

BEM JURÍDICO-PENAL

"Este es un muy buen libro obra de una gran universitaria. Un libro, también un libro de Derecho penal, es un buen libro cuando aborda un gran tema y cuando exterioriza los resultados de una investigación en la que se han llevado a cabo las lecturas necesarias, a través de estas se han identificado los problemas que presenta el tema elegido, y han sido objeto de análisis y debate, para, finalmente, formular unas conclusiones científicamente argumentadas. Todo este proceso, para que alcance una valoración óptima, es preciso que refleje una sólida formación metodológica en el investigador y que guarde coherencia con sus presupuestos ideológicos. Un buen libro además debe arrastrar a su lectura y provocar la reflexión sobre los temas que aborda. Todos estos aspectos están presentes en esta monografía de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, por eso es un gran libro.

La autora propugna finalmente un concepto de bien jurídico mixto con componentes fácticos y normativos, cuya función legitimadora tiene que estar acompañada del respeto a los restantes principios rectores del poder del Estado. El llegar a estas conclusiones dogmáticas y político criminales presupone una metodología que posibilite una reflexión jurídica, que considere el contenido del Derecho desde la perspectiva de la sociedad que regula y no como un mundo aislado y cerrado en si mismo."

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Salamanca



QUARTIER LATIN

ANA ELISA LIBERATORE SILVA BECHARA

BEM JURÍDICO-PENAL

QUARTIER LATIN

ANA ELISA LIBERATORE SILVA BECHARA

BEM JURÍDICO-PENAL

QUARTIER LATIN

ANA ELISA LIBERATORE SILVA BECHARA
Livre-Docente em Direito Penal pela USP
Doutora em Direito Penal pela USP
Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP
Professora de Pós-Graduação na Universidade de Salamanca

BEM JURÍDICO-PENAL

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 – CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: quartierlatin@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, verão de 2014
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 – Centro – São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Antonio Marcos Cavalheiro

Revisão gramatical: Ronaldo Santos Soares

Capa: Eduardo Nallis Villanova

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

ISBN 85-7674-707-3

1. Direito Penal. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Penal

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Agradecimentos	11
Prefácio	15
Introdução	19

1. A Influência das Formas de Estado no Direito Penal, 29

1.1. Estado, Sociedade e Direito	31
1.2. Da Evolução dos Modelos de Estado de Direito e Sua Influência sobre o Direito Penal	33
1.2.1. Estado Liberal de Direito	37
1.2.2. Estado Social de Direito	39
1.2.3. Estado Democrático de Direito e Intervenção Jurídico-Penal	41
1.3. Força Normativa da Constituição	48
1.4. A Pessoa como Destinatária da Norma Penal	62
1.5. Primeira Aproximação à Função do Direito Penal e ao Conteúdo Material do Delito	68
1.5.1. Função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito	70
1.5.2. O Conteúdo Material do Delito	79

2. A Evolução da Teoria do Bem Jurídico como Critério de Legitimidade da Intervenção Penal, 87

2.1. A lesão de direitos subjetivos	89
2.2. A fundamentação da teoria do bem jurídico	93
2.3. Positivismo jurídico	99
2.4. Positivismo naturalista	102
2.5. Neokantismo e o conceito metodológico de bem jurídico	105
2.6. A ruptura autoritária: o nacional-socialismo alemão	108
2.7. Finalismo e o ressurgimento valorativo	114
2.8. Teorias constitucionais e sociológicas do bem jurídico	117
2.9. Conteúdo e funções do bem jurídico	139

3. Bem Jurídico e Interpretação no Âmbito da Estrutura do Delito, 145

3.1. Tipo penal e afetação do bem jurídico.....	147
3.1.1. Limites à ideia de ofensividade.....	152
3.1.2. Subsunção da conduta ao tipo legal.....	157
3.2. Bem jurídico e antijuridicidade.....	171
3.2.2. Causas de justificação e ponderação de interesses (ou lesão do bem jurídico e justificação penal).....	173
3.3. Consentimento do ofendido.....	174
3.3.1. O sentido da disponibilidade de bens jurídicos.....	178
3.3.2. Paternalismo penal.....	184
3.4. Culpabilidade e bem jurídico: eficácia motivadora da norma e participação valorativa do sujeito.....	190
3.5. O critério da proporcionalidade e a teoria do bem jurídico.....	192

4. Reflexos da Sociedade Atual na Teoria do Bem Jurídico, 203

4.1. Sociedade pós-industrial e Direito Penal.....	208
4.1.1. Risco, insegurança social e intervenção penal.....	208
4.1.2. Propostas expansivas do Direito Penal.....	216
4.2. Incremento da proteção dos bens jurídicos coletivos.....	221
4.2.1. Natureza dos bens jurídicos coletivos.....	221
4.2.2. Ofensividade e proteção dos bens jurídicos coletivos.....	227
4.3. Tipos penais sem bens jurídicos: da tutela de bens à tutela de funções.....	230
4.4. Antecipação da intervenção penal, administrativização e cumulatividade.....	235
4.4.1. Fronteira entre ilícito administrativo e ilícito penal.....	237
4.4.2. Delitos de acumulação.....	246
4.5. A defesa atual da teoria do bem jurídico e seus novos contornos.....	255

5. Críticas Atuais à Teoria do Bem Jurídico e Propostas Alternativas de Critérios de Legitimidade do Direito Penal, 269

5.1. As influências do sistema jurídico anglo-saxão e o <i>harm principle</i> como fundamento da legitimidade do Direito Penal.....	275
--	-----

5.2. Potencial emancipatório da desmaterialização da teoria do delito: da lesão de bens à infração de deveres.....	280
5.3. Teoria dos sistemas e Direito Penal: expectativas normativas.....	284
5.4. Funcionalismo normativista: a proteção da vigência das normas penais.....	289
5.5. Direito Penal e moral – crítica à legitimidade de hipóteses concretas de tipificação penal em desacordo com a teoria do bem jurídico.....	309
5.5.1. Maus tratos de animais.....	312
5.5.2. Porte de drogas para uso próprio.....	323
5.5.3. Sentimentos.....	328
5.5.4. Excurso: problemas reflexos da influência moral no Direito Penal: crime de incesto.....	332

6. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo, 337

6.1. Ontologismo <i>versus</i> normativismo: ponto de equilíbrio.....	341
6.2. A teoria do bem jurídico na atualidade: tomada de posição.....	352
6.2.1. Bens jurídicos e relações sociais.....	354
6.2.2. Análise crítica da referência aos direitos humanos.....	361
6.2.3. Os limites do bem jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal.....	364
6.3. Política criminal e racionalidade da intervenção penal.....	367
6.3.1. Política criminal e intervenção penal.....	369
6.3.2. O sentido atual da intervenção penal mínima.....	376
6.4. Legitimidade do Direito Penal no âmbito do Estado Democrático de Direito.....	380

Referências Bibliográficas, 387

possam receber tais concepções, a constatação de sua existência acaba, por si só, condicionando inevitavelmente o futuro do discurso penal, que não pode ignorar referido fenômeno. Nesse sentido, as pressões sofridas pelo Direito Penal advêm, em boa parte, das modernas teorias dos fins da pena, já não mais vista em sentido retributivo, mas sim na vertente preventiva. Convertendo-se a prevenção geral positiva em tarefa última do Direito Penal, a sociedade passa a esperar que esse mecanismo de intervenção possa oferecer efetiva segurança⁶⁷⁷. O equívoco aqui está em pretender aplicar a lógica preventiva sem levar em consideração seu limite, correspondente ao próprio indivíduo e, assim, ao necessário juízo de proporcionalidade em relação ao delito cometido.

Há de se ter claro, em qualquer caso, os riscos da adoção de uma cultura de emergência, a privilegiar de forma absoluta a eficiência do Direito Penal⁶⁷⁸. E a experiência histórica demonstra que a criação de uma legislação excepcional para uma situação tida como extraordinária acaba por converter-se em modelo de legislação ordinária, atingindo definitivamente os princípios básicos de convivência social em um Estado Democrático de Direito⁶⁷⁹. É preciso observar, nesse sentido, que a pretensão de alteração das bases liberais da intervenção penal, com o fim de atingimento de maior prevenção geral positiva, leva justamente ao efeito inverso, vale dizer, a uma mais profunda crise de legitimidade. A desnaturalização da função do Direito Penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídico-penais, para além de não trazer comprovadamente qualquer resultado positivo na luta contra a criminalidade, faz com que este perca definitivamente sua credibilidade social, já que o converte em mero instrumento de política com função simbólica. Assegurar o futuro mediante o Direito Penal deve ter como pressuposto necessário que os riscos submetidos a controle procedam de comportamentos que possam ser racionalmente proibidos.

677 No mesmo sentido, v. HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del derecho penal. In: Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 29.

678 Na mesma linha, conclui Urs KINDHÄUSER que a luta para incluir a intervenção penal em uma estratégia de humanidade não é compatível com a histeria de uma política de segurança. KINDHÄUSER, Urs. Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimidad y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH R., Juan Pablo. Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 37-38.

679 No mesmo sentido, MOCCIA, Sergio. La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, cit., e RIVERA BEIRAS, Iñaki. Política criminal y sistema penal, cit., pp. 409 et seq.

4.2. INCREMENTO DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

4.2.1. NATUREZA DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

A partir da constatação das influências trazidas pela sociedade contemporânea na intervenção penal, introduziram-se nos últimos tempos novos interesses mercedores de proteção, em geral de orientação coletiva ou supraindividual⁶⁸⁰. O reconhecimento jurídico-penal de tais interesses decorre da descoberta de uma superestrutura que se sobrepõe ao núcleo de bens jurídicos do Direito Penal liberal. Assim, sobre as pessoas e seus bens tradicionais situam-se diversos interesses de natureza coletiva, a demandar igualmente a proteção estatal⁶⁸¹. Referidos bens são, então, reconhecidos num contexto de alteração da própria relação entre sociedade e Estado – que agora passa a interferir de forma ativa –, de tal modo que os interesses pessoais passam a ser vistos de forma macro-social, isto é, relacionados às relações sociais estabelecidas⁶⁸², bem como ao funcionamento do sistema, a fim de se assegurar sua garantia. Nesse âmbito, a questão fundamental não diz respeito tanto à legitimidade da proteção dos bens jurídico-penais coletivos, e sim à determinação de seu respectivo conteúdo material, de forma a justificar a necessidade da intervenção penal⁶⁸³.

Antes de tudo, porém, é importante observar que a distinção entre bens jurídicos não deve ser entendida em sentido classificatório, até porque tais bens podem apresentar, ao mesmo tempo, elementos pertencentes a categorias dis-

680 Apesar de ser essa nomenclatura amplamente utilizada – nesse sentido, no Brasil v., dentre outros, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, cit. –, a expressão “supraindividual” recebe críticas, justamente por induzir à conclusão de que tais interesses estejam acima ou além do indivíduo, quando, na verdade, partindo-se de uma pessoal, todos os bens jurídicos, independentemente de sua titularidade individual ou coletiva, são sempre pessoais, isto é, referidos ao ser humano. Nesse sentido, v. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos, cit., p. 159.

681 Cf. CUELLO, Joaquín. Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXV, fascículo 1, enero-abril/1981, p. 481; e MATA Y MARTÍN, RICARDO M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico). Granada: Comares, 1997, introdução, p. IX.

682 Nesse sentido, v. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bienes jurídicos colectivos, cit., pp. 160-161; e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, cit., p. 62.

683 No mesmo sentido, afirma Dulce María SANTANA VEGA que “*más que clasificar los bienes jurídico-penales en individuales o supraindividuales, la cuestión central será la de determinar si todos ellos han de ser concebidos como atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado o de la conveniencia de la sociedad en la que el individuo es un instrumento de individualización de tales funciones o si, por el contrario, los bienes jurídico-penales se constituyen desde el punto de vista de la persona, considerando sólo legítimos aquellos bienes jurídico-penales colectivos en la medida en que fueran funcionales para el individuo.*” *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dickinson, 2000, p. 83.

tintas⁶⁸⁴. Nem por isso, contudo, a diferenciação das categorias deixa de possuir, enquanto tal, importância na fixação dos pressupostos e do alcance da respectiva proteção penal⁶⁸⁵. Dentre as vantagens de tal categorização, ressaltam-se as implicações para a distinção das estruturas do delito em delitos de dano, e de perigo, especialmente relevantes no caso de bens jurídicos fisicamente individualizáveis e lesionáveis.

