, p. 100-113, mar.1990, p.108.

²³ HABERMAS. *Op. cit.* p. 230 e ss.

estabelecimento de ações coletivas, porque apenas por meio do Direito tais ações se tornam viáveis²⁴.

Buscando demonstrar de forma empírica esse complexo de relações, HABERMAS vai até o direito pré moderno e sua evolução para demonstrar, historicamente, a existência de uma legitimização que não se encontre reduzida à ideia de legalidade.²⁵

Nesse sentido, quando da existência de um direito sagrado, esse era ilimitado, posto fundamentado numa noção de divindade e soberania sacra. O rei, por sua vez, na aplicação do direito (visão instrumental) encontrava no direito sacro os fundamentos de sua legitimidade de atuação.

Entretanto, com o desenvolvimento de um direito positivado, os fundamentos sacros são reduzidos a questões subjetivas e não mais servem de suporte para a legitimização do direito aplicável, cada vez mais complexo devido a sua crescente positivação.

Para que o direito não se reduza à simples imposição de mandatos de um soberano, como proposto por HOBBES²⁶, sendo assim absorvido pela noção de política, é essencial a busca de outro fundamento de legitimidade que lhe assegure o caráter de obrigação incondicional²⁷.

Nesse ponto, HABERMAS defende que apenas a relação com a moral pode representar um fundamento válido para o direito. Contudo, trata-se não de uma moral tradicional, pautada no misticismo e na valorização de divindades, mas uma moral convencional, autônoma, que se encontra dotada de racionalidade própria²⁸.

Enquanto os defensores do Direito Natural buscaram na idealização do contrato social uma forma de fundamentar o Direito moderno, HABERMAS utiliza a teoria do discurso como pano de fundo para esse processo, alegando que a legitimidade do Direito só pode ser atingida por meio da estruturação de

²⁴ HABERMAS. **Direito e democracia entre faticidade e validade** . v. 2. p 230 e ss.

²⁵ HABERMAS, Jünger. ¿Como ES posible la legitimidad por vía de legalidad? **Revista DOXA 5**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1988, p.21-45. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_02.pdf Acesso em: 13 dez. 2012. p. 26

²⁶ HOBBES, Thomas. **Leviatā ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acesso em: 06 ago. 2012.

²⁷ CELLA, José Renato Graziero. **Weber, Kelsen, Habermas e o problema da legitimidade** Disponível em: http://www.academia.edu/559775/WEBER_KELSEN_HABERMAS_EO_PROBLEMA_DA_LEGITIMIDADE. Acesso em: 02 jan 2013. *passim*.

²⁸ HABERMAS. ¿Como ES posible la legitimidad por vía de legalidad? p. 27

procedimento que assegurem a imparcialidade na produção e aplicação das normas. Portanto, o próprio Direito necessita instrumentalizar procedimentos que viabilizem e instiguem a argumentação discursiva como forma de permitir o alcance de sua legitimidade²⁹.

Por tal razão, mostra-se evidente porque HABERMAS comprehende o Direito como um plano que se entrelaça com a política e a moral. Nesse sentido, o Direito funciona como um mecanismo mais eficiente e capaz de complementar a moral moderna, suprindo seu déficit motivacional pela sua imposição coercitiva característica do mundo normativo. Por outro lado, necessita do poder político para instituí-lo e dotá-lo da instrumentalidade necessária para que atinja seus objetivos. Finalmente, a política regula a relação entre o direito e a moral delimitando qual o espaço normativo que será destinado à ocupação pela moral ou por imperativos funcionais.

Em suma, pode-se afirmar que HABERMAS propõe uma releitura do Direito moderno que o enxerga como um sistema aberto às questões morais e profundamente influenciado pela política. Dessa maneira, traz à tona questões que antes eram compreendidas como externas à alçada jurídica, tais como a concepção de justiça e democracia, ao entorno dos debates jurídicos³⁰.

Em seu texto “Soberania popular como procedimento”, HABERMAS expõe as discussões que decorreram, sobretudo, do bicentenário da Revolução Francesa, acerca dos fundamentos de legitimidade de direitos. Nesse sentido, apresenta o viés pautado em um direito natural (sendo esta a fundamentação dos jusnaturalistas que embasou o desenvolvimento dos direitos humanos), bem como a posição republicana que via na decisão coletiva do povo em assembleia sua forma de proteção contra o poder estatal. Entretanto, argumenta que, considerando a complexidade das atuais sociedades, apenas pela via da ação comunicativa torna-se possível atingir a representação democrática proposta³¹.

Portanto, numa primeira e parcial conclusão sobre a obra de HABERMAS, percebe-se a importância de uma constante avaliação do procedimento de aplicação e produção do direito como mecanismo indispensável para garantir-lhe a devida legitimidade. Assim, tais procedimentos necessitam estar

²⁹ HABERMAS. ¿Como ES posible la legitimidad por vía de legalidad? p. 29

³⁰ CELLA. *Weber, Kelsen, Habermas e o problema da legitimidade.* *passim.*

³¹ HABERMAS. Soberania popular como procedimento. p. 102

sempre abertos a uma crítica racional, viabilizada pelo discurso. Nesse momento, HABERMAS se utiliza da teoria do poder de Hannah ARENDT para reconstruir a institucionalização da liberdade comunicativa dos cidadãos³².

Mas essa conclusão implica na eclosão de um novo questionamento: quem são os participantes desse discurso? Pergunta essa estreitamente vinculada à noção de democracia, já que só com a participação efetiva de todos pode ser garantida a imparcialidade que a prática exige dos procedimentos que instrumentalizam o Direito.

Essa problemática extrapola as propostas do presente trabalho, pois estaríamos diante de questionamento sobre a própria legitimidade do sistema majoritário e representativo, típico das democracias contemporâneas e objeto de discussão de inúmeros estudiosos³³.

Todavia, pela simples exposição feita da teoria do discurso de HABERMAS, percebe-se que sua legitimidade encontra-se muito além do que a teoria do bem jurídico, sobretudo em seu aspecto constitucional, tem proposto no Direito Penal, já que, para o autor, só podem ser consideradas legítimas aquelas normas que são reconhecidas pelos seus próprios destinatários, partícipes de um processo comunicativo orientado ao consenso, como garantidoras da expressão de uma vontade racional. Assim, o Direito passa a representar não só um instrumento de integração sistêmica, mas também um mecanismo de integração social nas modernas e fragmentadas sociedades³⁴.

³² DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito, **Transformação**, São Paulo, 32(1), p. 119-137, 2009. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/viewFile/998/899>. Acesso em: 03 dez. 2012. p. 127.

³³ Discutindo tal temática, cf: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 243-270; LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 199-240.

³⁴ SOTO NAVARRO. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. p. 43.

1.1.3 LUHMANN: reflexos de sua teoria dos sistemas na compreensão do Direito

O estudo da teoria sistêmica de LUHMANN passa-se, sobretudo, na compreensão de dois conceitos, quais sejam, o problema da dupla contingência e a busca de sua solução por meio da formação de estruturas de expectativas, sendo tal processo dialético analisado sob três níveis ou dimensões: temporal, social e objetiva³⁵.

Um primeiro problema de contingência, analisado sob a ótica da dimensão temporal, decorre da dificuldade revelada pelo indivíduo, considerado numa perspectiva psicológica, de assimilar a complexidade do mundo que lhe oferece uma multiplicidade de possibilidades e, considerando o futuro, tais possibilidades podem se suceder de forma distinta da esperada³⁶.

Aqui as estruturas de expectativas adquirem a função de reduzir a complexidade citada criando mecanismos que possibilitem à pessoa optar entre um número menor de possibilidades, organizando seu conhecimento sobre o mundo e utilizando-o na interpretação de experiências futuras.

O problema da dupla contingência surge a partir da introdução de questões relacionadas à dimensão social, já que cada um é dotado de experiências, ações e expectativas próprias. Desse modo, a interação social deve promover uma coordenação de expectativas, posto que, além da própria expectativa de conduta, há a expectativa da expectativa (expectativa referente a terceiros).

LUHMANN assinala ao Direito exatamente a função de integração entre os dois níveis de expectativas citados, facilitando a generalização de expectativas e diminuindo o risco de frustração, sendo ela considerada a não coincidência entre a expectativa esperada e o verdadeiramente ocorrido³⁷.

Nesse sentido, a norma é definida como “expectativas de conduta estabilizadas contrafaticamente”³⁸, eliminando-se assim o aspecto deontológico de validez da norma, passando essa a ser verificada somente sob uma abordagem interna ao próprio sistema. Destacam-se, sobretudo, as críticas de LUHMANN às

³⁵ SOTO NAVARRO. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. p. 8.

³⁶ LUHMANN. *Sociología do Direito* 1. p. 46 e ss.

³⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Disponível em:

<http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/el-derecho-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf>.
Acesso em: 11 nov. 2012. p. 86

³⁸ LUHMANN. *Op. cit.* p. 57.

propostas de criação de uma norma hipotética superior ou de uma lei proeminente (caracterizando-se normalmente pela referência à Constituição), ou mesmo de uma instância suprema para garantir a operacionalidade do direito. Para o autor, tais argumentos não passam de descrições internas do sistema³⁹.

A norma de LUHMANN abarca uma acepção individualizada, vinculada ao sistema psíquico. Para que a dimensão social ou institucionalização possa ser atingida, faz-se imprescindível a existência de consenso, entretanto, em razão da impossibilidade de sua obtenção real, deve ser feita uma otimização do escasso consenso efetivamente existente. Em suma, pode-se afirmar que, para se alcançar a institucionalização, basta que quase todos admitam que quase todos estão de acordo. Trata-se, em verdade, de uma verdadeira ficção do consenso.

A institucionalização das expectativas normativas no Direito Moderno se produz através da formalização de dois procedimentos decorrentes da exigência mútua de segurança das expectativas normativas e adaptação dessas à realidade social dinâmica: os procedimentos legislativo e judicial, ambos decidindo de forma vinculada e sendo capazes de reestruturar efetivamente as expectativas sociais⁴⁰.

Também quando da análise da força vinculante de uma decisão, ou sua legitimidade, LUHMANN inova ao compreender impossível que, em sociedades altamente complexas, a legitimidade venha a ser obtida de um consenso fático. Nesse sentido, critica PARSONS por buscar a legitimidade material em valores externos ao sistema, já que o extenso número de subsistemas torna impossível o atendimento de tal fim. Portanto, vincula a legitimidade aos procedimentos, ou seja, como disponibilidade generalizada a aceitar decisões de conteúdo ainda indeterminado, dentro de certos limites de tolerância, compreendendo inaceitável que a ideia de consenso seja pressuposto de legitimidade de uma norma, exatamente por prejudicar a evolução procedural proposta⁴¹.

Discorda do posicionamento de HABERMAS por entender que a vinculação da legitimidade do Direito, proposta por esse, ao critério de participação comunicativa na produção da norma, e subsequente aceitação desta, é faticamente impossível⁴².

³⁹ LUHMANN. **Sociología do Direito** 1. p. 49

⁴⁰ SOTO NAVARRO. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. p.12.

⁴¹ LUHMANN. **El derecho de la sociedad**. p. 187.

⁴² *Ibidem*. p. 68.

Analizando, por fim, a dimensão objetiva, LUHMANN comprehende que essa se caracteriza pela fixação de pontos em comum entre os sujeitos interatuantes, realizada por meio de quatro princípios de identificação: as pessoas, os papéis, os programas e os valores.

Todavia, no Direito Moderno, os programas condicionais, utilizando-se da linguagem jurídica, cumprem a função de generalizar as expectativas em uma dimensão objetiva. Assim, a norma, ao se dirigir aos cidadãos, é apresentada como programas de ação. Por outro lado, ao se dirigir ao Estado, estabelece programas de decisão⁴³.

É a programação que controla a abertura do sistema jurídico ao ambiente. Enquanto os programas condicionais que regulam o procedimento judicial preocupam-se com a entrada no sistema de informações procedentes do ambiente, os programas finais, relacionados aos procedimentos legislativos, regulam a saída do sistema jurídico e seus efeitos no ambiente⁴⁴.

Uma questão interessante na teoria de LUHMANN é que o Direito não assume o papel de meio de se evitar conflitos. É definido como subsistema social cuja função última é promover a generalização de expectativas de conduta, diminuindo, assim, o risco de frustração, ou seja, funciona como um redutor da complexidade entre o ambiente e sistema⁴⁵.

Ademais, tendo em vista a consideração de que os sistemas sociais, entre eles o próprio Direito, comportam-se como sistemas autorreferenciais ou autopoieticos, LUHMANN se contrapõe aos sistemas abertos da teoria geral dos sistemas propondo um modelo fechado, cujas relações com o ambiente não se dão à maneira input/output, terminologia abandonada posteriormente por LUHMANN, mas sim reguladas pelo próprio sistema⁴⁶.

Dessa forma, os sistemas autopoieticos não apenas se auto-organizam, mas também constituem seus próprios elementos como unidades funcionais. Logo, tais unidades não coadunam com qualquer concepção ontológica, pressupondo, pela autopoiese, uma continua renovação dos elementos do sistema. Nos dizeres de LUHMANN, as comunicações jurídicas, compreendidas como

⁴³ LUHMANN, Niklas. **Sociología do direito 2.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 27.

⁴⁴ SOTO NAVARRO. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna.** p. 15-16.

⁴⁵ LUHMANN. **Sociología do direito 1.** p.109 e ss.

⁴⁶ SOTO NAVARRO. **Op. cit.** 15 e ss.

operações sistêmicas, têm uma dupla função: serem fatores de produção e conservação das estruturas. A autopoiése do sistema jurídico destaca-se por tais comunicações estabeleceram condições de enlace para as operações subsequentes, confirmando ou modificando as estruturas dadas. Destaca-se a historicidade dos sistemas autopoieticos, haja vista que partem sempre do estado imediatamente anterior que eles mesmos haviam criado⁴⁷.

A ideia da autopoiése reflete-se também na concepção de Direito nas sociedades modernas, já que, além da funcionalização, o Direito adquire a característica do empoderamento decorrente de um subsistema fechado e autorreferenciado, responsável pelo denominado clausuramento operativo. Mas só se torna possível falar em fechamento de um sistema em razão de sua vinculação ao exercício de sua função social.

Considerando essa perspectiva, o subsistema jurídico teria uma função social que pode ser descrita como a de responsabilidade pela generalização congruente de expectativas normativas, diminuindo assim a complexidade dos modelos sociais contemporâneos. Ademais, ao cumprir tal função, permite a confirmação de sua autorreferenciação ou clausuramento operativo⁴⁸.

1.1.4 Reflexos das teorias sociológicas nos posicionamentos jurídico-penais contemporâneos

Considerando os influxos das concepções sociológicas do direito no pensamento jurídico-penal, nota-se que, desde a teoria da ação social de WEBER até as concepções do discurso de HABERMAS, passando ainda pela teoria dos sistemas de LUHMANN, muitos foram os juristas influenciados pelas perspectivas de tais autores.

A proposta de Max Weber de produzir um sistema jurídico hermeticamente fechado aos valores externos ao seu conteúdo, legitimado pela simples crença em sua legalidade, encontrou no positivismo terra fértil para seu mais

⁴⁷ LUHMANN. *El derecho de la sociedad*. p. 32.

⁴⁸ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito**. O Direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009. p. 25.

completo desenvolvimento. Assim, o estudo de WEBER e do conceito de ação social, muito criticado por HABERMAS, representou uma grande revolução sociológica, sendo seus postulados utilizados para a consolidação da escola positivista do Direito, da qual um dos maiores ícones é representado pela figura de Hans KELSEN⁴⁹.

No Direito Penal, tal raciocínio, lastreado pelas escolas positivistas, foi capaz de minimizar drasticamente o papel crítico da teoria do bem jurídico, posto que a compreensão da legitimidade como conteúdo da própria legalidade reduziu o bem jurídico à mera vontade do legislador, cabendo ao jurista apenas a utilização da referida teoria num viés hermenêutico, como ferramenta para fazer transparecer da norma aquele interesse que a mesma buscou proteger, funcionando a teoria como uma verdadeira legitimadora de tipos penais arbitrários⁵⁰.

O esvaziamento conceitual da teoria do bem jurídico, reflexo da fundamentação weberiana do conceito de legitimidade, perdurou não só durante o desenvolvimento do positivismo, em especial do pensamento juracionalista de BINDING, como também teve seu apogeu com a teorização da Escola de Kiel e continuou, sem relevância crítica, no desenvolvimento do raciocínio finalista de Hans WELZEL⁵¹.

Apresentadas todas as críticas ao posicionamento weberiano, sobretudo advindas da visão de legitimidade proposta pela teoria do discurso de HABERMAS, um novo leque de discussões e influxos se abre na seara penal.

Retomando a ideia proveniente da ilustração de que o bem comum só pode ser alcançado em espaços de deliberação pública, onde se torna possível a efetivação do princípio da soberania popular, a teoria do discurso proposta por HABERMAS põe em xeque todas as discussões acerca da legitimidade das normas incriminadoras, apontadas por muitos como uma ferramenta de manutenção de uma política de exclusão⁵². Entretanto, HABERMAS não se dedica a uma discussão considerável acerca da fundamentação do subsistema jurídico de Direito Penal, fato

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵⁰ Conferir mais detalhes sobre a referida postura positivista no item 2.3.

⁵¹ Nesse sentido e mais detalhadamente, encontram-se as explanações dos itens 2.3, 2.5 e 2.6 do presente trabalho.

⁵² Cf.: BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**. Introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. No Brasil, destaque para BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

que não implica que sua teoria não tenha sido trabalhada nesse campo por outros autores⁵³.

Nessa perspectiva, digna de nota é a proposta de Michael BAURMANN, que, partindo da teoria do discurso, oferece uma perspectiva de prevenção especial com respeito à autonomia e à liberdade do indivíduo, traduzida em medidas terapêuticas aplicadas com base em processos comunicativos reconhecidos tanto pelo terapeuta como pelo submetido às citadas medidas⁵⁴. Tais medidas, em que pese sua discutível aplicabilidade aos delitos violentos, já encontram adeptos em algumas searas da justiça brasileira, sobretudo no que tange a sua utilização no combate ao uso de substância entorpecente⁵⁵.

Na mesma esteira segue o raciocínio de Klaus GÜNTHER, para quem a legitimidade das decisões de incriminação do legislador penal é deduzida do princípio do discurso, recaindo sobre as condições elementares dos participantes dos processos interativos de discussão dos interesses que necessitam da proteção penal, lançando assim uma crítica ao atual sistema de penas e suas justificações⁵⁶.

Por fim, também Tomás Salvador VIVES ANTÓN, utilizando-se da concepção filosófica de WITTGENSTEIN e da metodologia de HABERMAS pressupõe uma nova perspectiva ao Direito Penal, sobretudo na análise dos conceitos de ação e norma. Na sua proposta, comprehende a norma penal como um mandado de conduta com pretensão de justiça, cuja validade só se pode afirmar após o cumprimento de análises parciais frente ao caso concreto⁵⁷.

Por fim, ressaltando as influências dos estudos de LUHMANN e HEGEL na ciência penal, destaque é dado à obra de Günther JAKOBS, para quem o direito encontra todo o seu fundamento em um ideal de prevenção geral positiva e

⁵³ SOTO NAVARRO. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. p. 8.
⁵⁴ *Ibidem*. p. 44.

⁵⁵ Sobre aplicação de postulados de justiça terapêutica no direito penal brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao dependente químico, convém analisar o conteúdo da Lei nº 10.216/01 prevendo, além da internação compulsória, um modelo voluntário de tratamento. Cf: BRASIL. Lei nº 10.216/2001. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm. Acesso em: 10 set 2012. E ainda em tramitação no Senado, projeto de lei cujo texto possibilitaria a substituição da pena de detenção ao usuário de drogas por um tratamento médico especializado. Cf: BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 111/2010. Disponível em: www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate. Acesso em: 10 set. 2012.

⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena 1. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 2, p. 187-204, jul.-dez. 2006. p. 190 e ss.
⁵⁷ SOTO NAVARRO. *Op. cit.* p. 46.

numa concepção sistêmica quevê na pena uma simples reafirmação da validade da norma violada pela prática do delito⁵⁸.

Dessa simples exposição, que neste breve espaço não tem a pretensão de ser exaustiva, percebe-se que um questionamento acerca da legitimidade do Direito Penal encontra-se diretamente vinculado a como esse subsistema jurídico vai ser compreendido, para só então tecer uma análise mais maciça acerca de um sistema fechado ou aberto, de matriz ontológica ou com viés normativo, abordagens essas que influem diretamente na concepção de bem jurídico e no questionamento acerca dos fundamentos de legitimidade do Direito Penal contemporâneo.

1.2 O Direito Penal enquanto sistema

O papel do Direito Penal como ferramenta de controle social, viabilizando uma convivência harmônica entre os homens e, com isso, evitando-se a implementação de uma “guerra de todos contra todos”⁵⁹, representa uma inegável qualidade desse ramo jurídico.

Todavia, traço primordial para o exercício de tal controle, desde o desenvolvimento dos ideais iluministas, tem sido o estabelecimento de limites e critérios de legitimidade que restringem sua atuação ao essencialmente indispensável para a manutenção da paz social⁶⁰.

O conceito de sistema penal possui papel relevantíssimo no atendimento de tal missão, haja vista a impossibilidade de se falar em solução de conflitos e manutenção da paz social sem que se tenha uma orientação sólida de como encaminhar tais problemas sociais até a final aplicação do Direito Penal.

⁵⁸ JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Bogotá: Universidad Externado da Colômbia, 1998, p. 15 e ss.

⁵⁹ Expressão amplamente conhecida pela utilização na obra de Thomas HOBBES, cf: **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acesso em: 06 ago. 2012.

⁶⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 20.

Claus-Wilhelm CANARIS define o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”⁶¹ e, em que pese a existência de diversas acepções para o citado conceito, pode-se abstrair do mesmo duas características basilares: a ordenação, entendida como “um estado de coisas que se funda na realidade e que é intrínseco e racionalmente apreensível”⁶², e a unidade, que, em razão da ordenação, conduz “as singularidades desconexas aos princípios fundamentais”⁶³.

Utilizando-se aqui da noção de sistema jurídico de Karl LARENZ, esse tem sua importância interligada à ideia de se conectar todo o arcabouço normativo sem que de suas derivações decorram incongruências lógicas⁶⁴. Logo, analisando-se o sistema jurídico penal enquanto ferramenta extrema de controle social, destaca-se a necessidade de uma ordenação lógica de seus institutos para que se possa ter uma compreensão de suas proposições dogmáticas, evitando-se, com isso, o uso arbitrário e ilimitado de tal ferramenta pelo Estado⁶⁵.

O Direito Penal, no decorrer de sua evolução epistemológica, iniciou-se com a ideia de que o sistema penal seria fechado e livre de influências externas. Posteriormente, houve o desenvolvimento e defesa de uma argumentação distinta, que passou a compreender o Direito Penal como sistema aberto.

A origem do sistema penal fechado remonta ao pensamento clássico, que, influenciado pela filosofia kantiana e pelo raciocínio sociológico de Max WEBER, apresentava um quadro axiomático-dedutivo que se materializava por meio de deduções lógico-formais. Dessa forma, utilizando-se de processos de subsunção, tomava-se a lei como premissa maior e o fato como premissa menor para, só então, se extrair uma conclusão coerente e automática de aplicação do direito.

Em consequência do pensamento da escola clássica (representado, sobretudo, pelos estudos positivistas e neokantistas) que compreendeu como sendo fechado o sistema penal, o delito deveria ser analisado de forma dedutiva como a construção de uma ação típica, ilícita e culpável.

⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 280.

⁶² CAMARGO. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. p. 21.

⁶³ *Ibidem*. p. 21.

⁶⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1997. p. 622.

⁶⁵ CAMARGO. *Op. cit.* p. 22.

Posteriormente, com o advento da filosofia finalista, e mais à frente com o funcionalismo, alterou-se completamente o conteúdo do delito devido à abertura externa do conceito. Dessa forma, além de limitar o poder punitivo estatal, coube à teoria do delito a missão de “concretizar, por meio de seus instrumentos, os fins da pena e do Direito Penal”⁶⁶.

Somente a partir de Hans WELZEL e sua crítica à teoria neokantiana⁶⁷ houve uma mudança substancial de paradigmas que implicou, necessariamente, na compreensão do sistema penal como uma ordem aberta.

Reforçando a inviabilidade do raciocínio sistemático axiomático proposto pela escola clássica, Bernd SCHÜNEMANN destacou a inabarcável complexidade e a contínua dinamicidade da vida social, propiciando a consequente mudança de pontos de vista valorativos que a orientam, como exigência primordial de adoção de um sistema aberto de direito, evitando-se, com isso, a criação de obstáculos ao desenvolvimento social e jurídico⁶⁸.

No dizer de Antonio Luis Chaves CAMARGO, “o fundamento da superação dos sistemas fechados é a complexidade social do momento, que não permite ao Direito Penal assimilar as variações históricas através de um número limitado de axiomas”⁶⁹. Por conseguinte, a formulação de um sistema aberto mostra-se ideal para a adequação do Direito Penal aos novos conhecimentos oriundos da evolução da sociedade, assimilados por essa ciência como fruto de um verdadeiro debate científico.

Pensar que um sistema penal aberto proporcionaria a aplicação de um direito arbitrário é ideia que também foi refutada por CAMARGO, já que é diante de um sistema fechado que se correria o risco de serem aplicados, justamente na seara penal que trabalha com a severidade de seus resultados, o arbítrio e o totalitarismo do legislador e do intérprete, implicando, dessa maneira, uma limitação aos direitos decorrentes da dignidade humana⁷⁰.

⁶⁶ SALVADOR NETTO, Alaimo Velludo. **Finalidades da pena**. Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 29.

⁶⁷ WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**: derecho natural de justicia material. Madrid: Aguilar, 1974. p. 175 e ss.

⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático em derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos SA, 1991. p. 35.

⁶⁹ CAMARGO. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. p. 25.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 26.

Claudio do Prado AMARAL, em sua monografia vencedora do 11º Concurso de Monografias Jurídicas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, explicita que compreender o Direito Penal como sistema aberto, cientificamente, implica afirmar a incompletude e provisoriaidade do conhecimento jurídico penal. Logo, a unidade de sentido dessa ciência se mostra dinâmica, compartilhando toda a historicidade do mundo real em seus enunciados abstratos⁷¹.

Também crítico ao modelo de sistema penal fechado, SALVADOR NETTO reforça que admitir uma relação meramente recursiva entre o operador do direito e a dogmática implica a falta de integração dos abstratos elementos do delito com as valorações de natureza político-criminal. Logo, somente pela adoção de um sistema aberto permite-se a incorporação dogmática, na teoria do delito, dos limites do Direito Penal construídos a partir dos seus fins sociais⁷².

Entender o Direito Penal como sistema fechado, como preconizado pelo positivismo racionalista, significa compreendê-lo como um fim em si mesmo, algo hodiernamente inaceitável em razão de uma compreensão dignificante do Direito que o enxerga como ferramenta criada pelo homem, porém convertida em prol do próprio homem e da sociedade. Nesse sentido também vai uma das críticas ao funcionalismo sistêmico de JAKOBS, ao dotar de sentido a própria norma, desvinculada de sua relação com o homem e seu fim de proteção ao ser humano e à sociedade⁷³.

Em suma, pode-se afirmar que apenas um sistema aberto atende aos anseios das sociedades complexas de hoje, de modo a permitir ao Direito Penal a evolução necessária que atenda a dinamicidade social, dando a ele um caráter não só evolutivo e científico, mas também crítico⁷⁴. Para tanto, deve-se partir da noção de um fechamento operativo, pelo qual o próprio sistema deverá apresentar respostas válidas para suas questões, e uma abertura cognitiva, fazendo com isso uma interface do mundo abstrato do Direito com o ambiente social⁷⁵.

⁷¹ AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 41.

⁷² SALVADOR NETTO. **Finalidades da pena**. p. 31.

⁷³ JAKOBS. **Tratado de direito penal**. p. 61 e ss.

⁷⁴ SCHÜNEMANN. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. p. 42.

⁷⁵ DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171.

1.3 A finalidade do Direito Penal e sua relação com os conceitos de sistema, lei penal e norma

Se é certo que o Direito Penal necessita ser trabalhado sob uma ótica sistemática aberta, pois só assim atende as exigências de racionalidade de uma ciência sem se olvidar dos valores que o fundamentam, faz-se mister compreender a relação desse sistema e de alguns conceitos basilares que instrumentalizam e possibilitam o atendimento de suas finalidades ou funções.

Entretanto, convém aclarar que, nessa perspectiva, a presente pesquisa não buscará uma abordagem completa e profunda dos citados temas, mas apenas o esboço de uma caracterização que possa permitir a compreensão conjunta de tais assuntos com a temática do bem jurídico.

Inicialmente, urge questionar qual seria a função, missão ou fim precípua do Direito Penal.

Conhecer essas finalidades representa, cada vez mais, uma boa compreensão acerca dos objetivos da criminalização de determinadas condutas e, de certa forma, dos objetivos de se aplicar as sanções previstas para elas na lei.

Entre os autores brasileiros, destaca-se Nilo BATISTA ao defender a preponderância do entendimento de que o fim ou função do Direito Penal é a defesa de bens jurídicos, seja essa entendida como meio capaz de garantir a defesa da sociedade ou, simplesmente, de tutelar os valores sociais relevantes⁷⁶.

Antonio Luis Chaves CAMARGO, ao analisar os possíveis fins do Direito Penal, ou sua missão no Estado Democrático de Direito, constata a existência de três alternativas: a primeira se caracterizaria pela missão de proteção de bens jurídicos, majoritariamente aceita na doutrina brasileira; a segunda, de reafirmação da vigência da norma, tendo como um dos seus expoentes máximos Günther JAKOBS; e para a terceira, à qual se filiou o renomado jurista, a função do Direito Penal equivaleria à “revalidação dos conceitos valorativos num determinado momento, para um grupo social”⁷⁷.

⁷⁶ Oportunidade em que cita, a título de exemplo, Aníbal BRUNO, Heleno FRAGOSO, Damásio Evangelista de JESUS, Francisco de Assis TOLEDO e Júlio Fabrini MIRABETE. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 111.

⁷⁷ CAMARGO. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. p. 171-172.

Criticando o entendimento majoritário e simplista de que a missão do Direito Penal se refletia na proteção de bens jurídicos, CAMARGO apresenta a impossibilidade de definição ou limitação do citado instituto, o que dificulta a concretização do objeto de proteção da norma penal. Em razão de tais incertezas, produtoras de uma descrença na importância do bem jurídico para a Ciência do Direito Penal, é que posições formalistas extremadas como a de JAKOBS, embora recentes, veem chamando a atenção dos doutrinadores e demais estudiosos do Direito. Por tal razão, entende CAMARGO que, considerando a relação de coerência com o modelo de Estado Democrático de Direito, apenas a ideia de revalidação dos valores vigentes em determinado momento, para o grupo social, tem o condão de propiciar a concretização do bem jurídico, fruto do agir comunicativo no âmbito de uma determinada sociedade, deixando, com isso, de relacionar o instituto a um dogma criado aprioristicamente⁷⁸.

No caso do Estado brasileiro, o autor ainda reforça a importância do valor da dignidade humana e do pluralismo político, ambos erigidos pela Constituição Federal de 1988 a fundamentos do Estado, como os mais significativos valores para o Direito Penal⁷⁹.

Reportando a importância do bem jurídico nesse contexto, Cláudio do Prado AMARAL declara existirem três grandes grupos que buscam explicar qual é a missão ou fim do Direito Penal, sendo que todos esses, direta ou indiretamente, fazem menção ao bem jurídico como alvo de proteção da lei penal, o que demonstra certa congruência entre eles⁸⁰.

Dessa forma, considerando o sistema penal e sua finalidade precípua de defesa dos bens jurídicos, sejam eles entendidos direta ou indiretamente, como fundamento de legitimidade de seu atuar, cabe a verificação de outros conceitos que se inter-relacionam com o tema. Ou seja, se é pautado na ideia de proteção desses bens que o Direito Penal, exteriorizando-se por meio da lei penal (tipo penal), exerce seu controle social legítimo.

⁷⁸ CAMARGO. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.** p. 172

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ Assim, como exemplo de referência direta à proteção de bens jurídicos, encontra-se o posicionamento ainda majoritário, sobretudo entre os doutrinadores nacionais, de representar a missão do Direito Penal como sendo exclusivamente de garantir a tutela dos bens jurídicos frente lesões ou ameaças de lesões. Por seu turno, indiretamente fazendo referência ao conceito, o autor exemplifica o modelo ontológico de Hans WELZEL e a doutrina da missão de revalidação da norma proposta por JAKOBS, melhor descritas nos itens 2.3 e 2.7.2, respectivamente. Cf: AMARAL. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea.** p. 158.

É por meio da lei ou tipo penal que o Direito Penal instrumentaliza a conduta típica, como também, em seu enunciado secundário, propõe a sanção penal aplicável pela realização do delito descrito, como exigência do adágio *nullum crimen nulla poena sine lege*, ou seja, não há crime nem pena sem lei, caracterizando, assim, o princípio da legalidade amplamente difundido entre as Democracias.

O Direito Penal, enquanto conjunto de normas que visam a atingir os fins de regramento social, é construído por meio dos textos legais. Partindo de tais textos legais, representativos do tipo penal propriamente dito, possibilita-se o estabelecimento de proposições, de mensagens prescritivas, do conteúdo das normas. Com isso, pode-se concluir que texto e norma não são sinônimos, mas essa só pode vir a ser juridicamente concebida por meio da lei. A lei penal instrumentaliza o conteúdo normativo⁸¹.

No mesmo sentido, Santiago MIR PUIG reforça que a mensagem prescritiva da norma jurídico-penal, em obediência ao princípio da reserva legal, encontra-se materializada no enunciado legal, sendo esse compreendido como sinônimo de lei ou tipo penal⁸².

Por trás de toda lei penal que enuncia um determinando feito existe um necessário e forte suporte normativo que, através de mandado e proibições, busca determinar os comportamentos humanos, garantindo, assim, a ingerência de um controle social formalizado. Para atender a tal garantia, a norma penal, por meio de seu preceito secundário, traz em seu bojo a previsão da respectiva sanção frente à violação da norma de conduta (preceito primário).

Todavia, não se trata aqui de uma simples expressão matemática pela qual o descumprimento do preceito primário é igual à aplicação do preceito sancionador. Cumprir o preceito secundário significa, no dizer de Alaimo Velludo SALVADOR NETTO, “avaliar, problematizar, por meio de todas as categorias normativas, a existência ou não dos pressupostos para a aflição sancionatória, ou seja, a infração do dever não é simplesmente sinônima da aplicação concreta da pena”⁸³.

Portanto, a aplicação do castigo penal, proposto pela norma secundária, não pode decorrer mecanicamente da subsunção de determinado

⁸¹ SALVADOR NETTO. **Finalidades da pena.** p. 101.

⁸² MIR PUIG, Santiago. **Direito penal:** fundamentos e teoria do delito. São Paulo: RT, 2007. p. 41.

⁸³ SALVADOR NETTO. *Op. cit.* p. 105.

comportamento ao enunciado legal. Assim, a lei é apenas uma condição sem a qual o castigo não pode vir a ser aplicado, devendo a conduta ter afetado de forma grave o interesse jurídico protegido para justificar a aplicação da sanção penal⁸⁴.

Em suma, pode-se afirmar que a norma é o suporte material que implicitamente formula o tipo penal. Seu conteúdo ou significado estará condicionado pela efetiva vulneração do interesse que a ordem jurídica há elevado como ente digno de proteção, voltando-se, mais uma vez, à ideia de bem jurídico⁸⁵.

Assim, compreendendo o Direito Penal como um sistema aberto, de natureza teleológica, é possível a obter um conceito material de delito, ou seja, de bem jurídico tutelado, que atenda a função crítica. Para tanto, a finalidade do Direito Penal como proteção de bens jurídicos precisa estar bem sedimentada, tendo em vista, sobretudo, a possibilidade de o conceito promover uma primeira limitação tanto à norma primária, quanto à aplicação da norma secundária⁸⁶.

1.4 O conceito de bem para o Direito e sua acepção penal

Como se percebe do até então demonstrado, o conceito de bem jurídico é algo atrelado tanto à teoria da norma, já que esta busca fundamentar e é ela que, por meio de seus enunciados legais, lhe garantirá a devida tutela, quanto à teoria do delito e da pena, dando suporte a toda sistemática de aplicação da sanção penal.

Mas o que se comprehende pelo conceito de bem para o Direito é motivo de algumas observações, sobretudo em razão da especial conotação que o Direito Penal lhe dá.

A palavra bem tem sua origem no termo grego *bene* e pode ser utilizada em três acepções básicas: filosófica, econômica e jurídica.

⁸⁴ BUTELER, José Antonio. *Garantías y bien jurídico. Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 407.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ SALVADOR NETTO. *Finalidades da pena*. p. 132.

Para a filosofia, o termo bem, de forma genérica, é utilizado como expressão tautológica de antagonismo ao mal, ou seja, seria aquilo que as pessoas compreendem como bom e desejável, podendo se referenciar, inclusive, em uma entidade divina superior⁸⁷.

Por sua vez, na economia, bens podem ser considerados como algo material ou imaterial, utilidades que, ao serem consumidas, satisfazem uma necessidade humana. Em razão de sua especial escassez, possuem valor econômico e, por consequência, participam como objeto das relações comerciais⁸⁸.

Enfim, juridicamente, bem jurídico pode ser entendido como tudo aquilo que é objeto de proteção do Direito, representando desde objetos materiais (a propriedade sobre um automóvel, por exemplo), como imateriais (a proteção dos sentimentos que viabiliza, inclusive, danos morais).

De maneira geral, todo o ordenamento, e não só o Direito Penal, trabalha a expressão bem. Em destaque, percebe-se, nos estudos fundamentais de Direito Civil, uma conceituação de bem como entidade física ou imaterial objeto de uma relação jurídica⁸⁹.