A primeira distinção de categorias, para efeito da análise da legitimidade intervenção penal, diz respeito às espécies de bens jurídicos, que podem ser individuais ou coletivos. Em seguida, e de forma horizontalmente considerada em relação ao critério anterior, diferenciam-se os bens jurídicos fisicamente individualizáveis e lesionáveis dos bens jurídicos institucionais, referidos a um conjunto de condições gerais cuja observância é, em princípio, indispensável à convivência social pacífica. A primeira categoria prepondera nos bens jurídicos individuais, e a segunda, nos bens jurídicos coletivos, podendo haver, porém, também bens jurídicos institucionais no âmbito individual (como a honra) e bens jurídicos fisicamente individualizáveis no âmbito coletivo (como, parcialmente, o meio ambiente)⁶⁸⁶. Antes de mais nada, trata-se, porém, de estabelecer o conteúdo e os pressupostos de legitimidade dos bens jurídicos coletivos.

Embora a ideia de bem jurídico tenha surgido no contexto liberal, identificada com a garantia individual frente ao arbítrio estatal, a própria evolução do modelo de Estado implicou transformações em seu conteúdo, a partir da progressiva intervenção na esfera social. Dessa forma, passa-se da tutela inicial de interesses vinculados ao indivíduo, tomado em sua dimensão atomística, ao reconhecimento de outros interesses, de caráter coletivo⁶⁸⁷, vinculados às rela-

ções sociais nas quais o indivíduo participa em busca de seu livre desenvolvimento. O Direito Penal abarca, desse modo, a proibição de comportamentos que, embora não impliquem prejuízo imediato aos interesses estritamente pessoais do indivíduo, são aptos a repercutir de forma negativa no funcionamento do sistema social, posto a serviço dos interesses individuais⁶⁸⁸.

Nesse sentido, observa-se que mesmo no âmbito do Estado Liberal não se ignorou a proteção de bens jurídicos coletivos, a exemplo da administração da justiça e da própria segurança estatal, o que, porém, não se relacionava diretamente à garantia do livre desenvolvimento individual no marco social, e sim à própria função de supervisão estatal da comunidade. De outro lado, ressalta-se que a tutela penal de interesses pretensamente comuns foi por diversas vezes utilizada no curso da história para legitimar a intervenção autoritária do Estado frente à violação de suas normas. Assim, a análise dos bens jurídicos coletivos deve ser feita, antes de tudo, sob a perspectiva democrática, de forma que seu estabelecimento não vise à imposição forçada de valores ou ideologias, mas sim à garantia dos indivíduos aos quais o Estado deve servir.

Tradicionalmente, distinguem-se entre bens jurídicos de titularidade individual e de titularidade coletiva. O papel desempenhado por cada um deles, assim como a relação entre ambos como objetos jurídicos de proteção das normas penais será historicamente variável. Tais oscilações na apresentação da dualidade de interesses jurídico-penais têm origem nas valorações sociais sobre os problemas específicos do direito, estando conforme a projeção da orientação valorativa prioritária que se lhes dê.

Sob a perspectiva individualista, no contexto liberal, os valores e interesses da coletividade estão a serviço dos interesses da personalidade. Todos os campos da realidade proporcionam, assim, meios dirigidos à segurança e ao desenvolvimento dos indivíduos, competindo ao direito regular as relações entre os indivíduos por meio do contrato social. Em sentido oposto, sob o enfoque da perspectiva coletiva, todos os valores e interesses servem ao Estado. Finalmente, no caso da concepção transpessoal, os valores e interesses pessoais e os da coletividade encontram-se vinculados, como obra comum surgida das relações entre indivíduo, sociedade e Estado⁶⁸⁹.

684 Nesse sentido, Bernd SCHÜNEMANN menciona a honra, que, embora possa ser considerada, no seu entender, como um bem jurídico institucional, manifesta em alguns de seus elementos, como na efetiva boa reputação, traços de um bem jurídico fisicamente individualizável. SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos*, cit., p. 59

685 Assim, por exemplo, a partir da distinção dos bens jurídicos em diferentes categorias pode-se desconstruir o que Bernd SCHÜNEMANN denomina de "beco sem saída argumentativo do bem jurídico coletivo aparente", que, sendo na verdade a somatória de bens jurídicos individuais (como no caso da saúde pública), acaba fundamentando decisões judiciais equivocadas, como a inobservância do princípio de exclusão de proteção penal em caso de consentimento do titular do bem jurídico. SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, cit., p. 214.

686 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos*, cit., pp. 57-58.

687 A expressão "interessi diffusi" foi introduzida por SGUBBI em seu artigo "Tutela penali di «interessi diffusi»", *QC* (1975), pp. 439 et seq. Para o autor, "ci sembra che tale locuzione espositiva rispecchi meglio l'origine fattuale e sostanziale della figura l'attributo 'colletivo' è oportuno, forse sai riservato a designare la figura in questione, nel momento del suo riconoscimento normativo." Tutela penale de interessi diffusi. *La Questione Criminale*, ano I, n° 3, p. 440.

688 Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos*, cit., pp. 151-153.

689 Cf. MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico). Granada: Comares, 1997, p. 11.

Justamente por isso, Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE adverte que, a fim de que tais bens não se transformem na mera proteção de interesses coletivos próprios de regimes autoritários, que em última análise dão margem ao atropelo de direitos individuais, há de se exigir em seu núcleo a proteção de um bem jurídico individual⁶⁹⁶.

De outro lado, há os denominados bens jurídicos espiritualizados ou intermediários. A despeito da separação tradicional entre bens jurídicos pessoais e coletivos plasmada na regulação dos tipos penais, cada vez é mais frequente a aparição conjunta de ambas as classes de interesses em figuras delitivas específicas. Tipificam-se condutas que protegem ao mesmo tempo interesses classificados em parcelas inicialmente contrapostas, como são os relativos à pessoa, de um lado, e ao conjunto social, de outro⁶⁹⁷. Tais bens jurídicos, por sua própria natureza, não podem ser atribuídos exclusivamente a um titular singular e demandam proteção abstrata, sendo denominados “intermediários” ou “espiritualizados”⁶⁹⁸. Embora soe vantajosa sob o ponto de vista da justificativa político-criminal da intervenção penal, haja vista sua pretensa vinculação em uma análise aos interesses individuais, referida concepção recebe diversas críticas, em razão da dificuldade de verificação da lesividade de condutas individualmente consideradas, bem como da própria delimitação de tais bens, a assim, do injusto típico⁶⁹⁹.

bem instrumental para a tutela de outros bens “finais”, como a saúde humana, e sim ser reconhecido em sua própria dignidade de valor, o problema reside na dificuldade de sua apreensão conceitual e empírica. PALAZZO, Francesco. Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia. *Revista Penal*, nº 04, Julio 1999, p. 69.

696 Cf. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. El principio de lesividad y el delito ecológico, cit., p. 1.419.
697 MATA Y MARTÍN, Ricardo M. Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, cit., introdução, p. 8.
698 Conforme a denominação dada por Bernd SCHÜNEMANN. Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, cit., p. 260; e MATA Y MARTÍN, Ricardo M. Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, cit., introdução, p. 24. No mesmo sentido, tratando da proteção penal em matéria econômica, e distanciando-se de uma concepção econômica liberal, Klaus TIEDMANN afirma que surgem, a partir da evolução histórico-concepção econômica liberal, bens jurídicos intermediários entre os interesses do Estado e os dos agentes econômicos social, bens jurídicos intermediários entre os interesses do Estado e os dos agentes econômicos individuais, de forma a estabelecer uma proteção simultânea de ambos os interesses, ainda que o bem final seja a ordem econômica em seu conjunto. TIEDMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 1993, pp. 35-36.

699 Nesse sentido, v. as críticas de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 292; e MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 53. Renato de Mello Jorge SILVERIA, embora defenda que “a idéia de bem jurídico espiritualizado vem a explicar muitas das novas feições do objeto de proteção” e que “embora uma linha clássica de pensar possa criticar tal embasamento, várias são as suas vantagens”, admite que ser irresponsável a crítica sobre a ausência de estabelecimento de percepção quanto ao potencial dano, prejudicando a aplicação da lei penal. *Direito penal económico como direito penal de peligro*, cit., p. 154.

4.2.2. OFENSIVIDADE E PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

A emergência de novos interesses jurídico-penais fez surgirem amplos debates sobre os problemas político-criminais e dogmáticos de seu reconhecimento no Direito Penal. De fato, os bens jurídicos coletivos trazem consigo dificuldades acerca da determinação de sua lesão ou colocação em perigo, gerando especial tensão em relação aos princípios de ofensividade, de intervenção penal mínima e de culpabilidade.

Observam-se, a título ilustrativo, os delitos ambientais, em cujo âmbito não parece ser possível entender os bens jurídicos como dimensões previamente dadas, haja vista que sua realidade atual tangível em geral não constitui o estado desejado e, por isso, necessitado de melhora. Em tais circunstâncias, questiona-se se o Direito Penal poderia pretender tutelar um dever-ser, decidindo de modo autônomo pelo restabelecimento ecológico do estado natural o mais otimizado possível e ajudando a submeter as valorações a um processo de mudança e de harmonização conforme seus objetivos, sem descuidar de outros interesses também envolvidos, tais como o econômico e o social⁷⁰⁰. Tal concepção dinâmica de proteção seria apta, inclusive, a afastar a intervenção penal de sua compreensão como *ultima ratio* da estabilização de um dado marco de condições sociais, convertendo o sistema penal em um instrumento político-estatal de transformação social.

Tratando dos delitos em matéria econômica, a discussão sobre a legitimidade da intervenção penal, a partir do bem jurídico, também ganha particular relevância, na medida em que o dever de assegurar um espaço vital aos interesses antagônicos envolvidos obriga o legislador a incriminar apenas determinados comportamentos. A construção dos tipos penais deve, nesse caso, atender um delicado equilíbrio de interesses, com o fim de evitar a excessiva intervenção em atividades socialmente úteis. Nesse contexto, surgem dificuldades para alcançar referido equilíbrio, seja em face da complexidade dos interesses envolvidos, cuja concreção em bens jurídicos se revela difícil, seja em razão do próprio caráter promocional que não raras vezes é atribuído de forma equivocada ao Direito Penal⁷⁰¹.

700 No mesmo sentido, v. KINDHÄUSER, Urs. Elementos fundamentales del derecho penal medioambiental alemán. *Revista de Ciencias Penales*, v. 1, nº 2, 2º semestre 1998, p. 503; e TIEDMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007, p. 290.

701 No mesmo sentido, v. TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 45-46.

Em qualquer caso, tem-se de um lado a ameaça de hipertrofia penal, fundada na tutela indiscriminada de interesses coletivos não necessariamente identificados como bens jurídicos⁷⁰², e, de outro, as dificuldades que uma concepção ontológica e realística de tais bens traz para a análise da estrutura do delito, inviabilizando a aplicação da norma penal no caso concreto.

Antes de tudo, é importante destacar que a partir do entendimento dos bens jurídicos coletivos como interesses coletivos dotados de referente individual, na qualificação de um comportamento como delito sempre será necessário interpretar o tipo penal teleologicamente, isto é, em atenção a esse fim, e não formalmente, sem que se possa verificar a existência de uma efetiva afetação da convivência social.

De outro lado, o fato de os bens jurídicos coletivos serem complementares aos individuais, tal qual afirma amplo setor da doutrina, encontrando por vezes um referente tangível nos diversos interesses vitais dos sujeitos individualmente considerados, não gera a necessidade de que os tipos penais que materializam sua proteção se dirijam imediatamente ao indivíduo para definir sua estrutura, restando clara sua autonomia conceitual⁷⁰³.