Em que pesa a referência ao termo bem estar normalmente associada à noção cível de propriedade, salutar enfatizar que a expressão bem jurídico possui conotação extremamente distinta. Por tal razão, alguns penalistas, na busca de evitar maiores confusões, utilizam o termo bem jurídico-penal como forma de enfatizar a distinção⁹⁰.

Na própria seara penal, percebe-se que a citada expressão pode ser concebida com uma dupla conotação: como o objeto tutelado pela norma penal incriminadora em espécie, enfatizando sua função sistematizadora e de interpretação, ou como fundamento para a criação de um tipo penal legítimo, representando uma acepção político-criminal de aspecto crítico.

Em razão dessa distinção, o conceito de bem jurídico, em períodos diversos, sofreu um enorme esvaziamento de sua função crítica, relacionado,

⁸⁷ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 25.

⁸⁸ Disponível em: <http://www.knoow.net/cienceconempr/economia/bem.htm>. Acesso em 02 jan. 2013.

⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Bem jurídico (noção geral)**. Disponível em: http://www.sisnf.com.br/vargas/arq/anexos/baa2df7e07cf6dfc9320d4463cf82c8f25195_Pablo%20III.pdf. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁹⁰ Nesse sentido: PRADO. **Bem jurídico-penal e constituição.passim**; ZAFFARONI, Eugénio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal**. Parte general. 2 ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002. p. 487; MIR PUIG. **Direito penal**. p. 95.

principalmente, com um enaltecimento de sua acepção enquanto objeto tutelado pela norma. Representando assim a mera vontade do legislador, perdeu seu caráter crítico, que, mais do que uma mera interpretação, busca calcar critério de legitimidade para a referida vontade.

Por essa razão, em sua obra sobre o tema, Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE conceituou o bem jurídico como sendo um objeto jurídico concreto protegido por cada proibição ou mandado e que é capaz de, ao mesmo tempo, legitimar e ser protegido pela norma jurídico-penal⁹¹.

Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA ainda reforça a preocupação de se distinguir o conteúdo das expressões bem, interesse e valor, haja vista a utilização indiscriminada das três para a conceituação do termo bem jurídico. Para a autora, bem, refere-se a um objeto hábil a satisfazer uma necessidade; valor, por sua vez, assume uma conotação de transcendência universal e, por fim, interesse, identifica-se como uma relação entre o objeto e o sujeito titular do mesmo⁹².

Em suma, comprehende que a expressão bem jurídico, quando utilizada como objeto ou bem, esvazia o conceito por confundir-se com a noção de objeto material do crime, apresentando uma visão naturalística do mundo. Por sua vez, a expressão valor tem conotação espiritualizada e universalizada que retira do conceito a dinamicidade que lhe é peculiar, funcionando assim como algo apriorístico. Conclui que a expressão deve ser trabalhada como um interesse por implicar uma valoração dinâmica e interindividual do conceito, reforçando, com isso seu papel crítico e sua compatibilidade com um sistema aberto, capaz de se adaptar às realidades e consequentes necessidades da sociedade à qual se vincula⁹³.

⁹¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho:** el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago del Chile: Jurídica Conosur, 1992. p. 139.

⁹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** 2010. 464 f. Tese (Livre-Docência em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 138.

⁹³ *Ibidem.* p.139.

1.5 A evolução do Direito Penal clássico ao Direito Penal contemporâneo: estabelecimento de novos paradigmas

Estabelecidos os primeiros padrões conceituais para uma compreensão da abrangência da discussão, resta essencial a verificação de por quais mutações o Direito Penal tem passado que justificam, inclusive, fervorosas discussões acerca do papel do bem jurídico nesse contexto.

Em verdade, através da história da humanidade, a Ciência Penal passou por diversas tendências que remontam tanto às épocas sangrentas da antiguidade como à consagração dos valores humanistas. Tal movimento apresenta-se como decorrência da própria natureza do Direito Penal, que, se por um lado procura proteger direitos fundamentais dos indivíduos, aplicando sanções às condutas ofensivas a tais interesses, por outro representa a violação de um direito fundamental, posto ser um instrumento de repressão que pode vir a tirar a liberdade do ser humano.

Dessa natureza ambígua decorre sua movimentação ora para um modelo autoritário, ora atendendo a ideais humanistas, fato que, de certa maneira, evidencia sua estreita relação com o modelo estatal vigente. Tal congruência é reforçada pelos ensinamentos de Nilo BATISTA ao afirmar que apenas o conhecimento real e concreto das funções histórica, econômica e social do Estado é hábil a propiciar uma compreensão dos fins do Direito Penal⁹⁴.

Assim, como reflexo da orientação política existente, a norma penal regulamenta o comportamento humano em sociedade com o fulcro de garantir a manutenção da harmonia social, materializando, com isso, determinada política criminal.

O estudo desses valores filosóficos que fundamentam a imposição jurídica de sanções reflete a adoção de uma postura política do Estado que, desde o século XIX, passou a ser alvo de preocupação dos estudiosos no que se refere aos limites dessa ingerência perpetrada pelo uso do Direito Penal.

Após o período das trevas, quando a aplicação de sanções capitais não decorria de qualquer critério de justificação, o advento do Iluminismo

⁹⁴ BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. p. 22.

demonstrou uma preocupação em impor ao Estado limitações severas ao seu *jus puniendi*. Nesse sentido, grande destaque se observa na obra do Marquês de BECCARIA⁹⁵, que se mostrou como verdadeiro manifesto contrário ao *Ancien Règime*.

De forma geral, o movimento iluminista foi capaz de desenvolver ideais que ainda hodiernamente representam princípios fundamentais do Direito Penal. Assim, a maior parte das constituições contemporâneas ainda traz em seu bojo valores consagrados no iluminismo que representam conquistas da humanidade no desenvolvimento de um Direito Penal humanista e valorado segundo noções de justiça.

Seguindo esse raciocínio, evidentemente o próprio desenvolvimento do Estado, desde o modelo liberal até a consagração das democracias, encontra-se estreitamente atrelado à concepção de política criminal que fundamenta todo o desenvolvimento do Direito Penal positivo e, por consequência, os questionamentos relacionados com o limite do direito de punir do Estado.

Se é certo que o Estado Absoluto não estava ancorado em limites precisos, possibilitando um Direito Penal embasado na ideia de expiação e sofrimento daquele que atentasse contra os interesses do rei, com o advento dos ideais iluministas e o desenvolvimento do Estado de Direito houve uma preocupação com a imposição de limites à atuação estatal, crescendo com isso uma noção clássica ou nuclear de Direito Penal cujos princípios, até os dias de hoje, orientam as sociedades contemporâneas.

Com o surgimento da concepção de Estado de Direito, cujo melhor exemplo pode ser considerado o desenvolvimento do Estado liberal, destacou-se como centro de suas preocupações a imposição de limites a esse ente. Assim, deixando de ser uma entidade divina, o Estado passou a ter seu poder justificado pela própria noção juscontratualista então vigente e limitado pelo império das leis.

Buscando sua sustentação nos ideais de legalidade, divisão de poderes e proteção dos direitos naturais (base do desenvolvimento da teoria dos direitos humanos), o Estado liberal colocou o indivíduo livre como cerne da sociedade, deixando que as forças sociais se autogerissem e passando a atuar de forma neutra e até mesmo omissiva. Em suma, as características básicas desse

⁹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

modelo estatal se resumem à submissão à império das leis formalmente emanadas do Poder Legislativo, separação dos poderes de forma independente e harmônica e respeito aos direitos individuais, concebidos sob a influência da ideologia dos direitos naturais.⁹⁶

O Direito Penal, por seu turno, deixou de lado a vertente de castigo ou expiação, até então dominante no Antigo Regime, para se justificar como ferramenta de proteção da sociedade contra a prática de delitos. Em verdade, considerando a concepção estatal de limitações positivas impostas pela adoção dos valores iluministas, a ingerência nas liberdades individuais necessitava de uma justificação de natureza utilitarista, em que a prevenção dos delitos e de danos à sociedade era o grande *standard*. Ou seja, quanto menos presente o Estado, maior a liberdade individual, valor esse central no Estado Liberal.

Nesse paradigma, inicia-se a preocupação dos juristas com uma forma de justificar e, consequentemente, limitar a utilização do Direito Penal, fato que fez com que Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, ainda no início do séc. XIX, afirmasse que apenas comportamentos lesivos a direitos subjetivo justificavam a imposição de uma pena⁹⁷.

A partir da proposta do citado autor, surge campo fecundo para o desenvolvimento da teoria do bem jurídico, bem como para que se debatesse sobre o objeto de proteção da norma penal. Assim, se o Estado deve abster-se de atuar o máximo possível, certo é que apenas os comportamentos que violem os bens que a sociedade elenca como essenciais é que poderão ser repreendidos por meio do Direito Penal.

Resta evidente que pensar em teoria do bem jurídico, até mesmo em razão de sua gênese, necessariamente implica analisar questões de legitimidade do Direito Penal. Surge, consequentemente, um núcleo básico de valores para os quais, apenas diante de riscos efetivos de serem lesados, justifica-se a restrição da liberdade individual caracterizada pela pena. Nasce, assim, a concepção clássica ou nuclear de Direito Penal que, sobretudo na escola de Frankfurt, encontra atuais

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 117.

⁹⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. p. 13.

defensores⁹⁸.

Logo, se o uso desta ferramenta estatal deve ter sua legitimidade pautada nas noções de prevenção e utilidade social, certo é que a atuação do Estado criminalizando condutas, deve se restringir apenas a proteção dos valores essenciais para o desenvolvimento social. Assim, no seio de uma sociedade burguesa, a consagração da proteção do patrimônio é gritante, mas com ele, um núcleo primordial de outros interesses também é alavancado como bem jurídico digno de proteção penal, podendo-se citar a título de exemplo, entre eles, a vida, a liberdade, a integridade física, a honra. Esses valores básicos, e os correspondentes tipos penais que buscam dar-lhes a devida proteção, representam um núcleo clássico do Direito Penal, presente em quase todo ordenamento jurídico.

Todavia, a exaltação exacerbada da liberdade trouxe como consequência o desenvolvimento de uma sociedade extremamente desigual, onde o poder econômico e político pode se acumular nas mãos de poucos. Os novos problemas da civilização pós-industrial não puderam ser solucionados satisfatoriamente pelo modelo liberal, exigindo, com isso, o surgimento de um novo ideário.

Como resposta às necessidades de uma sociedade repleta de conflitos internos, emergem os ideais do Estado Social. Assim, tendo em vista que o individualismo e o abstencionismo do estado liberal foram responsáveis pela eclosão de injustiças⁹⁹, surgem, no início do século XX, os movimentos sociais propondo uma revisão nos princípios liberais que lhes dessem uma orientação mais social. Consequentemente, nasce um novo modelo denominado Estado Social.

Tendo em vista a experiência anterior que comprovou a incapacidade de o Estado liberal se autogerir sem que a supervalorização da liberdade representasse uma disfuncionalidade, o Estado Social buscou, com a implementação de concepções de solidariedade, manter os valores liberais acoplados à necessária valoração de justiça social¹⁰⁰.

⁹⁸ Assim, cite-se: HASSEMER, Wilfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 273-285; NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales de las personas*. IN: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Buenos Aires: IBdeF, 2004.

⁹⁹ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. p.119.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 204.

É com esse propósito que se desenvolveu o conhecido *welfare state*, cujo grande diferencial frente ao estado liberal abstencionista foi a implementação das funções públicas, sobretudo de natureza social.

Todavia, em que pese toda uma filosofia de solidariedade, na prática viu-se a consagração de modelos estatais extremamente intervencionistas, tendo esse modelo chegado a compadecer “com regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”¹⁰¹.

Essa noção intervencionista também se refletiu no Direito Penal. O uso inapropriado de expressões como paz pública, segurança, incolumidade pública e proteção do Estado legitimou a ampliação dos limites do Direito Penal para a incriminação de comportamentos em searas antes impensadas, deixando-se de lado as restrições propostas pela teoria do bem jurídico sob o argumento da necessidade de proteção do estado contra tais riscos sociais.

No dizer de Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA, “o princípio intervencionista condutor do modelo social foi, assim, apto a determinar a construção de um direito penal mais preocupado com a sua própria eficácia do que servir aos cidadãos”¹⁰². Tal concepção reflete-se fortemente no Direito Penal da época, momento em que a teoria do bem jurídico teve seu aspecto político criminal deixado de lado para, só na década de 1970, ressurgirem os estudos sobre seu aproveitamento crítico.

Diversas críticas ao Estado Social, sobretudo em razão do aumento dos gastos públicos e do autoritarismo, com uma consequente diminuição da liberdade do indivíduo, levaram à construção de um novo paradigma que não quis abrir mão das conquistas sociais e liberais adquiridas pela humanidade, mas acrescer a tais conquistas os valores de uma democracia substancial¹⁰³. Essa, além de buscar resolver as antinomias decorrentes da própria sociedade multicultural que a compõe, necessita atuar sem perder o foco de proteção do indivíduo.

As questões decorrentes da adoção de um modelo democrático de Estado representam uma total mudança de paradigma, já que, com a ênfase em uma retomada da noção de democracia grega, na qual os cidadãos discutiam as questões afetas à *polis*, autores como HABERMAS apresentam suas releituras,

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** p. 205.

¹⁰² BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** p. 33.

¹⁰³ SILVA. **Curso de direito constitucional positivo.** p. 123.

propondo uma retomada do referido modelo por intermédio da teoria da ação comunicativa, fundamento de legitimidade de uma verdadeira democracia participativa¹⁰⁴.

Não diferente deve ser a atuação do Direito Penal. Toda carga valorativa de uma Democracia, por meio da política criminal, é introduzida no Direito Penal de forma que sua atuação necessita, impreterivelmente, estar agregada à ideia de participatividade e respeito aos direitos fundamentais, não podendo a intervenção penal se legitimar em outros valores que não no próprio desenvolvimento do ser humano.

É essa a razão, associada ao fato de ser o Direito Penal extremamente estigmatizante, que faz com este ramo jurídico só se legitime quando utilizado em prol do desenvolvimento da sociedade, ou, ainda, quando outro ramo jurídico menos gravoso não se mostre suficientemente hábil para chegar ao resultado pretendido. Nesse sentido, grande relevância passa a ter o princípio da *ultima ratio*, destacando exatamente a necessidade de que o Direito Penal seja utilizado não como ferramenta estatal para suprir a ausência de políticas públicas sérias, mas sim como instrumento essencial de proteção dos direitos humanos fundamentais, cujos limites são impostos por esses próprios direitos, sendo a anuência social fator determinante para legitimar sua intervenção.

1.5.1 A sociedade globalizada e os novos enfrentamentos do Direito Penal

Todavia, a concepção de *ultima ratio* não se mostra como obstáculo para que o Direito Penal se aventure em searas antes impensadas. Assim, se no desenvolvimento do Estado Liberal não se pensou em proteção ambiental, hoje, com os avanços científicos, o Direito Penal não pode simplesmente ignorar as novas necessidades da sociedade contemporânea.

Falar na sociedade hodierna necessariamente implica estudar sua complexidade, bem como a influência do fenômeno da globalização nesse quadro que não só vem a afetar diretamente os indivíduos, mas também as instituições,

¹⁰⁴ HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.*passim*.

como o Estado e o Direito, que, frente aos novos paradigmas impostos por tal fenômeno, também clamam por uma necessária reinvenção de suas estruturas.

Atentando-se para a complexidade das sociedades contemporâneas, Celso Fernandes CAMPILONGO analisa o efeito da globalização nas democracias hodiernas, sendo que ambas, em sua concepção, representam fonte de paradoxos. Todavia, na opinião do citado autor, a globalização acaba por transpor a uma escala internacional os fenômenos antes vivenciados dentro dos limites de determinadas sociedades¹⁰⁵.

Para melhor compreensão do processo de globalização, interessante a definição de Anthony GIDDENS, para quem ela é compreendida, sobretudo, como uma intensificação das relações globais em escala mundial, produzindo uma relação dialética entre as questões locais e globais, num nítido processo de diminuição dos distanciamentos espacial e temporal¹⁰⁶.

Também estudando esse processo mundialmente vivenciado, Ignácio RAMONET aponta algumas das suas principais características: a crise no conceito de Estado nacional; a relevância mundial das ações propostas por organismos não governamentais; a preponderância das democracias e a horizontalização do exercício do poder; a globalização financeira; o implemento tecnológico; o incremento das desigualdades socioeconômicas e culturais; a perda das identidades nacionais e o surgimento de uma nova ameaça que deixa de ser o comunismo para se apresentar como o risco de catástrofes naturais e epidemias de nível mundial.¹⁰⁷

Todas essas mudanças apontadas, hoje indiscutivelmente aceitas como um processo de alteração global da realidade, não só atuam diretamente nas sociedades do mundo todo, como se refletem no próprio Direito, que urge por uma adequação conceitual e institucional às novas realidades.

O processo de globalização, que iniciou sua intensificação nas últimas décadas do século XX, conduziu os estudiosos a uma necessária reanálise de diversos institutos pensados à luz dos Estados nacionais. Assim, com a transnacionalização das relações (sejam elas econômicas, pessoais, sociais, jurídicas ou culturais), houve uma consequente e contínua alteração dos

¹⁰⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 123.

¹⁰⁶ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 60.

¹⁰⁷ RAMONET MÍGUEZ, Ignacio. Situación actual del proceso de globalización. *El proceso de globalización mundial*, Barcelona: Intermon, 2000. p. 11 e ss. apud GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: RT, 2002. p. 17 e ss.

acontecimentos, refletindo, inclusive, numa imprescindível redefinição de conceitos de relevância jurídica, e até mesmo constitucional¹⁰⁸. A título de exemplo, cite-se a nova percepção do conceito de família e a mudança de paradigma quanto ao respeito à privacidade com a introdução da internet e suas redes sociais na realidade de quase todo cidadão.

Atrelada à noção de globalização, e até mesmo a implementando, encontra-se o conceito de sociedade de risco trabalhado por alguns sociólogos, entre eles Ulrich BECK¹⁰⁹. Assim, aquilo que já era etiquetado como risco, em uma sociedade globalizada passa a ser redefinido como risco global. Além disso, enfatizando o problema hodierno da precariedade das instituições mais basilares da convivência humana, ressalta-se a crescente dependência dos indivíduos a instituições públicas em decorrência dessa democratização das situações de risco e seus impactos¹¹⁰.

A noção de sociedade de risco, trabalhada, sobretudo, nos estudos de Ulrich BECK, não implica, todavia, uma visão autodestrutiva da sociedade, mas, sim, como tenta o autor alertar, para a necessidade de se compreender e repensar a compreensão sobre a sociedade, hoje atenta e ciente da existência de riscos globais antes inimaginados. Portanto, essa função esclarecedora pode vir a permitir a criação de uma sociedade em comum, onde todos, bem ou mal, compartilharão os riscos globais e poderão viver com consciência dos limites de seu atuar, dissociados de qualquer ideia de nacionalização.¹¹¹

Nesse paradigma onde o implemento dos riscos e a globalização caminham juntos, o Direito também passa a uma inevitável reavaliação de seus conceitos e instituições, pois, se antes falava-se em soberanias nacionais, hoje o incremento tecnológico traz à tona o mundo sem fronteiras e a influência, cada vez maior, de organismos internacionais no direcionamento das políticas públicas. Se antes era possível falar em uma política criminal nacional, atualmente, cada vez mais, os países têm cedido em prol de uma política criminal global de combate ao crime organizado, ao tráfico, ao terrorismo e até mesmo às novas práticas de

¹⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. **Globalização. Fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamento, 2001. p. 31.

¹⁰⁹ Nesse sentido, conferir: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010; BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹¹⁰ HESPAÑHA, Pedro et al.. Globalização insidiosa e excludente. Da incapacidade de organizar respostas à escala local. In: HESPAÑHA, Pedro; CARAPINHEIRO, Graça (Orgs.). **Risco Social e Incerteza:** pode o Estado Social recuar mais? Porto: Afrontamento, 2002, p. 25-54

¹¹¹ BECK. **Sociedade de risco.** p. 364.

corrupção e lavagem de dinheiro de cunho transnacional, auxiliada pela rede mundial de computadores.

O crime passa a ser vivenciado como fenômeno global que, com o auxílio das novas tecnologias e meios de comunicação, se organiza além das fronteiras dos Estados em espaços talvez apenas virtualmente tangíveis. Nesse sentido segue a própria manifestação de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, para quem a globalização acaba por promover um efeito ambíguo na delinquência. Se, por um lado, promove a descriminalização de condutas que passam a ser aceitas pela sociedade globalizada, demonstrando a falta de necessidade da tutela penal nesta seara, por outro, os fenômenos decorrentes do processo contemporâneo de globalização fazem surgir novos tipos penais, bem como remodelam os já existentes, numa perplexa dinâmica de adequação do Direito Penal às novas necessidades, produzindo assim sua crescente expansão.¹¹²

Tal mudança de paradigma tem feito com que o Direito Penal oscile dos delitos de lesão para a punição do mero perigo; das lesões a bens jurídicos individuais à proteção de bens supraindividuais ou mesmo de tipos penais indiscutivelmente sem bens jurídicos; da noção da culpabilidade à concepção de gestão de riscos; e dos delitos concebidos como criminalidade de massa para os *white collar crimes*¹¹³.

A expansão do Direito Penal, entendida como sua abertura para a proteção de outros valores que não os classicamente selecionados como objeto de proteção, é, na verdade, uma realidade e uma necessidade para propiciar a esse ramo da ciência o acompanhamento das mudanças sociais, evitando com isso seu “sucateamento”. Se é certo que a vida é um valor digno de proteção, certo também é que as mudanças sociais fizeram surgir outros valores que necessitam de atuação penal, entre eles a biogenética e o meio ambiente. Ademais, também os novos métodos para a prática de delitos, consequentemente, demandam a descoberta de mecanismos de combate que atentem a sua eficácia, como nas hipóteses de prática dos chamados *cybercrimes*.

Atento às novas mudanças globais e ao reconhecimento dos riscos de uma sociedade globalmente interligada, o Direito Penal tem passado por

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. São Paulo: RT, 2011. p. 56.

¹¹³ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** p. 224.

transformações que, no dizer de SILVA SÁNCHEZ, são inevitáveis¹¹⁴. Assim, preocupado em atender a uma política criminal global, é cada vez mais evidente a relação desse ramo do Direito com os problemas de segurança pública mundiais, como os crimes organizados, a tutela do meio ambiente e da economia, entre tantos outros.

Portanto, falar hoje em Direito Penal contemporâneo significa se preocupar com toda essa nova gama axiológica que clama por proteção, mas que, muitas das vezes, com os mecanismos clássicos do Direito Penal, não é devidamente tutelada. É também falar da consciência da existência fática de novos riscos globais, que tendem a influenciar demasiadamente a política criminal adotada em todo o globo.

Entretanto, resta evidente que, além de se analisar a legitimidade do Direito Penal em buscar proteger esses novos interesses por meio da criminalização de condutas, faz-se mister verificar a eficácia dos mecanismos utilizados, sob pena de se legitimar uma atuação meramente simbólica desse ramo jurídico.

Ademais, tal expansão encontra obstáculos em diversos princípios do Direito Penal, consagrados nos ordenamentos democráticos, que funcionam como verdadeiras garantias aos cidadãos frente à atuação do Estado, bem como conquistas da humanidade na busca de um Estado que fuja a suas origens autoritárias. Ressaltando a importância dos princípios como controle da atuação estatal diante dessa realidade contemporânea de incremento da repressão punitiva, Francisco MUÑOZ CONDE afirma que os princípios, sobretudo da intervenção mínima e da legalidade, e a reafirmação de sua vigência não só formal, como também material, reforçam os limites de atuação do Estado, que deve se pautar, necessariamente, na ideia da dignidade da pessoa humana¹¹⁵.

É nesse campo de análise da legitimidade do Direito Penal contemporâneo que a defesa da teoria do bem jurídico como ferramenta hábil a exercer tal controle encontra-se em discussão. Em que pese seu desenvolvimento ao longo dos anos como elemento de política criminal, o surgimento de novos interesses na complexa sociedade atual, bem como a compreensão e conscientização dos riscos globais vividos por seus membros, tem feito muitos

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ. *A expansão do direito penal*. p. 29.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. Ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2001. p. 13.

defenderem uma flexibilização da exigência do bem jurídico protegido presente na norma penal¹¹⁶ ou mesmo o seu total abandono, enfraquecendo, com isso, sua função crítica de critério de legitimação, função essa que hoje já possui o descrédito de um número considerável de penalistas, precipuamente na Alemanha.

Portanto, saber o quanto a teoria do bem jurídico ainda atende a sua função de limitação da intervenção estatal na esfera individual é analisar, antes de qualquer coisa, o arcabouço principiológico de um Estado Democrático e as necessidades de tutela contemporâneas, buscando criar, nesse universo de antinomias, uma solução plausível.

1.6 Os princípios do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Com a consagração das democracias contemporâneas, surgiu a preocupação de estabelecer alguns parâmetros de atuação legítima do Direito Penal, cujo uso não pode pautar-se em critérios meramente retributivos, mas, sim, atentar a suas finalidades precípuas de prevenção e manutenção do convívio social. Nesse aspecto, ressalta-se sua principal missão, qual seja, a de prevenir a ocorrência da violência social, seja ela caracterizada pelo cometimento de prática delituosas, seja por ações de vingança privada representativas de resposta às primeiras.

Numa análise compatível com o Estado Democrático de Direito, a obtenção dessa finalidade maior do Direito Penal não pode se dar a qualquer custo. Por tal razão, buscando, sobretudo, a proteção dos cidadãos contra a mão severa do Estado, as próprias constituições democráticas buscaram limitar, formal e materialmente, a atuação do Direito Penal, limitações essas que se configuraram em princípios utilitaristas e garantísticos, resultados de anos de evolução humanitária.

¹¹⁶ Nesse sentido: MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività tradogmática e politica criminale. In: CANESTRARI, Stefano (org.). **Il diritto penale alla svolta di fine milenio.** Torino: Giappichelli, 1998.

A existência de tais limites não tem outra justificativa senão a de contrapor-se à atuação do Estado na aplicação do Direito Penal, prevenido o cometimento de delitos e de reações informais.

Neste diapasão, imprescindível reduzir a ingerência estatal que se utiliza do severo instrumento do Direito Penal aos estritos casos de necessidade e utilidade dessa intervenção, levantando-se, assim, a bandeira de um Direito Penal mínimo que, longe de se preocupar em atuar de forma meramente simbólica, tente cumprir sua missão com seriedade.

Dentro desse paradigma, impossível olvidar o papel das garantias humanitárias. Assim, princípios como da legalidade, *ultima ratio*, dignidade, além de representar o resultado de anos de avanços humanitários, funcionam como verdadeiras limitações à intervenção estatal.

A noção de princípio representa para o Direito uma ordem normativa cujo valor irradia em todo o sistema jurídico¹¹⁷, funcionando como ferramenta fundamental na aplicação do Direito e cuja observância e respeito garantem segurança às diretrizes do sistema jurídico como um todo.

Portanto, a violação de um princípio implica uma transgressão muito mais grave do que a inobservância de uma outra norma qualquer. A ofensa principiológica significa desrespeito a todo um sistema de comandos, razão pela qual Celso Antônio Bandeira de MELLO a classifica como forma mais grave de ilegalidade “porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”¹¹⁸.

Assim, embora muitos princípios contemporâneos tenham seu nascedouro no Estado Liberal, continuaram desempenhando função relevante nas democracias contemporâneas, sobretudo como limitadores da atuação do estado na incriminação dos comportamentos, estando presentes inclusive nas constituições atuais.

Nesse sentido, uma das primeiras limitações ao direito de punir do Estado veio consagrada pelo princípio da legalidade, cujo postulado *nullum crimen,*

¹¹⁷ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 96.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 748.

nulla poena sine lege buscou garantir que nenhuma conduta pudesse ser penalizada sem a previsão de sua punição por meio de lei previamente estabelecida¹¹⁹.

Tal princípio atende diretamente a necessidade de controle do exercício do poder de punir, coibindo, dessa forma, a existência de abusos por parte do Estado, representando não só uma garantia política para o cidadão como também uma expressão do império das leis e da supremacia do Poder Legislativo e, por consequência, da soberania popular.¹²⁰

Segundo Hans Heinrich JESCHECK, o princípio da legalidade representa não só uma limitação formal ao atuar do Estado, vez que imposto como única forma válida de criminalização de condutas, mas também uma limitação de cunho material, decorrente da observância dos ideais de justiça do Estado de Direito¹²¹.

Também partindo da mesma perspectiva, Luigi FERRAJOLI afirma que a simples legalidade da forma e da fonte é condição de existência válida das normas penais incriminadoras. Todavia, é a compatibilidade dessa norma com as demais garantias constitucionais que atende à noção de legalidade sob o aspecto material, garantindo-lhe o viés de legitimidade e compatibilidade sistêmica, conceito esse trabalhado pelo autor com a denominação de legalidade estrita.¹²²

A consagração do princípio da legalidade reflete-se em inúmeros outros subprincípios, cuja atuação dentro do Direito Penal é responsável por diversas consequências. É por força da legalidade, bem como dos estudos de FEUERBACH, que não há de se falar em punição jurídico-penal que venha a atingir fato praticado antes de sua regulamentação legal, permitindo-se, assim, que em matéria penal reine segurança suficiente para o cidadão. Nesse sentido, FEUERBACH define crime como lesão à liberdade do outro contida na lei penal.¹²³

Logo, em matéria penal, não se admite a retroação da lei, a não ser que represente um benefício para o réu, inviabilizando, assim, que qualquer medida agravadora venha a ser aplicada como violação indireta dos postulados decorrentes

¹¹⁹ Tal princípio encontra-se já no *Bill of Rights* (1689), a sua consagração após sua expressão na Magna Carta do Rei João sem Terra (1215). Na concepção moderna, fruto do desenvolvimento filosófico no iluminismo e do jusnaturalismo, surge inicialmente na Constituição do Estado da Virgínia em 1776.

¹²⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 73.

¹²¹ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. 4 ed. Granada: Comares, 1993.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

¹²³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. p. 55.

da legalidade. Portanto, a lei penal deve "necessariamente preceder às infrações penais nela previstas como condição de validade"¹²⁴, podendo ser aplicada apenas a fatos futuros. Essa assertiva deve ser utilizada tanto na perspectiva do fato previsto pela norma, como no que tange a aplicação da própria sanção. Ou seja, tanto o tipo penal como sua respectiva sanção necessitam estar previamente expressos para que possam ser aplicados a fatos vindouros.

Também com seu nascimento influenciado pela filosofia iluminista, o princípio da responsabilidade pessoal ou da culpabilidade, como muitos preferem, encontra o bojo de seu desenvolvimento nos ideais liberais de BECCARIA¹²⁵. Todavia, sua relevância no âmbito dos modernos Estados Democráticos resta indiscutível.

Por ele, comprehende-se que a incidência da responsabilização penal, ou seja, da pena, apenas se mostra legítima quando adstrita aos indivíduos que, de alguma forma, colaboraram com a prática da conduta delitiva, não se permitindo que outras pessoas ligadas ao autor (pais e amigos, por exemplo) venham a sofrer diretamente pelo crime. Dessa forma, certas punições impostas anteriormente pelo Estado, como atear fogo na residência dos autores, expulsar ou marcar suas famílias para que sentissem a vergonha causada pela ação do delinquente, entre tantas outras ações esdrúxulas, encontram-se extirpadas dos ordenamentos contemporâneos democráticos, devendo a sanção penal recair apenas no responsável penal pelo delito.

A título de exemplo, longe de ser uma prerrogativa dos Estados Absolutistas europeus,¹²⁶ pode-se verificar a sentença de condenação de Joaquim José da Silva Xavier, vulgarmente conhecido por Tiradentes, caso presente na história mineira e que demonstra a insanidade das penas aplicadas pelos Estados autoritários. Da decisão formal de condenação, queda notório que o então Estado vigente, além de infligir sanções cruéis e desumanas aos condenados, também impunha aos seus familiares e amigos medidas de cunho punitivo com a nítida

¹²⁴ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**. p. 75.

¹²⁵ BECCARIA. **Dos delitos e das penas**. *passim*.

¹²⁶ Destacando essa conotação encontra-se a descrição de uma condenação antiga por parricídio: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 9 e ss.

intenção de demonstrar seu poder e causar em seus súditos o medo e vergonha decorrentes do estigma de uma condenação¹²⁷.

Assim, com a consolidação do princípio da culpabilidade passou a se tornar inaceitável a punição a título penal sem que restasse demonstrada a culpa ou responsabilidade subjetiva do agente, não se admitindo que terceira pessoa fosse sancionada por fato realizado por alguém¹²⁸.

Atendendo as novas exigências dos Estados Democráticos, o princípio da proporcionalidade, em que pese não estar expressamente previsto em muitas Constituições¹²⁹, tem como função precípua avaliar a legitimidade da intervenção do Estado na esfera de liberdade do cidadão, posto que só assim será considerada se demonstrada a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Especificamente quanto ao uso do Direito Penal, a proporcionalidade garante uma racionalização sob um tríplice viés. Primeiramente, funcionando como parâmetro para o legislador no momento de criminalizar condutas. Ou seja, somente se justifica a criminalização de determinados comportamentos e a respectiva imposição de pena se tais condutas se mostrarem tão lesivas quanto à restrição da liberdade, *in tese*, aplicada pelo Direito Penal. Num segundo momento, o princípio da proporcionalidade orienta o aplicador da lei, funcionando como parâmetro para o juiz quando da escolha pela pena a ser imposta, nos casos onde há possibilidade de opção judicial, bem como na ponderação acerca do *quantum* de pena a ser imposto ao condenado. E, em última análise, na própria execução da pena, servindo de critério para a análise dos parâmetros de cumprimento dela.

¹²⁷ Nesse sentido, verifica-se parte da sentença de condenação do Alferes Tiradentes “(...) Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da força e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominável Réu (...)” Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=612>. Acesso em: 20 mai. 2012.

¹²⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 22.

¹²⁹ Nesse sentido, destaca-se que no caso brasileiro, a proporcionalidade tem sido amplamente aceita como princípio constitucional implícito.

Entretanto toda a euforia causada pela construção do princípio da proporcionalidade, cuja raiz germânica tem-se disseminado ao longo dos países de tradição no *civil law*, não se justifica, visto não representar uma verdadeira inovação no pensamento jurídico penal, posto que, já no século XVII, BECCARIA disseminava, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, a importância da proporcionalidade no Direito Penal, sobretudo como medida de razoabilidade entre a gravidade do delito praticado e a pena a ser imposta¹³⁰.

O mandado de otimização perpetrado pelo princípio da proporcionalidade implica, na seara penal, não só a proibição do excesso, como também a vedação de uma intervenção penal insuficiente, funcionando como ferramenta importante no controle da legitimidade da atuação criminalizante do legislador penal¹³¹. Dessa forma, a intervenção penal só se mostra necessária quando a proteção de determinado bem jurídico se evidencie tão importante quanto à liberdade que, em tese, virá a ser sacrificada parcialmente com a imposição de uma sanção penal. Ademais, além de relevante o interesse que se pretende proteger, o uso do arcabouço penal deve se mostrar idôneo a efetivamente garantir tal proteção, sob pena de se tornar uma ferramenta falaciosa e meramente simbólica¹³².

Por fim, verificados todos os requisitos anteriores, a medida de tutela penal deverá ser proporcional à afronta ao bem jurídico, garantindo uma proporcionalidade entre delito e sanção. Apenas com a observância desses três imperativos (necessidade, idoneidade e proporcionalidade estrita) pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade atendeu ao seu papel de fundamento de legitimidade da produção legislativa penal¹³³.

Na mesma esteira, surge a importância do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, legitimando o uso do Direito Penal apenas nas hipóteses de defesa dos bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, quando tais bens não puderem ser eficazmente protegidos por outros ramos do Direito.

Vinculado ao princípio da *ultima ratio*, cite-se o princípio da fragmentariedade, consagrando a ideia da seletividade da tutela penal. Nesse

¹³⁰ BECCARIA. **Dos delitos e das penas**. p. 50 e ss.

¹³¹ QUEIROZ. **Direito penal**. p. 80.

¹³² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 232 e ss.

¹³³ *Ibidem*.

diapasão, a criminalização de comportamento com o fim de garantir a proteção de determinados valores sociais de extrema relevância só se justifica frente às agressões mais intoleráveis pela sociedade para, dessa forma, fazer jus à imposição de uma pena.

Também corolário do princípio da intervenção mínima, a noção de subsidiariedade do Direito Penal relaciona-se com a utilização desse ramo do Direito estritamente nos casos onde os outros ramos se mostrem ineficientes para cumprir com tal desiderato, dando-se predileção às intervenções que, *in tese*, apresentem-se menos estigmatizantes.

Nesse sentido o raciocínio de Luiz Régis PRADO que, embora compreenda como sinônimos os princípios da subsidiariedade e intervenção mínima, defende a observância de tais diretrizes como um critério de orientação político-criminal que só admite a atuação do Direito Penal quando tal ramo do direito for imprescindível para a defesa dos bens jurídicos essenciais para a existência pacífica dos homens.¹³⁴

Pelo princípio da fragmentariedade, por sua vez, só se admite a defesa penal de determinados bens jurídicos frente a determinadas formas de agressão, consideradas intoleráveis socialmente, dando uma natureza de seletividade ao Direito Penal. Resta evidente que, pela adoção de tal princípio, também decorrência da *ultima ratio*, o Direito Penal só se ocupa da proteção dos valores de maior relevância para a sociedade contra os ataques mais intoleráveis, na medida em que os outros ramos de proteção jurídica se mostrem insuficientes para garantir a tutela de tal bem com eficiência.¹³⁵

É neste quadro sintético que surge a consagração da teoria do bem jurídico como ferramenta de controle de legitimidade do Direito Penal. Assim, o princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos foi construído como garantia fundamental do Direito Penal, limitando sua intervenção somente aos casos em que essa se mostre imprescindível para a proteção de bens jurídicos.