Da mesma forma, não é possível deixar de admitir que nos delitos referidos a bens jurídicos coletivos não se produz em geral um resultado material em sentido estrito. Nesse sentido, parte das dificuldades de reconhecimento da legitimidade de tutela dos bens jurídicos coletivos provém da origem do conceito de bem jurídico, a partir de uma perspectiva causal-naturalista própria do século XIX, a implicar a confusão entre tais bens jurídicos e seu substrato material, bem como entre a ofensa a esses bens e a produção de um dano, entendido como destruição de um objeto quantificável. Na verdade, a ofensividade não pode ser interpretada naturalisticamente como o dano provocado em coisas, mas sim como potencial de lesão ao interesse sobre tal coisa⁷⁰⁴. O equívoco está aqui

702 Cf. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. *Derecho Penal y Criminología*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, v. XIII, nº 43, enero-abril 1991, pp. 737 et seq.; e BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos, cit., p. 160. Para esse último autor, embora se reconheça a importância fundamental da tutela dos bens jurídicos coletivos, "una excesiva protección en relación a ellos, más allá de lo fundamental para la atención de las necesidades de todos los miembros de la sociedad o de un colectivo, sólo es expresión de la tendencia autoritaria de un régimen". (p. 162)

703 No mesmo sentido, v. FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales y la corrupción de agente público extranjero e internacional*. Tese de Doctorado. Universidad de Salamanca, 1997, p. 58; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos, cit., pp. 159-160; e MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, 1993, p. 32.

704 Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, cit., pp. 219-222. Sobre o tema, a autora observa, aliás, que mesmo em relação

na utilização do objeto material do delito como referencial para a averiguação da ofensividade, a despeito de tal distinção teórica ser já antiga na doutrina.

Embora a teoria da danosidade social tenha tentado superar essa limitação causal-naturalista, situando a referência danosa na coletividade, também referida opção não parece adequada na interpretação da ofensividade, haja vista que desconsidera o indivíduo e seu interesse de livre desenvolvimento social⁷⁰⁵. Aceitando-se que todo bem jurídico corresponde a uma "síntese normativa determinada de uma relação social concreta e dialética"⁷⁰⁶ entre indivíduos, a transposição desse critério ao âmbito coletivo implicará logicamente a ponderação de um conjunto ainda maior de expectativas públicas e privadas em conflito⁷⁰⁷.

Assim, sem descuidar do referente individual, conclui-se que nos delitos identificados com a proteção de bens jurídicos coletivos, a ofensividade deve ser analisada conforme critérios relacionados à relevância jurídico-penal do comportamento em termos de gravidade de afetação do bem, e não a partir de critérios naturalísticos de gravidade do dano. Justamente por isso, admite-se a possibilidade de se afirmar a existência de delitos de lesão em matéria coletiva⁷⁰⁸. É verdade, porém, que justamente por não possuírem um suporte material tangível, a análise da ofensividade dos bens jurídicos coletivos depende particularmente no grau de concretização em um contexto prepositivo, havendo de se realizar um esforço contínuo nesse sentido, a fim de evitar a tutela de meros objetivos de organização política, social ou econômica, bem como

aos delitos referidos a bens jurídicos individuais, não se pode confundir a lesão ao bem jurídico com a lesão do objeto do delito, mesmo quando o objeto do delito corresponde ao substrato material do bem jurídico. A lesividade supõe, assim, a lesão do bem jurídico, independentemente da efetiva lesão também do objeto do delito, que nesse caso constituirá o resultado material de lesão. O exemplo dado, nesse caso, é o do homicídio, no qual a lesão do objeto do delito (resultado em sentido material) é a morte da vítima e a lesão do bem jurídico (resultado em sentido jurídico) é a lesão do interesse social individual pela vida; o que possibilitaria, inclusive, a reinterpretación de casos específicos tais como o da eutanásia. *Idem*, p. 222. Em sentido contrário, v. o conceito restritivo de bem jurídico de Wolfgang NAUCKE, como algo sólido, em qualquer caso mensurável empiricamente e livre de todo o ideal. As lesões que sofra tal bem deveriam, conforme o autor, restar expressadas na vida, na integridade física ou no patrimônio, concluindo-se que se o Direito Penal somente for um asseguramento de interesses, não caberá negar-lhe a intervenção sobre nenhum interesse que encontre um apoio político, revelando-se um instrumento formal de controle cruel e dirigista. NAUCKE, Wolfgang. La filosofía social del derecho penal orientado a las ciencias sociales. In: MIR PUIG, Santiago (Coord.). *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pp. 88-89.

705 No mesmo sentido, v. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, cit., p. 222.

706 Cf. o conceito de BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal*, cit., p. 113.

707 Cf. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., p. 34.

708 Nessa linha, v. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos, cit., p. 160; e MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., p. 43.

de permitir que tais bens jurídicos possam seguir na função crítica de limitação da intervenção penal.

4.3. TIPOS PENAIIS SEM BENS JURÍDICOS: DA TUTELA DE BENS À TUTELA DE FUNÇÕES

Assiste-se na atualidade à crescente funcionalização do Direito Penal na luta contra inimigos sociais, nos mais diversos âmbitos. Nesse contexto, e embora não seja tarefa das mais fáceis, diante da complexidade dos fatores envolvidos, constitui importante desafio o estabelecimento de parâmetros seguros para a delimitação da intervenção penal na sociedade, visando a evitar a indevida intromissão na esfera individual nos casos em que o objeto da norma positiva não se revelar legítimo de proteção. Assim, uma norma penal apenas é justificável na medida de sua necessidade à proteção das condições de vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade da pessoa. O reconhecimento do pluralismo e a proteção da dignidade como elementos materiais essenciais do Estado Democrático de Direito proíbem, portanto, o estabelecimento de ideais morais ou meras funções como bens jurídicos⁷⁰⁹.

O ponto central da discussão sobre a expansão do Direito Penal reside nos denominados bens jurídicos coletivos, atualmente considerados objetos de destacada preocupação no que tange à intervenção estatal. Tratando da proteção dos referidos bens jurídicos, tem-se, na linha funcionalista sistêmica, sua vinculação à função dos sistemas sociais ou institucionais. Sob tal enfoque, o direito, como estrutura da sociedade, desenvolve-se fundamentalmente sob a perspectiva de conflito. Referido conflito constitui, então, o substrato social que conduz à generalização de expectativas de conduta⁷¹⁰. Justamente por isso, não soa adequada a pretensão de reduzir a garantia jurídico-penal apenas às expectativas de conduta cuja função social afeta exclusivamente contatos sociais diretos (conflitos imediatos), haja vista que referida pretensão acabaria por afastar tal garantia da configuração da sociedade, retornando-se à mera garantia jurídico-penal de uma sociedade pré-moderna, individualista⁷¹¹.