Tendo em vista que o pensamento jurídico contemporâneo coaduna com a ideia de que o escopo imediato do Direito Penal é a proteção desses interesses essenciais ao indivíduo e à coletividade, não há, portanto, de se falar em

¹³⁴ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. Ed. São Paulo: RT, 2008. p. 138.

¹³⁵ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luís. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2005. p. 151 e ss.

delito sem que haja uma efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.

Trata-se de uma confluência entre princípios garantísticos diversos com princípios relativos à utilidade e necessidade da intervenção penal, abrangendo, em seu bojo, a ideia de lesividade ou ofensividade, entendida essa como necessidade de efetiva lesão a um bem para se justificar a utilização do Direito Penal.

Em defesa da prevalência do princípio da ofensividade até mesmo diante das questões do Direito Penal contemporâneo, Fábio Roberto D'AVILA enfatiza a exigência constitucional de observância do referido princípio, criticando a posição de sua relativização, defendida por Ferrando MANTOVANI. Assim, segundo o referenciado autor, a observância da ofensividade é elemento essencial para a delimitação do “espaço de juridicidade do direito penal secundário”¹³⁶.

Dessa forma, resta evidente que o recurso à teoria do bem jurídico nasce de um raciocínio pautado na hipervalorização dos princípios penais democráticos e cuja função precípua evidencia-se no controle do uso do Direito Penal. Assim, é salutar uma análise mais detalhada dos usos da teoria do bem jurídico dentro da seara penal para, só então, verificar sua compatibilidade com os problemas contemporâneos dessa ciência.

¹³⁶ D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72.

2 A TEORIA DO BEM JURÍDICO: EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA E FUNÇÕES DESEMPENHADAS NO DIREITO PENAL

Como demonstrado até então, pode-se concluir que a atuação do Direito Penal encontra diversas limitações calcadas no seio de uma sociedade democrática. Uma delas ocorre pelas próprias imposições da teoria do bem jurídico, que desempenha, portanto, papel central na perspectiva crítica, ou seja, como critério de limitação da atuação do legislador na produção de novos tipos penais.

Todavia, uma das grandes polêmicas envolvendo o tema bem jurídico é a falta de exatidão conceitual do instituto, o que levou Günter STRATENWERTH a afirmar que isso equivaleria a “deixar um círculo quadrado”, tamanha a dificuldade de coesão entre os doutrinadores ao buscar conceituá-lo.¹³⁷

Assim, considerando que para um bom entendimento da discussão acerca da utilização do bem jurídico como fundamento de legitimação do Direito Penal faz-se necessário, antes de tudo, tentar esclarecer o que se entende por bem jurídico e qual é a origem do raciocínio de que tal conceito funciona como pedra angular do Direito Penal, cuja garantia de proteção é apontada como missão maior desse ramo jurídico. Nesse sentido, buscar-se-á enfatizar a visão dos principais doutrinadores sobre o tema numa perspectiva metodológica.

2.1 O delito como ofensa ao direito subjetivo

Em tempos pretéritos, como nas comunidades de sangue, o crime era entendido como uma afronta à divindade, um pecado. Ao mesmo tempo, a pena era uma forma de expulsão do indivíduo da sociedade em sacrifício à divindade, o que ressalta o aspecto metafísico do Direito Penal.

Foi a partir do Iluminismo que a noção de bem jurídico foi sendo cultivada. Com tal movimento, o problema punitivo estatal se desvinculou totalmente de qualquer aspecto ético ou religioso, passando o delito a ser compreendido como

¹³⁷ Apud ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15.

uma violação do contrato social e a pena, uma medida preventiva. Demonstrando esse avanço, destaque deve ser dado à obra de Cesare BECCARIA, que, já em meados do século XVIII, propôs uma limitação ao direito do Estado punir os atos geradores de danos sociais, rompendo-se o paradigma de autoritarismo até então reinante.¹³⁸

Também com esta feição, surge a tentativa de Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH de descrever o delito como lesão aos direitos subjetivos, definindo o crime como ação que contradiz ao direito de outrem¹³⁹. Essa concepção do delito decorre da aplicação da teoria contratualista no âmbito do Direito Penal. O Estado, enquanto garantidor, passa a ter legitimidade para punir todos os comportamentos que se mostrem socialmente danosos¹⁴⁰.

Assim, segundo a concepção desse autor, considerava-se como núcleo de cada delito a lesão aos direitos subjetivos da sociedade burguesa. Sem essa lesão, não haveria crime a ser punido, impondo-se, assim, a exigência da danosidade da conduta.

Distanciando claramente o Direito Penal do pensamento absolutista vigente à época, FEUERBACH não admitia sanção a condutas moralistas ou religiosas, já que elas não representavam ofensa ao Estado e nem mesmo ao direito subjetivo de outrem, estando situadas na esfera de liberdade do cidadão. Com tal raciocínio, colocou-se totalmente contrário ao Estado Absolutista e seus conceitos teológicos. Em sua doutrina, o delito deixa de ser “uma verdadeira agressão a Deus, representado pelo monarca (pecado), mas, sim, um atentado à sociedade, deixa a pena de ser tida como expiação, senão como retribuição.”¹⁴¹

A concepção de FEUERBACH representou, em seu período, um grande avanço, sendo capaz de propor, por meio da noção de lesão a um direito subjetivo, um critério concreto de limitação ao arbítrio estatal em defesa da liberdade humana, deslegitimando a atuação penal no combate a condutas que ofendiam a moral e a religião. Sob sua influência, o Código Penal da Baviera de 1813 caminhou rumo a não criminalizar tais comportamentos, deixando-os a cargo da esfera administrativa.

¹³⁸ Nesse sentido, conferir: BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. *passim*

¹³⁹ FEUERBACH. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. p. 55.

¹⁴⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE p. 13

¹⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 39.

Em que pese o grande avanço da Ciência Penal frente às propostas de FEUERBACH, ele não produziu uma teoria imune a críticas. Ao considerar ser justificável a punição de algumas condutas tidas como meras infrações de polícia, nas quais a inexistência de lesão a direito subjetivo saltava aos olhos, alegando que ofereciam um perigo à ordem e à seguridade social, o autor acabou flexibilizando sua própria teoria de limitação ao direito penal¹⁴².

2.2 Birnbaum – o percussor da teoria dos bens

Em 1843, afastando-se da tese da lesão a direitos subjetivos, Johann Michael Franz BIRNBAUM introduziu o conceito de bem no âmbito jurídico-penal, observando a necessidade da existência de uma lesão ou perigo a um bem (do indivíduo ou da sociedade) garantido pelo Estado. Daí origina-se o moderno conceito de bem jurídico.

O Estado da Restauração, movimento pós-iluminismo, fez retornar a soberania do poder à pessoa do príncipe. Surgiu a ideia do Direito como uma criação histórica que não mais aceitaria a visão iluminista de FEUERBACH de lesão a direitos, que compreendia o delito como ofensa a um bem. Dessa forma, possibilitar-se-ia também a punição de condutas contrárias à moral e a religião.

BIRNBAUM não fala diretamente em “bem jurídico”, todavia é indiscutível que ele tenha sido o primeiro autor a introduzir a ideia de bem tutelado dentro do Direito Penal¹⁴³, noção que somente na década de 1970 viria a ser consagrada. Entretanto, em sua formulação, nota-se forte influência do movimento de Restauração, posto que, para o autor, o “bem” nada mais era do que uma construção do próprio Estado, sendo admissível a criminalização de qualquer comportamento perturbador do poder estatal.¹⁴⁴ Dessa forma, resta discutível seu real intento ao propor um conceito arquitetado dessa maneira, haja vista que o bem

¹⁴² BECHARA. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. p.88.

¹⁴³ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: Bde F, 2010. p. 35.

¹⁴⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. 2. Ed. San Tiago del Chile: Jurídica Conosur, 1992. p. 32.

jurídico, na prática, deixaria de cumprir sua função crítica de limitação do poder punitivo estatal.

Todavia, em que pese o teor da crítica apontada, com sua teorização BIRNBAUN propiciou grandes avanços no Direito Penal, sobretudo na teoria do delito, visto que, com a materialização da intervenção penal, foi possível estabelecer a diferenciação entre lesão e perigo, consumação e tentativa e bens individuais e coletivos. Nesse sentido, se antes o debate se restringia exclusivamente aos direitos individualmente reconhecidos, com a proposta de BIRNBAUN os objetos, aqui entendidos como bens, passam a ter uma posição concreta de inter-relação com o homem.¹⁴⁵

Se, por um lado, a proposta de BIRNBAUN tinha o intuito de resolver uma questão prática da época, relacionada à possibilidade de criminalização de condutas morais e religiosas, por outro, o autor opera um grande avanço ao intitular o bem jurídico como categoria pré-jurídica, presente na natureza das coisas¹⁴⁶.

2.3 O bem jurídico na perspectiva positivista

A noção de bem jurídico adquiriu, assim, extraordinária relevância. No raciocínio da escola positivista, representou um conceito puramente formal, porém de destaque dentro da análise do injusto, como um antecedente causal de manifestação da vontade estatal.

No pensamento positivista, destacam-se duas correntes metodológicas distintas: o jusracionalismo positivista de Karl Ludwig Lorenz BINDING e o positivismo naturalista de Franz Von LISZT.

Em BINDING, o bem jurídico pode ser definido como tudo que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sana da comunidade jurídica, e que, em função disso, deve ser assegurado através da norma, sendo, portanto, de livre criação do Direito, ou, melhor dizendo, do legislador. “Por essa concepção, o

¹⁴⁵ BIRNBAUM. **Sobre la necesidad de uma lesión de derechos para el concepto de delito.** p. 58. Também citando o autor: GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. **La teoría del bien jurídico en el derecho penal.** México: Pereznieto, 1995.

¹⁴⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho.** p. 30.

bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma”¹⁴⁷.

O autor opta, claramente, por um positivismo nitidamente normativista, para o qual o bem jurídico representa tudo aquilo que assim elegeu o legislador, a *ratio legis* ou finalidade da lei.¹⁴⁸ Norma e bem jurídico estão em estrita coerência. Dessa maneira, o autor se contrapõe a qualquer ideia vinculada a valores pré-jurídicos, como a própria noção de direito natural defendida por Von LISZT e iniciada por BIRNBAUNN.

Essa posição, embora seja extremamente abstracionista e tendencialmente autoritária, tem como mérito o fato de colocar o bem jurídico como núcleo do injusto, fato que dá ao autor grande destaque no desenvolvimento dessa temática.

Todavia, ressalta-se que em BINDING o bem jurídico desenvolve apenas uma função de sistematização dos delitos, sendo-lhe tolhida a função crítica ou político-criminal, o que inviabiliza o exercício de sua vertente limitadora do arbítrio estatal.

Posteriormente, com o posicionamento positivista naturalista de Von LISZT, origina-se a concepção material do injusto e o bem jurídico desenvolve seu potencial de limite à ação legiferante. O bem jurídico deixa de depender do juízo valorativo de legislador, passando a representar um interesse social já existente que apenas deve ir ao encontro dos anseios legislativos e ser, então, tutelado. Todavia, é apenas com a tutela jurídica que esse interesse vital do homem, ou mesmo da coletividade, é elevado à categoria de bem jurídico.¹⁴⁹

Discípulo de Rudolf Von IHERING, LISZT vê o bem jurídico como uma criação da experiência, um interesse vital que só através da tutela penal adquire a

¹⁴⁷ PRADO. **Bem jurídico-penal e constituição.** p. 31.

¹⁴⁸ Nesse sentido, BINDING chega a apontar que, ao descumprir a norma, o delinquente estaria violando um direito subjetivo, não aquele defendido por FEUERBACH, mas o direito subjetivo do Estado de mandar, numa conotação de cunho político totalmente distinta: “*El rehusar la obediencia es, por lo tanto, siempre negación del querer público, siempre contravención de un derecho público establecido exclusivamente a favor del Estado, pero, sin embargo, a menudo delegado. La ‘lesión’ de este derecho subjetivo de mandar es la única llamada lesión de un derecho que es esencial en todos los deütos*”. apud HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho.** p. 40.

¹⁴⁹ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão.** Rio de Janeiro: F. Bruguet e C, 1899, tomo 1. p. 93 e ss.

elevação conceitual de bem jurídico. Para ele, norma e bem jurídico são os conceitos fundamentais do Direito Penal¹⁵⁰.

Contrário às formas estatais autoritárias, alicerça sua teoria sobre a ideia de que o Direito existe pela vontade humana e, para tanto, o fim do Direito Penal seria somente a proteção de interesses humanos vitais. Esses, sim, seriam os interesses jurídicos. Tais interesses, do homem ou da coletividade, só adquirem o status de bem jurídico a partir do momento em que o Estado se presta a tutelá-los. Assim, embora a atuação estatal seja imprescindível para o conceito, verifica-se que esse tem uma conotação transcendente ao Direito¹⁵¹.

Enquanto em BINDING o bem jurídico tem caráter exclusivamente jurídico (livre criação do legislador), em Von LISZT essa liberdade legiferante não existe, pois o interesse vital que o Direito transforma em bem jurídico está presente nas relações sociais. Resta evidente em seu positivismo naturalista a importância da teoria do bem jurídico como critério de limitação da liberdade do legislador, deixando de representar mera *ratio legis* para funcionar como critério político criminal de eleição dos interesses dignos de proteção penal. Todavia, a eleição desses interesses continua dentro da esfera estatal.

Dessa forma, por mais que se distingam, os conceitos de ambos acabam estagnados em um mesmo patamar onde o Estado constitui-se o árbitro regulador das condutas sociais. Assim, o conceito acaba por não desempenhar, de modo satisfatório, suas diversas funções, principalmente a limitadora.

2.4 A concepção neokantiana

A concepção neokantiana surge no início do século XX como uma contraposição ao positivismo. Buscando fundamentar o Direito em valores filosóficos, fortemente influenciada pelas ideias de KANT, remonta a Richard HONIG, mas difundiu-se, sobretudo, através de trabalhos de representantes do Grupo de Marburgo e da Escola de Baden.

¹⁵⁰ LISZT. **Tratado de direito penal alemão.** p. 97.

¹⁵¹ *Ibidem.* p. 94.

Gustav RADBRUCH, discípulo de LISZT, destacou-se na Ciência Penal adotando uma concepção valorativa da realidade. Assim, a interpretação da norma passa a ser uma análise de sua intenção, dando-se assim um conteúdo valorativo inerente que desemboca numa nova concepção de bem jurídico. Nota-se claramente a conotação reacionária frente ao raciocínio positivista então dominante, em que o conteúdo do Direito encontra-se formalizado pela expressão legal, independente de qualquer carga axiológica¹⁵².

Na obra de HONIG, o bem jurídico é idealizado como *ratio* da norma, valor cultural cuja principal característica é ser o referencial do delito em um quadro valorativo, não o situando em um terreno social.¹⁵³

Com a escola subocidental alemã (Escola de Baden) desenvolve-se o denominado conceito metodológico de bem jurídico, buscando a substância material do conceito em uma concepção pré-jurídica, real, vivida pelo mundo dos valores. Logo, o bem jurídico adquire uma importância ímpar como ferramenta hermenêutica de interpretação da norma penal, pois representava o elo entre o mundo do ser e do dever-ser.

De forma semelhante, Erik WOLF defende que o bem jurídico não é criado pela lei, mas apenas por ela reconhecido. Assim, a lesão ao bem jurídico, antes de significar qualquer alteração no mundo exterior, representa uma ofensa jurídica, já que viola os valores reconhecidos pelo ordenamento como essenciais à sociedade¹⁵⁴.

Notoriamente, a maior consequência da concepção neokantiana foi um resultado negativo e restritivo do real valor do instituto, pois, concebendo-o como uma criação discricionária do legislador, perde-se toda a capacidade crítica presente no bem jurídico; esse não revela mais a essência do delito. Assim, equiparando valor e fim e, por outro lado, renunciando à busca da concretização da função crítica do bem jurídico proposta já pela influência do iluminismo, o neokantismo centrou sua atenção “no rendimento teleológico do conceito, ou seja, em sua capacidade de criação de um critério de interpretação a partir de seu fim (valor) protegido”¹⁵⁵.

¹⁵² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: BdeF, 2003. p. 212 e ss.

¹⁵³ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: RT, 2001. p.79.

¹⁵⁴ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. p. 103.

¹⁵⁵ SILVEIRA. **Direito penal supra-individual**. p. 48.

Nesse sentido, destaca-se a obra de Edmund MEZGER, que, adotando a concepção de HONIG, extrai o conteúdo do bem jurídico da própria lei, como um complexo cultural que a constitui. Em sua obra, MEZGER chega a conceituar bem jurídico como sendo o mesmo que objeto proteção da norma, ou objeto de ataque contra o qual se dirige o delito, sendo essas três denominações apenas dimensões distintas de um mesmo conceito. Desse esvaziamento do conceito, valoriza sua capacidade interpretativa de apontar qual o interesse do indivíduo ou da sociedade protegido pela lei¹⁵⁶.

2.5 Escola de Kiel

Como desvalorização do conceito de bem jurídico¹⁵⁷, enfatizado na teoria neokantiana, surge a concepção alemã da Escola de Kiel¹⁵⁸, representando uma transformação radical vivenciada pelo Direito em razão da experiência do modelo alemão nacional-socialismo.

Contestadores da equiparação do bem jurídico ao objeto do crime, formularam o Direito Penal da vontade, passando o bem jurídico a um conceito exacerbadamente subjetivado.

Em suma, os representantes da *Kieler Schule*, ao impor uma doutrina criminal condizente com o ideário nazista, elegiam como dogma o dever para com o sadio sentimento do povo. Assim, na constância do delito, não mais havia a lesão (ou tentativa de lesão) ao bem jurídico, mas sim o descumprimento, a violação de um dever de obediência ao Estado.

Logo, faz-se mister enfatizar que, nesse momento, o bem jurídico passava por um extremado processo de subjetivação, pelo qual se atribuía à vontade a primazia na elaboração doutrinária. A teoria da lesão de um dever passa a ter um papel diferenciado no nacional-socialismo como forma de derrubar qualquer

¹⁵⁶ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958 . p. 155.

¹⁵⁷ O conceito do bem jurídico começa a perder seu valor dogmático, representando assim uma mera abstração, a partir do pensamento da *Escola Positiva*, sobretudo na segunda metade do séc. XX, com a visão legalista da teoria metodológica. Entretanto o auge desse período obscuro verificar-se-á em momentos representativos do totalitarismo, como com a *Escola de Kiel*.

¹⁵⁸ A *Escola de Kiel* teve como representantes mais destacados: DAHM, SCHAFFSTEIN, HANS FRANK, KLEE, entre outros.

barreira ao poder punitivo estatal em prol da defesa dos ideais de unidade e segurança social, admitindo-se, com isso, um exacerbado subjetivismo, típico do autoritarismo então presente¹⁵⁹.

A ideia de bem jurídico como limite ao poder de punir do Estado é taxada como produto do liberalismo e, consequentemente, do exagerado individualismo, representando um obstáculo à concepção de um regime comunitário.

É nesse sentido que Friedrich SCHAFFSTEIN defende que a base do delito é a violação de um dever, não podendo o bem jurídico funcionar como único motivo a legitimar a criação de tipos penais pelo legislador¹⁶⁰.

Também Georg DAHM defende uma espécie de direito penal do autor em que a conduta em si é, de certa forma, insignificante, posto a relevância dada à vontade do autor e à valoração dessa vontade pela coletividade. Assim, a pena e o delito passam a ter um sentido a partir da coletividade, deixando o bem jurídico de desempenhar um papel relevante dentro da Ciência Penal¹⁶¹.

O bem jurídico perde sua importância frente a uma eticização do delito, representado pelo descumprimento do dever de fidelidade ao Estado. Contrário a um conceito crítico do instituto, tal posicionamento é extremamente compreensível, haja vista que apenas dessa forma seria possível adequar o Direito Penal aos valores do nacional-socialismo¹⁶².

Todavia, a construção coletivizada da Escola de Kiel, base jurídica do modelo estatal nacional-socialista, recebeu inúmeras críticas que lhe atribuíram a construção de uma visão acrítica do Direito Penal. Nesse sentido, Gustav RADBRUCH critica fortemente a legitimidade do direito nacional-socialista em razão de, muitas vezes, com base na ideia de proteção e segurança dos ideais de coletividade e numa deturpação do sentido da expressão “servir à justiça”, ter legitimado atos nitidamente contrários aos direitos humanos, violando diversos princípios fundamentais, sobretudo de concepção humanística¹⁶³.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan José. **Bien jurídico y constitución**. Madrid: Fundación Juan March, 1978. p.19.

¹⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico en el derecho penal**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974. p. 167 e ss.

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 172 e ss.

¹⁶² HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. p. 70.

¹⁶³ RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WEZEL, Hans (coord.). **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, 1971. p. 13.

É por tal razão que hoje o posicionamento da Escola de Kiel perde totalmente sua relevância e encontra-se totalmente abandonado, figurando apenas como exemplo, de interesse histórico, de linhas das quais a Ciência Penal deve se afastar¹⁶⁴.

2.6 O bem jurídico na visão finalista

Com a derrota da Alemanha e o fim de uma experiência governamental pautada nas atrocidades cometidas pelo Estado nacional-socialista, percebe-se a incapacidade de um positivismo extremado, dando-se ênfase, novamente, a valores de cunho ontológico.

Destaca-se a construção doutrinária de Hans WELZEL, que, inspirado na fenomenologia e numa concepção humanista, redesenha a teoria do delito centrado na figura da ação final¹⁶⁵. Passa a deter importância tanto o desvalor da ação, como o desvalor do resultado, já que o Direito Penal protege determinados valores de fato ou de resultado.

Dessa forma, WELZEL conceitua o bem jurídico como um bem elementar da sociedade, tal como a existência do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, penalmente protegido em razão de sua relevância social. Tal proteção é dada pelo Direito Penal por meio da proibição e da imposição de sanções às ações tendentes a lesioná-lo¹⁶⁶.

No entanto, o autor não comprehende que seja a função precípua do Direito Penal a proteção desses bens, mas, sim, a de funcionar como uma garantia ético-social positiva, incentivando os cidadãos a agirem conforme o Direito. Nesse sentido, argumenta WELZEL que a missão precípua do Direito é assegurar a validez da norma e a observância dos valores de um atuar conforme o Direito. Ou seja, “o mero amparo de bens jurídicos só tem uma finalidade negativo-preventiva, policial-preventiva”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Também nesse sentido: MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal*. p. 224

¹⁶⁵ WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951. *passim*.

¹⁶⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 2.

¹⁶⁷ No original: “El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva”. In: WELZEL. *Derecho penal*. p. 3.

Privilegiando o desvalor da ação em razão da tutela dos valores ético-sociais, WELZEL acaba por retirar considerável importância do conceito de bem jurídico em sua construção doutrinária. Tanto que chega a excluir o bem jurídico como objeto de proteção da norma penal para apontar os valores da ação, ou seja, as concepções ético-sociais como tendo tal papel¹⁶⁸.

Essa talvez seja a razão de uma das críticas fundamentais ao raciocínio ontológico de WELZEL, posto que, com tal construção, que visa orientar socialmente os comportamentos, deixou-se de lado a importância das limitações e garantias impostas ao Direito Penal, correndo-se o risco de que tal construção sirva a propósitos não democráticos.

Ademais, não obstante o reconhecimento de WELZEL de sua adesão à teoria do bem jurídico como missão do Direito Penal, tal adesão não é absoluta, sendo relativizada pela noção de proteção de valores ético-sociais, admitindo o autor normas que não possuem um bem jurídico como substrato.

Em que pese a crítica à falta de determinação e limitação de tais valores éticos, WELZEL tem o mérito de retomar a teoria do bem jurídico sem que essa seja vista como mera *ratio legis* da lei. A partir dessa quebra, a questão da legitimidade do Direito Penal passa a ser reavivada, bem como a teoria do bem jurídico, cuja função político-criminal havia sido esquecida durante os ditames da Escola de Kiel¹⁶⁹.

2.7 Teorias contemporâneas

Com o pós Segunda Guerra e a repercussão negativa de teorias como as propostas pela Escola de Kiel, houve uma revalorização do conceito de bem jurídico, procurando dar-lhe os contornos de um limitador do *jus puniendi* estatal.

O progresso evolutivo em torno do conceito de bem jurídico, iniciado com a rediscussão do tema proposta pelo finalismo, tem sido alvo de inúmeras contribuições, até mesmo negativas, chegando a alcançar as novas tendências

¹⁶⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. p. 87.

¹⁶⁹ *Ibidem*. p. 87.

sociológicas e constitucionais, que reforçam a exigência de um ajustamento entre teoria e práxis.

Buscando resolver a incógnita acerca do ponto de referência a guiar a atividade legislativa de seleção dos comportamentos lesivos, dois principais enfoques emergem: as teorias constitucionais que, partindo de uma concepção interna, compreendem que as decisões de política criminal estão perfiladas pela norma fundamental, cabendo ao legislador apenas a produção de uma tipificação adequada; e as teorias sociológicas, cuja variedade de propostas é bem mais extensa, mas, de certa maneira, encontram esse limite numa justificação externa ao sistema jurídico, destacando-se aqui sobretudo as doutrinas funcionalistas de cunho empírico-social, como também posições que levam em conta a influência habermasiana na interpretação do citado contexto¹⁷⁰.

2.7.1 As teorias constitucionais

Entre o fim dos anos 1960 e início dos 1970, emergem, sobretudo na Itália, posições doutrinárias com o intento de construir um conceito “material” de bem jurídico que realmente delimitasse a criação dos ilícitos penais pelo legislador ordinário. Nascem, portanto, as teorias constitucionalistas.

O fundamento maior desse segmento doutrinário está no imprescindível papel do bem jurídico, qual seja, sua função crítica e limitadora do *jus puniendi*, que teria como melhor referencial a própria Constituição. A construção e interpretação de qualquer elemento normativo do sistema, inclusive os penais, deve ser orientado pelos valores subscritos na norma fundamental para que, só assim, adquiram a validade material e não sejam culminados de constitucionalidade.

Dentro das doutrinas constitucionais, destaca-se a tendência a identificar os bens jurídicos com os direitos fundamentais. Todavia, tal resultado é digno de críticas, posto promover uma formalização do conceito na linha das

¹⁷⁰ SOTO NAVARRO. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna.** p. 50.

concepções imanentes jurídico-positivas¹⁷¹. Nessa perspectiva, muitas ressalvas são apontadas à vertente constitucional por presumir uma concepção formal e piramidal do Direito que ignora a participação dos membros da sociedade nos processos coletivos de tomada de decisões e restringem a função dos bens jurídicos aos paradigmas dos direitos fundamentais traçados no contexto restrito das relações entre o Poder Público e a sociedade civil¹⁷².

Dentro dos próprios defensores da teoria constitucional do bem jurídico, destacam-se duas correntes diversas, quais sejam, a de caráter geral, sendo um de seus maiores nomes Claus ROXIN, e a de fundamento constitucional restrito.

A primeira corrente em ênfase caracteriza-se pela referência mais ampla que dá ao Texto Maior, sobretudo aos princípios que o inspiram e, inevitavelmente, ao sistema punitivo como um todo.

ROXIN, partindo da Constituição e do Princípio do Estado Social e Democrático de Direito define os bens jurídicos como “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no quadro de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema”¹⁷³.

Estabelece uma ligação entre o problema dos objetos que devam ser tutelados penalmente e a finalidade da pena, de onde sobressaem duas importantes diretrizes político-criminais por ele adotadas, quais sejam: o caráter subsidiário do Direito Penal (*ultima ratio*) e a não legitimidade de o legislador criminalizar comportamentos simplesmente imorais.

Em outros termos, pode ser dito que o bem jurídico representa um instituto capaz de designar aquilo que pode ser legitimamente tutelável tendo em vista as funções do Direito Penal. Assim, protegendo os bens jurídicos constitutivos da sociedade e garantindo as prestações públicas necessárias à existência humana, o Direito Penal consegue desempenhar o papel, de cunho sobretudo constitucional, de garantir a dignidade humana.

¹⁷¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (coord.). **Pena y Estado**. Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1995. p. 14-15.

¹⁷² MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del *ius puniendi*. **Estudios penales y criminológicos**, XIV, 1989-90. p. 210.

¹⁷³ ROXIN. **Derecho penal**. p. 56 : “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

Como marco dessa concepção, imprescindível se faz a menção ao pensamento de Hans-Joachim RUDOLPHI, no qual a tarefa do Direito Penal, partindo das concepções axiológicas contidas na própria Constituição, consistiria em proteger as funções sociais e os mecanismos necessários à preservação da sociedade frente aos danos e perturbações que poderiam vir a ameaçá-la.¹⁷⁴ Dessa forma, o autor situa a questão do bem jurídico num conteúdo concreto, delimitado pelos princípios constitucionais e vinculado aos diversos critérios de prevenção que, por consequência, justificam os diferentes níveis de imputação¹⁷⁵.

Também Giovani FIANDACA adota a concepção de um quadro de valores constitucionais para fundamentar estruturalmente os bens penalmente relevantes. Todavia, alerta para a imprescindível cautela ao se recorrer ao Direito Penal, evitando-se um desvio dos escopos penais sob pena de esse ramo científico migrar de instrumento jurídico para instrumento político¹⁷⁶.

Na sua concepção seriam tomados como legítimos objetos de tutela penal somente os valores dotados de relevância constitucional, sem que tal afirmação, contudo, implicasse na interpretação leviana das normas constitucionais como mandados de incriminação. Para tanto, seria necessário que as normas incriminadoras pautem-se também em critérios de racionalidade, entendidos esses como observância do princípio da necessidade e conformidade com o escopo penal¹⁷⁷.

Por outro lado, as teorias constitucionais estritas orientam-se por prescrições constitucionais específicas, nas quais se encontram os objetos de tutela e a circunscrição da atividade do legislador infraconstitucional. Logo, a sanção penal só adquire legitimidade a partir do momento em que protege valores constitucionalmente consagrados.

Numa releitura do real significado das normas penais contidas na Constituição, o representante italiano, Franco BRICOLA, conclui que os significados dessas normas ultrapassariam os limites do garantismo liberal, correspondendo a uma limitação do contingente de fatos puníveis para a margem da estrita

¹⁷⁴ *Apud* GOMES. **Norma e bem jurídico no direito penal.** p. 100.

¹⁷⁵ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal.* In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). **El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales.** Madrid, Tecnos, 1991. p. 93.

¹⁷⁶ FIANDACA. Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. **Revista dos Tribunais**, Fascículo Penal, São Paulo, v. 776, ano 89. p. 409-439. jun. 2000. p. 430-431.

¹⁷⁷ *Ibidem.* p. 433-434.

necessidade. Assim, o delito pode ser definido como fato lesivo a um valor constitucional cuja significância se reflete na pena e, por conseguinte, relaciona-se a uma “escala hierárquica” de valores contidos na própria Constituição¹⁷⁸.

Sendo assim, só se justifica uma sanção penal quando da proteção de bens de igual ou maior grau de importância que a liberdade individual (em tese, sacrificada) ou, ao menos, dotados de relevância constitucional. Consequentemente, o delito passou a receber a definição de fato lesivo a um valor constitucional de tamanha significância que se reflete na medida da pena¹⁷⁹.

De modo conciso, pode-se concluir que as teorias mencionadas buscaram, antes de mais nada, uma orientação constitucional – ou mesmo um princípio constitucional, como proposto por BRICOLA – que pudesse dar nova feição ao fato punível, delimitando-o e evitando a discricionariedade do Poder Legislativo. Nesse âmbito, a teoria do bem jurídico ganha um caráter de concreção estritamente vinculado aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade.

De forma semelhante encontra-se a contribuição de ANGIONI afirmando ser a Constituição o parâmetro para justificar, com base na proporcionalidade, a imposição de uma pena¹⁸⁰. Assim também MUSCO, para quem nem todos os valores constitucionais são dignos de tutela penal, mas apenas aqueles que concretizam os pressupostos essenciais de convivência¹⁸¹.

Na Espanha, como defensor da teoria constitucional, destaca-se a obra de Juan José GONZÁLEZ RUS, defendendo que a Constituição representa um instrumento hábil para demonstrar os valores de relevância social a serem tutelados pelo Direito Penal¹⁸².

No Brasil, a doutrina constitucional do bem jurídico adquiriu grandes adeptos, cabendo destacar a importância da obra de Luiz Regis PRADO, um dos brasileiros pioneiros na preocupação com o tema bem jurídico.

Com forte influência na doutrina italiana, PRADO destaca a Constituição como fator condicionador da validade material do bem jurídico,

¹⁷⁸ BRICOLA, Franco *apud* FIANDACA. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. p. 416.

¹⁷⁹ Cf.: HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien juridico y estado social y democrático de derecho.** p.126 e ss

¹⁸⁰ ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico.** Sassari:1980. p. 139 e ss.

¹⁸¹ MUSCO, Enzo. **Bene giuridico e tutela dell'onore.** Milano: Giuffrè, 1974. p. 130.

¹⁸² *Apud* HORMAZÁBAL MALARÉE. *Op. cit.* p.138.

considerando que os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, inicialmente, os indicados especificadamente na Constituição, bem como aqueles que se encontrem em harmonia com os valores e diretrizes do Estado Democrático de Direito, ressalvando a liberdade seletiva do legislador na análise dos critérios de necessidade¹⁸³.

Todavia, em que pese a inegável concretude do conceito constitucional, já que, vinculando-se aos parâmetros constitucionais, é possível o estabelecimento de critérios ao menos aparentemente mais sólidos para se apontar os interesses penalmente relevantes, resta evidente que a Constituição, por si só, não é hábil a solucionar as controvérsias em matéria de legitimidade penal. Isso fica claro tendo em vista que tal documento político possui objetivos totalmente distintos dos do Direito Penal.

Ademais, tomando-se a Constituição brasileira atual como parâmetro, é notório que tal documento, de natureza extremamente analítica, não serve de parâmetro limitador do direito penal, haja vista a extensiva lista de valores constitucionalmente consagrados. Corre-se o risco de a Constituição, ao invés de fundamentar o bem jurídico em um sentido crítico, acabar por funcionar como mandamento de criminalização, perspectiva inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

2.7.2 As teorias sociológicas

Na tentativa de reformular a teoria do bem jurídico sob um enfoque externo ao sistema jurídico, numa perspectiva sociológica, dois autores inicialmente se destacaram: Knut AMELUNG, que, adotando os postulados de PARSONS, assume uma posição funcionalista, e Winfried HASSEMER, um dos maiores expoentes da Escola Crítica de Frankfurt.

A primeira teoria de cunho sociológico aqui ressaltada é a proveniente do raciocínio jurídico de Winfried HASSEMER. Em sua opinião, o legislador não está

¹⁸³ PRADO. **Bem jurídico-penal e constituição.** p. 84.

livre para, de forma discricionária, selecionar os bens jurídicos que considera serem de necessária tutela do Direito Penal¹⁸⁴.

Na visão do referido jurista, para certos comportamentos serem considerados intoleráveis pela sociedade e, consequentemente, chegar-se a reprimirlos com o uso do Direito Penal, instrumento mais drástico de controle social, “depende da valoração que a sociedade faz dos objetos que por esses comportamentos são lesados ou colocados em perigo”.¹⁸⁵

Entretanto, tal valoração, ou seja, a proclamação da existência do bem jurídico, em razão de tratar-se de um conceito aberto do qual se torna impossível extrair concretas decisões político-criminais, dependeria de três fatores sociais indispensáveis, quais sejam: a frequência da conduta, a intensidade da necessidade de preservar o objeto merecedor da tutela e a intensidade da ameaça contra o bem em questão¹⁸⁶.

Assim, o arbítrio do legislador encontraria severas barreiras de cunho axiológico correspondentes aos acordos sionnormativos dominantes, com acento de que essas experiências sociais sejam fundamentadas segundo a orientação constitucional para que não se reduza o bem jurídico a uma simples ressonância das concepções sociais dominantes.

Por sua vez, Knut AMELUNG defende a substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social. Logo, o delito passa a corresponder a um fato, ou, melhor dizendo, um comportamento socialmente danoso¹⁸⁷.

Descrevendo-o em seus aspectos essenciais, pode-se afirmar que Knut AMELUNG acreditava ser o conceito de bem jurídico incapaz de delimitar as escolhas de criminalização¹⁸⁸. Por essa razão, propõe o conceito de danosidade, que, segundo ele, seria mais definitivo no âmbito da práxis. Assim, a noção de bem jurídico seria válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social.

¹⁸⁴ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídico. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (coord.). **Pena y Estado**. Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1995. p. 31.

¹⁸⁵ HASSEMER *apud* FIANDACA. O ‘Bem Jurídico’ como problema teórico e como critério de política criminal. p. 425.

¹⁸⁶ HASSEMER. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. p. 275 a 285.

¹⁸⁷ Cf.: HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. p. 29.

¹⁸⁸ AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). **El sistema moderno del derecho penal**. Cuestiones fundamentales. Madrid, Tecnos, 1991. p. 97.

AMELUNG tenta então reconstruir a teoria do delito com bases sociológicas extraídas, sobretudo, da moderna teoria dos sistemas sociais, configurada especialmente em PARSONS e LUHMANN¹⁸⁹.

O maior mérito de sua proposta foi, indubitavelmente, lamentar a frequente carência de bases sociológicas nas teorias acerca do bem jurídico até então apresentadas, criticando, inclusive, a orientação político-criminal de Claus ROXIN¹⁹⁰.

Contudo também é possível apontar críticas a sua orientação, já que essa conotação sistêmica, em virtude de sua maleabilidade, de sua incrível capacidade de adaptação a qualquer modelo social, acabou por propiciar uma inevitável crise no conceito de bem jurídico. Exatamente por aceitar a ordem jurídica dada sem questionamentos valorativos que o funcionalismo acrítico deve ser rejeitado¹⁹¹.

Representante de maior significado da teoria funcionalista sistêmica na atualidade, Günther JAKOBS também mantém essa linha de raciocínio.

JAKOBS defende que a pena não tem a função de reparar bens, senão de confirmar a vigência da norma (função preventiva geral positiva da pena). Dessa forma, afirma a inoperância da teoria do bem jurídico, argumento esse corroborado pela existência de inúmeros delitos sem bem jurídico. Consequentemente, o delito é visto como um fato, antes de tudo, antinormativo, que não necessariamente possui um bem jurídico a proteger, podendo ser uma norma de mera regulamentação de um dever¹⁹².

Também seguindo uma orientação sociológica, importante é a visão funcionalista de Rolf-Peter CALLIESS, na qual a teoria do bem jurídico assume um caráter extremamente crítico.

Nessa orientação, as sanções penais não teriam, primordialmente, a função de privação de bens, mas sim a de estabelecer as oportunidades de participação dos cidadãos na interatividade da vida social. Logo, para o autor, o

¹⁸⁹ Cf.: MIR PUIG. **Introducción a las bases del derecho penal.** p. 118 e ss.

¹⁹⁰ AMELUNG. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. p. 94 e ss.

¹⁹¹ GOMES. **Norma e bem jurídico no direito penal.** p. 83.

¹⁹² JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.** Madrid: Civitas, 2004. p. 41

conceito de bem jurídico não equivale a um valor, um bem ou um substrato, como quer a maioria dos doutrinadores, mas a uma participação¹⁹³.

Assim, CALLIESS translada a essência do delito desde o terreno do naturalismo e do subjetivismo espiritual, em que o positivismo e o neokantismo o haviam situado, para o âmbito do social¹⁹⁴.

Similarmente, Santiago MIR PUIG conclui que a capacidade de limitar o Estado está presente no âmbito social. Dessa maneira, os bens jurídicos são condições necessárias ao correto andamento do corpo social, representando interesses reais das pessoas, processos de interação social cuja proteção penal se mostra indispensável para a subsistência ou funcionamento das estruturas sociais. O autor rejeita as teorias constitucionais afirmando que o que irá limitar a liberdade normativa do direito são as valorações culturais fundamentais¹⁹⁵.

Também adotando opção semelhante, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ afirma que apenas os objetos de que o ser humano necessita para sua livre autorrealização podem ser considerados como bem jurídico, evidenciando a relação de seu conceito com uma visão pautada no ser humano¹⁹⁶.

Acredita, portanto, na danosidade social como ponto de partida ao estabelecimento dos bens tuteláveis e, sobretudo, no salutar embasamento constitucional dado a esses bens. Porém levanta a necessidade de uma reformulação do pensamento sociológico-funcionalista.¹⁹⁷

Para superar as dificuldades de estabelecer um limite seguro ao legislador, necessária é a inclusão de uma referência central ao indivíduo no conceito de bem jurídico; ou seja, só podem fazer parte dos bens jurídico-penais aqueles objetos que se verificam imprescindíveis para o desenvolvimento pessoal do ser humano dentro da sociedade.

Assim, tanto a referência individual como o critério da danosidade social limitariam o âmbito das condutas puníveis (excluindo, desde já, a penalização de fatos tidos como imorais, uma orientação sexual ou um posicionamento ideológico, por exemplo), sem prejuízo aos ulteriores levantamentos sobre a questão da necessidade da pena.

¹⁹³ Cf. MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal*. p. 72.

¹⁹⁴ *Ibidem*. p. 303.

¹⁹⁵ *Ibidem*. p.135 e ss.

¹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Boch, 1992. p. 271.

¹⁹⁷ *Ibidem*. p. 270 e ss.

Embora expostas de forma tão sucinta e, consequentemente, sem que muitos autores viessem a ser mencionados, do esboçado até então restam evidentes as dificuldades em se elaborar um conceito preciso e unânime de bem jurídico, razão pela qual se destaca o apontamento levantado por Claus ROXIN de que “a questão teórica do conceito material de delito segue sem estar clara, pois até agora não foi obtido precisamente o conceito de ‘bem jurídico’ de modo que pudesse oferecer uma delimitação juridicamente fundada e satisfatória por seu conteúdo”¹⁹⁸. Assim, a obtenção de um consenso sobre o conceito de bem jurídico, pautado em uma realidade social, mostra-se praticamente intangível frente à pluralidade e complexidade das sociedades contemporâneas.

2.7.3 Outras concepções

Com o desenvolvimento contemporâneo do Direito Penal, outras tantas concepções se mostram dignas de destaque. Juan BUSTOS RAMIREZ defende um conceito crítico de bem jurídico constituindo uma fórmula normativa concreta de uma relação social dinâmica. Mas os pressupostos ou condições de legitimidade do bem jurídico são dados pelas relações sociais¹⁹⁹.

O autor rejeita tanto as posturas imanentes do bem jurídico como as transcendentais, afirmando que as condições de legitimidade de um bem jurídico, ou seja, seus pressupostos, são dadas pelas relações sociais, enquanto o bem jurídico representa uma fórmula normativa concreta de uma relação dinâmica determinada. Por essa razão, o comportamento do homem em sociedade deve abster-se de lesionar um bem jurídico e, mais, deve ainda abster-se de agir de modo que venha a gerar qualquer perigo ao bem jurídico²⁰⁰.

Francisco MUÑOZ CONDE, embora considere a concepção constitucional do bem jurídico, reconhece que ele não se limita a proteger os direitos

¹⁹⁸ ROXIN. *Derecho penal*. p. 54: “la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación juridicamente fundada y satisfactoria por su contenido”.

¹⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997. v. 1. p. 59 e ss.

²⁰⁰ *Ibidem*.

reconhecidos expressamente pela Constituição, estando relacionado a valores essenciais para a autorrealização do indivíduo em sociedade. Com tal argumentação, o autor legitima a proteção penal de direitos que não se encontram previamente reconhecidos no texto constitucional, adotando uma concepção de bem jurídico que se pode considerar híbrida²⁰¹.

Ademais, preocupa-se com a perversão ou esvaziamento conceitual que o bem jurídico tem sofrido hodiernamente, funcionando, muitas das vezes, como uma ferramenta para legitimar a criminalização de comportamentos apenas com o fulcro de atender a interesses de uma minoria dominante²⁰².

Herman HORMAZÁBAL MALAREÉ afirma que o bem jurídico representa um dado concreto, um produto social histórico, nascendo da própria relação social democrática e tutelado pelo Direito Penal. Assim, em razão do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, imposto pela adoção de uma concepção de democracia substancial, o bem jurídico aparece inicialmente como uma síntese normativa superadora das contradições decorrentes da própria ambiguidade do Direito Penal que, embora se justifique pela proteção de direitos fundamentais, sua coercitividade implica uma violação desses valores. Defende, portanto, uma construção do conceito pautada nas relações sociais, influenciadas tanto pelo aspecto individual como pelo comunitário, razão pela qual critica o posicionamento funcionalista que submete as pessoas às normas²⁰³.

Na Argentina, Eugênio Raúl ZAFFARONI define os bens jurídicos penalmente tutelados como a “relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”²⁰⁴. Diferencia um conceito limitativo de uma abordagem legitimante.

Por essa última abordagem, afirma que o Direito Penal não cria o bem jurídico, sendo ele criado pela Constituição, pelo Direito Internacional e pelo resto da legislação. Logo, “a lei penal apenas individualiza algumas ações que o afetam de

²⁰¹ MUÑOZ CONDE, Franciso. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2001. p. 90.

²⁰² *Ibidem*. p. 93.

²⁰³ HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. p. 144

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 462.

modo particular, mas nunca pode brindá-lo com uma tutela ampla ou plena, dada sua natureza fragmentária e excepcional”²⁰⁵.

Em via de consequência, o conceito limitativo acaba por ter como função exigir como pressuposto do poder de punir do Estado a existência de um bem jurídico tutelado pelo Direito, cuja gênese encontra-se nos outros ramos jurídicos distintos do Direito Penal. Por essa razão, o autor critica a denominação bem jurídico-penal, entendendo que ela acaba por retirar do Direito Penal sua natureza fragmentária, possibilitando sua expansão de forma incompatibilizada com o princípio supracitado²⁰⁶.

Rafael ALCACER GUIRAO adota uma concepção que identifica o bem jurídico com os interesses, objetos, funções e estados vinculados à pessoa. Assim, o autor ressalta a necessária compatibilidade do bem jurídico com o quadro valorativo imposto pelo Texto Constitucional²⁰⁷.

Mas o conceito em si deixa de ter relevância para o autor, que destaca, em verdade, a importância do programa ético-político do qual emana o bem jurídico e suas limitações valorativas impostas por uma abordagem decorrente das garantias individuais que remonta ao iluminismo e tem-se consolidado como limites materiais ao atuar do Direito Penal. No dizer do autor, acredita ele que uma análise do atendimento dos requisitos de legitimação material do Direito Penal “dependerá em grande medida das premissas políticas e filosóficas assumidas, as quais, como já dissemos e veremos, plasmaram-se nas diversas formas de entender o trabalho coercitivo do Estado”²⁰⁸.

Numa perspectiva totalmente diversa emerge o raciocínio de Joachim VOGEL, fazendo surgir a denominada concepção procedural do bem jurídico. Sob a influência da filosofia habermasiana, VOGEL acredita que a legitimidade das normas depende de elas serem fruto de um procedimento argumentativo e

²⁰⁵ No original: “La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional.” E continuando: “El derecho penal recibe el bien jurídico *ya tutelado* y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo”. In: ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. **Derecho penal**. p. 486.

²⁰⁶ *Ibidem*. p. 487.

²⁰⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. ADPCP, v. LI, Madri, 1998. Disponible em: <http://www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 20 jul. 2012. p. 391.

²⁰⁸ Nos dizeres originais do autor: “dependerán en gran medida de las premissas políticas y filosóficas assumidas, las cuales, como ya hemos dicho e veremos, se plasmarán en las diversas formas de entender la labor coercitiva del Estado”. *Ibidem*. p. 390.

consensual de comunicação, definido assim como procedimento democrático. Portanto, a análise de uma imposição legal de um bem jurídico por meio da criminalização de uma conduta nunca poderá responder, por si só, aos questionamentos relacionados à sua legitimidade²⁰⁹.

VOGEL ainda destaca que, em que pese a construção da legislação estar embasada em procedimentos constitucionalmente estabelecidos, tal procedimento admite amplas discussões nas quais se constrói a vontade política. Sendo assim, os bens jurídicos a se proteger são representados pelos fins coletivos perseguidos pela sociedade, ressaltando o aspecto ético-político de seu raciocínio. Dessa forma, o autor critica qualquer concepção prévia de bem jurídico, afirmando que esse decorre de uma relação dialética com a sociedade já estruturada, mas sempre em modificação²¹⁰.

Com destaque na produção de uma obra sobre o tema, na Espanha, Miguel POLAINO NAVARRETE define o bem jurídico como um valor merecedor da máxima proteção jurídica, resguardada esta à competência do Direito Penal, representando, portanto, os valores mais essenciais para a convivência digna da pessoa em sociedade²¹¹.

Em sua conceituação, verifica-se tanto a ênfase no caráter subsidiário do Direito Penal, ao selecionar apenas aqueles valores de maior importância para o ser humano, como sua visão personalista do conceito, vinculando-o a uma análise de interesse do homem.

Da explanação até aqui apresentada, resta evidente a existência de uma grande diversidade de concepções quanto às formulações conceituais do conteúdo do bem jurídico. Cabe, portanto, a verificação de como o tema bem jurídico tem sido trabalhado pelos juristas brasileiros.

²⁰⁹ VOGEL, Joachim. Legislación penal y ciencia del derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva da legislación penal). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2^a época, n. 11, 2003. p. 249-265. Disponível em:< <http://e-spacio.uned.es> >. Acesso em: 01 mai 2012. p. 255

²¹⁰ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. p.137.

²¹¹ POLAINO NAVARRETE. **El bien jurídico en derecho penal**. p. 34.

2.8 O tema na visão dos brasileiros

No Brasil, grande adesão foi dada, sob influência do Direito Italiano, à teoria constitucional do bem jurídico. Discorrendo sobre o tema, destaca-se a obra pioneira de Luiz Regis PRADO, que buscou, em livro próprio, estudar mais detidamente sobre o assunto e sua relevância no Direito Penal.

Segundo o autor, o bem jurídico pode ser considerado como “um ente (dato ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade”²¹². É em razão dessa relevância social que o referido valor passa a ser objeto da proteção subsidiária do Direito Penal.

Ainda segundo sua concepção, destaca-se a necessidade de os valores acolhidos como bens jurídico-penais estarem sempre compatíveis com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Dessa forma, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui uma espécie de parâmetro ou diretriz para o legislador penal infraconstitucional²¹³.

Nilo BATISTA defende a impossibilidade de o bem jurídico se opor formalmente à Constituição, mesmo que implicitamente, necessitando estar compatibilizado com a ordem constitucional imposta. Todavia, o conceito de bem jurídico pode ser compreendido como resultado da criação política do crime, guardando estreita relação com os objetivos do legislador, limitados pelos traços constitucionais²¹⁴.

Urge destacar o aspecto crítico apontado por Nilo Batista ao identificar a eleição dos bens jurídicos com a vontade das minorias dominantes, aproximando-se, nesse ponto, da crítica apontada também por Eugenio Raúl ZAFFARONI²¹⁵.

Juarez Cirino dos SANTOS conceitua o bem jurídico como os direitos e garantias individuais do ser humano, cuja fonte exclusiva se encontra na Lei Fundamental. No seu ponto de vista, o bem jurídico funciona tanto como critério de

²¹² PRADO. **Bem jurídico-penal e constituição**. p. 52.

²¹³ *Ibidem*. p. 53.

²¹⁴ BATISTA. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. p. 96.

²¹⁵ Nesse sentido, conferir: ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. **Derecho penal**. p. 487.

criminalização quanto como objeto de proteção, sendo “uma garantia irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito”²¹⁶.

Luciano FELDENS também se vincula à concepção italiana e ressalta a importância da ingerência dos valores constitucionais no Direito Penal. A Constituição representaria um quadro referencial obrigatório para a criação da atividade punitiva, sendo dela que se extraí o conceito prévio de bem jurídico, conduzindo o Direito Penal e o trabalho do legislador penal, necessariamente, a uma atuação conforme a Constituição²¹⁷.

Já em Juarez TAVARES o bem jurídico é compreendido não como dever, mas como valor cuja função é a proteção da pessoa. Embora subordine seu conceito de bem jurídico à Constituição, diferentemente de FELDENS, TAVARES não admite a existência de obrigações constitucionais de criminalizar, adotando uma concepção pessoal de bem jurídico semelhante à linha de HASSEMER. Dessa forma, TAVARES defende que a criminalização de determinado comportamento só será legítima na medida em que se encontre respaldada em uma política de garantia individual, aspecto esse indispensável em um Estado Democrático de Direito²¹⁸.

Entretanto, evidencia a necessidade de tal conceito resultar-se de uma opção política do legislador, seja essa comprometida ou não com os valores sociais. Todavia, no âmbito democrático, é essencial que a demonstração acerca do que se pretende proteger seja feita na forma de uma comunicação normativa compatível com a linguagem ordinária, permitindo-se, com isso, a observância séria ao processo de legitimação da norma²¹⁹.

Seguindo o raciocínio de Juarez TAVARES, Luís GRECO busca identificar o conceito de bem jurídico com a realidade e não com meras entidades ideais, haja vista a maleabilidade desse último em admitir como bem jurídico praticamente todo e qualquer interesse apontado pela norma. Contudo, ressalta que, ao defender essa concepção realista de bem jurídico, dá-se ênfase à desvinculação

²¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 18.

²¹⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59.

²¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199 e ss.

²¹⁹ TAVARES, Juarez. Bem jurídico e função em direito penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, ano VIII, n. 46, p. 104-108, out./Nov. 2007. p. 104.

do conceito com qualquer noção empírica, posto que muitos bens jurídicos, como a honra, não apresentam como essencial o aspecto empírico das ciências naturais²²⁰.

Após esses apontamentos, conceitua bem jurídico como “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”²²¹.

Fábio D'ÁVILA, em seus estudos sobre o princípio da ofensividade, destaca que o bem jurídico consiste em uma exigência material do ilícito que deriva, sobretudo, do âmbito constitucional e que, a partir dessa derivação, atua como parâmetro crítico de legitimidade “tanto no plano de *jure condendo*, orientando e limitando a produção legislativa em matéria penal, quanto no plano de *jure condito*, reivindicando uma interpretação da norma, de acordo com as exigências de ofensividade”²²².

Adotando uma visão crítica à adesão nacional à teoria constitucional, Ana Ellisa Liberatore Silva BECHARA defende um conceito híbrido de bem jurídico que não só se atrele aos princípios e valores impostos pela Constituição, mas que seja compreendido como elemento pré-jurídico, de natureza social. Nesse sentido argumenta que “o bem jurídico há de ser compreendido no âmbito da realidade social, devendo ser logicamente anterior à lei que o tutela para que logre limitar de maneira negativa o poder punitivo estatal”²²³.

Por fim, continua apresentando um conceito de bem jurídico como “síntese normativa de um interesse social fundamental, o seu conteúdo pode ser extraído conforme as atuais teses constitucionais e sociológicas, tomadas de forma complementar”²²⁴.

Renato de Mello Jorge SILVEIRA, ao estudar o Direito Penal supraindividual, ressalta que, apesar das variadas acepções dadas ao bem jurídico pelos estudiosos do assunto, tem mostrado certa relevância a compreensão do instituto no sentido de limitador do poder punitivo estatal. Via de consequência, a depender do modelo estatal vigente, verificar-se-á maior ou menor ingerência penal na liberdade do cidadão, de modo que, em um Estado Social e Democrático de

²²⁰ GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 88.

²²¹ *Ibidem*. p. 89.

²²² D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

²²³ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. p. 410.

²²⁴ *Ibidem*. p. 411.

Direito, o bem jurídico terá uma relevância limitadora muito maior do que em um modelo estatal autoritário²²⁵.

Sinteticamente, em que pese a diversidade conceitual do instituto, há certa harmonização no que tange à relevância do bem jurídico e às diversas funções que ele desempenha, tanto de caráter político-criminal, como de cunho dogmático, razão pela qual há a necessidade de seu estudo detalhado.

2.9 Funções desempenhadas pela teoria do bem jurídico em um modelo democrático de Estado

Numa democracia, o conceito de bem jurídico tem como referência central o indivíduo, ou seja, só constituem bens jurídicos aqueles objetos indispensáveis ao ser humano, direta ou indiretamente, para seu desenvolvimento pessoal em sociedade, impedindo-se, assim, a utilização do conceito em defesa de valores político-sociais.

Essa noção personalista do instituto tem sua origem no desenvolvimento do Estado de Direito, bem como no constitucionalismo que dele também emerge. Todavia, com o fracasso do citado modelo estatal, surge uma tendência a uma visão comunitarista, com o fito de solucionar o individualismo exacerbado pregado pelo Estado liberal e propor um fundamento filosófico pautado na ideia de que a comunidade é que, mediante um processo de socialização, dá ao indivíduo sua identidade.

Propondo um conceito de pessoa dependente da noção de comunidade, a visão comunitarista recebe diversas críticas, sobretudo em razão do esvaziamento da capacidade crítica do bem jurídico em razão da negativa de prevalência dos direitos individuais sobre os valores comunitários.

Para os adeptos de uma posição personalista ou antropocêntrica, o Estado Social e Democrático de Direito, em razão de suas bases calcadas na ideia da dignidade da pessoa humana, não admite uma construção da norma penal que não veja no indivíduo seu fundamento, bem como seu destinatário final. Dessa

²²⁵ SILVEIRA. **Direito penal supra-individual.** p. 52.

forma, segundo Ana Elisa BECHARA, a pessoa tomada como destinatária e fundamento da norma penal deve ser assim entendida a partir de sua capacidade intersubjetiva, impedindo que “o indivíduo seja considerado objeto da norma ou da política pública do Estado, reconhecendo-se sua condição de sujeito no contexto social”²²⁶

Seguido essa orientação personalista, em um Estado Social e Democrático de Direito só se admite que o Direito Penal, representando o mais extremo instrumento de controle social, venha a se manifestar quando imprescindível para garantia da tutela de interesses essenciais do homem, quando os demais ramos do Direito não se verifiquem suficientemente aptos a dar a esses interesses a devida proteção.

Após todo o raciocínio desenvolvido até então, uma indubitável conclusão pode ser retirada: o bem jurídico desempenha papel crucial no sistema penal de qualquer Estado Democrático de Direito, ou, como afirma o positivista Von Liszt, “bem jurídico e norma são os dois conceitos fundamentais do Direito”²²⁷.

Em função dessa imensa importância da teoria do bem jurídico é que, passadas várias décadas, o tema ainda se verifica extremamente atual. Consequentemente, a discussão a seu respeito não pode ser renunciada pelos penalistas, pois representa uma das poucas fontes geradoras de uma visão crítica do direito positivo.

De um modo geral, pode ser afirmado que o bem jurídico desempenha funções primordiais dentro do sistema jurídico-penal, as quais serão analisadas uma a uma nos tópicos seguintes.

2.9.1 O bem jurídico e sua importância na teoria do delito

A partir da consagração do princípio da lesividade, fruto do desenvolvimento principiológico das democracias modernas, a responsabilização penal fica condicionada à efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, e não à mera realização formal do tipo penal, dando ao crime não só o sentido de

²²⁶ BECHARA. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. p. 62.

²²⁷ LISZT. *Tratado de direito penal alemão*. p. 97.

legalidade que lhe é peculiar, mas também ressaltando a sua natureza social, como resultado valorado negativamente pela sociedade.

Assim, além de funcionar como verdadeiro limite ao poder criminalizador do Estado, o bem jurídico passa a desempenhar papel central no bojo da teoria do delito como ferramenta de compreensão teleológica da própria existência do tipo penal.

Talvez seja por tal razão que o bem jurídico já foi compreendido como “o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos e, portanto, um importante instrumento de interpretação”²²⁸.

Partindo desse posicionamento, a análise do instituto do bem jurídico mostra-se muito mais fundamental do que se pressupõe através das poucas páginas que os penalistas costumam destinar ao tema em seus tratados.

Sumariamente, o bem jurídico deve ser compreendido como o núcleo da norma e do tipo penal. Em consonância com esse papel, qualquer conhecimento ou interpretação feita sobre a lei penal deve, imprescindivelmente, partir da ideia do bem jurídico tutelado, visto que não há crime sem lesão ou ameaça ao mesmo.

Assim, em um trabalho interpretativo, mister se faz a determinação do bem jurídico protegido, para, finalmente, excluir da tipificação condutas que não afetem concretamente o bem tutelado. Um exemplo claro pode ser dado a partir da exegese do tipo lesão corporal presente no artigo 129 do Código Penal brasileiro: analisando o bem jurídico do tipo em questão, conclui-se que a norma tutela a saúde ou integridade física de uma pessoa. Assim, a intervenção cirúrgica não pode ser tipificada como lesão corporal, visto que lhe falta a antijuridicidade material, ou, melhor dizendo, a ofensa ao bem tutelado pela norma.

Entretanto, a interpretação também deve se basear em outros critérios, como a *ratio legis*. Porém o cumprimento ou não da *ratio legis* pressupõe, antes de tudo, que o bem jurídico sempre se resulte afetado.

Assim, mesmo utilizando outros critérios interpretativos, como a própria *ratio legis*, o conteúdo do conceito de bem jurídico não perde sua função exegética, que, sem dúvida, possui extremo valor tanto para o intérprete como para o aplicador do Direito.

Ademais, o conceito de bem jurídico acaba também por exercer uma

²²⁸ JESCHECK. **Tratado de derecho penal**, p. 256.

função sistêmica, funcionando como critério de agrupamento e classificação dos tipos penais, razão penal que, em seu Tratado, JESCHECK não se olvidou de assim mencionar²²⁹.

Numa leitura da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, notória é a classificação dos delitos tomando-se por parâmetro os bens jurídicos objeto de proteção. Nesse sentido, a própria nomenclatura de alguns capítulos como “dos crimes contra a vida”, entre outros tantos. É aqui que o bem jurídico desenvolve seu papel sistêmico, como sendo um critério fundamental na formação dos grupos de tipos configurados na Parte Especial.

Na medida em que o bem jurídico se situa como ponto central do delito e sendo exigível que o legislador oriente seu trabalho na proteção dos bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), o conceito representa o núcleo material do injusto presente em todo delito.

Assim, conforme esse núcleo material, o legislador decidiu classificar os delitos, agrupando-os com base no bem jurídico que se propõem a proteger, propiciando, didaticamente, uma melhor visualização dos mesmos dentro do ordenamento penal brasileiro.

Conforme até então demonstrado, o bem jurídico funciona como referencial de danosidade imprescindível ao injusto. Tal assertiva refletiu-se também, de certa maneira, na construção da teoria da imputação objetiva proposta por Claus ROXIN na década de 1970. Assim é que, conforme a teoria do risco, não há de se falar na existência do delito quando diante de comportamentos orientados para proteger ou, ao menos, diminuir o risco ao bem jurídico.

Dessa forma, ROXIN destaca a importância crítica da teoria do bem jurídico, bem como o papel da imputação objetiva no controle da aplicação do Direito Penal aos casos onde esse realmente se mostre necessário. O autor, ressaltando os dois níveis de ponderação propostos pelo bem jurídico, afirma que, se, por um lado, ao legislador cabe a proteção apenas de bens jurídicos, evitando a ingerência na liberdade de atuação do cidadão, por outro lado, “o aplicador do Direito tampouco

²²⁹ JESCHECK. **Tratado de derecho penal**. p. 234: “Como piedra maestra de la estructura de los tipos, el bien jurídico es, además, el decisivo criterio de classificación para la agrupación de los tipos”.

deve proteger os bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frete às lesões produzidas mediante riscos não permitidos.”²³⁰.

Também ainda nas construções dogmáticas de ROXIN, a teoria do bem jurídico tem apresentado especial rendimento quanto da análise do princípio da insignificância. Assim, vinculada à ideia de fragmentariedade do Direito Penal, o autor alemão defende a redução do âmbito de incidência da punição apenas para os casos onde essa se mostre indispensável para a efetiva proteção do bem jurídico, excluindo a tipicidade das condutas de bagatela, frente à escassez da relevância objetiva do dano.

Entretanto, mesmo com a divulgação e aceitação ampla do princípio da insignificância, inclusive nos Tribunais Superiores brasileiros²³¹, também algumas construções doutrinárias se mostram contrárias a sua utilização, sobretudo, nas hipóteses em que a reiteração de condutas de bagatela seja apta a gerar efeitos danosos consideráveis a sociedade. Segundo essa vertente encontra-se a ideia de delitos de acumulação que, embora não detenha unanimidade em sua aceitação, tem ganhado adeptos de peso, sobretudo quando o assunto é a proteção penal do meio ambiente.

Continuando a análise da influência da teoria do bem jurídico dentro de um estudo analítico do delito, com o advento do novo conceito de antijuridicidade material, introduzido inicialmente pelo pensamento neokantista, o bem jurídico adquire relevância primordial à teoria do injusto. Para que se verifique a existência do injusto penal (fato típico e antijurídico), é necessário mais do que a simples adequação do fato ao tipo, mas, além dessa adequação, a concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.

Partindo dessa concepção, notório é o papel fundamentador desempenhado pelo bem jurídico dentro da teoria do injusto, ou, de uma forma mais ampla, porém não menos verdadeira, dentro de toda a sistemática penal.

Uma vez então entendido o delito como imprescindível ofensa (real ou potencial) a esses “interesses” do corpo social, tanto a tipicidade como a ilicitude passam a ter como centro o bem jurídico. Ressaltando tal aspecto, BECHARA

²³⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

²³¹ Apenas em caráter exemplificativo, destacam-se as mais recentes decisões pela aplicação do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal: HC 112400/RS, de 22/05/2012; HC 110475/SC, de 14/02/2012; HC 108373/MG, de 06/12/2011 e HC 109363/MG, de 11/01/2011. Disponíveis em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 jun. 2012.

conclui que o conceito de injusto penal delineia a comunicação entre o Estado e a sociedade ao explicitar os limites entre o permitido e o proibido. Assim, se, por um lado, a análise sobre a idoneidade da ofensa ao bem jurídico combate a intervenção desnecessária do Estado por intermédio do Direito Penal, adquirindo função primordial na análise do juízo de tipicidade da conduta, por outro lado, vinculado à função e ao fim da norma penal, o conceito material de antijuridicidade adquire “o caráter de comportamento socialmente intolerável, relacionado à valoração do bem jurídico ofendido”²³².

Logo, de grande importância é a visualização dos bens penalmente tutelados para se iniciar qualquer interpretação da teoria do injusto, evitando equívocos que muitas vezes são cometidos em razão da “ignorância teórica” do aplicador do Direito.

Adotando esse postulado, Jorge de FIGUEIREDO DIAS afirma que, se a função do direito penal deve se restringir à proteção de bens jurídicos, sendo esse o elemento fundamental da valoração da antijuridicidade, então “é este mesmo elemento do crime, na forma de antijuridicidade típica, que deve constituir a pedra angular e possuir prioridade ontológica e normativa na construção do sistema jurídico-penal”²³³.

2.9.2. O papel do bem jurídico em razão da individualização da pena

Um dos princípios constitucionais penais de maior crédito dentro de um Estado Democrático de Direito pode ser subtraído da premissa da individualização da pena, que, no ordenamento brasileiro, encontra-se esculpida no art.5º, inc. XLVI da Constituição da República²³⁴.

²³² BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** p. 412

²³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito penal e estado de direito material. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, v. 31, p. 38 – 53. 1981. p. 45.

²³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º, XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jan. 2013.

Considerando como o escopo da pena a ressocialização²³⁵, ao fixá-la, o aplicador do Direito deve ter em mente as necessidades preventivas da pena. Para isto, e como forma de evitar possíveis injustiças, deve ser levada em conta a gravidade da lesão produzida no bem jurídico tutelado, conforme as exigências não só do princípio da individualização da pena, mas também de outro mandamento constitucional: do princípio da proporcionalidade.

Portanto, grosso modo, pode-se sinteticamente afirmar que, mesmo quando da aplicação da pena, a análise acerca da lesividade da agressão ao bem tutelado mostra-se imprescindível. Assim, analisando as disposições sobre fixação da penal, resta claro que a gravidade da conduta será considerada pelo juiz como justificativa para a imposição da espécie e do quantum de pena que melhor se ajuste ao caso em análise.

Em verdade, fica evidente que a teoria do bem jurídico, bem como suas consequências, entrelaçam-se dentro de toda a sistemática penal, demonstrando a relevância dos estudos sobre a temática.

2.9.3 Função crítica ou político-criminal

Também entendida como função de garantia ou limitadora do direito de punir do Estado, a função político-criminal é, inquestionavelmente, a mais enfocada pelos penalistas.

No momento em que se questiona qual bem jurídico possui legitimidade para ser tutelado penalmente, pela análise de cada um desses pontos de vista – o dogmático e o político-criminal – chega-se a resultados interessantes acerca do tema.

Um conceito dogmático de bem jurídico é capaz de verificar quais bens, numa visão concreta, são objeto de tutela penal em cada norma distinta.

²³⁵ A ressocialização é a finalidade da pena para os que adotam um critério de prevenção especial positiva. Todavia, mesmo com as inúmeras contradições presentes em nosso sistema penitenciário, essa é uma das finalidades da pena imposta expressamente em nossa legislação penal. Ademais, tendo em vista a adoção a um modelo de democracia substancial, a aplicação da pena como mero processo de retribuição não encontra guarita nos ideais democráticos e de dignificação da pessoa.

Assim, através de um método indutivo, extrai-se da própria norma o bem jurídico que recebe a tutela penal, ou seja, o bem que sofre a lesão.

Já utilizando um conceito político-criminal, o bem jurídico adquire uma função crítica, pois, em cada norma penal constata-se se há ou não correspondência entre o conceito ideal e real, questionando, então, a legitimidade do bem jurídico protegido.

Assim, analisar o tema bem jurídico sob uma perspectiva puramente dogmática tira dele o que o torna mais rico e crítico, capaz de limitar as atuações do Estado, quando da produção da norma de natureza incriminadora. Portanto, ao se propor trabalhar com a teoria do bem jurídico como limite ao *jus puniendi* estatal, obviamente que é dado enfoque a tal teoria sob esse aspecto crítico que merece análise mais depurada.

Antes de qualquer estudo sobre o conceito crítico do bem jurídico, mister se faz a distinção quanto ao modo como concebem o bem jurídico duas grandes correntes, quais sejam: a transcendentalista (vê a origem do bem jurídico fora do sistema jurídico positivado) e a imanentista (para a qual o bem jurídico é fruto da norma).

Dessa primeira divisão, desde logo se pode concluir que uma orientação imanentista acaba por promover um esvaziamento conceitual do bem jurídico, de modo que ele se reduz a um conceito formal, “cumprindo, quando muito, funções simplesmente interpretativas e sistemáticas”²³⁶ e assim deixando de desempenhar seu papel crítico.

Já o posicionamento transcendentalista parte do correto entendimento que situa a origem do bem jurídico além do sistema positivado, existindo até mesmo subcorrentes político-criminais que ora buscam na Constituição, ora no próprio sistema social, o fundamento de sua gênese.

Do que já foi apresentado, certo é que, para a adoção de um conceito crítico de bem jurídico, não se pode ater à corrente imanentista, sendo, portanto, mais coerente, a adoção do pensamento transcendentalista, que vê na pessoa do homem e da sociedade a sedimentação do bem jurídico.

Após esta primeira conclusão parcial, pode-se, então, partir para a análise da função crítica do bem jurídico e da importância de sua utilização.

²³⁶ GOMES. **Norma e bem jurídico no direito penal.** p. 109.

A noção de bem não pode, em qualquer momento, estar ligada a valores como religião, moral ou norma, senão relacionada com uma concreta e determinada relação social. Observa-se que o objeto de proteção nada mais é do que uma relação social que tem como centro a própria pessoa humana. Deve-se, ao indagar sobre o bem jurídico, investigar a relação social concreta porque através dessa é que se estabelece o bem jurídico²³⁷.

Exemplificadamente, ao comparar o crime de homicídio com o de infanticídio, clara é a distinção proveniente da análise da relação social concreta que vem a fornecer o bem jurídico. Não há dúvida da existência de um homicídio dentro do crime de infanticídio, porém a relação social concreta desse é muito mais complexa. Em suma, é óbvio que o cometimento de um infanticídio gera a lesão do bem existencial vida, mas, para que haja ofensa ao bem jurídico previsto no crime de infanticídio é necessário que a relação social prevista no corpo da lei se veja completa, ou, em outras palavras, as peculiaridades previstas nesse tipo, como a qualidade especial do autor e a condição temporal, também se verifiquem.

Logo, cabe ao Direito Penal ser responsável pela tarefa de tutelar as necessidades humanas, “dirigindo a cominação penal só frente às condutas que dificultem gravemente ou impossibilitem a participação não discriminatória nos processos de produção e distribuição igualitária da riqueza produzida”²³⁸.

Frisa-se também a observação: ao confrontar a norma e o tipo, deve-se observar a existência de certa dialética entre os termos, de modo que a norma penal afirma o bem jurídico à medida que o protege, enquanto, por outro lado, o tipo penal nega essa relação social concreta.

É através dessa retratação da realidade fática com a normativa que se torna possível desenvolver um conceito crítico do bem jurídico, capaz de exercer um profundo controle das normatizações vigentes e dar maior visibilidade aos processos das decisões político-criminais, cumprindo de forma absoluta as funções das quais são incumbidas.

Por último, mister se faz mencionar o conceito concluído por HORMAZÁBAL MALARÉE. Em suma, comprehende que os bens jurídicos representam relações sociais concretas tuteladas pela norma penal que nascem da

²³⁷ Cf.: ZAFFARONI; PIERANGELI. **Manual de direito penal brasileiro**. p. 463 -465.

²³⁸ GOMES. **Norma e bem jurídico no direito penal**. p. 113.

própria relação social democrática, como uma forma de superação do processo dialético presente nas democracias²³⁹.

Portanto, buscando funcionar como critério fundamental para a análise da legitimidade do poder legiferante penal, muito autores buscaram atrelar o conceito de bem jurídico ao quadro valorativo constitucional. Se é certo que uma primeira limitação a tal poder parte da própria Constituição, restam dúvidas quanto à capacidade da Lei Fundamental em servir de parâmetro que se baste para cumprir tal função.

Defendendo a necessidade de se vincular o conceito de bem jurídico aos princípios fundamentados na Constituição para se obter uma legítima função de garantia, Jorge de FIGUEIREDO DIAS afirma que “a ordem legal dos bens jurídicos há de constituir, antes de mais nada, uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição”²⁴⁰.

Não obstante as discussões acerca da suficiência da teoria constitucional do bem jurídico, aspecto já debatido e também criticado anteriormente, certo é que, muitas vezes, são considerados como “bem jurídico” interesses que não representam um valor fundamental para a sociedade, não tendo, sequer, o embasamento constitucional nem mesmo relevância social para o desenvolvimento do ser humano.

É neste momento, quando o legislador não respeita os limites impostos pela teoria do bem jurídico, que cabe ressaltar o seu papel crítico dentro do sistema penal, consequência da função de garantia, no sentido de mantê-lo em constante revisão.

Sendo assim, sempre que o legislador tipificar de forma que não ocorra a individualização do bem jurídico, ou que essa individualização ocorra de forma vaga, indeterminada ou conflitiva com os valores sociais vigentes, cabe ao intérprete fazer uma análise crítica da norma em questão. A incompatibilidade da norma com os valores constitucionais pode implicar na declaração de inconstitucionalidade da mesma. Por sua vez, a inobservância do preceito de tutela de um verdadeiro bem jurídico implica na falta de legitimidade da norma penal.