A teoria sistêmica enfrenta a oposição dos teóricos de Frankfurt, a partir das experiências históricas autoritárias do século XX, notadamente no que tan-

709 No mesmo sentido, v. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo. *Revista Liberdades*, nº 1, jan.-abr. 2009.

710 Cf. 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. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 61.

711 Cf. MÜSSIG, Bernd, *Idem*, p. 63.

ge à totalização da razão instrumental. Nesse contexto, a submissão do indivíduo às circunstâncias sistêmicas da sociedade o conduz à conversão em mera célula de reação funcional. Defende-se, nessa linha, uma concepção pessoal da constituição do bem jurídico, como se verifica nos estudos de RUDOLPHI, MARX e HASSEMER, dentre outros autores⁷¹², a partir do referencial liberal do indivíduo, ao qual devem servir o direito e o Estado. Assim, mesmo os bens jurídicos coletivos apenas poderão ser considerados legítimos na medida em que sirvam ao desenvolvimento individual dos cidadãos.

Exatamente por isso, conforme a concepção pessoal, a hierarquização entre bens jurídicos individuais e coletivos revela-se perigosa, haja vista que, no contexto da sociedade atual, pode haver uma dissolução social do sujeito na constituição de bens jurídicos coletivos, levando, conseqüentemente, à ameaça de uma funcionalização dos interesses pessoais em relação ao Estado. A necessidade do estabelecimento de relação entre um bem jurídico coletivo e sua finalidade pessoal constitui, assim, a garantia de que a intervenção penal não decorrerá da mera imposição de políticas públicas nos âmbitos administrativo, econômico ou social. É de se distinguir, portanto, a noção de bem jurídico da ideia de função, relacionada a atividades de controle de determinados setores⁷¹³.

Baseando-se na constituição do bem jurídico ao mesmo tempo como objeto de preferência – isto é, valor ou interesse vinculado à finalidade da ordem jurídica de proteção da pessoa – e objeto de referência – pressuposto de validade e de eficácia da norma –, Juarez TAVARES busca diferenciá-lo de função, cujo conceito, em um âmbito de instrumentalidade e de dependência, relaciona-se à ideia de relação⁷¹⁴. A função não possui, desse modo, significado autônomo, correspondendo a uma relação derivada de variáveis correspondentes a pontos referenciais de algo, sem implicarem por si um valor ou interesse.

712 Seguindo a mesma teoria pessoal do bem jurídico, digna de nota é a concepção de Juan TERRADILLOS BASOCO. Baseia-se o autor na ideia de necessidade humana associada ao bem jurídico, como critério fundamental no âmbito de um Estado Democrático de Direito. A satisfação de necessidade humana associada à proteção de um bem jurídico coloca a pessoa no centro da proteção penal. Não se trata de proteger sistemas sociais, organizações, interesses coletivos, e sim as necessidades do indivíduo, sendo tais necessidades a base e condição para a satisfação das demais necessidades. Sua satisfação pressupõe, então, uma redistribuição dos bens políticos, econômicos e culturais. Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 50; e, do mesmo autor, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 63, 1981, p. 136. Ainda sobre a teoria pessoal do bem jurídico, v. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 61. No Brasil, destaca-se a concepção nesse sentido de Juarez TAVARES. *Teoria do injusto penal*, cit., p. 217.

713 Cf. TAVARES, Juarez, *idem*, p. 204.

714 Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, cit., pp. 206-209.

A esse ponto, poder-se-ia afirmar que o bem jurídico, entendido como interesse, também se identifica com uma relação entre um dado objeto e um sujeito, não se diferenciando, sob essa perspectiva, da função. Na verdade, porém, a relação intrínseca no conceito bem jurídico revela-se substancial, isto é, vincula-se a dois objetos referenciais reais e autônomos que existem independentemente dela. As relações entre funções, por outro lado, não apresentam substrato material, dependendo das variáveis aplicadas em diferentes possíveis combinações.

A distinção fundamental entre bem jurídico e função está, assim, na constatação de que a função não possui existência própria, dependendo de uma relação entre suas variáveis – o que apenas possibilita o cálculo de seus correspondentes predicados, sem conteúdo substancial –, enquanto o bem jurídico, por outro lado, pode ser tomado e valorado por si próprio⁷¹⁵.

Ao tutelar funções administrativas, a norma transmite um conteúdo artificialmente criado por um programa político de intervenção fundado em modelos comportamentais, conservando, conforme esclarece Vittorio MANES, essa matriz em sua formulação, conjugada a partir da regulamentação do setor. E se tal matriz for representada por funções promocionais, o resultado será uma disposição com caráter sancionatório, cujo conteúdo é incompleto, haja vista que se deixa ainda por resolver o conflito de interesses que exprime, ou deveria exprimir, o interesse tutelado⁷¹⁶.

De outro lado, a composição do conflito de interesses na qual se resolve a escolha política essencial da norma é delegada à valoração da autoridade administrativa, expressa em atos próprios, de forma que o delito configurar-se-á como o complemento de tal atividade administrativa. Essa expropriação do monopólio legislativo sobre o tipo penal é, ainda, potencializada pela inserção de elementos normativos, normalmente de natureza extrapenal e extralegislativa.

A despeito da necessidade de observância de referida diferenciação, encontram-se com cada vez maior frequência na legislação penal tipos penais que tutelam meras funções da administração, a exemplo de diversas normas incriminadoras referidas ao controle geral do sistema financeiro nacional ou do meio ambiente⁷¹⁷. Nessas hipóteses, depara-se com a tutela de situações instrumentais de tão amplo espectro que se pode aludir a verdadeiras metáfo-

ras conceituais, a permitir a ampla e arbitrária da intervenção penal estatal em casos de simples desobediência normativa.

A utilização de funções como objeto de tutela apenas é sustentável a custa de se aceitar uma concepção metodológica do bem jurídico, como esquemática para a interpretação de preceitos concretos, isto é, para individualizar a *ratio legis* de cada tipo penal. Essa construção banaliza, assim, o conceito de bem jurídico, conduzindo à incriminação de condutas que podem ser contrárias à *ratio* de uma ou mais disposições, porém que, realmente, estão muito longe da efetiva lesão de um bem jurídico.