²³⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho.** p.144.

²⁴⁰ Com posicionamentos semelhantes: JESCHECK, ROXIN, BRICOLA, MUSCO, entre outros.

2.10 Classificação dos bens jurídicos

Considerando todos os apontamentos acerca da evolução conceitual e das funções desempenhadas pelo bem jurídico, resta evidente que tal tema, frente ao desenvolvimento desses novos universos de atuação do Direito Penal, passou a merecer maior atenção dos doutrinadores pátrios e estrangeiros.

Nesse sentido é que, com as discussões acerca do surgimento de novos interesses sociais, totalmente distintos dos bens clássicos do Direito liberal, de cunho totalmente individual, emerge uma nova classificação dos bens jurídicos, pautada no critério do sujeito titular do bem.

Segundo tal perspectiva, é possível classificar um bem jurídico como individual, comportando o subgrupo dos bens personalíssimos, e supraindividual, que se subdivide em bens públicos (também denominados gerais ou institucionais) e difusos.

Exemplificando, bem individuais podem ser representados pela vida, a liberdade, a propriedade. Personalíssimos, por sua vez, a integridade física e a honra.

No grupo dos bens supraindividuals, representando o subgrupo dos bens públicos gerais, pode-se citar a administração da justiça e a segurança do Estado. Como exemplo de bem jurídicos difusos, o meio ambiente e a saúde pública.

A principal diferenciação entre os bens jurídicos públicos e os difusos estaria no fato de que os primeiros corresponderiam a relações com a sociedade em seu conjunto ou ao próprio Estado, ao passo que os últimos seriam bens de um grupo amplo, pertencentes a uma pluralidade de pessoas mais ou menos determinável.

Roland HEFENDEHL propõe ainda uma nova classe denominada bem jurídico de confiança. Segundo o autor, nesse grupo estariam alojados a proteção contra determinados comportamentos que, se fossem permitidos, retirariam as

condições institucionais necessárias para a existência da confiança coletiva num pressuposto de funcionamento de determinados fenômenos relevantes²⁴¹.

Propondo uma classificação levemente distinta, Francisco MUÑOZ CONDE afirma que os pressupostos existenciais e instrumentais mínimos do indivíduo denominam-se bens jurídicos individuais. Por outro lado, quando a afetação seja de um grupo de pessoas, ou mesmo uma ordem social ou estatal, trata-se de bens jurídicos comunitários²⁴².

Rafael ALCÁCER GUIRAO subdivide o grupo dos bens jurídicos supraindividuais em bens intermediários e institucionais. Para ele, são considerados bens intermediários aqueles valores que, ao serem lesionados, podem ser reconduzidos diretamente a um bem jurídico pessoal. Por sua vez, os institucionais referenciam a verdadeiros bens públicos que não seriam hábeis a se vincularem a uma noção individual indireta. Nesse grupo, estariam as instituições essenciais para o desenvolvimento social baseado na participação de seus integrantes²⁴³.

Convém destacar, ademais, que a aceitação de bens jurídicos supraindividuais e a forma como são referenciados decorre, logicamente, da tomada de posição quanto a um posicionamento monista ou dualista. A teoria dualista comprehende como concebível a existência de bens individuais e supraindividuais com base em interesses heterogêneos. Logo, não cria maiores obstáculos a tal classificação. Por outro lado, os defensores da teoria monista concebem o bem jurídico apenas sob uma perspectiva: estatal ou individual. A teoria monista estatal neutraliza a capacidade crítica do bem jurídico ao equipará-lo à defesa das funções estatais, sendo hoje amplamente criticada. Já a corrente monista personalista vincula todo bem jurídico a uma gênese personalista, mesmo que tal interesse seja supraindividual, pressupondo sua vinculação à lesão a pessoa ou a instrumentos que promovam seu livre desenvolvimento. Atualmente, no Brasil, ainda encontra-se como majoritária a corrente monista personalista.

Sob um foco humanitário, faz-se mister frisar a importância atual dos bens supraindividuais, visto que afetam mais do que um simples indivíduo, e sim a

²⁴¹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal del riesgo futuro? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, n. 19, p. 147-158, 2001. p. 149.

²⁴² MUÑOZ CONDE. *Introducción al derecho penal*. p. 91.

²⁴³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf. Acesso em: 07 set. 2012.

sociedade em sentido amplo, de modo que sua afetação muitas vezes pode vir a inviabilizar o próprio gozo de bens individuais²⁴⁴.

Ademais, numa perspectiva contemporânea, com os novos desenvolvimentos tecnológicos e a possibilidade de colocação em risco de um grande número de pessoas por comportamentos perpetrados por um único indivíduo, passaram a ser objeto de grande discussão os caminhos do Direito para garantir a proteção dos interesses supraindividuais, bem como a eficiência e necessidade do Direito Penal na proteção de tais interesses, sendo tal tema um dos grandes responsáveis pelo questionamento acerca do rendimento da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal.

²⁴⁴ Neste sentido citamos o comentário do professor Luís Paulo SIRVINSKAS a respeito da tutela penal do meio ambiente: “O bem jurídico mais importante é o patrimônio ambiental, sem esta proteção não há de se falar em vida sobre o planeta terra”. Ainda sobre normas penais em branco e Bem Jurídico tutelado nos crimes ambientais, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 73, p. 10.

3 OS PROBLEMAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEOS E SEUS INFLUXOS NO RENDIMENTO CRÍTICO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

O desenvolvimento tanto político-criminal como dogmático da teoria do bem jurídico enfrenta hodiernamente sua maior crise. Enquanto nos anos 1970 ressurgiu como fundamento de controle dos limites criminalizadores do Estado, atuando como teoria precípua para justificar a reforma dos crimes sexuais na Alemanha²⁴⁵, hoje, já com os novos paradigmas sociais e as tendentes concepções desmaterializadoras do bem jurídico, muito se discute sobre o rendimento crítico da discussão e sua manutenção consolidada no controle da expansão penal.

Novos são os enfrentamentos do Direito Penal, assim como outros também aparentam ser seus fundamentos. Em decorrência, alguns dos principais problemas enfrentados pelo Direito Penal contemporâneo têm sido responsáveis pelo enfraquecimento da teoria do bem jurídico na perspectiva crítica ora apontada.

Todavia, antes de adentrar nos problemas contemporâneos do Direito Penal propriamente ditos e, por consequência, na análise do instituto do bem jurídico frente aos citados problemas, faz-se mister consolidar quais características marcam a sociedade atual de forma a propiciar essa quebra de paradigma.

3.1 Os reflexos da sociedade pós-industrial no Direito Penal contemporâneo

Com o advento de todos os avanços produzidos pela revolução industrial, seguida pela revolução tecnológica e de comunicação, a sociedade atual vive um grau de complexidade antes nunca imaginado.

Hoje, com a globalização das comunicações e dos mercados, o advento de tecnologias antes inexistentes e, consequentemente, o desenvolvimento cultural e miscigenado dos povos, novos interesses têm-se mostrado relevantes para a manutenção da vida social equilibrada, não sendo exagerado afirmar que todo esse desenvolvimento tecnológico propiciou não só o surgimento de uma sociedade

²⁴⁵ Sobre o tema: ROXIN. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** p. 12 e ss.

extremamente complexa e avançada, como também a criação de riscos dimensionados globalmente, gerando inquietudes e inseguranças²⁴⁶.

Pautada em um novo paradigma, e frequentemente denominada sociedade de risco, essa nova dinâmica social de desenvolvimento traz à tona a necessidade de reavaliação das relações entre o homem e a natureza. Nesse sentido, entende-se por sociedade de risco essa projeção das ameaças naturais em verdadeiras catástrofes sociais, econômicas e políticas, urgindo, portanto, a redefinição formal das responsabilidades e do controle de tais riscos²⁴⁷.

A grande distinção entre o modelo atual e as sociedades de períodos anteriores figura-se no desenvolvimento de riscos artificiais aptos a atingir um número indeterminado de pessoas, em dimensões inimagináveis. Opondo-se à teoria da sociedade de risco, Bernd SCHÜNEMANN afirma que a melhor definição da sociedade atual seria sociedade do desperdício, e não do risco, pois riscos individuais no período da Idade Moderna eram muito maiores que os atuais e os grandes riscos industriais datam do século XIX. Por seu turno, atualmente, a destruição contínua de recursos é muito maior que sua mera colocação em risco²⁴⁸.

Analizando essa classificação da sociedade atual como uma sociedade de riscos, Mirentxu CORCOY BIDASOLO afirma que antes os riscos não eram conhecidos e, quando conhecidos, em regra, não se detinha conhecimento suficiente de como evitá-los. Atualmente, com o desenvolvimento tecnológico, tais riscos, além de conhecidos pela ciência, mostram-se, muitas das vezes, passíveis de controle, cabendo ao Direito a atualização necessária para permitir a responsabilização, inclusive penal, daqueles que detenham o controle, bem como atuar de forma preventiva para evitar o surgimento de efetivos danos de tamanha extensão²⁴⁹.

Em que pese a inexistência de unanimidade quanto à adesão à terminologia sociedade de risco, desenvolvida por BECK, indiscutível é a convergência dos pensamentos no sentido de afirmar que a sociedade pós-industrial apresenta alto grau de complexidade e aumento da insegurança objetiva e subjetiva,

²⁴⁶ BECK. **Sociedade de risco.** *Passim*.

²⁴⁷ *Ibidem*. p. 16, 18 e 89.

²⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal**, ano II, n. 1-2, Buenos Aires: Ad-hoc, 1996. p. 31.

²⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirot lo Blanch, 1999. p. 217.

apresentando ao Estado novas demandas, ou mesmo um redimensionamento dos interesses merecedores de tutela penal²⁵⁰.

Se é certo que a evolução e a complexidade da sociedade contemporânea têm rendido novos contornos ao Direito no mundo todo, também resta indiscutível que tais reflexos têm promovido discussões ferrenhas sobre a ampliação ou não do Direito Penal com vistas à proteção desses novos interesses sociais.

É nesse sentido que Cornelius PRITTWITZ constrói sua visão do Direito Penal contemporâneo à luz da teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN, afirmando que há tempos a sociedade de riscos tem influenciado tanto a política criminal como a dogmática penal²⁵¹.

Assim, a insegurança contemporânea, reforçada pela amplificação causada pela exploração midiática da violência, impõe ao Estado a necessidade de uma atuação preventiva. Nesse sentido é que o Direito Penal do risco apresenta-se expansivo, posto reconhecer a existência de novos bens jurídicos e ainda, pautado no ideal de prevenção, viabilizar a antecipação da culpabilidade a momentos impensados pela teoria clássica²⁵².

Nesse caminhar se destaca a produção legislativa brasileira a partir dos anos noventa do século XX, representando uma abusiva extensão de sua abrangência a searas de legitimidade discutível, havendo casos em que o uso do Direito Penal para fins meramente político-demagógicos se mostra evidente²⁵³.

Em consequência, a própria viabilidade da teoria do bem jurídico como critério de fundamentação da legitimidade de intervenção penal tem sido posta em xeque. Se a teoria do bem jurídico tem como função precípua a limitação da intervenção penal na esfera de liberdade do indivíduo, em contrapartida, o movimento da legislação penal em todo o globo se apresenta cada vez mais expansivo, deixando dúvidas acerca da credibilidade de tal teoria para cumprir com sua função.

²⁵⁰ Destacando o duplo sentido desse movimento contemporâneo que expande o direito penal e ao mesmo tempo desriminaliza condutas: SILVA SÁNCHEZ. **A expansão do direito penal**. p. 29.

²⁵¹ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adám (orgs.). **Critica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 260.

²⁵² Alguns destes problemas serão tratados mais adiante no item 3.2.

²⁵³ Atendendo a esse novo paradigma, a lei dos crimes hediondos. BRASIL. **Lei nº 8.072/1990**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 07 set. 2012.

Ademais, a desmaterialização vivenciada pelo conceito de bem jurídico na sociedade pós-industrial, fruto da mudança do paradigma individual do Direito Clássico para um modelo de valores vagos e indeterminados proposto pelo enaltecimento dos interesses supraindividualis, representa uma grande geradora de dificuldades dogmáticas e político-criminais que eclodem no questionamento acerca do rendimento da teoria do bem jurídico.

Ressaltando as dificuldades do conceito clássico de bem jurídico, Vincenzo MILITELLO analisa a necessidade da sociedade contemporânea administrar os novos riscos e as dificuldades conceituais da noção liberal de bem jurídico, moldada na ideia de proteção do indivíduo, para garantir a proteção a valores supra individuais²⁵⁴.

Também com esse efeito se apresenta o tipo penal de perigo, em especial o perigo abstrato, haja vista sua dificuldade de adequação aos princípios da ofensividade e intervenção mínima.

Certo é que, frente a todas essas mutações sociais, também a teoria do bem jurídico tem-se transformado e buscado adequar seu conceito às necessidades contemporâneas. Todavia, faz-se mister sua delimitação conceitual para verificar a viabilidade de sua utilização como critério negativo de legitimidade do Direito Penal ou se, do contrário, tal orientação não atende a essa função.

3.2 Principais problemas atuais enfrentados pelo Direito Penal

Considerando que no Direito Penal, inexoravelmente, repercutem os influxos da sociedade contemporânea, não restam dúvidas que muitos obstáculos virão a ser enfrentados por esse ramo jurídico com o fulcro de promover a sua atualização necessária para atender os novos paradigmas sociais.

Alguns dos principais problemas contemporâneos do Direito Penal que repercutem diretamente na análise do rendimento crítico da teoria do bem jurídico podem ser sintetizados dentro de quatro perspectivas: a antecipação da intervenção

²⁵⁴ MILITELLO, Vincenzo. *Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; ADÁN NIETO, Martín. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 46.

penal, a administrativização do Direito Penal, o crescimento dos delitos de acumulação e o surgimento cada vez mais crescente nas legislações de crimes sem a presença de um verdadeiro bem jurídico tutelado, assuntos que se relacionam diretamente com a ampliação dos horizontes do Direito Penal à proteção de interesses supraindividuais. Cabe, portanto uma análise ao menos perfunctória de tais problemas.

3.2.1 A antecipação da intervenção penal

Frente a essa nova perspectiva da sociedade contemporânea, em que pese a consagração de princípios no Estado liberal que visam restringir a aplicação do Direito Penal, convive-se com experiências que muitas das vezes apontam a uma tendência oposta, de natureza expansiva e compatível com as estruturas sociais pós-industriais²⁵⁵.

É nesse sentido que, embasado na necessidade de garantir segurança a certos âmbitos da vida social, o Direito Penal tem atuado de forma antecipada, com especial fundamento no princípio da prevenção.

Todavia, convém destacar que a criminalização das situações de perigo não é uma prerrogativa dos Estados contemporâneos. Tal realidade já encontrava respaldo no Direito romano, conforme demonstrado por Renato de Mello Jorge SILVEIRA²⁵⁶.

Com a tipificação do perigo, discute-se se o crime deixa de ser uma ofensa material ao bem jurídico, passando a intervenção penal a funcionar como um instrumento de regulação de condutas, de atuação paralela ao Direito Administrativo.

Nos dizeres de Blanca MENDOZA BUERGO, o Direito Penal deixa de atuar como garantidor de um mínimo ético, cuja atuação, pautada nos ideias liberais, apresentava-se de forma fragmentária e subsidiária, para se transformar em um instrumento de controle dos grandes problemas sociais, ou seja, “passando assim

²⁵⁵ Sobre esse processo de expansão, conferir a obra já várias vezes citada: SILVA SÁNCHEZ. **A expansão do direito penal. *passim*.**

²⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** São Paulo: RT, 2006. p. 92 e ss.

da repressão de pontuais lesões concretas de bens jurídicos à prevenção em grande escala de situações problemáticas”²⁵⁷.

A antecipação da tutela penal, representada, sobretudo, pelo recurso à tipificação do perigo, mostra-se necessária frente aos riscos globais e ao ideário de prevenção, adequando o Direito Penal às necessidades da atual sociedade pós-industrial, que tem como fulcro não só o controle eficaz dos comportamentos, mas também, e por consequência, a minimização dos novos riscos presentes nessa realidade²⁵⁸.

As grandes discussões em torno do recurso aos crimes de perigo dizem respeito, sobretudo, ao perigo abstrato, haja vista que, nessa espécie de delito, a antecipação penal é tamanha que sequer é necessária a verificação da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico para o perfazimento do tipo, implicando a presença de um inquestionável déficit material no seu conteúdo²⁵⁹.

Urge destacar, inicialmente, que a distinção entre crime de lesão e de perigo diz respeito à afetação do bem jurídico. Todavia, isso não deve levar o leitor desavisado a confundir o citado instituto com a classificação baseada na existência ou não de um resultado naturalístico, que faz com que os crimes se classifiquem em material, formal e de mera conduta. Nesse sentido, ensina ZAFFARONI que o resultado material é um fenômeno naturalístico, enquanto a classificação em crimes de dano ou de perigo decorre de uma valoração jurídica²⁶⁰.

Os crimes de perigo concreto ou resultado perigoso, cuja ameaça ao bem jurídico vem previsto no próprio tipo, não apresentam maiores questionamentos quanto à ofensividade, já que efetivamente possuem como resultado desvalorado a colocação em perigo do bem jurídico protegido. Por sua vez, os crimes de mera conduta perigosa (perigo abstrato), por tratarem de modelos em que o perigo ao bem jurídico é presumido, são dignos de muitas inquietações político-criminais.

Renato de Mello Jorge da SILVEIRA afirma ser discutível sua constitucionalidade exatamente pela utilização de uma presunção, o que, necessariamente, implica a falta de lesividade. Assim, comprehende que a proteção

²⁵⁷ MENDONZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 50: “passando así de reprimir puntuales lesiones concretas de bienes jurídicos a la prevención a gran escala de situaciones problemáticas”.

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 65.

²⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**. Viabilidade. Efetividade. Tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva 2010. p. 35.

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. tomo 3. p. 257-258.

de bens supraindividuais por esta espécie típica não encontra guarda no ordenamento penal, podendo ser feita em outros campos²⁶¹.

Ademais, destaca-se ainda a crítica apontada por Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, afirmando que a reinterpretação do princípio da ofensividade dada por alguns penalistas com o objetivo de capacitá-lo a ser utilizado também na seara dos crimes de perigo abstrato tem reconfigurado o bem jurídico de critério crítico para elemento fundamentador²⁶².

O paradigma da prevenção, proposto pelo novo modelo social, teve como reflexo direto no Direito Penal a ampliação constante de tipos penais classificados como crimes de perigo abstrato que, longe de serem por si sós ilegítimos, necessitam de parâmetros sólidos de materialidade para fundamentar sua utilização, sob pena de se atentar contra toda a sistemática penal.

Foi nesta tentativa que Urs KINDHÄUSER apresentou sua concepção da segurança como bem jurídico tutelado pelos crimes de perigo abstrato, mas que, por consequência da possibilidade de um alargamento acrítico do instituto, foi alvo de muitas críticas²⁶³.

Utilizados, sobretudo, para garantir uma tutela eficaz na proteção de interesses supraindividuais (como, por exemplo, o meio ambiente), os crimes de perigo abstrato fundamentam sua criminalização no desvalor da ação, conceituada essa como uma conduta perigosa, afastando, por consequência, o postulado da legitimidade pautada no bem jurídico.

Muitas são as tentativas dos penalistas de fundamentar legitimamente a existência de um crime de perigo abstrato, todavia nenhuma delas se mostra suficientemente hábil se não for analisada de forma conjunta com o estabelecimento de critérios dogmáticos sólidos. Assim, tal perspectiva se contrapõe à tradição legislativa vivenciada, pelo menos no Brasil, que se desvincula do compromisso de criminalizar injustos claros, produzindo tipos legais que incriminam meras desobediências²⁶⁴.

²⁶¹ SILVEIRA. **Direito Penal supra-individual**. p. 103.

²⁶² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1993. p. 155.

²⁶³ KINDHÄUSER, Urs. **Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal**. INDRET. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, fevereiro, 2009, p. 15. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124363/172336>. Acesso em: 20 jan. 2013.

²⁶⁴ Nesse sentido a preocupação de Helena Regina Lobo da COSTA. **Proteção penal ambiental**. p. 51.

No mesmo sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ critica a utilização dos crimes de perigo abstrato como função reguladora, como se esse fosse o único mecanismo hábil a promover um desenvolvimento ordenado de determinadas atividades perigosas, sendo essa uma atuação ofensiva ao próprio viés de *ultima ratio* caracterizador do Direito Penal. Assim defende a autora pela falta de legitimidade da utilização da estrutura típica de mera conduta criminosa²⁶⁵.

De forma geral, pode-se afirmar que as críticas aos delitos de perigo abstrato são várias, extrapolando as questões afetas à ofensividade, podendo se destacar desde a ofensa ao princípio da culpabilidade decorrente do processo de antecipação da ingerência penal, até o fato da periculosidade desse tipo não estar abarcada pelas concepções de dolo e imprudência, não sendo possível uma distinção pautada no erro e uma consequente violação ao princípio da responsabilidade subjetiva²⁶⁶.

Em suma, considerando a falta de um conteúdo material presente nos tipos de perigo abstrato, adicionada ao seu uso indiscriminado, pode-se avançar em uma expansão desnecessária do Direito Penal a universos que seriam bem melhor administrados por outros ramos do Direito, o que, em certa medida, não coaduna com as necessárias imposições de limites legitimadores ao poder criminalizador do legislador.

3.2.2 A administrativização do Direito Penal

Essa constante ingerência do Direito Penal em condutas perigosas torna tênue a distinção entre o ilícito administrativo e o penal, sendo mister que tal dialética não represente uma mera mudança de nomenclatura. Outra não pode ser a conclusão tendo em vista a análise acerca do conteúdo e dos objetivos dos referidos ramos jurídicos, notadamente distintos.

Assim, enquanto o Direito Penal tem como atuação precípua a proibição de determinados comportamentos concretos em razão do objetivo de

²⁶⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. p. 162.

²⁶⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. *Delitos de peligro, dolo y imprudencia*. Madrid: Arias Montano, 1994. p. 247.

proteção de determinados bens ou valores essenciais ao desenvolvimento social, o Direito Administrativo, por sua vez, “visa ordenar de forma geral determinados setores específicos de atividades, reforçando, por meio de sanções regidas pelo critério de oportunidade, determinado modelo de gestão”²⁶⁷

Ademais, convém destacar que o recurso ao Direito Penal, por si só, não representa necessariamente um prejuízo ao agente, posto que, em que pese o caráter nitidamente mais estigmatizante do Direito Penal, a seara administrativa é dotada de menos garantias individuais e maior liberdade do julgador, elementos estes que, de *per si*, conduzem, ao menos em tese, a uma maior insegurança da decisão administrativa sancionadora. Nesse sentido, destaca-se a crítica de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, catedrático de Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri, ao equiparar o direito administrativo sancionador a um modelo repressivo pré-beccariano, tamanha a falta de garantias do mesmo em comparação ao estágio em que se encontra o Direito Penal²⁶⁸.

Reforçando tal argumento, pode-se destacar a conotação da tipicidade presente do Direito Administrativo sancionador, que, longe de ter uma preocupação material e restritiva, é dotada de grande relatividade propiciada pelo recurso a cláusulas gerais²⁶⁹. Tal fator opõe-se diametralmente à concepção do instituto no Direito Penal que, em que pese uma tendente relativização do princípio do *nullum crimen sine scripta lege*, decorrente da utilização de recursos como as normas penais em branco, ainda enxerga na tipicidade uma necessária descrição precisa da conduta delitiva como forma de garantir a segurança na aplicação da lei penal.

Sintetizando tais distinções de cunho garantístico, Manuel GÓMEZ TOMILLO destaca que enquanto o Direito Penal, mediante um processo dotado de garantias, pode vir a aplicar, por um juiz imparcial, uma pena que restrinja a liberdade do acusado, a Administração, na aplicação de suas sanções que nunca se caracterizam pela imposição direta de restrição à liberdade do indivíduo, utiliza um processo administrativo sem as referidas garantias relacionadas ao princípio do juiz natural²⁷⁰.

²⁶⁷ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** p. 254.

²⁶⁸ *Apud* SANTANA VEGA, Dulce María. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.** Madrid: Dikinson, 2000. p. 121.

²⁶⁹ CRETELLA JUNIOR, José. **A prática do processo administrativo.** 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p.79-80.

²⁷⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. **Revista Actualidad penal**, n. 4, p. 69.

Em verdade, considerando que ambos os subsistemas jurídicos possuem consequências e conteúdos diversos, seus âmbitos devem ser respeitados sob pena de se ter ou uma expansão desnecessária da seara penal, com a criação de novos delitos em nítido desrespeito ao princípio da *ultima ratio*²⁷¹, ou, por outro lado, uma conversão de ilícitos penais em meras infrações administrativas sob a falaciosa perspectiva de se estar beneficiando o agente praticante da infração, não podendo tal tema ser tratado como mera troca de etiquetas, conforme comenta Dulce María SANTANA VEGA²⁷².

Resta claro que os limites entre o delito e o ilícito administrativo são muito tênuas, existindo, inclusive, para fundamentar tal distinção, diversas teorias que, entretanto, não serão objeto deste trabalho. Todavia, sumariamente, pode-se afirmar que o principal critério diferenciador é o teleológico, considerando a incontestável distinção entre as finalidades do Direito Administrativo e do Direito Penal.

3.2.3 Delitos de acumulação

Outro problema digno de análise, também reflexo da adoção de uma política criminal prevencionista, é a tendência penal de criminalização de condutas geradoras de ameaças futuras à sociedade.

Assim, determinados comportamentos que, considerados em sua individualidade, não representam riscos à sociedade, passam a ser criminalizados em razão do perigo que sua repetição em grande escala pode gerar. A tipificação de comportamentos de tal natureza tem sido definida pela doutrina como delitos de acumulação.

Contudo, como garantir a legitimidade da intervenção penal em condutas acumulativas se elas, consideradas em sua individualidade, não são hábeis a gerar efetivo risco ao bem sob proteção?

²⁷¹ Essa expansão desnecessária pela falta de compreensão dos limites entre os subsistemas citados foi também enfatizada por Helena Regina Lobo da COSTA ao analisar a proteção penal do meio ambiente. Nesse sentido, cf.: **Proteção penal ambiental**. p. 170 -183

²⁷² SANTANA VEGA. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos**. p. 122.

A denominação delitos de acumulação foi primeiramente empregada por Lothar KUHLEN, em 1986, referindo-se a condutas em matéria ambiental que necessitam de repressão mesmo que isoladamente não viessem a gerar ofensa ao bem jurídico, mas que, se não combatidas, e consequentemente repetidas em grande escala, passariam a ter relevância penal²⁷³. Tal construção remonta aos estudos de Joel FEINBERG. Esse, embora não se utilizando da terminologia atual, em 1984 já afirmava o risco do cometimento repetido de determinadas condutas²⁷⁴.

Vários autores admitem a tutela penal de condutas acumulativas. Nesse sentido, Wolfgang WOHLERS justifica sua utilização com base em critérios científicos de análise dos reais riscos que tais comportamentos podem vir a ensejar, prescindindo, para isso, da ideia de bem jurídico como critério de legitimação, bastando um prognóstico real de danosidade²⁷⁵.

Também Roland HEFENDEHL justifica a legitimidade da punição dos delitos acumulativos com base em uma filosofia moral. Dessa forma, afirma que, constatando-se que uma infração de norma de conduta lesiona o bem jurídico de uma quantidade suficientemente grande de destinatários, passa a ser inadmissível a defesa do sujeito no sentido de que sua contribuição isolada seja irrelevante para o bem jurídico, já que não há nenhuma razão evidente para que o ordenamento jurídico privilegie esse indivíduo em detrimento de todo um grupo²⁷⁶.

Em Portugal, Jorge FIGUEIREDO DIAS entende possível a tutela penal dos crimes cumulativos tendo em vista a necessidade de prevenção dos riscos globais, bastando, portanto, a constatação empírica dos resultados negativos da acumulação para se legitimar sua punição. O autor, embora ainda defensor da validade da teoria do bem jurídico, acaba por aderir, em defesa, sobretudo, das gerações futuras, à ideia de punição dos delitos de comportamento, considerando inaceitável a crítica de que os delitos de acumulação impliquem uma responsabilização penal por fato de terceiro²⁷⁷.

²⁷³ Cf. BECHARA. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. p. 257.

²⁷⁴ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal Law*. v.1. 226 e ss.

²⁷⁵ WOHLERS,Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La teoria del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 403.

²⁷⁶ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: *Ibidem*. p. 193 e ss.

²⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. Disponível em: <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2012. p. 58.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ considera necessária a utilização desse modelo dogmático no contexto atual. Todavia, defende que essa seja pautada em um direito de segunda velocidade no qual há maior flexibilização dos princípios penais e prevalência de outras penas, que não as privativas de liberdade. Isso se justifica tendo em vista que, para o renomado autor, a utilização dos delitos de acumulação implica ofensa a diversos princípios penais, entre eles o da culpabilidade e da proporcionalidade das penas²⁷⁸.

No Brasil, defendendo sua utilização alinhada à análise de riscos reais, conforme proposto por WOHLERS, Fábio Roberto D'AVILA reconhece tal uso como legítimo, mesmo que esse reconhecimento implique a aceitação de uma exceção ao princípio da ofensividade. Nesse sentido, exemplifica a intolerância à poluição, pela qual, quanto maior o grau de poluição local, menores serão os índices de aceitação de emissão de poluentes²⁷⁹.

Na perspectiva apresentada por D'AVILA, exemplo se extrai do crime de poluição previsto na lei brasileira, posto que se mostra possível a punição de um agente que descarte ínfima quantidade de lixo no meio ambiente. Assim, embora individualmente considerado tal comportamento não seja digno de gerar uma ofensa ao bem jurídico protegido, sua punição se pauta na ideia de ofensa por cumulação, considerando os riscos da repetição em série de tal conduta.

A construção dogmática dos delitos de cumulação se mostra contrária à ideia de crimes de bagatela, tornando inaplicável o princípio da insignificância. Nesse sentido e, sobretudo, em matéria ambiental, vários são os seus defensores, assim como algumas das mais recentes decisões dos Tribunais brasileiros²⁸⁰

²⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ. **A expansão do direito penal.** p. 112.

²⁷⁹ D'AVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n. 67, jul./ago. 2008. p. 51 e ss.

²⁸⁰ INFORMATIVO 466/2011: PESCA PREDATÓRIA. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de réu denunciado como incursão nas penas do art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998, uma vez que foi flagrado pela Polícia Militar de Proteção Ambiental praticando pesca predatória de camarão, com a utilização de petrechos proibidos em período defeso para a fauna aquática e sem autorização dos órgãos competentes. Postula o paciente a atipicidade da conduta com a aplicação do princípio da insignificância, visto que pescara aproximadamente quatro kg de camarão, que foram devolvidos ao *habitat* natural. A Turma denegou a ordem com o entendimento de que a quantidade de pescado apreendido não desnatura o delito descrito no art. 34 da Lei n. 9.605/1998, que pune a atividade durante o período em que a pesca seja proibida, exatamente como no caso, ou seja, em época da reprodução da espécie e com utilização de petrechos não permitidos (parágrafo único, II, do referido artigo). Há interesse estatal na repreensão da conduta em se tratando de delito contra o meio ambiente, dada sua relevância penal, tendo a CF destinado um capítulo inteiro à sua proteção. HC 192.696-SC, Rel Min. Gilson Dipp, julgado em 17 mar. 2011.

Contrária à utilização do referido instituto e ressaltando a necessidade de retorno ao uso racional do Direito Penal, destaca-se a manifestação de Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA, para quem a opção pela admissão dos delitos de acumulação, flexibilizando e abrandando o Direito Penal, implica uma “intolerável quebra sistêmica (conforme as inúmeras críticas já lançadas ao ‘Direito Penal de segunda velocidade’ de Silva Sánchez) e evidencia a própria convicção de que os danos cumulativos não devem ser tutelados no âmbito penal”²⁸¹.

No mesmo sentido, Renato de Mello Jorge da SILVEIRA, ao analisar as teses de KUHLEN referentes à legitimidade do recurso penal à construção de delitos de acumulação, visando à prevenção de grandes riscos, considera-as insustentáveis. Assim o autor fecha sua crítica afirmando que “a diferença entre micro e macrocriminalidade há de ser tida em perspectiva político-criminal, mas não dogmática”²⁸².

Enfim, convém destacar que o recurso à construção dos delitos de acumulação, longe de estar pautado em critérios concretos de ofensividade, coroa uma prática utilitarista que busca proteger a sociedade de forma eficiente contra os novos riscos e perigos dessa sociedade pós-industrial. Entretanto, a consideração de que tal punição é aplicada a condutas que não dependem da ação do agente, mas sim, necessariamente, de contribuição alheia, infringe, nitidamente, o princípio da responsabilidade pessoal, garantia penal presente em grande parte dos países democráticos.

Nesse sentido a crítica de BECHARA, ao afirmar que a discussão em torno do problema dos delitos de acumulação não se sintetiza em uma simples análise da inobservância do princípio da ofensividade. Em verdade, implica também analisar as questões referentes à culpabilidade, posto que os delitos de acumulação legitimam a responsabilização penal de uma espécie de “concurso involuntário de agentes”. Portanto, considerando que a conduta individualmente considerada pode ser entendida como inofensiva, por mais que se tenha ciência do perigo de uma eventual cumulação de comportamentos, não há de aceitar a ideia de presunção de consciência, fato esse que se mostra totalmente atentatório à noção de responsabilidade penal subjetiva. Ademais, até mesmo em uma consideração

²⁸¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, p. 03-05, mar., 2010, p. 5.

²⁸² SILVEIRA. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** p. 150.

relacionada à noção de dolo eventual, considerando que a reiteração de comportamentos pode vir a se perpetrar em um lapso temporal extenso, mostra-se forçosa a adoção de tal construção para a adequação da ideia de delitos de acumulação aos padrões dogmáticos atuais.²⁸³

Há, ainda, uma gritante desconsideração ao princípio da ofensividade, já que a punição por acumulação se pauta em um prognóstico de que, em havendo outros comportamentos, haverá grande risco ao bem tutelado, amplificando a importância do desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado. Trata-se, em verdade, de um nítido processo vinculado à ideia de antecipação da tutela penal.

3.2.4 Do processo de desmaterialização dos bens jurídicos ao reconhecimento de “delitos sem bem jurídico”

Conforme explicitado nos capítulos anteriores, a noção de bem jurídico possibilitou à ciência penal promover uma diferenciação entre o tipo e o seu substrato, entendido esse como os valores que o ordenamento jurídico concede dignidade penal²⁸⁴.

Numa busca incessante pela adaptação do Direito Penal aos paradigmas sociais contemporâneos, a mais recente tendência político-criminal se volta tanto à prevenção de situações perigosas, como à efetivação de uma tutela de bens supraindividuais, de amplo alcance e forte conteúdo abstrato, num movimento que SILVA SÁNCHEZ denominou de “caminho sem volta”.

Essa manifestação, em contrapartida à conceituação inicialmente pensada de bem jurídico, caracterizada pela busca de um conteúdo material pautado na proteção dos interesses individuais como forma de garantir que a teoria do bem jurídico pudesse desempenhar satisfatoriamente sua função crítica, tem promovido um processo reverso: a desmaterialização do conceito.

No dizer de Bernd MÜSSIG, trata-se de um processo que constrói o bem jurídico distanciando da objetividade natural e do viés individual típicos das

²⁸³ BECHARA. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. p. 7 e ss.

²⁸⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e direito penal**. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 104.

construções concretistas e antropocêntricas desenhadas pelos defensores de um conceito pessoal de bem jurídico, promovendo, ao revés, uma intervenção penal de bens universais de conteúdo vago e abstrato²⁸⁵.

Considerando as próprias características desses novos bens jurídicos de conteúdo e titularidade difusa, a operacionalização de sua respectiva proteção implica um necessário remodelamento do paradigmático modelo de lesão até então desenvolvido pelo Direito Penal clássico, o que, via de consequência, colabora para a utilização cada vez mais constante de figuras como os delitos de perigo abstrato e os crimes de acumulação. Dessa forma, ao invés de se punir a lesão efetiva a um bem portador de dignidade penal, verifica-se a utilização do aparato penal frente ao descumprimento de uma mera norma reguladora e gerenciadora de riscos.

Esse novo padrão de proteção a interesses que destoam do viés clássico e individualista tem como propensão, como propugna Blanca MENDOZA BUERGO, a predisposição a viabilizar uma proteção de funções e instituições em detrimento da proteção de bens concretos²⁸⁶.

Em outra nomenclatura, mas tratando do mesmo problema, Alessandro BARATTA critica esse processo de dinamização dos bens jurídicos por promover uma alteração na relação do Estado com a própria sociedade. Dessa forma, o Estado sai da figura de garantidor da certeza do Direito para um Estado garantidor da segurança dos bens e administrador dos riscos e conflitos que acompanham o conceito. Tal processo ainda reflete nas técnicas de imputação, posto permitir uma antecipação da esfera punitiva antes mesmo de uma efetiva lesão ao bem tutelado²⁸⁷.

Mesmo com as construções acerca do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, desenvolvida como forma de limitar, de certa maneira, a utilização desarrazoada do Direito Penal, posição que pode ser considerada majoritária ao menos no solo brasileiro, amplas são as demandas por proteção penal em temas que não podem ser considerados como um bem jurídico.

Todavia, mais do que reconhecer esse processo de dinamização, espiritualização ou desmaterialização do conceito de bem jurídico, decorrente da

²⁸⁵ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de uma teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Madrid, n. 9, jan. 2002. p. 169-208.

²⁸⁶ MENDOZA BUERGO. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. p. 73.

²⁸⁷ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: uma discussión en la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado**. Barcelona, n. 1, 1991, p. 37-55.

tutela, sobretudo, dos interesses supraindividuais, cabe a análise sobre a possibilidade de existirem delitos sem bem jurídico protegido, o que implica a quebra completa do paradigma da ofensividade e exclusiva proteção de bens jurídicos, que encontra respaldo constitucional expresso em alguns ordenamentos²⁸⁸.

Outro não pode ser o raciocínio ao se analisar, a título de exemplo, o tipo penal de maus tratos a animais. Em nenhuma concepção de bem jurídico aqui esboçada, a não ser a metodológica, dotada de um indiscutível esvaziamento crítico, é possível destacar da referida figura legal o bem jurídico objeto de proteção da norma.

Assim, se o bem jurídico deve ser compreendido por um valor ou interesse essencial para o desenvolvimento humano em sociedade, como a violação a integridade física ou psíquica de um animal pode estar violando algum bem jurídico?

Em razão de tal problema é que autores como Roland HEFENDEHL e Claus ROXIN apresentam suas teses de flexibilização da teoria do bem jurídico para admitir, apenas excepcionalmente, a criação de tipos penais, como o de maus tratos a animais, que, embora não possuam um bem jurídico protegido, necessitam da tutela penal por representarem uma conduta repugnada socialmente²⁸⁹.

SILVA SÁNCHEZ, por sua vez, comprehende que tais delitos necessitam da tutela penal, mas deveriam estar submetidos a um outro segmento do Direito Penal, descrito como um Direito Penal de segunda velocidade, haja vista que, pela flexibilização de princípios garantísticos presentes na dogmática penal, tais delitos deveriam ser tratados com sanções menos gravosas que a pena privativa de liberdade²⁹⁰.

Ressalta-se ainda que as discussões acerca da legitimidade de um delito de maus tratos aos animais²⁹¹ não é uma prerrogativa brasileira, alcançando

²⁸⁸ Assim, considerando a função de Direito Penal como sendo a de proteger os bens jurídico, cita-se tanto o ordenamento Alemão como o Espanhol.

²⁸⁹ Nessa linha: ROXIN *apud* GRECO. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrado.** p. 37, 90; HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal del riesgo futuro? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstrato. passim.*

²⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ. **A expansão do direito penal.** p. 188 e ss.

²⁹¹ O crime de maus tratos aos animais encontra-se previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/98. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm Acesso em : 07 set. 2012

terras muito além dos limites territoriais do Brasil. Assim, também as legislações alienígenas têm tratado como crime a conduta de maltratar animais²⁹².

Outro exemplo digno de análise e que também recorre ao Direito Penal brasileiro e de outros países diz respeito à punição do porte de substância entorpecente para consumo próprio²⁹³.

Longe de utilizar a teoria do bem jurídico como critério de interpretação da vontade do legislador, como feito de forma inconsequente por muitos doutrinadores²⁹⁴, da análise do referido tipo penal não há como afirmar que o bem jurídico protegido é a saúde pública. Tal construção implica uma forçosa amplificação do conceito de bem jurídico, prejudicando, indiscutivelmente, seu caráter crítico.

Resta evidente que o porte de substância entorpecente para consumo próprio é mais um exemplo presente na legislação brasileira da existência de um tipo penal sem bem jurídico. Tal comportamento pode representar um desvio de conduta frente os valores éticos dominantes de uma sociedade, mas nunca uma lesão ou perigo de lesão a um suposto bem jurídico “saúde pública” ou mesmo à eventual “integridade física do consumidor”.

Ademais, a autocolocação em risco decorrente do referido comportamento, pela aplicação dos critérios de responsabilização penal pautados na imputação objetiva, não seria digna de sanção penal, demonstrando uma faceta inaceitável de paternalismo penal²⁹⁵.

A ampliação do aparato penal à proteção de valores cuja concepção de bem jurídico se mostra incompatível ou espiritualizada é de certa maneira uma realidade frente à proteção de todos os interesses pela qual a dinâmica social clama. Se é certo que alguns comportamentos desprovidos de bem jurídico, como os aqui

²⁹² Na legislação espanhola, o crime de maus tratos vem previsto no art. 337 do Código Penal. Disponível em: <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>. Acesso em: 20 dez. 2012. Na Itália, o assunto é tipificado no art. 727 do Código Penal Italiano. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2012. Na Alemanha, por fim, no §17 da Lei de Proteção dos Animais. Disponível em: http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=de&u=http://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/_17.html&prev=/search%3Fq%3D%25C2%25A7%2B17%2Btierschutzgesetz%26hl%3Dpt-BR%26client%3Dfirefox-a%26hs%3DDW3%26tbo%3Dd%26rls%3Dorg.mozilla:pt-BR:official&sa=X&ei=MGUTUeLSDoOA9gTkx4HwAQ&ved=0CDQQ7gEwAA. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁹³ No Brasil, ver art. 28 da Lei federal nº11.343/06. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/.../lei/l11343.htm. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁹⁴ Conferir, sobretudo, notas 2.3 e 2.5.

²⁹⁵ Também nesse sentido: ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 45 e ss

exemplificados, fazem parte da realidade jurídico-penal de muitos ordenamento, são eles legítimos?

A resposta negativa a tal questionamento pode ser embasada exatamente pela violação ao princípio da ofensividade, haja vista que, pela inexistência do bem jurídico tutelado pelas citadas normas (ou mesmo pela desmaterialização do conceito) essas, após uma verificação crítica, deveriam ser extirpadas do ordenamento. Nesse diapasão são as conclusões alcançadas pela adoção de uma concepção personal de bem jurídico²⁹⁶.

Todavia, respondendo de forma positiva à pergunta supracitada, resta questionar qual seria então o fundamento de legitimidade dos tipos penais sem bens jurídicos, posto que, nessa perspectiva, concebe-se, ao menos como insuficiente, a consideração da teoria do bem jurídico como fundamento legitimante do aparato estatal incriminador.

Em suma, esses são alguns dos principais problemas objeto de questionamento do Direito Penal hodierno e cuja preocupação, como restou demonstrando, não se limita a uma análise de ofensa ou não ao bem jurídico protegido, mas sim de qual deve ser o critério de legitimidade do Direito Penal.

3.3 Análise do rendimento crítico da teoria do bem jurídico

Frente a todas essas novas incorporações de questões apresentadas socialmente pelo Direito Penal, resta a discutível dúvida do quão proveitosa tem-se apresentado a teoria do bem jurídico para legitimar e controlar negativamente a atuação do legislador penal.

Dos problemas atuais enfrentados pelo Direito Penal contemporâneo e aqui apresentados de forma não exaustiva, fica claro que o pedestal intocável em que a teoria do bem jurídico se localizava encontra-se, ao menos, abalado por novas reflexões.

Entretanto, a discrepância do pensamento pátrio com as mais recentes discussões europeias sobre o tema exigem, para fins didáticos, que o tema seja

²⁹⁶ HASSEMER. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídico. p. 31 e ss.

primeiramente analisado de forma dicotômica para, só posteriormente, ser feita uma análise unicamente dele.

3.3.1 Uma visão geral do posicionamento europeu: entre defensores e céticos

Os novos problemas de enfrentamento do Direito Penal têm implicado não só a reanálise da teoria do bem jurídico, mas também que muitos outros institutos jurídico-penais sofram uma remodelagem, visando atender às necessidades contemporâneas da sociedade. Todavia, considerando os anseios de constante revalidação do Direito Penal frente ao dinamismo social, será possível considerar a premissa da lesão ao bem jurídico como critério *sine qua non* de legitimidade do tipo penal?

A Alemanha pode ser compreendida como nascedouro da teoria do bem jurídico, pois foi no desenvolvimento da dogmática penal alemã que se viu a gênese da referida ideia, tornando-se ela obsoleta com a eclosão da *Kieler Schule* e revigorando-se, precípuamente, com os estudos de Claus ROXIN²⁹⁷.

Todavia, o surgimento dos problemas da atualidade, vinculados, sobretudo, às ideias de risco, antecipação de tutela e proteção de interesses difusos e coletivos, tem promovido uma reviravolta na seara do Direito Penal capaz de questionar a própria plausibilidade da teoria do bem jurídico enquanto referencial crítico da intervenção penal.

Como *best seller* na análise dos influxos das sociedades pós-industriais na política criminal contemporânea, faz-se mister a referência à obra de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ²⁹⁸.

Analizando o movimento de expansão do Direito Penal como um caminho sem volta, o autor lança grande descrédito na teoria do bem jurídico enquanto instrumento de delimitação penal. Para tanto, reforça sua argumentação com demonstrações fáticas de que em diversas legislações, em que pese a

²⁹⁷ ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal**. Buenos Aires: Depalma, 1979. *passim*.

²⁹⁸ Nesse sentido, cite-se a obra publicada pela primeira vez em 1999 na Espanha, intitulada “A expansão do direito penal”, cuja utilização neste trabalho também se mostra latente.

questionável existência de um bem jurídico em determinados tipos penais, tais normas têm sido aceitas e utilizadas pelo legislador como ferramentas legítimas.

SILVA SÁNCHEZ propõe como solução às questões contemporâneas já apontadas a divisão do Direito Penal em eixos diversos, cabendo, para aquele núcleo clássico, a aplicação também de um Direito Penal clássico (ou de primeira velocidade, como denominado pelo próprio autor). Esse se caracterizaria pelo recurso à pena privativa de liberdade e, por consequência, pela observância dos princípios liberais consagrados pelos Estados Democráticos, entre eles o da exclusiva proteção de bens jurídicos²⁹⁹.

Todavia, para atender os anseios promovidos pelo novo paradigma contemporâneo de sociedade, haveria a necessidade de utilização de um Direito Penal de segunda velocidade, capaz de garantir tutela eficaz aos novos interesses por meio de uma flexibilização das citadas garantias liberais. Por consequência, como forma de promover um maior controle sobre tais processos, ao Direito Penal de segunda velocidade não caberia o recurso à pena privativa de liberdade, estando assim pautada na razoabilidade da mesma³⁰⁰.

Na esteia da defesa de um conceito pré-positivo e pessoal de bem jurídico e, consequentemente, na contramão das necessárias mudanças apontadas, Winfried HASSEMER é partidário da elaboração de um conceito restrito de bem jurídico, calcado no ideário iluminista e na consequente visão individualista do ser humano, como pré-requisito para qualquer aplicação do Direito Penal, sob pena de se sacrificar grande parte das garantias fundamentais de natureza penal, adquiridas com a vitória das luzes e, de certa maneira, consagradas nos ordenamentos pátrios como conquistas da humanidade³⁰¹.

Em HASSEMER, o Direito Penal só possui legitimidade para atuar na defesa dos interesses afetos, direta ou indiretamente, ao indivíduo, trabalhando assim com o que se denominou conceito pessoal de bem jurídico. Em seu raciocínio, a existência de ofensa ao bem jurídico, sendo esse restringido na concepção personalíssima do autor, é garantia essencial da legitimidade da norma penal incriminadora³⁰².

²⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ. *A expansão do direito penal*. p. 193.

³⁰⁰ *Ibidem*. p. 188 e ss.

³⁰¹ HASSEMER, Wilfried. Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad penal*, n. 43, 22-28 noviembre 1993, Madrid p. 635-646.

³⁰² HASSEMER. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. p. 275 a 285

Todavia, ele não nega a relevância, ou até mesmo imprescindibilidade, de se garantir uma tutela eficaz aos novos interesses que eclodem em velocidade tão rápida como a esperada por uma sociedade globalizada. HASSEMER compatibiliza tal ponto com o conceito pessoal de bem jurídico proposto ao defender que tais novas questões não seriam afetas ao Direito Penal, cabendo sua proteção por um novo ramo jurídico denominado Direito de Intervenção³⁰³.

Uma das razões de tal posicionamento se explica pelas características desse Direito Penal moderno, amplamente criticado pelo renomado jurista, que renega ao descrédito princípios penais consolidados pelo Direito Penal clássico, sob a justificativa de uma atuação prioritariamente preventiva. Nesse novo paradigma, a teoria do bem jurídico, cuja função crítica no Direito Penal clássico é evidente, converte-se em um verdadeiro critério positivo de criminalização, impondo-se até mesmo como exigência de criminalização³⁰⁴.

No afã de manter inatingível seu conceito pessoal de bem jurídico, HASSEMER propõe a construção do Direito de Intervenção como ramo jurídico que se destinaria a atender os novos anseios sociais relacionados a interesses que se afastariam do indivíduo. Assim, a defesa de interesses supraindividuais poderia ser objeto desse novo campo jurídico que, por não ter todas as restrições principiológicas impostas ao Direito Penal, obviamente trabalharia com sanções outras que não a restrição da liberdade individual, de maneira semelhante à proposta por SILVA SÁNCHEZ ao trabalhar o conceito de velocidades no Direito Penal. No dizer do próprio HASSEMER, em que pese o Direito Penal moderno representar uma área de atuação que necessita se organizar preventivamente, o velho e bom Direito Penal sempre se orientou pelo passado, baseado na repressão, e por bons motivos insiste em continuar assim³⁰⁵.

Nessa perspectiva hassemeriana, ao Direito Penal se restringiria como legítima a proteção de um núcleo clássico de interesses, centrado na figura do indivíduo, denominado bem jurídico pessoal, responsável assim por manter asseguradas as garantias jurídico-penais. Assim, a própria legitimidade de tipos

³⁰³ HASSEMER, Wilfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 41 e ss.

³⁰⁴ HASSEMER. Crisis y características del moderno derecho penal. p. 638.

³⁰⁵ HASSEMER, Wilfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 8, out./dez., 1994, p. 41-84. São Paulo, p. 50.

penais de proteção de bens universais só estaria fundamentada se tais interesses, ainda que indiretamente, pudessem ser conciliados com a perspectiva individual³⁰⁶.

Em contrapartida, o pensamento exposto por HASSEMER, sob o crivo de se garantir proteção às conquistas liberais consagradas pela humanidade, condena o Direito Penal a uma visão estamentada, incompatível com a necessária dinamicidade inerente a qualquer ciência do Direito.

As construções de Claus ROXIN, responsável pelo ressurgimento da teoria do bem jurídico, além de defenderem o recurso ao bem jurídico como critério de fundamentação da legitimidade da norma incriminadora, reforçam a importância de ser trabalhada tal função crítica da teoria do bem jurídico como mecanismo de controle da produção legislativa penal, nem sempre preocupada com os limites de seu atuar³⁰⁷.

Entretanto, até mesmo Claus ROXIN, considerado talvez um dos mais árduos defensores do papel crítico do instituto, propõe uma readequação do tema às novas realidades. Nesse sentido, em que pese a manutenção de uma posição prioritária que vislumbra no Direito Penal a missão precípua de proteção subsidiária de bens jurídicos, em atenção à citada função crítica do instituto, tal postulado, na última versão de sua obra, rendeu algumas flexibilizações decorrentes dos influxos de um Direito Penal contemporâneo³⁰⁸.

Também defensor de um conceito pessoal de bem jurídico, entendido como uma vinculação do instituto a uma visão antropocêntrica, ROXIN relativiza seu conceito frente aos novos interesses que emanam da sociedade e que se mostram dignos de uma tutela penal cujo apontamento do bem jurídico protegido mostrou-se inoperante.

Assim, nas suas mais recentes obras, ROXIN admitiu a existência de iniciais três exceções ao princípio da exclusiva proteção ao bem jurídico, considerando admissível a existência de normas penais sem o citado referencial de legitimidade. Nessa perspectiva, para se garantir a proteção de animais e plantas, a tutela do embrião ou, por fim, a defesa dos interesses de gerações futuras, seria

³⁰⁶ HASSEMER, Wilfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. p.281.

³⁰⁷ ROXIN. *Estudos de direito penal*. p. 31 e ss.

³⁰⁸ Nesse sentido, conferir: Greco. **Modernização do direito penal, bens jurídico coletivos e crimes de perigo abstrato**. p. 90. E também: BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. p. 268.

plausível a criação de tipos penais sem a necessária presença do bem jurídico como fundamento³⁰⁹.

Em que pese compartilhar de um conceito pessoal de bem jurídico³¹⁰, diferentemente do proposto por HASSEMER, ROXIN não busca a criação de um direito alternativo, mas trabalha exceções, dentro do próprio Direito Penal, que se mostram justificáveis em razão do dinamismo da sociedade contemporânea.

Também defensor da teoria do bem jurídico e com posicionamentos de certa forma convergentes aos apregoados por Claus ROXIN, Roland HEFENDEHL é partidário da admissão de exceções à teoria do bem jurídico. Entretanto, o autor não se mostra cético ao rendimento crítico do conceito, mas sim, como também ROXIN se posiciona, representa um verdadeiro entusiasta de sua importância como controle de legitimidade do Direito Penal, sendo de relevância ímpar o estudo do instituto, sobretudo, para viabilizar uma análise crítica de produções legislativas portadoras de falsos bens jurídicos.

Nesse sentido argumenta que o reconhecimento de crimes sem bem jurídicos reforça a importância do papel crítico da teoria, pois, nesses casos, deve acender um alerta aos operadores do Direito com o fulcro de verificar se esses delitos possuem legitimidade, ainda que embasada em outro critério que não na existência de um bem jurídico tutelado³¹¹.

Buscando um novo parâmetro para justificar a existência, embora restrita, de normas penais sem bem jurídico, HEFENDEHL constrói a idéia de normas de comportamento, compreendendo-as como tipos penais que se limitam a penalizar comportamentos contrários às formas de convivência humana socialmente enraizadas e compatíveis com o modelo constitucional adotado pelo Estado³¹².

Embora coadune com a existência de tipos penais sem bem jurídicos, construindo o conceito de normas de comportamento, cuja utilização se mostra questionável, o citado jurista, ao propor uma flexibilização do dogma da exclusiva proteção de bem jurídico, diferentemente do que se possa supor, não intenta desconstruir a teoria do bem jurídico, mas sim a enaltece como referencial de

³⁰⁹ ROXIN, Claus apud GRECO. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.** p. 90.

³¹⁰ ROXIN, Claus. Es la protección de bien jurídico una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (coord). **La teoría del bien jurídico.** p. 448.

³¹¹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse El derecho penal de riesgos futuros? p. 157.

³¹² *Ibidem.*

legitimidade cuja relevância julga inquestionável, mas que, de certa forma, admite exceções que devem ser vistas com cautela.

Em resumo, pode-se afirmar que, à semelhança de ROXIN, HEFENDEHL propõe uma solução que, ao menos *in tese*, não abandona por completo o postulado de utilização do conceito de bem jurídico como critério legitimante.

De maneira um pouco distinta, em Urs KINDHÄUSER, os novos reflexos da sociedade contemporânea fazem surgir novos interesses, muitas das vezes de natureza supraindividual, que, em razão da necessidade de se atender aos ideais de precaução, precisam de uma eficaz tutela penal.

Para tanto o autor não abandona por completo a noção de bem jurídico, mas apenas a compatibiliza com esses novos interesses e os novos mecanismos dogmáticos de proteção deles, como os crimes de perigo abstrato³¹³. Nesse viés, chega ao extremo de reconhecer nesse tipo de crime o bem jurídico segurança, entendida essa como “justificada ausência de preocupação ao dispor de outros bens quaisquer”. Por conseguinte, a lesão à segurança passa a ser concebida como um dano *sui generis*³¹⁴.

A construção proposta por Urs KINDHÄUSER, todavia, merece ser vista com certa cautela, posto que, por meio da criação do bem jurídico segurança, tem-se a legitimação de incontáveis crimes de perigo abstrato. De certa maneira, a teoria do bem jurídico estaria funcionando muito mais como um conceito utilizado para legitimar a atuação do legislador do que como fundamento crítico prévio à criminalização. Ou seja, na proposta de KINDHÄUSER há uma perda substancial do papel legitimador da teoria do bem jurídico.

De maneira semelhante, tendo em vista a vasta flexibilização de princípios de garantia decorrentes de sua visão do Direito Penal contemporâneo, Klaus TIEDEMANN propõe uma necessária intervenção penal em consideração à lesividade social da nova criminalidade.

Por meio dessa reforma, TIEDEMANN reconhece a existência de bens jurídicos outros, que não aqueles meramente atrelados à ideia do indivíduo, mas

³¹³ KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. **INDRET. Revista para el análisis del derecho.** Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124363/172336>. Acesso em: 30 nov. 2012. p. 11.

³¹⁴ Apud GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.** p. 8.

propõe, de maneira bem pragmática, uma reestruturação de toda a dogmática penal vigente, como forma de possibilitar uma contribuição realmente eficiente do Direito Penal. Enaltece, nessa seara, a utilização de crimes de mera conduta, em razão do desvalor da ação, peça motriz de toda reformulação, assim como uma facilitação da atividade probatória, sob pena de se criarem tipos totalmente inócuos³¹⁵.

Todavia, cabe verificar que, embora trabalhe o conceito de bem jurídico, TIEDEMANN acaba promovendo, semelhantemente a KINDHÄUSER, seu esvaziamento como fundamento legal legitimador. Nesse sentido, argumenta que o legislador possui legitimidade para fazer uso do Direito Penal na proteção desses novos interesses por três razões: 1) cabe ao Direito Penal colaborar na sedimentação de novos valores na sociedade, papel que denominou “função de pioneirismo”; 2) em razão do uso indiscriminado de outros recursos jurídicos de controle, como o cível e o administrativo, deve-se destacar que esses nem sempre se mostram menos gravosos e, por fim, 3) cabe ao legislador a prerrogativa discricionária de escolha do meio mais idôneo a garantir a tutela de determinado interesse, posto que a própria constituição assim garante.

Urge destacar que as três razões apontadas por TIEDEMANN implicam uma relativização talvez exacerbada de relevantes e consolidados princípios penais como a própria *ultima ratio*, bem como uma quebra nos frequentes questionamentos, sobretudo de índole constitucional, relacionados com a citada legitimidade “absoluta” do Poder Legislativo, fazendo surgir teorias que buscam no Judiciário a solução para o déficit majoritário de legitimidade³¹⁶.

Mesmo frente aos fundamentos daqueles que se intitulam defensores da teoria do bem jurídico, a falta de precisão conceitual do instituto e suas dificuldades em atender de maneira satisfatória os novos interesses sociais sem implicar uma quebra de conquistas humanistas que deram base à construção do Direito Penal clássico, têm feito emergir um incontável número de juristas que não enxergam no bem jurídico uma função de limitação do poder de criação do legislador penal.

³¹⁵ Apud GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.** p. 6.

³¹⁶ Sobre o tem, conferir nota de rodapé nº 33, no capítulo 1 dessa obra.

A exemplo do citado descrédito na capacidade crítica do conceito de bem jurídico, Wolfgang FRISCH propõe, como fundamento de legitimidade do Direito Penal, uma análise acerca do princípio do merecimento de pena³¹⁷.

Segundo o autor, o conceito de bem jurídico apresenta dificuldades intransponíveis, sobretudo em razão de sua vagueza conceitual. Além disso, pelo fato de, nas sociedades complexas atuais, o caráter de vitalidade de determinadas realidades encontrar-se juridicamente decidido muito antes de qualquer manifestação penal, esvaziando-se, dessa forma, a relevância da discussão do tema bem jurídico, sob uma perspectiva prévia ao legislador, como critério de legitimação preliminar de seu atuar³¹⁸.

Também seguindo a linha de FRISCH, Wolfgang NAUCKE, partindo de uma reinterpretação da filosofia kantiana, propõe que a legitimidade da criação de tipos penais esteja atrelada, tão somente, à ideia de retribuição da pena e desvinculada de qualquer outra finalidade ou critério utilitarista³¹⁹.

Em que pese à compreensão de um núcleo restrito de interesses que teriam legitimidade penal, defendendo assim, de maneira semelhante à de HASSEMER, o retorno a um “direito penal clássico”, afasta-se da leitura desse por não permitir que influxos sociais se reflitam no Direito Penal, devendo ele ter sua legalidade restrita à razão, isenta de qualquer manifestação política³²⁰.

Compartilhando os raciocínios de NAUCKE, HERZOG, comprehende que há cada vez maior interdependência da legislação penal com a política interna, o que leva essa última a manipular toda a política criminal em prol de interesses de classes detentoras do poder. Assim, a própria exigência de proteção penal a interesses ambientais, ou a amplificação da ideia de prevenção e necessidade de proteção de riscos representam uma flexibilização dos elementos típicos e uma maximização das opções político-criminais, avaliadas conforme às exigências do “mercado político”³²¹.

³¹⁷ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. In: HEFENDEHL, Roland (coord.). **La teoría del bien jurídico**. p. 311.

³¹⁸ *Ibidem*. p. 339.

³¹⁹ Apud GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. p. 18.

³²⁰ *Ibidem*. p. 19.

³²¹ HERZOG, Felix. *Limites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro)*. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, p. 317 a 327, tomo XLVI, fascículo 1, enero-abril, 1993, p. 322.

Também representante da Escola de Frankfurt, Feliz HERZOG vê com ressalvas as novas pretensões do Direito Penal contemporâneo que caminham, sobretudo, atreladas a uma concepção de sociedade de riscos.

Por tais razões, a manutenção de um núcleo basilar do Direito Penal, cuja legitimidade se mostre inquestionável, representaria uma forma de garantir intocáveis os fundamentos críticos dessa seara jurídica, evitando que a mesma seja utilizada de maneira aleatória pelos interesses políticos e em detrimento da liberdade individual³²².

Desacreditando na capacidade crítica da teoria do bem jurídico, Günter STRATENWERTH analisa o tema de forma extremamente realista. Segundo o autor, uma das grandes dificuldades de se trabalhar com o bem jurídico como critério de legitimização penal encontra-se em sua falta de coerência conceitual, haja vista a diversidade acadêmica de definições do que vem a ser um bem jurídico. Tal dificuldade, por si só, já promoveria um esvaziamento da citada função crítica do instituto³²³.

Ademais, como forma de viabilizar um novo critério para a atuação positiva do legislador em matéria penal, propõe o merecimento de tutela penal pela simples análise da inadmissibilidade social de determinado comportamento em razão de um consenso normativo sobre o mesmo. Dessa maneira, STRATENWERTH converte como regra geral a ideia de delitos de conduta trabalhada como exceção na teorização de HEFENDEHL³²⁴.

Essa talvez seja a maior razão para a maioria das críticas apontadas ao raciocínio do citado jurista, já que tal posicionamento torna temerário o controle do poder de punir do Estado, podendo esse vir a ser deturpado por meio da aplicação de contínuas e homeopáticas doses de arbitrariedade, que facilmente sequer seriam constatadas pela sociedade antes da confirmação por completo de um modelo estatal autoritário.

Wolfgang WOHLERS, refletindo sobre a posição de STRATENWERTH, afirma que uma convicção, por si só, não legitima a tutela penal, devendo sobre ela incidir um aspecto valorativo de reprovação. Em verdade, a visão do citado autor

³²² HERZOG, Felix. **Algunos riesgos del derecho penal del riesgo**. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/65/60>. Acesso em: 13 dez. 2012.

³²³ STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. IN: HEFENDEHL, Roland (coord.) **La teoría del bien jurídico**. p. 365 e ss.

³²⁴ Apontando essa crítica. BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. p. 285

mostra-se crítica não só ao posicionamento de STRATENWERTH, mas também, de forma genérica, ao rendimento da teoria do bem jurídico enquanto critério de legitimidade do Direito Penal. Esse seria, pois, o ponto crucial do problema atual enfrentado pela citada teoria, haja vista que tanto a análise de cunho antropológico restritivo, proposta pelo conceito pessoal de bem jurídico, como as esperanças de uma perspectiva do conceito vinculada à Constituição mostraram-se incapazes de determinar de maneira satisfatória o âmbito de incidência legítima dos bens jurídicos dignos de tutela penal³²⁵.

Frente a tal posição, que de certa forma pode ser considerada como céтика em consideração a algumas das mais renomadas caracterizações do bem jurídico, WOHLERS apresenta duas soluções decorrentes da eventual sustentação do dogma de que a tarefa do Direito Penal consiste unicamente na defesa de bens jurídicos: ou se consideram ilegítimos os tipos penais problemáticos por ofensa a tal dogma, devendo-se lutar pela sua revogação, ou se admite que o núcleo dos tipos penais pode extrapolar, com as devidas restrições, os limites impostos pela teoria do bem jurídico, posição que, em sua opinião, configura-se atualmente como majoritária. Todavia, assim reconhecendo, devem-se buscar os critérios de legitimidade de tais exceções, haja vista que elas não se encontram fundamentadas na teoria do bem jurídico, bem como verificar a forma como tais critérios tornariam possível a distinção entre tipos penais legítimos e ilegítimos³²⁶.

A partir de tal constatação, e considerando a predileção pelo último posicionamento doutrinário exposto, WOHLERS enxerga dois enfoques que buscam atender exigências outras de legitimidade que não as pautadas unicamente na teoria do bem jurídico: de um lado, o representado pelos doutrinadores que vislumbram no *offence principle* a possibilidade de complementação dos déficits apresentados pela teoria do bem jurídico, como propõem HIRSCH e SEHER; de outro, o dos teóricos que adotam como exceção a aceitação de determinados tipos penais que não possuem bem jurídico, mas que, mesmo assim, estariam legitimados pela tese dos delitos de conduta, como intenta excepcionalmente HEFENDEHL, de certa forma

³²⁵ WOHLERS, Wolfgang. *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione de uma prospettiva europea continentale e da uma angloamericana*. In: FIANDACA, Giovanni, FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale**. Culture europeo-continentale e angloamericana a confronto. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 132.

³²⁶ WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. p. 406.

também ROXIN, em sua mais recente posição, e, de modo extremamente radical, STRATENWERTH³²⁷.

Buscando justificar a legitimidade de novos modelos penais decorrentes do quadro pós-industrial em critérios empíricos, WOHLERS comprehende que apenas a comprovação da danosidade das condutas e da necessidade de cooperação social realisticamente comprovada mostram-se como justificativas hábeis a legitimar a intervenção penal. Todavia, desenvolve critérios de legitimidade relevantes, porém específicos para cada tipo de delito³²⁸.

Adotando tal posicionamento frente à teoria do bem jurídico, WOHLERS pode ser considerado um céítico ao seu rendimento político-criminal³²⁹, posição reforçada pela análise de Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA, ao afirmar que a postura do autor de se utilizar de um prognóstico realístico de danosidade para legitimar a existência de determinados tipos penais problemáticos, como os delitos de acumulação, acaba por colocar a proteção de interesses dignos de tutela penal em um segundo plano, enaltecedo uma verdadeira proteção penal de função³³⁰.

Utilizando uma conceituação de bem jurídico que se relaciona com as teorias sociológico-sistêmicas, Knut AMELUNG também vincula o tema com o conceito de danosidade social, entendido esse como todos os fenômenos sociais disfuncionais que “impedem ou dificultam ao sistema social a superação dos problemas que obstacularizam seu progresso”³³¹. Tal disfuncionalidade se mostra manifesta pela contrariedade do comportamento à norma imposta.

Dessa maneira, a danosidade social de um comportamento deve ser considerada em relação ao sistema e não ao indivíduo, perspectiva que implica um retrocesso frente às conquistas liberais que promoveram o homem de súdito a cidadão. Logo o homem passa a ser submetido ao sistema e sua proteção, apenas mediata, posto que o foco é a própria proteção do sistema³³².

³²⁷ WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. p. 406.

³²⁸ HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoria del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*. In: HEFENDEHL (coord). **La teoria del bien jurídico**. p. 287.

³²⁹ Nesse sentido, o autor inclusive se autointitulou ao apresentar o artigo “Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico” presente na obra coletiva organizada por Roland HEFENDEHL e diversas vezes citadas nesta dissertação. Cf.: WOHLERS. *Op. cit.* p. 403-408.

³³⁰ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. p. 259.

³³¹ Apud HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. p. 110.

³³² AMELUNG, Knut *apud* HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. p. 111.

Na perspectiva da danosidade social proposta por AMELUNG, o conceito do bem jurídico representaria nada mais do que uma individualização do objeto danificado pela conduta delitiva³³³, adquirindo uma conotação superficial que, de certa maneira, chega a confundi-lo com a noção de objeto material do crime.

Analizando a questão da legitimidade da norma penal, AMELUNG a condiciona a duas premissas inerentes à concepção de um sistema jurídico: que contribuam para a manutenção de um sistema social republicano e federativo e, ainda, que a estrutura de tal sistema esteja constitucionalmente legitimada³³⁴.

Em suma, na linha proposta por AMELUNG urge destacar a crítica apresentada por Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE de que o conceito de bem jurídico “nesse contexto carece realmente de importância e como referência material para limitar o *ius puniendi* estatal oferece muito poucas possibilidades”³³⁵.

Adotando também uma postura de descrença na função crítica do bem jurídico, Günther JAKOBS propõe uma concepção formal do instituto que, por si só, torna inócuas a própria relevância do tema em seu tratado.

Adepto de uma postura sociologia sistêmica, JAKOBS comprehende o Direito Penal como um subsistema autopoietico. Dessa forma, é digno de pena todo comportamento contrário à norma, como forma de retornar ao *status quo ante* de credibilidade no ordenamento, imprescindível ao bom funcionamento da vida em sociedade. Em outras palavras, toda conduta contrária à norma reflete-se como uma antítese dessa e implica a quebra das expectativas de se ver a norma observada³³⁶. Isso, por si só, legitima a aplicação do Direito Penal, ou seja, trata-se de um mecanismo hábil a demonstrar a vigência da norma e a restaurar as expectativas de cumprimento da mesma.

Partidário da mesma postura funcionalista sistêmica de JAKOBS, Bernd MÜSSIG entende que o critério de legitimidade do Direito Penal é a própria função social exercida pela norma penalmente tutelada. Logo, questionar acerca da

³³³ AMELUNG, Knut *apud* HORMAZÁBAL MALARÉE. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**. p. 111.

³³⁴ *Ibidem*. p. 112.

³³⁵ *Ibidem*. p. 112.

³³⁶ JAKOBS. **Tratado de direito penal**. p. 22 e ss

legitimidade penal não se trata de matéria afeta ao tema bem jurídico, mas, sim, à configuração da sociedade em questão³³⁷.

Crítico a adoção de um conceito formal de bem jurídico como o defendido por JAKOBS, Bernd, SCHÜNEMANN, influenciado pelo raciocínio filosófico de enaltecimento da linguagem proposto por WITTGEINSTEIN e, via de consequência, pela teoria do discurso de HABERMAS, defende a realização do bem jurídico enquanto responsável por um papel crítico. Todavia, para o atendimento de tal função, esse deve ser compreendido como condições vitais da sociedade.

Na visão do autor, por meio de considerações juracionalistas, o crime pode ser definido não como algo que está à disposição do legislador, mas sim como uma noção prévia, relacionada à ideia de “dano social infligido sobre os bens naturais ou socialmente criados dos membros da sociedade”³³⁸. Entre tais bens encontram-se desde os mais relevantes, de caráter individual, como também os bens coletivos, compreendidos como as “condições transindividuais de uma convivência próspera que variam a depender do estágio de desenvolvimento de determinada sociedade”³³⁹.

Seu posicionamento nitidamente sociológico enfatiza que as condições de legitimidade do Direito Penal em qualquer Estado Democrático de Direito, encontram-se fundamentadas em concepções suprapositivas, pouco importando, portanto, se consagradas expressamente ou não pela Constituição do Estado em questão. Dessa forma, argumenta que o fato do Tribunal Constitucional alemão não ter reconhecido a limitação do Direito Penal pelo princípio da proteção de bens jurídicos representa uma de suas mais lastimáveis falhas, já que tal princípio se ancora numa concepção de contrato social que pressupõe a existência de toda e qualquer constituição³⁴⁰.

Para SCHÜNEMANN, o uso do instituto do bem jurídico como algo indefinido, como apresentado por STRATENWERT, implica um esvaziamento do conceito e de seu papel crítico, produzindo soluções tautológicas e aparentes.

³³⁷ MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal.** Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001. p. 63.

³³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis de um direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** N. 53, São Paulo, IBCCRIM, p. 9-37, março-abril 2005, p.14.

³³⁹ *Ibidem.* .

³⁴⁰ *Ibidem.* p.15.

Nesse sentido, exemplifica com a história alemã, que desprezou o conceito de bem jurídico e seu papel limitador para trabalhar o Direito Penal com fins meramente políticos, conforme a concepção de crime como violação de um dever trabalhada no *Terceiro Reich*, o quanto relevante se mostra a atenção à teoria do bem jurídico enquanto fundamento de legitimidade do Direito Penal³⁴¹.

Todavia, ressalta também a impossibilidade de uma conceituação classificatória precisa de bem jurídico em razão do grau de abstração inerente ao referido instituto. Logo, apenas o recurso aos conhecimentos filosóficos da linguagem e do discurso seria hábil a promover o bem jurídico como diretriz normativa com capacidade de concretização³⁴².

Contudo, a posição de viés democrático do autor, na análise de Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA, perde em seu conteúdo ao defender que o bem jurídico não só funcione como critério crítico, mas também como ferramenta para legitimar tipos penais controvertidos³⁴³.

SCHÜNEMANN se mostra adepto da necessidade de modernização do Direito Penal, sendo essencial, para tanto, uma proteção eficaz do bem jurídico. Assim, a expansão dos delitos de perigo abstrato, por exemplo, acabam por representar uma necessária modernização, sendo essencial, para garantir a legitimidade democrática de sua utilização, a presença do “ponto de dispersão coletivo”, evitando-se que a antecipação da tutela penal seja legitimada de forma refutável por uma perspectiva de necessidade de proteção individual dos bens jurídicos³⁴⁴.

Na Espanha, Rafael ALCÁCER GUIRAO considera imprestável a teoria do bem jurídico no atual estágio em que se encontra o Direito Penal, pois sua utilização como critério de legitimidade implicaria a aceitação de uma teoria liberal atomista que não coaduna com os anseios sociais contemporâneos³⁴⁵.

Logo, apenas por meio da exaltação das democracias e de reflexões sobre a participatividade, com o foco em um ideal de cooperação intersubjetiva,

³⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernard. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! p.15.

³⁴² *Ibidem*, p.17.

³⁴³ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** p. 274.

³⁴⁴ SCHÜNEMANN. *Op. cit*, p. 27.