O papel do bem jurídico não pode restar obscurecido pelo modo pelo qual o legislador disciplina um conflito de natureza meramente normativa⁷¹⁸. Quando a incriminação se dirige não à tutela direta de um interesse, e sim a determinados modos estabelecidos para a resolução de uma situação, renuncia-se à capacidade seletiva de qualquer referente material. O processo de transformação progressiva da tutela de bens à tutela de funções que inspira a dinâmica da produção legislativa mais recente no âmbito penal traz inúmeros riscos, pois se opõe ao princípio da ofensividade e, antes, ao próprio princípio da subsidiariedade, afastando-se da função de garantia que o bem jurídico ainda está destinado a desempenhar na análise do poder punitivo estatal⁷¹⁹. A passagem da tutela penal de bens jurídicos para a tutela penal de funções é apta, dessa forma, a comprometer o papel crítico do bem jurídico. De fato, as mencionadas funções, justamente em razão de sua natureza multiforme, não podem ser erigidas em critério delimitador do poder punitivo estatal, pois são objetivos de caráter político, social ou econômico⁷²⁰.

A questão que se põe, assim, invencível no contexto teórico liberal, relaciona-se à fixação de critérios que determinem os casos em que tais situações instrumentais podem erigir-se em bens jurídicos dignos de tutela penal⁷²¹. Juan BUSTOS RAMÍREZ propõe, nessa linha, a distinção entre bens jurídicos que constituem as bases para a subsistência do sistema, diretamente vinculados ao indivíduo, de caráter microsociais, e aqueles relacionados ao funcionamento do sistema. Esse últimos seriam divididos em bens institucionais – referentes a instituições básicas para o funcionamento do sistema –, coletivos – voltados à satisfação de necessidades de caráter social e econômico –, e de controle – di-

715 No mesmo sentido, v. TAVARES, Juarez, *idem*, pp. 213-214.

716 Cf. MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 108-109.

717 Observa-se, a título ilustrativo, o exemplo clássico do delito de comércio de motosserra sem licença ou registro da autoridade competente (art. 51 da Lei Federal nº 9.605/98), no qual não há, na realidade, a tutela de um bem jurídico, mas sim de uma mera função de controle administrativo em matéria ambiental.

718 Na mesma linha, v. PADOVANI, Tulio. *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, cit., pp. 119 *et seq.*

719 MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones*, cit., pp. 122 *et seq.*

720 Nesse sentido, v. HASSEMER, Winfried. *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, cit., pp. 109 *et seq.*

721 V. TERRADILLOS Basoco, Juan. *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 47.

rigidos à proteção do aparato estatal no cumprimento de suas funções⁷²². Tal critério soaria positivo em sentio crítico se se pudesse hierarquizar os bens jurídicos de naturezas diversas. Assim, como expõe o autor, os bens jurídicos referidos ao funcionamento do sistema nunca poderiam ter sua tutela mais incisiva do que aquela empregada na defesa dos bens jurídicos que constituem sua base. De outro lado, a classificação proposta levaria ao afastamento da ideia de que os bens jurídicos se esgotam nas categorias de natureza individualista.

Embora referida concepção traga questionamentos relacionados aos critérios para a análise crítica da legitimidade de intervenção penal nos casos dos denominados “bens de controle”, bastante assemelhados às funções, parece que entre o modelo de um Direito Penal funcionalista na linha normativista sistêmica e o modelo jurídico-penal liberal pessoal, é possível a adoção de uma alternativa intermediária.

Em primeiro lugar, é necessário admitir que em geral qualquer função, entendida como relação variável, pode ser em última análise vinculada, ainda que de forma retórica, a um interesse referido à pessoa, a título de antecipação de tutela. Com efeito, e justamente diante da necessária submissão do Estado aos interesses dos indivíduos que o compõem, qualquer função administrativa de controle visa, ao final, aos interesses dos cidadãos. A partir dessa pretensa vinculação, não se poderia afirmar mais que delitos que tutelam funções não estão a tutelar também, indireta ou antecipadamente, bens jurídicos. Sob esse enfoque, a teoria pessoal do bem jurídico passa de critério negativo de criminalização a critério positivo de justificação de tipos penais, conforme já se pode observar em diversos dispositivos legais. Essa descaracterização do bem jurídico talvez seja o principal e mais conturbado problema da atual busca de concretude da tutela penal.

E é justamente essa uma das grandes dificuldades enfrentadas pela teoria pessoal do bem jurídico, que sofre críticas por pretensamente não representar um critério efetivo para o exame da legitimidade do Direito Penal. Nessa linha, a concepção pessoal de bem jurídico acaba, por sua própria natureza, permitindo que qualquer interesse ou relação, ainda que instrumental, possa ser retoricamente vinculado ao indivíduo e, assim, possa ser merecedor de tutela penal, principalmente em se tratando de matéria coletiva; o que conduziria o bem jurídico a um caráter meramente ideológico.

Na verdade, no âmbito da impossibilidade de tutela penal de funções, o critério de correção aplicável parece não advir da teoria do bem jurídico por si

mesma, mas sim de sua relação com os princípios da ofensividade e da intervenção penal mínima. A necessária ofensividade a um bem jurídico condicional, conforme já verificado, toda justificação utilitária do Direito Penal como instrumento de tutela, constituindo seu principal limite externo. A partir do reconhecimento de que determinado interesse constitui um bem jurídico, é de se proceder a um juízo de valor sobre a justificação de sua tutela por meio do instrumento mais extremo, que é a pena. Inversamente, um determinado interesse somente deve ser considerado bem jurídico penal quando sua tutela esteja justificada nesse âmbito. Na verdade, nas palavras de Claus ROXIN, a questão da ofensa ao bem jurídico trata da própria essência da justificação da intervenção penal, considerada não mais desde os custos da pena, e sim desde os benefícios cujo logro pretende⁷²³.

Referido princípio da ofensividade obriga, assim, ao legislador a evitar a criminalização de injustos meramente formais e ao intérprete a construção teórica de cada tipo penal integrado à concreta afetação do bem jurídico. Dessa forma, as funções administrativas do Estado continuam a não poder ser objeto de proteção penal, em razão de sua violação não implicar ofensa efetiva aos interesses pessoais a elas indireta e eventualmente relacionados.