³⁴⁵ ALCÁCER GUIRAO. *Los fines del derecho penal*. p. 391.

tornar-se-ia possível afirmar a legitimação penal de interesses como representantes de uma verdadeira vontade comum³⁴⁶.

Situando tais valores intersubjetivos na liberdade do cidadão, e não no Estado, ALCÁCER GUIRAO busca fugir dos problemas originados de uma visão estatizada do indivíduo, como fora proposto pelos neokantistas em seu conceito metodológico de bem jurídico³⁴⁷.

Na Itália, assim como entre os brasileiros, em que pesem os apontamentos apresentados, prepondera uma visão constitucionalizada do tema, enxergando no dogma do bem jurídico, numa perspectiva pessoal semelhante à proposta por HASSEMER, um critério de limitação da atividade legislativa em matéria penal.

Como pioneiro defensor do citado posicionamento, Franco BRICOLA, na década de 1970, já defendia a necessidade de fundamentar o ilícito penal na existência de uma lesão significante de um valor constitucionalmente amparado. Na sua perspectiva, o Direito Constitucional funciona não só como limite do Direito Penal, mas, sobretudo, como fundamento da intervenção pautada na pena³⁴⁸.

Tal posicionamento, indiscutivelmente, reforça o caráter crítico do instituto, dando ênfase a princípios diretamente relacionados com o tema bem jurídico como o princípio da *ultima ratio*, da ofensividade e da proporcionalidade. Todavia, limita a atuação do Direito Penal ao seu citado núcleo clássico, nos mesmos moldes da Escola de Frankfurt, não atendendo às reivindicações das sociedades contemporâneas.

Exponente máximo da posição garantista, Luigi FERRAJOLI sustenta uma concepção de bem jurídico tendente a reduzir a intervenção penal, ou seja, que em atenção ao princípio do direito penal mínimo só são consideradas justificáveis as proibições penais absolutamente necessárias, entendidas essas como remédios extremos, possíveis de utilização apenas quando outros meios de controle social menos gravosos não se mostrassem hábeis a garantir a tutela devida ao interesse digno de proteção³⁴⁹.

Entretanto, FERRAJOLI reforça que o bem jurídico oferece apenas uma série de critérios negativos de deslegitimação, não funcionando como

³⁴⁶ ALCÁCER GUIRAO. Los fines del derecho penal. *passim*.

³⁴⁷ Nesse sentido, conferir o item 2.4 sobre o conceito neopositivista de bem jurídico.

³⁴⁸ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** p. 119.

³⁴⁹ FERRAJOLI. **Direito e razão.** p. 427.

parâmetro apriorístico para o estabelecimento de critérios positivos de identificação dos interesses dignos de tutela penal, não sendo, portanto, tangível a ideia de se alcançar um rol exaustivo de bens jurídicos.

Para o renomado autor, “nenhum bem justifica uma proteção penal – no lugar de uma civil ou administrativa – se o seu valor não é maior do que o dos bens privados pela pena”³⁵⁰, devendo a política penal, em atenção ao princípio da proporcionalidade do direito penal, ser orientada para a “tutela máxima de bens, como o mínimo necessário de proibições e castigos”³⁵¹.

FERRAJOLI parte também para a análise da questão ético-política que envolve o tema bem jurídico, da premissa de que só se justifica uma proibição penal que vise a impedir ataques concretos (que tenham como resultado dano ou mero perigo de dano) a bens fundamentais, não se restringindo esses aos direitos individuais, mas a todo o arcabouço de direitos fundamentais consagrado na Constituição³⁵².

Entretanto, o simples fato de se estar diante de uma agressão a um direito fundamental, por si só, não legitima o uso do Direito Penal, sendo necessária a complementação de princípios penais garantistas, como o da subsidiariedade e o da proporcionalidade, e a consequente análise acerca da idoneidade penal do bem.³⁵³

Dessa maneira, FERRAJOLI encontra na teoria constitucional a base para a propagação da noção de Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, visando com isso prevenir tanto a ocorrência de delitos como a aplicação de penas arbitrárias, haja vista que ambos estariam a lesar tais direitos, constitucionalmente consagrados³⁵⁴.

Francesco ANGIONI, criticando as teorias sociológicas do bem jurídico, argumenta que a Constituição funciona como parâmetro ao conceito de bem jurídico capaz de revigorar sua função crítica.

Em seu tratado sobre o tema, descreve três funções relevantes de se adotar como paradigma um quadro valorativo constitucional: a hermenêutica, a dogmática e a crítica. Reconhece, com isso, a necessidade de uma avaliação da

³⁵⁰ FERRAJOLI. **Direito e razão**. p. 433.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ *Ibidem*. p. 434.

³⁵⁴ *Ibidem*. p. 312.

função da pena à luz dos princípios constitucionais, viabilizando a constatação de três espécies de bens jurídicos: os que não se encontram em nível constitucional; os que, embora em nível constitucional, não são penalmente tutelados; e os que, por estarem em níveis constitucionais superiores, são penalmente protegidos. Consequentemente, mostra a existência de um abuso no que tange à utilização da tutela e da sanção penal nas hipóteses em que não está presente um bem jurídico de nível constitucional³⁵⁵.

Considerando o contexto das sociedades pós-industriais e seus influxos no Direito Penal, Francesco PALAZZO defende que as renovações de legitimidade e justificação do Direito Penal sejam pautadas em um processo de historificação do Direito Penal, oferecendo, assim, uma perspectiva que se estenda também aos princípios fundamentais e às categorias estruturais do ilícito e da responsabilidade penal³⁵⁶.

O autor, explicitando o contexto atual de degeneração do Direito Penal pelo surgimento congruente de leis simbólicas e populistas, apresenta as soluções propostas pelo classicismo típico da escola de Frankfurt, pelo abolicionismo ou pelo funcionalismo como perspectivas que se preocupam muito mais com as razões gnoseológicas do que com os influxos reais da pós-modernidade no Direito e no atuar do legislador³⁵⁷.

Reflete sobre a teoria penal italiana, que tem buscado rever as bases e os fundamentos de justificação do Direito Penal sob uma perspectiva historicista, pautada na realidade social vivida pelas sociedades contemporâneas e que tem proporcionado uma constante atualização tecnológica do sistema jurídico, como também tece reflexões acerca dos tradicionais mecanismos democráticos e sua insuficiência para garantir o consenso necessário para legitimar o Direito Penal³⁵⁸.

Nessa perspectiva, defende o constitucionalismo adotado pelo Direito Penal italiano como meio hábil a, enaltecedo os valores constitucionais derivados de um verdadeiro pacto social, impor limites à tutela penal. Acredita, portanto, que o consenso necessário para legitimar uma atuação penal encontra seu respaldo na

³⁵⁵ ANGIONI. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico.** p. 142-143.

³⁵⁶ PALAZZO, Francesco. Conclusiones finales. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adám (coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt.** Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 315.

³⁵⁷ *Ibidem.* p. 310.

³⁵⁸ *Ibidem.*

democratizante pauta dos valores constitucionais, perspectiva nitidamente interna que encontra seu correlato na concepção de defesa dos direitos do homem e no processo de internacionalização das perspectivas penais³⁵⁹.

De certa forma, a visão italiana das questões referentes à legitimidade do Direito Penal resume-se à análise de constitucionalidade da produção normativa incriminadora, vinculando a concepção de bem jurídico ao quadro valorativo constitucional, como meio hábil a garantir-lhe a vocação democrática e legitimante³⁶⁰.

Analizando as perspectivas contemporâneas da visão constitucionalizada do direito penal italiano³⁶¹, Massimo DONINI reforça a necessidade de um estudo dos limites do poder legiferante pautado na concepção dos princípios constitucionais como mecanismo apto a garantir a proteção do indivíduo contra as sanções ilegais.

Ressalta, também, a importância do conceito de bem jurídico como ferramenta sistêmica e hermenêutica, mas que, dissociada dos valores constitucionais, pode servir tanto para restringir o uso do Direito Penal como para legitimar sua ampliação. Portanto, apenas pela ponderação da lesão aos preceitos constitucionais é possível a utilização de um conceito de bem jurídico apto a restringir a utilização do Direito Penal aos patamares de legitimidade. Eventuais falhas no cumprimento dessa função decorrem, em verdade, de erros no sistema de controle de constitucionalidade³⁶².

Todavia, comprehende as dificuldades dos novos rumos propostos pelas perspectivas contemporâneas da criminalidade, como nos crimes transnacionais, mas vê no diálogo internacional um necessário amadurecimento sob pena de se alargar os princípios constitucionais aptos a limitar a intervenção penal na esfera de liberdade do indivíduo³⁶³.

Estudioso do princípio da ofensividade, Ferrando MANTOVANI reconhece na observância de tal preceito uma exigência constitucional para

³⁵⁹ PALAZZO, Francesco. *Conclusiones finales*. p. 311.

³⁶⁰ Nesse sentido, também as concepções de FIANDACA, ANGIONI e MUSCO expostas anteriormente.

³⁶¹ DONINI, Massimo. *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. Diritto penale contemporaneo*, ANNO 2012, Milano, p. 51-74. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/foto/34883974DPC%20202.2012.pdf#page=55&view=Fit>. Acesso em: 20 jan. 2013.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ *Ibidem*.

fundamentar a legitimidade do ilícito penal. Todavia, entende que tal princípio não pode ter um viés absoluto, sendo plausível sua relativização frente às necessidades político-criminais de prevenção geral³⁶⁴.

Nesse sentido, mesmo que desprovidos de qualquer ofensividade, certos delitos estariam legitimados pelas concepções político-criminais de prevenção a interesses coletivos e institucionais.

Na Espanha, a discussão também ganha dimensões interessantes, posto que, além do pensamento proposto por SILVA SÁNCHEZ, promovendo uma proposta de segmentação do Direito Penal em prol de um atendimento realístico, eficiente e cauteloso dos novos interesses sociais, também Manuel CANCIO MELIÁ, analisando a política criminal contemporânea, reforça a presença de movimento de expansão da legislação penal, cuja principal característica pode se resumir em uma crescente criminalização de estágios prévios de lesão ao bem jurídico, em atendimento a uma concepção de proteção contra os risco, num nítido viés antiliberal³⁶⁵.

Ademais, com fundamento na proteção da própria norma (ou seja, desvinculando-se de um conceito crítico legitimante de bem jurídico), a tutela de determinados interesses de natureza difusa ou institucional muitas vezes se mostra legítima até mesmo pela utilização de um Direito Penal do Inimigo. Assim, em razão da vulnerabilização de interesses ou instituições de relevância social, fundamentada na periculosidade dos agentes, muitas legislações já têm utilizado institutos típicos do Direito Penal do Inimigo no combate a situações como o crime organizado³⁶⁶.

Apresentando-se extremamente crítico à atual aplicação indiscriminada do Direito Penal à mais vasta gama de valores, interesses e funções, TERRADILLOS BASOCO contrapõe que um conceito materialmente válido de bem jurídico requer que esse inclua apenas as necessidades de valoração fundamental do homem, apenas assumindo essa limitada função e dirigindo a cominação penal aos comportamentos que prejudiquem gravemente a participação não

³⁶⁴ MANTOVANI. Il principio di offensività tradogmática e politica criminale. p. 251.

³⁶⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. Sobre el estado actual de la política criminal. Diagnóstico: la expansión del derecho penal. IN: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. p. 64.

³⁶⁶ *Ibidem*. p. 97.

discriminatória nos processos de produção e distribuição igualitária da riqueza produzida³⁶⁷.

Nesse sentido reducionista, o autor avalia o contexto atual das legislações penais como um paradoxo entre a realidade expansiva do controle do estado sobre o indivíduo e o plano ideal que restringe essa ingerência às hipóteses de lesão ao bem jurídico, criticando, ainda, a posição constitucionalizada que reconhece nos direitos fundamentais não um critério de limitação do Direito Penal, mas sim um fundamento seu³⁶⁸.

Juan BUSTOS RAMIRÉZ também reconhece importância à função limitadora da teoria do bem jurídico, sendo a existência desse um primeiro aspecto de análise para tornar possível a limitação do poder punitivo estatal, que se confirma com uma análise final de necessidade da pena, consistente na verificação da adequação da utilização da pena para garantir de forma benéfica a proteção a tal bem³⁶⁹.

Nesse sentido, reforça a importância da verificação de existência de verdadeiros bens jurídicos por trás das normas incriminadoras, caso contrário se trataria de uma mera proteção de funções, conceito extremamente alargado, impossibilitando uma análise limitadora do Direito Penal, e que tem sido amplamente utilizado pela expansão penal, principalmente na seara dos bens supraindividuais³⁷⁰.

Percebe-se que, em que pese o penalista reconhecer no bem jurídico uma função de limitação, esse instituto não poderia, por si só, servir a tal desiderato, sendo essencial que tal análise fosse reforçada por critérios de merecimento de pena.

Reconhecendo as dificuldades da teoria do bem jurídico na seara do Direito Penal contemporâneo, Blanca MENDONZA BUERGO compartilha de uma concepção que não chega ao extremo da concepção pessoal de bem jurídico, mas impõe ressalvas à atual conjuntura expansiva do Direito Penal, que sequer tem observado os limites constitucionalmente impostos à criação de novos tipos penais³⁷¹.

³⁶⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. p.22.

³⁶⁸ *Ibidem.* p. 14 e 17.

³⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. In: BUSTOS RAMIRÉZ, Juan (dir.). **Pena y estado**. Chile: Jurídica ConoSur, 1995. p. 101.

³⁷⁰ *Ibidem.* p. 103 e ss.

³⁷¹ MENDONZA BUERGO. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. p. 189 e ss.

Em Portugal, ainda prepondera a defesa do conceito de bem jurídico. Representando a Escola de Lisboa, Augusto SILVA DIAS o define como um objeto de valor que exprime o reconhecimento intersubjetivo, cuja proteção a comunidade considera essencial para o desenvolvimento do indivíduo participante, numa forte influência de traços habermasianos de agir comunicativo³⁷².

Todavia, o autor limita o reconhecimento de bens jurídicos legítimos à existência de um referencial pessoal. Tal posicionamento, fortemente influenciado pela escola de Frankfurt, retira a legitimidade da intervenção penal na esfera dos novos riscos na medida em que só reconhece os bens jurídicos supraindividuais que possam ser redirecionados a uma base pessoal, como algo que pode ser intersubjetivamente experimentado³⁷³.

Jorge FIGUEIREDO DIAS expressa no conceito de bem jurídico uma estrutura complexa de preceitos ônticos e axiológicos que busca exprimir o interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção de um estado ou objeto socialmente valioso³⁷⁴.

Ao compreender tal conceito e relacioná-lo com o Estado de Direito substancial, afirma a necessidade de o bem jurídico ter compatibilidade com os ditames constitucionais, o que não significa, entretanto, afirmar que se trata de uma relação de identidade, mas, sim, de analogia substancial, ou seja, uma correspondência de sentido que permite afirmar que o quadro de valores constitucionais constitui uma referência e, ao mesmo tempo, um critério regulativo da atividade punitiva estatal³⁷⁵.

Quanto às questões atinentes aos influxos da “sociedade de riscos” no Direito Penal e à necessária tutela de novos interesses como mecanismo hábil a garantir que o Direito Penal proteja também as gerações futuras, FIGUEIREDO DIAS entende que a teoria do bem jurídico subsiste e atende a tais novas necessidades, desde que aceitas como legítimas as construções de bens jurídicos coletivos ou universais, caracterizados, sobretudo, pela possibilidade de serem

³⁷² SILVA DIAS, Augusto. “**Delicta in se**” e “**delicta mera prohibita**”. Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 655 e ss.

³⁷³ *Ibidem*. p. 690 e ss e 822 e ss.

³⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal e Estado-de-Direito material. **Revista de Direito Penal**, v. 31, p. 38- 53. p. 44.

³⁷⁵ *Ibidem*.

gozados por todos e por cada um, sem que ninguém seja excluído de tal gozo³⁷⁶. Para dotar de efetividade essa proteção, entende como legítimos os remodelamentos indispensáveis das construções típicas, reconhecendo, contrariamente ao posicionamento de Augusto SILVA DIAS, a importância e imprescindibilidade, nesse novo paradigma, de delitos de acumulação, desde que as condutas que venham a se somar para contribuir para a efetiva lesão ao bem jurídico se apresentem como previsíveis e muito prováveis³⁷⁷.

O renomado jurista português chega à antagônica conclusão de que sua fundamentação de legitimação do Direito Penal, atribuída à tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade pessoal, em razão da necessária defesa dos bens jurídicos universais como mecanismo eficiente de garantir a proteção contra os riscos globais, aproxima-se muito do raciocínio de STRATENWERTH ao conceber os delitos de comportamento como mecanismo de proteção das gerações futuras³⁷⁸.

Por sua vez, José de FARIA COSTA, utilizando-se do ontologismo para a compreensão do ilícito, situa o bem jurídico como pedra angular do injusto penal³⁷⁹.

Ademais, entende que apenas os crimes vinculados à ofensa de bens jurídicos, esses redirecionados a uma visão antropocêntrica, podem ser considerados legítimos, inadmitindo a coerência de discursos que concebiam crimes que não ofendam um bem jurídico, como ocorre com os delitos de acumulação³⁸⁰.

3.3.2 O assunto tratado pelos brasileiros

No Brasil, em que pesem os novos contornos dados à teoria do bem jurídico, até mesmo pelos defensores de um conceito pessoal de bem jurídico como o trabalhado por ROXIN, ainda é majoritária a compreensão da teoria do bem jurídico como instituto de controle de legitimidade do poder de punir do Estado,

³⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 150.

³⁷⁷ *Ibidem*. p. 152.

³⁷⁸ *Ibidem*. p. 154.

³⁷⁹ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992. *Passim*.

³⁸⁰ *Ibidem*. p. 621.

compreendendo-se legítimos apenas os tipos penais que apresentem lesão ou perigo de lesão a um verdadeiro bem jurídico.

O apego ao tema, fruto da influência da escola realista italiana, tem feito com que mesmo os mais recentes estudos sobre a questão não admitam exceções ao dogma do bem jurídico, mas, sim, busquem uma conceituação cada vez mais precisa do que deve ser considerado como bem jurídico e, via de consequência, apontem aquilo que é plausível de tutela pelo legislador penal.

Embora dignos de louros, os esforços da doutrina pátria em trabalhar com um conceito de bem jurídico nos moldes citados, sempre atrelado à noção do indivíduo em sociedade, posição essa justificada talvez pela ainda recente história de ditadura vivida no Brasil, encontram-se na contramão dos novos influxos sociais na dogmática penal, não sendo possível negar a necessidade de verificar outros critérios de legitimidade que possam ser trabalhados juntamente com a teoria do bem jurídico, em atenção à ampliação do direito penal a novos campos, sob pena de que tal ramo do Direito se torne tão arcaico quanto os estudos sobre o Direito Romano.

Nesse sentido, BECHARA já destaca em sua obra de livre docência a necessidade de utilização do conceito de bem jurídico atrelado a outros princípios norteadores do Direito Penal para a obtenção de um controle crítico da legitimidade de tal ramo jurídico, haja vista que o bem jurídico, em si mesmo considerado, é hábil apenas a efetuar um recorte negativo de limitação e não a propor uma justificação da intervenção penal³⁸¹.

Todavia, resta o questionar se a utilização de tais princípios já não se mostraria suficiente para a verificação de legitimidade, prescindindo-se, dessa forma, do conceito de bem jurídico, como propõem os autores que recorrem ao critério de merecimento de pena como fundamento de legitimidade do Direito Penal³⁸².

Fábio Roberto D'ÁVILA comprehende como equivocadas posições como a de MANTOVANI, que flexibilizam o princípio da ofensividade, já que, para o autor,

³⁸¹ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** p. 388.

³⁸² Como ícone na defesa de tal perspectiva, cite-se: Von HIRSCH, Andrew. **Censurar y castigar.** Madrid: Trotta, 1998. *passim*.

essa é reitora de uma hermenêutica constitucionalmente orientada, funcionando, portanto, como importante critério de orientação legislativa³⁸³.

Seu reconhecimento como categoria jurídica implica a capacidade de expressar de forma autônoma o desvalor do resultado, entendido como negação da intenção normativa de proteção de um bem jurídico. Somente na presença do desvalor do resultado é que se torna possível falar em desvalor da ação, conclusão essa que coloca o bem jurídico como pedra angular do injusto penal³⁸⁴.

Assim, D'ÁVILA argumenta que os crimes de perigo abstrato, considerados, talvez, um dos maiores vilões da teoria do bem jurídico, não são necessariamente desprovidos de ofensividade³⁸⁵. Deve-se ter em mente a distinção entre reconhecer a ofensividade nos crimes de perigo abstrato e negar a legalidade de muitos crimes assim estruturados na legislação brasileira em decorrência não da ilegitimidade do instituto em si, mas, sim, frente à falta de técnica jurídica do legislador brasileiro e ao descaso de suas produções com as questões relacionadas à validade constitucional.

Paulo Vinícius Spoleder de SOUZA reconhece, numa visão antropocêntrica relacional, a possibilidade de o Direito Penal de hoje atender aos anseios de proteção de novos interesses nascidos com a sociedade pós-industrial. Nesse sentido, reconhece a existência legítima do bem jurídico ambiental, desde que sua tutela encontre justificativa não em um valor ambiental em si mesmo, mas, sim, numa concepção de proteção do meio ambiente voltada para o próprio homem. Ou seja, como uma ideia de responsabilidade do homem para com as futuras gerações³⁸⁶.

Adepto confesso de uma concepção frankfurtiana, Renato de Mello Jorge SILVEIRA argumenta que a tentativa de ser harmonizar o Direito Penal contemporâneo com a necessária proteção de novos interesses, entendidos eses pela tutela de bens difusos, deve-se pautar em uma aplicação efetiva dos princípios político-criminais de subsidiariedade e proporcionalidade do Direito Penal, também no momento legislativo.

³⁸³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário In: D'ÁVILA, Fábio; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de. **Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.** São Paulo: RT, 2006. p. 89.

³⁸⁴ *Ibidem.* p. 93.

³⁸⁵ *Ibidem.* p. 94.

³⁸⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'ÁVILA; SOUZA. *Op. cit.* p. 272.

Por consequência, isso implicaria uma descriminalização de condutas existentes nessa seara e desnecessárias, sob o aspecto do atendimento ao requisito de dignidade penal.

Na tutela dos novos interesses, entende o autor ser muito mais simbólica do que efetiva a utilização do Direito Penal, razão pela qual sustenta a necessidade de criação de um novo ramo jurídico, o Direito de Intervenção, conforme proposto por HASSEMER, como meio hábil a garantir um melhor trato dos interesses difusos, sem flexibilizar o espírito penal clássico e suas inerentes garantias³⁸⁷.

3.3.3 A experiência anglo-saxã e o *harm principle*

Interessante é notar que, por seu turno, toda a discussão acerca da teoria do bem jurídico e sua função crítica não encontra guarita nos países de tradição inglesa. Em tais nações, a base da discussão acerca da legitimidade da norma gira em torno da construção do *harm principle*, cuja origem remonta à obra “*On Liberty*”, de John Stuart MILL, publicada originalmente em 1859³⁸⁸.

Em sua concepção MILL deixa claro que só se mostra legítima a punição a comportamentos que se apresentem danosos ao outro, deslegitimando, por consequência, aquelas condutas autolesivas ou que apenas atentem a posicionamentos morais.

No final do século XX, os postulados desenvolvidos por MILL foram objeto de estudo de Joel FEINBERG, que em sua obra “*The moral limits of the criminal Law*”, considera dignos de criminalização não só os comportamentos lesivos ao outro (*harmful to others*), como também aquelas condutas que apresentassem um efeito ofensivo (*offence to others*). FEINBERG preocupa-se em enfrentar a mesma questão que a Europa continental visou trabalhar com o desenvolvimento da teoria do bem jurídico, qual seja, apresentar um critério crítico de controle das criminalizações propostas pelo Estado³⁸⁹.

³⁸⁷ SILVEIRA. *Direito Penal supra-individual*. p. 219 e SS.

³⁸⁸ Em português: MILL, John Stuart. *A liberdade*. Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁸⁹ BECHARA. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. p. 288.

Para melhor compreensão do enfoque dado ao princípio do dano no sistema anglo-saxão, imprescindível definir o que vem a ser o dano para FEINBERG. O autor entende o tema como sendo a lesão a interesses, precipuamente interesses básicos fundamentais para a vida³⁹⁰, cuja existência se apresente como um direito de terceiro³⁹¹. Todavia, o interesse pressupõe uma escolha individual, o que, de certa maneira, pode ser interpretado como um individualismo antiquado ou, na visão de Gerhard SEHER, representar uma verdadeira limitação à arbitrariedade do legislador, que não pode atuar de forma paternalista em desrespeito à liberdade de escolha do cidadão³⁹².

Dessa forma, assim como MILL, FEINBERG rechaça a legitimidade da criminalização de condutas pautadas em uma proteção meramente moral ou paternalista. Portanto, condutas autolesivas (*legal paternalism*), em consideração à autonomia pessoal, não seriam legitimadas criminalmente, assim como a criminalização de comportamentos moralmente desviados. Como exemplo, respectivamente, cite-se o uso próprio de entorpecentes e a punição criminal do comportamento homossexual, ambas experiências vivenciadas na história do Direito Penal e ainda hoje objeto de discussões.

Em suma, pode-se então concluir que as construções da *common law*, preocupadas com o estabelecimento de limites ao poder de criminalizar do Estado, em observância à garantia de liberdade individual, se resumem a quatro postulados: 1) *harm to others principle*, pelo qual apenas são puníveis os comportamentos que causem lesão a terceiros; 2) *offense to others principle*, admitindo a punição também de comportamentos que, em que pese não causarem lesão direta a terceiro, são ofensivos e, por tal razão, valorados negativamente pela sociedade; 3) *legal paternalism*, legitimando a criminalização de comportamentos autolesivos; e 4) *legal moralism*, a permitir a punição de condutas meramente imorais. Todavia, a utilização dos dois últimos postulados se mostra extremamente conservadora e incompatível com os ideais do Estado Democrático de Direito³⁹³.

O uso do princípio do dano (*harm principle*) como centro de toda a discussão quanto à legitimidade no direito anglo-saxão é extremamente perceptível

³⁹⁰ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL (coord). **La teoría del bien jurídico**. p. 80.

³⁹¹ HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL (coord). **La teoría del bien jurídico**. p. 42.

³⁹² SEHER, Gerhard. *Op. cit.* p. 80.

³⁹³ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. p. 287.

pelo adágio “*my freedom to move my arms ends at your nose*”, ressaltando, dessa forma, que o *harm principle* representa não só um primeiro critério de legitimidade da utilização da lei penal como controle do comportamento em questão, como também atua visando respeitar o princípio da liberdade, sendo essa restringida apenas nas hipóteses de lesão ou perigo de lesão a terceiros.

Ademais, urge destacar que a simples verificação de que um comportamento se apresente lesivo ou causador de um verdadeiro risco de lesão não se mostra suficiente para legitimar a sua criminalização. Paralelamente aos seus principais postulados, FEINBERG trabalha uma série de princípios mediadores que devem ser considerado antes de se utilizar a intervenção penal. Referem-se à intensidade e probabilidade do dano, à relevância dos interesses protegidos, ao grau de limitação da liberdade do autor e ao valor social do comportamento perpetrado, para só então verificar-se se se faz necessário o recurso ao Direito Penal ou se outros meios de regulamentação do comportamento, ou mesmo os outros ramos do Direito, são suficientemente hábeis a atuar³⁹⁴.

Há de se destacar que, em que pesem as semelhanças entre os institutos do bem jurídico e do *harm principle*, cujas origens remontam aos mesmos ideais liberais, tais institutos não se apresentam como teorias complementares ou mesmo substituíveis entre si. Nesse sentido, mister se faz mencionar a crítica apresentada por BECHARA, afirmado a conotação mais autoritária e intervencionista de que se reveste o princípio do dano, fruto da abertura conceitual pragmática, própria do sistema do *common law*³⁹⁵. Desse modo, a própria utilização do princípio do dano em complementação à teoria do bem jurídico não traria benefícios que justificassem sua utilização pautada em ideais democráticos.

Também crítico da utilização do *harm principle* como critério de legitimação do Direito Penal, Michael KAHLO não só fundamenta sua posição na carência de bases filosóficas sólidas presentes na construção de FEINBERG, como também reforça que o princípio do dano não se mostra equivalente à teoria do bem jurídico, posto que essa trabalha com elementos básicos constitutivos da liberdade individual, enquanto aquele se ocupa de estados lesivos, dando ao instituto uma

³⁹⁴ HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL (coord). **La teoría del bien jurídico..** p. 41.

³⁹⁵ BECHARA. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.** p. 292.

flexibilidade muito além da desejada quando o assunto é critério de limitação do poder de punir do Estado³⁹⁶.

Em sentido contrário, Gehrad SEHER destaca que a utilização do princípio do dano e seus demais postulados oferece uma alternativa terminológica à teoria do bem jurídico, sobretudo quando se trata do núcleo básico do Direito Penal, trabalhado pelo conceito pessoal de bem jurídico, haja vista que o princípio em questão ganha em precisão terminológica e soluciona algumas incógnitas que o conceito pessoal de bem jurídico não consegue apurar, tais como a compreensão de se criminalizar comportamentos ofensivos que não chegam a oferecer um dano ao terceiro, mas que, mesmo assim, necessitam ser rechaçados sob pena de se imiscuir em uma lacuna de justiça e segurança³⁹⁷.

De todo o exposto, não obstante a posição apresentada por SEHER, pode-se concluir que o recurso a estruturas de legitimação baseadas em princípios como os trabalhados na visão dos anglo-saxões não representa uma solução plausível aos problemas enfrentados, precípua mente, pelo Direito Penal contemporâneo, sendo que muitos delitos de perigo ou de mera conduta dignos de questionamento quanto a sua legitimidade perante a teoria do bem jurídico seriam facilmente legitimados pelo princípio do dano e seus subprincípios, o que denota a fragilidade da referida teoria e a falta de interesse em utilizá-la como critério de complementação da teoria do bem jurídico³⁹⁸. Entretanto, encontra algum acerto o apontamento feito por SEHER de que muito se tem exigido do conceito de bem jurídico, ao propor que ele, sozinho, funcione como fundamento e critério de legitimidade do Direito Penal. O autor chega ao extremo de propor uma inversão pela qual o bem jurídico não seria um conceito transcidente e anterior à norma, mas, ao revés, que a produção de uma norma incriminadora deva visar à proteção de determinado interesse ou valor que, se confirmado após uma análise de princípios éticos de caráter crítico, viabilizaria a concepção de um determinado bem jurídico³⁹⁹. Todavia, essa posição representa-se muito mais um esvaziamento da

³⁹⁶ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In: HEFENDEHL (coord). **La teoría del bien jurídico**. p. 60-61.

³⁹⁷ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. p. 84.

³⁹⁸ *Ibidem*. p. 81.

³⁹⁹ *Ibidem*. p. 92.

função crítica do bem jurídico do que, ao contrário, como propõe, uma tentativa de desenvolvimento, sobretudo pragmático, do tema.

3.4 Polêmicas finais e tomada de posição

Considerando o status do desenvolvimento da discussão até aqui alcançado, percebe-se que o tema bem jurídico tem sido objeto de grandes discrepâncias quanto a sua utilidade político-criminal. Dessa forma, de um estágio de “quase unanimidade” quanto a sua relevância, em razão do seu ressurgimento na década de 1970, o tema bem jurídico, hodiernamente, parece mais um berço de discordâncias. Outra não pode ser a conclusão em razão da grande variedade de posições sobre o tema que se intercalam entre adeptos de sua relevância crítico-limitadora, contrários, e adeptos com ressalvas.

Da análise do tema no Brasil, constata-se a manutenção de uma visão constitucionalizada de bem jurídico⁴⁰⁰, com suas raízes na dogmática italiana, mas que encontra difícil compatibilização com as realidades vivenciadas e enfrentadas pelo Direito Penal atual.

Já no efervescer dos questionamentos sobre o tema, entre célicos e adeptos, especialmente a Alemanha tem compartilhado um crescente posicionamento de relativização da teoria do bem jurídico, seja com uma negação absoluta de sua proposta de fundamento crítico, como fazem STRATENWERTH⁴⁰¹ e também JAKOBS⁴⁰², seja pela adoção de exceções à tese de exclusiva proteção de bens jurídicos, como proposto por ROXIN⁴⁰³ e HEFENDEHL⁴⁰⁴, tornando cada vez menor o grupo daqueles que, alheios às necessidades de modernização do Direito Penal, posicionam-se como partidários da concepção de legitimidade da norma incriminadora apenas quando tutelem os clássicos interesses individuais.

⁴⁰⁰ Conferir o item 2.7.1.

⁴⁰¹ STRATENWERTH, Günther. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. Passim.*

⁴⁰² JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal.** p. 22 e ss.

⁴⁰³ ROXIN, Claus. ¿ Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: In: HEFENDEHL (coord). **La teoría del bien jurídico.** p. 443 e ss.

⁴⁰⁴ HEFENDEHL. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. p. 409 e ss.

Todavia, percebe-se que os fundamentamos de tal distinção muitas das vezes não se encontram no próprio Direito Penal, mas em um arcabouço prévio, de cunho zetético, relacionado à própria forma de enxergar o Direito e suas relações com a sociedade.

Ao vincular o conceito de bem jurídico a valores constitucionalmente consagrados, como o fazem os penalistas defensores de uma concepção constitucional de bem jurídico, percebe-se uma preocupação que redunda não em uma questão de legitimidade da norma penal, mas, sim, da sua validade enquanto observante dos preceitos constitucionais cuja força normativo-hierárquica resta indiscutível.

Aqui, demonstra-se imprescindível um pequeno recorte quanto à distinção entre os critérios de validade e legitimidade de uma norma, provindos da teoria geral do Direito e que se mostram também aplicáveis, obviamente, às questões afetas ao Direito Penal.

Em suma, pode-se afirmar que, na categoria da validade, ocorre o exame das condições de existência da norma jurídica, cuja natureza referencial é evidente, já que sua análise deve sempre levar em consideração um ponto referencial. Portanto, válida é a norma que se apresenta pertinente ao ordenamento a que se refere, por terem sido observadas as condições formais e materiais de sua produção, integrando-se ao sistema⁴⁰⁵.

Logo, a aferição da validade de determinada norma implica o mero emprego de critérios técnicos, numa abordagem meramente formal que recai na análise de juridicidade, positividade, vigência e eficácia da mesma⁴⁰⁶.

A juridicidade é uma característica que pode ser vislumbrada em toda e qualquer norma, seja ela estabelecida por um Estado Democrático ou pelo estatuto do Primeiro Comando da Capital, pois deve ser entendida como “qualquer proposição em que se afirme uma tal relação intersubjetiva”⁴⁰⁷. A positividade da norma proporciona a exigibilidade de seu cumprimento por meio do poder estatal institucionalizado⁴⁰⁸, mas tal exigibilidade encontra-se estreitamente relacionada à sua vigência, ou seja, se no período em questão a referida norma era exigível.

⁴⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 198.

⁴⁰⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 225.

⁴⁰⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, estado e filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952. p. 58.

⁴⁰⁸ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 3 ed. São Paulo: Martins, 1972. p. 205.

Ainda dentro da análise da validade da norma, resta a verificação quanto à sua eficácia, que implica constatar se a regra jurídica encontra correspondência no viver social, ou seja, se realmente tem sido apta a aprimorar a segurança das relações sociais, mantendo a ordem e distribuindo a justiça⁴⁰⁹.

Por seu turno, pensar em legitimidade de uma norma vai muito além do aqui apresentado. Implica questionar seus fundamentos e pressupostos éticos, matéria essa que não pode quedar subjugada a uma simples análise técnico-positivista⁴¹⁰.

Desse breve esboço, que não tem a pretensão de ser exaustivo, percebe-se quão distantes (e ao mesmo tempo próximos) encontram-se os conceitos de legitimidade e validade. Nisso se destaca que as grandes dificuldades relacionadas às discussões de legitimidade das normas não se encontram no campo da validade, que, como observável, são definidas científicamente sem maiores obstáculos, mas, sim, no campo da valoração, já que, no dizer de Max Ernst MAYER, a validade filosófico-jurídica não pode carecer de uma análise do grau de justiça presente no Direito⁴¹¹.

Cientes do local mais adequado das discussões de cunho legitimador, alguns apontamentos obtidos a partir de concepções sociológicas do Direito tentam enfrentar a temática.

Mais uma vez, mostram-se plausíveis as distinções entre validade e legitimidade apontadas por HABERMAS⁴¹². Na mesma esteira do que foi aqui apresentado, o filósofo relaciona a facticidade e a validade (campo da legalidade) em contrapartida com a legitimidade, sendo crítico ferrenho do posicionamento reducionista de WEBER de conceber a legitimidade adstrita aos critérios de legalidade⁴¹³.

Nesse novo paradigma proposto, conclui que a legitimidade só é alcançada se pautada num diálogo comunicativo entre os destinatários da norma⁴¹⁴. Tal posicionamento, muito mais abrangente do que a proposta weberiana, também encontra obstáculos em sua consolidação.

⁴⁰⁹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 229.

⁴¹⁰ REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 308.

⁴¹¹ MAYER, Max Ernst. **Filosofia del derecho**. Barcelona: Labor, 1937. p. 130.

⁴¹² HABERMAS. **Direito e democracia entre faticidade e validade**. v. II. *Passim*.

⁴¹³ *Ibidem*. p. 240 e ss.

⁴¹⁴ *Ibidem. Passim*.

Embora indiscutível o cunho democratizante da proposta de HABERMAS, sua colocação em prática parece muito mais utópica do que possível, haja vista que por mais implementadas que possam ser as práticas democráticas participativas, elas não têm o condão de atingir de forma equânime os destinatários da norma, impossibilitando a garantia de sua legitimidade nesse viés⁴¹⁵.

Adepto de uma concepção penal na esteira do pensamento de HABERMAS, Augusto COSTA DIAS vai até o agir comunicativo e participante para defender uma postura penal pautada em um bem jurídico dotado desses traços⁴¹⁶.

Por seu turno, a teoria sistêmica proposta por LUHMANN busca retirar do Direito a dependência de um conceito tão espiritualizado como o de valor, para vincular sua legitimidade ao atendimento de sua função social em observância ao próprio sistema⁴¹⁷. Assim, enquanto a função do Direito pode ser sintetizada no atendimento das expectativas, é no atendimento de sua função que o Direito Penal pode ser legitimado, dando à ciência penal um grau de utilitarismo que, de certa forma, se desprende dos princípios garantísticos de natureza limitativa.

Nessa seara, afirmar que a função do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos se mostra como uma premissa retórica. Obviamente, nessa conotação, a proteção de bens jurídicos deve ser compreendida como a proteção da função de garantia das condições necessária para se manter o correto funcionamento dos sistemas sociais.

A Constituição seria o liame entre o mundo político e o subsistema jurídico⁴¹⁸, perspectiva essa que possibilita uma indiscutível coerência intrasistêmica. Contudo, essa tentativa de blindar o sistema acaba redundando nos mesmos déficits de legitimidade da teoria weberiana, pois retira da sociedade a possibilidade de valoração e legitimação dos postulados jurídicos.

Também analisando de forma crítica o posicionamento funcionalista-social proposto, Santiago MIR PUIG afirma o risco da referida concepção, que pode chegar ao extremo de fundamentar a norma pela própria norma, como defendido por JAKOBS. Assim, a noção de funcionamento dos sistemas sociais deve ser traduzida

⁴¹⁵ Nesse sentido também a crítica de Marcelo NEVES, apontado que a teoria do agir comunicativo como procedimento de legitimação do Estado Democrático desconsidera o grau de disenso presente nas sociedades complexas atuais. Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 125 e ss.

⁴¹⁶ SILVA DIAS. “**Delicta in se**” e “**delicta mera prohibita**”. p. 655 e ss.

⁴¹⁷ LUHMANN. **El derecho de la sociedad**. p. 68.

⁴¹⁸ NEVES, Marcelo. *Op. cit.* P. 154.

em possibilidades concretas de participação dos indivíduos nos processos de interação e comunicação social. Tal interação não tem a representação habermasiana de participação comunicativa ativa, mas, sim, da possibilidade de participar da vida em sociedade confiando no respeito à liberdade particular pelos demais⁴¹⁹.

Das concepções tradicionais às formulações contemporâneas da teoria social do Direito, percebe-se, tanto na visão de HABERMAS como na leitura de LUHMANN, a preocupação, embora partindo de pressupostos diversos, com uma legitimação procedural que, de certa forma, muito tem acrescentado às discussões no âmbito da Ciência do Direito, já que tem causado influxos diretos no Direito Penal, tanto na própria compreensão sistemática, como na análise dos limites desse campo jurídico.

Das distinções entre legitimidade e validade aqui esboçadas, resta a análise da teoria do bem jurídico enquanto critério plausível de aferição da legitimidade da norma incriminadora ou se tal pretensão encontra-se além do conteúdo da teoria do bem jurídico.

Em que pese a coerência metodológica de uma vinculação do bem jurídico aos preceitos constitucionais, sobretudo numa conotação luhmaniana, tal corrente apenas propicia uma solução intrassistêmica, ou seja, cuja análise se restringe à observância dos critérios de validade pautados na Constituição, deixando de lado as ingerências sociais e políticas que, de certa forma, são hoje as responsáveis por todas as discussões sobre o rendimento da teoria do bem jurídico.

Nessa perspectiva, vincular o bem jurídico a um valor constitucionalmente consagrado, ainda que não expressamente, significa trancar o conceito nas amarras da definição de legitimidade de Max WEBER⁴²⁰. Implica pensá-lo como um interesse positivado, e não como um instituto pré-jurídico que nasce e padece no âmbito social. Assim, urge reconhecer que os problemas relacionados às raízes do bem jurídico não estão no campo do Direito, mas na seara da metafísica ou da realidade social, interessando ao Direito Penal a proteção das relações sociais determinadas⁴²¹.

⁴¹⁹ MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal*. p.123.

⁴²⁰ WEBER. *Economía y sociedad*. p. 171.

⁴²¹ MENDEZ RODRIGUEZ. *Los delitos de peligro e sus técnicas de tipificación*. p. 25.

Por infortúnio, nem tudo que é legal é legítimo. Todavia, a busca por uma congruência dos termos não deve ser trabalhada como a proposta eufemista de WEBER, mas sim de forma a propiciar que o conceito idealizado de justiça encontre seu berço fecundo também na Lei Penal, tão criticada pelo seu caráter elitizado e estigmatizador⁴²².

A visão constitucionalizada do bem jurídico propicia a falsa sensação de atendimento às questões de legitimidade da norma, mas, na verdade, transmutam o problema para um anacronismo penal incompatível com a necessária dinamicidade que um conceito de bem jurídico, enquanto fundamento de legitimidade, deve ter. Sua redundância é evidente, já que, em qualquer seara do Direito, o legislador ordinário deve observar os limites constitucionais (materiais e formais) para a propositura de uma nova norma. Logo, cabe à Carta Fundamental funcionar como um critério negativo de legitimidade, mas nunca como fundamento da mesma, sob pena de se propiciar, em casos como o brasileiro, onde a Constituição é extremamente analítica, um alargamento desnecessário do âmbito de atuação jurídico penal.

Dessa forma, se o bem jurídico, para ser legítimo, deve representar o anseio social de busca de proteção (essa, sim, constitucionalmente adequada) a um interesse digno de relevância penal, vincular tal conceito a valores preconcebidos, ainda que constitucionalmente, está longe de apresentar-se como solução pertinente. Essa também é a crítica imputada a uma concepção ontológica de bem jurídico, fruto de uma análise finalista do instituto.

De plano, concebe-se então mais adequada uma concepção social do bem jurídico, capaz de dotá-lo de uma vinculação empírica com a realidade social, não quedando inerte e obsoleto frente ao dinamismo das sociedades atuais.

Cumpre destacar, todavia, que a adoção de uma concepção social não implica a negação dos influxos constitucionais na seara penal. Tais influxos, em verdade, são decorrência de um raciocínio sistêmico que não pode vir a ser negado pelos penalistas, já que imprescindível para a validade de qualquer norma penal, seja ela criminalizadora ou não. Logo, necessariamente, a norma penal, para ser válida, necessita estar em compatibilidade com os preceitos formais e materiais da constituição.

⁴²² Cf.: BARATTA. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. *passim*; BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. *passim*.

Todavia, a proposta de uma concepção sociológica de bem jurídico deve buscar, além da preocupação com o âmbito da validade ou constitucionalidade da norma, uma análise quanto a sua validade ética ou legitimidade, fazendo com que o Direito Penal realmente represente a proteção de interesses sociais idôneos para tanto. Nessa esteira de raciocínio, nem o ontologismo finalista, nem o normativismo puro (ou mesmo o neonormativismo extremado proposto por JAKOBS) atendem a uma conceituação de bem jurídico com a dinamicidade proposta e exigida pelo novo contexto social de riscos.

Por mais que o conceito social de bem jurídico possa propiciar um possível alargamento do instituto, mostra-se mais realista e menos idealista. Crédito que também pode ser deferido às concepções apresentadas que não se utilizam do conceito de bem jurídico para legitimar a norma penal, relacionando tal questão ao merecimento de pena, ou a uma complementação propiciada pelo *harm principle*⁴²³.

A adoção de posicionamentos que relativizam o conceito de bem jurídico possui méritos e deméritos. Se, por um lado, é capaz de usar o instituto como controle crítico na esfera nuclear do Direito Penal, por outro, reconhece a existência de tipos sem bem jurídico sem mostrar um critério realmente confiável de fundamentação dessas exceções.

Faz-se mister, ainda, ressaltar outra grande importância da teoria do bem jurídico: sua função dogmática, já que, nesse viés, serve de substrato para uma reestruturação dos inúmeros institutos penais criados sob a égide do Iluminismo e que necessitam de remodelamento para atender aos novos parâmetros sociais. Dessa forma, o simples reconhecimento de interesses supraindividuais como bem jurídico legítimo não tem o condão de tornar todo o aparato penal de imputação e aplicação de uma pena compatível com a tutela eficaz desses novos interesses, o que, indiscutivelmente, implica a adoção de reformas não só na parte especial, mas também na parte geral do Direito Penal.

Ademais, no caso específico do Brasil, a má técnica legislativa, propiciada por um descaso do Legislativo com a observância de um conhecimento jurídico apropriado⁴²⁴, não pode fundamentar uma teorização que remonte o Direito Penal a uma ferramenta arcaica e incompatível com as novas ansiedades da sociedade de riscos.

⁴²³ Conferir item 3.3.3 que aprofunda o tema.

⁴²⁴ Nesse sentido: COSTA. **Proteção penal ambiental.** p. 51.

Percebe-se que, mesmo diante de um universo de discordâncias, o constante estudo acerca da teoria do bem jurídico mostra-se fundamental, bem como sua utilização, ainda que flexibilizada, como fundamento de legitimidade da norma penal incriminadora.

CONCLUSÕES

1. Um estudo que se propõe a verificar a legitimidade de uma norma encontra-se, hoje, muito além de uma mera apreciação de legalidade positivista como proposto por WEBER, devendo se aprofundar numa análise que deixa de lado o ambiente meramente positivado para, no seio da sociedade, verificar a fundamentação da existência da norma. Certas dessa relação entre a sociedade e o mundo jurídico, as concepções sociológicas do Direito têm desenvolvido assim seus estudos, destacando-se tanto a teorização de HABERMAS quanto de LUHMANN, ambas exercendo forte influência no Direito Penal.

2. O desenvolvimento da teoria dos sistemas e sua aplicação ao conceito de norma e Direito proposto por LUHMANN apresenta uma indiscutível coerência interna em seu raciocínio. Todavia, ao considerar o Direito um subsistema autorreferencial, foi capaz de propor um conceito de norma extremamente objetivo, como mera ferramenta de estabilização de expectativas. Com isso sua legitimidade acaba por se pautar na noção utilitarista de cumprimento de sua função. Esses estudos foram hábeis a influenciar fortemente o Direito Penal funcionalista sistêmico, criticado por alguns pelo esvaziamento do conceito de bem jurídico, que passa a ser entendido como a proteção da vigência da norma. Tal entendimento não pode prosperar por reduzir a legitimidade a um mero questionamento de legalidade, semelhante aos resultados alcançados por WEBER em sua teoria da ação social, e não representam limites sérios ao poder estatal de criminalizar.

3. A proposta de HABERMAS quanto à análise da legitimidade da norma mostra-se extremamente mais democrática, pois faz distinção entre o campo da mera validade e as discussões de legitimidade, reconhecendo nessa ultima a importância de concepções zetéticas. Afirma que a legitimidade de uma norma só pode vir a ser alcançada satisfatoriamente se for produzida pela participação ativa dos seus destinatários nas discussões sobre ela. Embora sua conotação democrática seja digna de louros, a colocação em prática de ferramentas eficazes a garantir a participação direta ou indireta, de forma equânime, de todos os envolvidos, nas sociedades complexas e multiculturais de hoje, mostra-se equiparável a uma idealização quase utópica.

4. Dos estudos sociológicos e seus influxos no Direito Penal, percebe-se a importância de se atrelar o desenvolvimento jurídico-penal à própria sociedade sob pena de se legitimar a criação de um ambiente normativo dissociado de sua principal finalidade ou função, que é garantir, dentro do estritamente necessário, o desenvolvimento do homem e de seu ambiente de forma a resguardar os interesses de maior relevância social que se mostrem imprescindíveis para a promoção desse desenvolvimento.

5. A crença nessa premissa auxilia na utilização do conceito de bem jurídico como fundamento de legitimidade da norma penal. Todavia, a busca pela concretização do conceito em um rol taxativo de valores dignos de tutela é completamente intangível. Enquanto elo entre o Direito posto e a sociedade, o bem jurídico necessita de constante reavaliação, capaz de promover uma análise sempre crítica da norma, hábil a legitimar a despenalização e, por consequência, também o surgimento de novos tipos penais.

6. Os estudos acerca da teoria do bem jurídico mostram-se como um campo fecundo de discussões e avanços tanto dogmáticos como político-criminais. Surgindo como um critério de obstacularização do poder ilimitado do Estado Moderno, seu mau uso já foi capaz de fundamentar regimes autoritários. Da própria experiência histórica, agregada a noções de vinculação entre Estado e Direito, surge a necessidade de critérios para formulação de limites sólidos ao poder de punir estatal. Em que pese a importância histórica do bem jurídico nessa luta, o conceito não se mostra suficiente para, por si só, construir tais limites e propiciar a dinamicidade de que o Direito Penal precisa para atender os anseios da sociedade contemporânea.

7. A estruturação do Estado Democrático de Direito trouxe como consequência a concepção de um Direito Penal que necessita estar atrelado aos valores desse modelo estatal. Logo, o uso do Direito Penal deve se mostrar vinculado aos limites da estrita necessidade para garantir a proteção do indivíduo e do ambiente em que esse se desenvolve, em observância aos princípios da *ultima ratio* e da proporcionalidade, sem com isso perder seu necessário atrelamento aos interesses do indivíduo e do ambiente que se transformam diuturnamente.

8. Os avanços tecnológicos vivenciados na sociedade pós-industrial, sobretudo a partir da década de 1980, têm feito emergir um novo paradigma social denominado sociedade de riscos, cuja concepção prevencionista propiciou a

incidência de influxos em todas as áreas, inclusive no Direito Penal. Sob a égide da prevenção, surgem novos *standards* de proteção cujos valores não são mais meramente individuais, e, sim, cada vez mais universais, de titularidade e afetação difusa. Ao Direito Penal cabe a proteção também desses novos interesses, desde que pautado numa concepção de necessidade e proporcionalidade de sua atuação. Urge destacar que o reconhecimento da legitimidade da tutela penal nessa seara contemporânea de interesses difusos não significa uma confirmação da legitimidade das normas existentes sobre o assunto. A má técnica legislativa, principalmente nesse novo campo, é alvo de diversas reflexões, dando origem, muitas das vezes, a tipos penais meramente simbólicos e indiscutivelmente ilegítimos.

9. Não se pode negar o desenvolvimento do Direito Penal, sobretudo no universo dinâmico do conceito de bem jurídico, sob o propósito de uma concepção estagnada deste como a proposta pela noção personalista defendida pelos frankfurnianos.

10. A concepção personalista de bem jurídico, cuja visão centrada no homem só coaduna com um Direito Penal antropocêntrico, embora hábil a restringir de maneira considerável a utilização do Direito Penal, não se compatibiliza com o necessário desenvolvimento desse ramo jurídico frente às exigências do século XXI. Nesse sentido, a adoção de uma concepção de bem jurídico estritamente pessoal apresenta-se como geradora de um anacronismo da Ciência Penal.

11. Por sua vez, o completo abandono ou esvaziamento do conceito de bem jurídico, conforme sua vinculação com a proteção de meras funções ou valores sociais, representa a adoção de uma concepção penal praticamente ilimitada, hábil a legitimar todo e qualquer tipo de restrição à liberdade propiciada pela imposição de uma nova norma criminalizadora. Além dos evidentes riscos de uma conotação dessa natureza, o próprio desenvolvimento das democracias contemporâneas implica uma constante imposição de limites aos poderes do Estado, papel esse que possui grandes colaborações da teoria do bem jurídico.

12. A adoção de raciocínios, por sua vez, que aceitam exceções de crimes sem bem jurídico é digna de crítica pela falta de um critério que fundamente quando e em que condições tais exceções se mostram legítimas. Assim, a existência de tipos penais sem bem jurídico, aceitável no raciocínio de REFENDEHL e ROXIN, possuem o crédito de reconhecer as dificuldades hodiernas enfrentadas pelo conceito de bem jurídico, mas, por outro lado, apresentam o descrédito de não

formularem requisitos concretos que justifiquem tais exceções e limitem seu crescimento.

13. A defesa do desenvolvimento de um novo campo jurídico reconhecido como Direito de Intervenção, conforme proposto por HASSEMER, não representa uma idéia válida a solucionar os problemas contemporâneos enfrentados pelo Direito Penal, primeiramente, porque relegaria esse último a um modelo sem dinamicidade, incompatível com qualquer concepção jurídica que necessite de seu atrelamento social para ser dotada de legitimidade. Ademais, criaria uma nova área jurídica que não tem sua justificativa de existir, visto que, além do Direito Penal, outros ramos jurídicos, como o administrativo, ainda que não apresentem a natureza estigmatizante típica do universo penal, já trabalham com normas de natureza sancionatória.

14. Nesse sentido, também o desenvolvimento de um Direito Penal segmentado, conforme proposto por SILVA SÁNCHEZ, não atenderia satisfatoriamente as reais necessidades sociais. Tal modelo representa um abandono do conceito de bem jurídico, pois chegaria a legitimar o uso do Direito Penal nos termos de uma concepção jakobsiana de inimigo. Todavia, embora presente a crítica a sua concepção de velocidades do Direito Penal, dotada de inúmeras flexibilizações aos princípios limitadores dessa ciência, seus estudos têm o mérito de perceber todo o processo de desmaterialização do conceito de bem jurídico, realidade que não mais se mostra plausível de regresso.

15. As concepções contemporâneas do bem jurídico acerca de sua utilidade enquanto critério de legitimidade do Direito Penal encontram-se divididas entre defensores do conceito, céticos e defensores com ressalvas. Contudo, frente a todas as concepções apresentadas, percebe-se a importância do conceito, que não deve ser deixado de lado, ainda que eventualmente necessite ser relativizado. Ademais, além da importância de cunho crítico, o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do delito, demonstrando mais uma vez a necessidade de reformulação dos institutos de direito penal, pensados à luz da responsabilidade pessoal e da defesa dos interesses individuais, para atender de forma eficaz a proteção dos interesses difusos.

16. Defender a necessidade de intervenção penal nesses novos campos de interesses não significa, por sua vez, não acreditar no conceito de bem jurídico enquanto fundamento de legitimidade da norma penal, mas acaba por

promover uma indiscutível desmaterialização do mesmo, o que implica a necessidade de reconhecer a urgência da construção de critérios mais uníssonos para serem trabalhados em conjunto na busca por limites democráticos do direito de punir.

17. A adoção do conceito de bem jurídico agregado a uma análise de necessidade e proporcionalidade da intervenção penal é capaz de propiciar uma flexibilização controlada dos demais princípios penais e, ao mesmo tempo, promover os avanços necessários para um desenvolvimento sólido da Ciência Penal.

18. A utilização de uma concepção constitucionalizada do bem jurídico apresenta-se falaciosamente como sólida e limitadora do Direito Penal. Embora realmente portadora de maior coerência sistêmica, o condicionamento do conceito de bem jurídico aos valores constitucionalmente relevantes redunda na impossibilidade de o Direito Penal acompanhar as mudanças sociais e os anseios de proteção da sociedade, único berço legítimo do nascedouro de um verdadeiro bem jurídico. Além disso, considerando o extenso leque de valores alojados nas constituições analíticas atuais, a vinculação do bem jurídico ao critério constitucional nem sempre condiz com uma limitação de sua abrangência.

19. A adoção de uma conotação social de bem jurídico não significa o abandono dos valores constitucionais. Em verdade, a observância dos limites formais e materiais impostos pela Constituição representa uma exigência de validade do ordenamento jurídico, já que o Direito Penal não pode se encontrar dissociado da Carta Fundamental na qual se referencia. Entretanto, ressalte-se que tal campo de discussão limita-se a uma análise de validade ou legalidade e não de legitimidade, universo esse muito além das fronteiras do Direito.

20. A relevância do tema bem jurídico para a seara penal mostra-se além das fronteiras da questão da legitimidade que aqui se procurou discutir, posto ser um critério de interpretação fundamental tanto na teoria do injusto, como dando parâmetros para a aplicação e execução da pena. Dessa forma, seu estudo não pode ser renegado por uma doutrina penal realmente séria e comprometida com a segurança de seus paradigmas dogmáticos.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Curitiba: ICPC/Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf. Acesso em: 07 set. 2012.

_____. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. **ADPCP**, v. LI, Madri, 1998. Disponível em: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/alcacer.pdf. Acesso em: 20 jul 2012.

AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). **El sistema moderno del derecho penal**. Cuestiones fundamentales. Madrid, Tecnos, 1991.

ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Sassari:1980.

ANTOLISEI, Francesco. Il problema del bene giuridico. **Rivista Italiana di Diritto Penale**, v XVII, 1939.

ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal moderno: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 68, p.112-140, set./out. 2007.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p.35-79, set./out. 2009.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. Los límites políticos del derecho penal. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). **Nuevas tendências del derecho penal económico y de la empresa**. Miguel BAJO FERNÁNDEZ et al. Lima: Ara, 2005. p. 99-124.

BALDAN, Édson Luís. A tese funcionalista e a legitimação do discurso demonstrativo do legislador penal econômico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, n. 112, p.9-10, mar. 2002.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 2, fasc. 5, p. 5 - 24, jan.- mar./ 1994.

_____. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: uma discussión en la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado**. Barcelona, n. 1, 1991, p. 37-55.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5a tr.. São Paulo: Martins Fontes,2000.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. 2010. 464 f. Tese (Livre-Docência em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. **Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 208, p. 03-05, mar., 2010, p. 5.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia uma nueva modernidade. Barcelona, Paidos, 1998.

_____. **O que é globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BEZERRA, André Augusto Salvador. **Da dominação legal weberiana à inflação normativa**: o caráter racional do Estado contemporâneo. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-8/204-da-dominacao-legal-weberiana-a-inflacao-normativa-o-carater-racional-do-estado-contemporaneo?format=pdf>. Acesso em: 12 dez 2012.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.** São Paulo: RT, 2002.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.** Buenos Aires: Bde F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. As principais fases da evolução epistemológica do direito penal. **Revista de Derecho Penal:** Fundación de Cultura Universitária, Montevideo, n. 16, p.79-89, nov. 2006.

_____. **Tratado de direito penal:** parte geral. 11a ed.. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodología da pesquisa jurídica:** teoria e prática da monografia no curso de direito. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal.** Barcelona: PPU, 1987.

_____. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. In: BUSTOS RAMIRÉZ, Juan (dir.). **Pena y estado.** Chile: Jurídica ConoSur, 1995. p. 101.

_____. Política criminal e injusto. **Revista de Direito Penal**, v. 30, p. 38 - 54, jul. - dez., 1981.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal.** Madri: Trotta, 1997. v. 1.

BUTELER, José Antonio. Garantías y bien jurídico. **Teorías actuales en el derecho penal.** Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 407.

CAETANO, MATHEUS ALMEIDA. Ofensividade e delitos de acumulação no Direito Penal Ambiental. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 220, p.12-13, mar. 2011.

CALLEGARI, André Luís *et al.* **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: RT/ Coimbra, 2008.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Golbekian, 1989. p. 280.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Sobre el estado actual de la política criminal. Diagnóstico: la expansión del derecho penal. IN: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

CELLA, José Renato Graziero. **Weber, Kelsen, Habermas e o problema da legitimidade** Disponível em: http://www.academia.edu/559775/WEBER_KELSEN_HABERMAS_EO_PROBLEMA_DA_LEGITIMIDADE. Acesso em: 02 jan 2013.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal: algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleider de (Coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.437-468.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoría general del delito.** 2a ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1991

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Cabe limitar la expansión del derecho penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas?. In: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio (Coord.). **Dogmática penal del tercer milenio:** libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann. Lima: Ara, 2008. 1.367 p., 23 cm. ISBN 978-9972-238-14-7. p.149-171.

_____. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuais:** nuevas formas de delincuencia e reinterpretación de tipos penales clássicos. Valencia: Tirot lo blanch, 1999.

CRETELLA JUNIOR, José. **A prática do processo administrativo.** 2. ed. São Paulo: RT, 1998,

CUELLO, J. Pressuposto para uma teoria del bien jurídico protegido em derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.** Madrid, 1981.

D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleider de (Coord.). **Direito penal secundário:** estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2006.

_____. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n. 67, jul/ago 2008.

DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). **Nuevas tendências del derecho penal económico y de la empresa.** Miguel BAJO FERNÁNDEZ et al. Lima: Ara, 2005. p.159-179.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, estado e filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luís. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2005.

_____. El bien jurídico protegido em um derecho penal garantista. **Revista Jueces para la Democracia**, v. 30, 1997.

DOLCINI, E.; MARINUCCI, G. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. Lisboa: Aequitas, 1994, v.4.

DONINI, Massimo. L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. **Diritto penale contemporâneo**, ANNO 2012, Milano, p. 51-74. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/foto/34883974DPC%20202.2012.pdf#page=55&view=Fit>. Acesso em: 20 jan. 2013.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito, **Transformação**, São Paulo, 32(1), p. 119-137, 2009. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/viewFile/998/899>. Acesso em: 03 dez. 2012.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. **Boletim IBCCRIM**.

FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**. Contributo para a sua fundamentação e

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del mas débil. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** Técnica, decisão, dominação. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos et al. **Direito penal brasileiro:** parte geral. São Paulo: RT, 2011.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania.** Buenos Aires: Hamurabi, 1989. p. 55.

FIANDACA, Giovanni. O "bem jurídico" como problema teórico e como critério de política criminal. **Revista dos Tribunais**, Fascículo Penal, São Paulo, v. 776, ano 89. p. 409-439. jun. 2000.

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. 274p. ISBN 978-85-99216-10-1 (Monografias ; 47)

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal.** Parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007.

_____. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). **Nuevas tendências del derecho penal económico y de la empresa.** Miguel BAJO FERNÁNDEZ et al. Lima: Ara, 2005. 940 p., 23 cm. ISBN 9972-626-52-0. p.125-158.

_____. Direito penal e estado-de-direito material. **Revista de Direito Penal e criminología**, Rio de Janeiro, v. 31, p. 38 - 53, 1981.

_____. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 12 abr 2012.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto. A legitimação do direito penal a partir da preservação dos direitos fundamentais do cidadão. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 175, p.7-8, jun. 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Nascimento da prisão. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Lições de direito penal:** parte geral. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Justiça e Democracia**, São Paulo, n. 1, p.167-175, 1996.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal: parte general: fundamentos.** Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2009. (Estudios en cencias penales; v. 4).

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Bem jurídico (noção geral).** Disponível em: http://www.sisnf.com.br/vargas/arq/anexos/baa2df7e07cf6dfc9320d4463cf82c8f25195_Pablo%20III.pdf. Acesso em: 10 dez. 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal:** uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Juspodivm, 2009.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal.** São Paulo: RT, 2001.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal.** São Paulo: RT, 2002.

_____; BINCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização.** São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246 p. ISBN 85-203-2445-2.

_____. Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 84, p.77-110, maio/jun. 2010.

_____. **A proporcionalidade como princípio jurídico penal.** São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004. 4 v. (Laboratório de ciências criminais).

GOMEZ BENITEZ, J. M. Sobre la teoría del bien jurídico. **Revista da Faculdade de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid**, n. 69, s/d.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. **Revista Actualidad penal**, n. 4.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. **Bien jurídico y constitución.** Madrid: Fundación Juan March, 1978.

GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. **La teoría del bien jurídico en el derecho penal.** México: Pereznieto, 1995.

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

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** Niterói: Impetus, 2005.

_____. **Curso de direito penal:** parte geral. 12^a Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Cuiabá, v. 2, n. 3, p.127-153, jul./dez. 2007.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena 1. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 2, p. 187-204, jul.-dez. 2006.

HABERMAS, Jünger. ¿Como ES posible la legitimidad por vía de legalidad? **Revista DOXA 5**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1988, p.21-45. Disponível em:http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_02.pdf Acesso em: 13 dez. 2012.

_____. **Direito e democracia entre faticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

_____. Soberania popular como procedimento. **Novos estudos**, São Paulo, nº 26, p. 100-113, mar.1990.

HASSEMER, Wilfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad penal**, n. 43, 22-28 noviembre 1993, Madrid.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídico. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (coord.). **Pena y Estado**. Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1995.

_____. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales**, año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 273-285.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, año 2, n. 8, out./dez., 1994, p. 41-84. São Paulo,

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p.103-120, nov./dez. 2010.

_____. (coord) **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. ¿Debe ocuparse el derecho penal del riesgo futuro? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**, Universidad de Murcia, Murcia, n. 19, p. 147-158, 2001. p. 149.

_____. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II**. Madrid: Edisofer, 2008. t.2. ISBN 978-84-96261-49-5. p.389-404.

HERZOG, Felix. **Algunos riesgos del derecho penal del riesgo**. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/65/60>. Acesso em: 13 dez. 2012.

_____. Limites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro). **Anuário de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, p. 317 a 327, tomo XLVI, fascículo 1, enero-abril, 1993,

HESPANHA, Pedro et al.. Globalização insidiosa e excludente. Da incapacidade de organizar respostas à escala local. In: HESPANHA, Pedro; CARAPINHEIRO, Graça (Orgs.). **Risco Social e Incerteza: pode o Estado Social recuar mais?** Porto: Afrontamento, 2002, p. 25-54

HIRSCH, Andrew von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Paternalismo**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007. 2 v. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em:http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acesso em: 06 ago. 2012.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago del Chile: Jurídica Conosur, 1992.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri: Manole, 2003

_____. **Derecho penal**: parte general - fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed.. Madri: Marcial Pons, 1997.

_____. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004.

_____. **Tratado de direito penal**. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Sobre la teoría de la pena**. Bogotá: Universidad Externado da Colômbia, 1998.

_____; POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El derecho penal ante las sociedades modernas**: dos estudios de dogmática penal e política criminal. Lima: Grijley, 2006. 120 p., 23 cm. ISBN 9972-04-084-4.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JARA, Rodrigo Medina. Constitución, bien jurídico y derecho penal. **Revista Chilena de Derecho**, v. 20, p. 303 - 310, 1993.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. de José Luis Mazanares Samaniego. 4a ed.. Granada: Comares, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legimiación de los delitos de peligro del derecho penal. **INDRET. Revista para el análisis del derecho**. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/viewFile/124363/172336>. Acesso em: 30 nov. 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1997.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito**. O Direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguie e C, 1899, tomo 1.

LUISI, Luiz. Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.35-43, 1996.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. 327 p. ISBN 858827859-6.

_____. O princípio constitucional penal da intervenção mínima. In: **CIÊNCIA PENAL: coletânea de estudos : homenagem a Alcides Munhoz Netto.** Curitiba: JM, 1999. 375 p. p.267-280.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Disponível em: <http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/el-derecho-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. **Sociologia do direito 1.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito 2.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. O desenvolvimento metodológico do direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 79, p.3-4, jun. 1999.

_____; GIACOMO, Roberta Catarina. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 2, p.39-55, set./dez. 2009.

_____. A função do direito penal no estado democrático de direito. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p.38, set. 2005.

_____. A crise no direito penal. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, p.99-124, jul./dez. 2001.

_____; MOURA, Bruno de Oliveira; MIRANDA, Wesley. A (re)normativização do direito penal frente aos direitos difusos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 70, p.71-99, jan./fev. 2008.

_____. **Prescrição penal:** prescrição funcionalista. São Paulo: RT, 2000.

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

MAYER, Max Ernst. **Filosofia del derecho.** Barcelona: Labor, 1937.

MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività tradogmática e politica criminale. In: CANESTRARI, Stefano (org.). **Il diritto penale alla svolta di fine milenio**. Torino: Giappichelli, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011;

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1993.

MENDONZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madri: Civitas, 2001.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1958

MILITELLO, Vincenzo. Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; ADÁN NIETO, Martín. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

MILL, John Stuart. **A liberdade**. Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: BDEF, 2003.

_____. **Función de la pena y teoria del delito en el estado social y democrático del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979

_____. Bien jurídico e bien jurídico-penal como límites del jus puniendi. In: **Estudios penales y criminológicos**. Universidad de Santiago de Compostela, 1991. t.14.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. Ed. Buenos Aires: editorial BdeF, 2001.

MUSCO, Enzo. **Bene giuridico e tutela dell'onore**. Milano: Giuffrè, 1974.

MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal**. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de las personas. IN: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Buenos Aires: BdeF, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2a ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: RT, 2002.

PACHECO, Alcides Marques Porto. Há um retorno do pensamento retribucionista? Sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 84, p.227-270, maio/jun. 2010.

PALAZZO, Francesco. **I confini della tutela penale: selezione dei beni e critério di criminalizzazione**. Milano:Giuffrè, n. 2, 1992.

_____. Conclusiones finales. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adám (coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. 171 p. (Monografias, 21).

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e bens universais.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal: es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de sistemas y derecho penal:** fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005. 557 p. (Estudios de derecho penal y criminología). ISBN 84-8444-438-4. p.257-293.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 2. ed.. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição.** 5. ed.. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Curso de direito penal brasileiro.** 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico em el derecho penal.** Sevilha: Public de la Universidad, 1974.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adám (orgs.). **Critica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo.** Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso de direito penal:** parte geral. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v.1.

_____. **Funções do direito penal:** legitimização versus deslegitimização do sistema penal. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 143 p. ISBN 978-85-203-3313-6.

RADBACH, Gustav. Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WEZEL, Hans (coord.). **Derecho injusto y derecho nulo.** Madrid: Aguilar, 1971.

REALE JÚNIOR, Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p.41-76, jul./ago. 2010.

_____. **Filosofia do direito.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 308.

_____. **Teoria do direito e do estado.** 3 ed. São Paulo: Martins, 1972. p. 205.

RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. **Delitos de peligro, dolo y imprudencia.** Madrid: Arias Montano, 1994. p. 247.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho penal:** parte general - fundamentos. la estructura de la teoria del delito. Trad. da 2a ed. Alemã de Diego - Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e Garcia Conlleido Javier de Vicente Ramesal. Editorial Civitás S.A., 1997. t. 1.

_____. **Estudos de direito penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

_____. **Teoría del tipo penal.** Buenos Aires: Depalma, 1979.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). **El sistema moderno del derecho penal.** Cuestiones fundamentales. Madrid, Tecnos, 1991.

SALVADOR NETO, Alamriro Velludo. **Finalidades da pena:** conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Tipicidade penal e sociedade de risco.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascurain. Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal. **Revista Chilena de Derecho**, v. 22, n.2, p. 251 - 264, 1995.

SANTANA VEGA, Dulce María. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.** Madrid: Dikinson, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. **Globalização. Fatalidade ou utopia?**. Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 4. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p.53-57, 2002.

_____. 30 anos de Vigiar e Punir (Michel Foucault). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p.289-298, jan./fev. 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal**, año II, n. 1-2, Buenos Aires: Ad-hoc, 1996.

_____. Introducción al razonamiento sistemático em derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos SA, 1991.

_____. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis de um direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 53, São Paulo, IBCCRM, p. 9-37, março-abril 2005,

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. La reforma del maltrato de animales en el derecho penal italiano. **Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ensino a Distancia**, n. 26, 2005. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/73790291/El-maltrato-animal-en-el-Derecho-Penal-italiano>. Acesso em: 20 dez. 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Missão do direito penal**. São Paulo: IBCCRM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007. 2 v. (Laboratório de ciências criminais).

_____. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p.222-238, jan./fev. 2007.

SILVA, Eliezer Gomes da. **Fundamentos éticos do direito penal** : o conteúdo material do conceito de crime e a busca histórica por uma orientação humanista à criminalização. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA DIAS, Augusto. “**Delicta in se**” e “**delicta mera prohibita**”. Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Boch, 1992.

_____. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p.39-50, jul./set. 1996.

_____. Política criminal moderna?: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 23, p.9-23, jul./set. 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As duas faces de janus: a criminalização e a descriminalização do direito ambiental. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**: criminalista do século. São Paulo: Método, 2001. 367 p. ISBN 85-86456-18-7. p.297-308.

_____. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil. Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, p.407-428, mar./abr. 2011.

_____. A construção do Bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, n. 122, p.14-15, jan. 2003.

- _____. **Direito penal supraindividual:** interesses difusos. São Paulo: RT, 2003.
- _____. **Direito penal económico como direito penal de perigo.** São Paulo: RT, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Ainda sobre normas penais em branco e Bem Jurídico tutelado nos crimes ambientais, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 73.

SOTO NAVARRO, Susana. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna.** Granada: Comares, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson. **Expansão do direito penal e globalização.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleider de. O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'ÁVILA, Fábio; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleider de. **Direito penal secundário.** Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT, 2006.

TAVARES, Juarez. Bem jurídico e função em direito penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 46, p.104-108, out./nov. 2007.

- _____. **Teoria do injusto penal.** 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (coord.). **Pena y Estado.** Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VOGEL, Joachim. Legislación penal y ciencia del derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva da legislación penal). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2^a época, n.11, 2003. p. 249-265. Disponível em:< <http://e-spaacio.uned.es> >. Acesso em: 01 mai 2012.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, A. C. A; MOREIRA, L. (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 243-270;

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. São Paulo: Centauro, 2002.

_____. **Economia y sociedad**. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977.

_____. **História geral da economia** . São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores, v. XXVII).

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

_____. **Introducción a la filosofía del derecho**: derecho natural de justicia material. Madrid: Aguilar, 1974.

_____. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Depalma, 1951.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, p.97-107, maio/jun. 2011.

_____. Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (coord). **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Mrcial Pons, 2007.

_____. Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione de uma perspettiva europea continental e da uma angloamericana. In: FIANDACA, Giovanni, FRANCOLINI, Giovanni. **Sulla legittimazione del diritto penale**. Culture europeo-continental e angloamericana a confronto. Torino: G. Giappichelli, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral.3a ed.. São Paulo: RT, 2001

_____. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2.reimp. Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____. La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina. In: ALBRECHT, Hans-Jörg (Comp.) et al. **Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. tomo 3

_____; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

ZEIDAN, Rogério. A legitimação e os limites do poder punitivo. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 4, n. 7, p.206-220, 2001.