Conclui-se, então, que ainda que o pretense abalar conceitual da teoria do bem jurídico seja especialmente sentido quando se identifica a perda de referencial em relação à danosidade social de determinadas condutas em favor de um simples asseguramento de aparentes funções estatais⁷²⁴, parece inexorável concluir desde já pela manutenção da necessidade de verificação antecipada do bem jurídico para uma possível criminalização, aliada à análise da observância dos princípios fundamentais de ofensividade e da intervenção mínima, sendo inaceitável o caminho inverso, isto é, a simples tutela de funções por meio do recurso retórico de sua vinculação indireta a interesses pessoais.

4.4. ANTECIPAÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL, ADMINISTRATIVIZAÇÃO E CUMULATIVIDADE

A evolução do Direito Penal revela, como já foi verificado, um permanente contraste entre tendências expansivas e restritivas no estabelecimento de seus limites. Tal tensão não raras vezes parece pender à extensão da intervenção pe-

723 No mesmo sentido, v. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, cit. p. 467.

724 Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, cit., p. 13.

nal, principalmente por meio de sua antecipação⁷²⁵. Nesse sentido, o reconhecimento de bens jurídicos coletivos revela-se uma das técnicas mais profluas, relacionando-se com a proteção preventiva de bens jurídicos individuais, fundamentalmente mediante a tipificação de crimes de perigo.

No âmbito dos crimes de perigo, afirma-se com frequência, na atualidade, a conveniência da adoção do princípio da precaução⁷²⁶, como forma de gestão penal dos riscos sociais. Assim, na mesma linha proposta em 1996 por Urs KINDHÄUSER, sustenta-se que para a segurança de certos âmbitos da vida social, expostos a grandes perigos desconhecidos e não controláveis, devem proibir-se determinadas ações até que seja demonstrado seu caráter inofensivo⁷²⁷.

Com isso, o delito perde sua visibilidade material e a intervenção penal deixa de ser uma resposta a ações concretamente ofensivas para constituir um instrumento de proteção colateral do Direito Administrativo⁷²⁸. Verifica-se, assim, a transferência do Direito Penal ao âmbito do ilícito administrativo, reconduzindo a punição de delitos a um guia de condutas. A utilização do Direito Penal cada vez mais como garantia do Direito Administrativo provoca, então, uma confusão entre os dois âmbitos de tutela. Nessa linha, é comum que a delimitação dos padrões de risco socialmente relevantes seja realizada pelas próprias normas administrativas, de mais fácil manejo, cabendo ao Direito Penal um caráter acessório no processo, a garantir, por meio da pena, os limites de tais riscos⁷²⁹. De outra parte, opositores de tal administrativização pregam que vários dos problemas atualmente pertencentes à esfera penal deveriam ser tutelados pelo Direito Administrativo, até em razão de sua maior eficácia.

725 Na verdade, a antecipação não se trata de um fenômeno novo no Direito Penal, tendo-se desde os tempos de Roma em consideração a ideia de criminalização do perigo. No mesmo sentido, antes das discussões contemporâneas acerca dos riscos sociais, a mais marcante utilização da concepção de antecipação da intervenção penal advém do regime nacional-socialista alemão, visando a punir comportamentos de perigo e a própria intenção, no âmbito de um Direito Penal de autor. Sobre os antecedentes da antecipação penal, v. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, cit., pp. 92 *et seq.*

726 Sobre o desenvolvimento e conteúdo do princípio da precaução, v. ROMEO CASABONA, Carlos María. El 'principio de precaución' en derecho penal. *Iter Criminis*, 2004, pp. 257 *et seq.*; e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, cit.

727 Cf. KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 83.

728 Cf. HASSEMER, Winfried. *Bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, cit., p. 110.

729 Cf. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, cit., p. 166. Nesse contexto, criam-se os denominados "delitos de transgressão", materializados normativamente, como lesões de dever desprovidas do referente material do bem jurídico. Cf. SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Trad. Julio E.S. Virgolini. Buenos Aires: Ábaco, 1998, p. 71.

Na verdade, a questão dialética entre Direito Penal e Direito Administrativo não pode ser tratada sob o enfoque de uma mera troca de etiquetas⁷³⁰, como se fosse possível ora identificar um comportamento como pertencente à órbita administrativa, ora à órbita penal, por razões de política legislativa. Ambos os subsistemas jurídicos possuem conteúdo e consequências diversos, devendo ser, por isso, respeitados nos âmbitos correspondentes.

Com efeito, a conversão de ilícitos penais em ilícitos administrativos, a despeito de revelar um aparente benefício ao agente, que sai do âmbito estigmatizante das penas, é apta a conduzir ao aumento da arbitrariedade e à absolutização do controle por parte do Estado, haja vista que, nessa esfera, reduzem-se sensivelmente as garantias individuais. Nesse sentido, o Direito Administrativo sancionador pode, se mal elaborado e interpretado, constituir um direito repressivo pré-beccariano.

Observa-se, portanto, ser fundamental o estabelecimento de critérios para a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, a fim de permitir o exame da legitimidade da intervenção estatal em ambos os âmbitos jurídicos – fundamentalmente na esfera criminal. E tais critérios não podem ser fixados com base na diferenciação entre os fatos em relação aos quais se devem aplicar garantias e os que não necessitam de tantas – o que se revela inadmissível –, e sim a partir da contraposição entre o que pertence aos objetos de atuação administrativa e o que requer a intervenção penal. Dessa forma, lança-se mão de forma racional da pluralidade de mecanismos sancionatórios de que dispõe o Estado, de modo a poder-se afirmar uma autêntica articulação entre eles.

4.4.1. FRONTEIRA ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL

A partir do surgimento do Estado de Direito e da correspondente pretensão de limitar os poderes sancionatórios estatais relacionados à privação da liberdade e da propriedade, consolidou-se a concepção de que apenas ao Poder Judiciário cabia, com independência, impor sanções dessa natureza. A tal reivindicação opôs-se, contudo, o desenvolvimento concreto da administração e de sua função reguladora da ordem pública e das denominadas "funções de polícia", por meio da imposição de sanções de natureza fundamentalmente patrimonial, identificadas, como expôs Laura ZUÑIGA RODRIGUEZ, com a ideia de multa administrativa⁷³¹.

730 Referida expressão é utilizada na crítica de SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, cit., p. 121, nota 82.

731 Cf. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. Hacia una "administrativización" del derecho penal o una "penalización" del derecho administrativo sancionador?* In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero*