PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Henrique Zanola Paiva

A APLICABILIDADE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO ENQUANTO PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE

Belo Horizonte
2025

Henrique Zanola Paiva

A APLICABILIDADE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO ENQUANTO PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Paiva, Henrique Zanola
P149a A aplicabilidade da teoria do bem jurídico enquanto princípio norteador do direito penal na pós-modernidade / Henrique Zanola Paiva. Belo Horizonte, 2025.
138 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Bem jurídico. 2. Direito penal - Brasil. 3. Garantismo penal. 4. Teoria do delito. 5. Código penal. 6. Processo penal - Brasil. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.2

Ficha catalográfica elaborada por Daniela Luzia da Silva Gomes - CRB 6/2505

Henrique Zanola Paiva

A APLICABILIDADE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO ENQUANTO PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Luciano Anderson de Souza - USP (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 08 de julho de 2025.

Dedico este trabalho à Santíssima Trindade, consciente de que esta conquista é uma dádiva divina. À Senhora do Pilar e ao seu castíssimo esposo, São José. Outrossim, destino este mister ao Rafael e à minha família, razão dos meus esforços e substrato da minha alegria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Dom Walmor Oliveira de Azevedo, estimado pai e pastor, que comigo caminha desde a minha chegada à Arquidiocese de Belo Horizonte, ao fim do mês de janeiro do ano de 2018, bem como por ter me encorajado e oportunizado a realização do mestrado.

Expresso a minha gratidão ao Prof. Cláudio Brandão que, devido a amizade e companheirismo, me autoriza a afirmar que a orientação desta dissertação foi a menor de suas contribuições à minha vida.

Alegro-me pela amizade do Prof. Guilherme Colen - primeiro a me acolher na PUC Minas naquela manhã do dia quatro de julho de 2023 - por contribuir demasiadamente com a minha formação humana e jurídica.

Reporto-me ao Prof. Diác. Dimas Ferreira Lopes, com quem tive a alegria de publicar o meu primeiro artigo científico. Ademais, me acompanhou com muito apreço e disposição durante a feitura do mestrado, especialmente, com o ofício de revisão gramatical deste trabalho.

Uma afetuosa menção ao setor da Central de Relacionamento da Pós-Graduação *lato sensu* da PUC Minas, na pessoa da Tatiana Garcia de Castro Andrade, onde labutei durante todo o tempo de elaboração da dissertação, que flexibilizou e assegurou a minha dedicação às atividades solicitadas pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da PUC Minas e do estágio docência na Faculdade Mineira de Direito.

Expresso minha gratidão aos amigos que a vida me proporcionou, fazendo da caminhada um itinerário mais leve e repleto de sentido.

Uma referência particular aos meus colegas e amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas e da Faculdade Mineira de Direito, *campus* Coração Eucarístico de Jesus, com os quais trilhei este roteiro formativo, compartilhando os sofrimentos e as alegrias do processo.

Em especial, aos meus pais, Diovani Zanola Paiva e Margarida Zanola de Paiva, ícones de dedicação e trabalho duro, assentando os alicerces para que eu chegasse até aqui.

O fim da medicina é a saúde, do esporte competitivo a vitória, do ensino o aprendizado, do direito penal a tutela de bens jurídicos.

RESUMO

O Estado deve observar critérios objetivos para que a intervenção penal seja legítima. No âmbito estatal de cariz democrática, o crime se classifica como a conduta que lesiona ou ameaça de lesão o bem jurídico, afastando da sua alçada qualquer outra ação. Nessa perspectiva, o bem jurídico se localiza no cerne do tipo, oferecendo materialidade à teoria do crime. Com o advento de novos tipos de criminalidade, como em matéria penal econômica e ambiental, muitos penalistas têm contestado a efetividade limitativa da teoria do bem jurídico, se sobrebaseando, especialmente, em sua indeterminação teórica e nas transformações oriundas da pós-modernidade, o que não se verifica. Deve-se observar, em paralelo, que a teoria do bem jurídico possui relevante contingência, pois atua como princípio norteador, com características abstratas e gerais, invitando os operadores do Direito à efetivação do princípio como regra jurídica. A característica principiológica da teoria não reduz a sua força, mas fornece axiomas para que o direito penal possa acompanhar as mudanças empreendidas pela sociedade de risco.

Palavras-chave: Conceito material de crime. Garantismo penal. Intervenção penal. Teoria do bem jurídico.

ABSTRACT

The State must observe objective criteria for criminal intervention to be legitimate. In the democratic state context, crime is classified as conduct that harms or threatens to harm legal property excluding any other action from its jurisdiction. From this perspective, legal property is located at the core of the type, providing materiality to the theory of crime. With the advent of new types of crime, such as in economic and environmental criminal matters, many criminal lawyers have challenged the limiting effectiveness of the theory of legal property, relying especially on its theoretical indeterminacy and the transformations arising from postmodernity, which is not verified. It should be noted, in parallel, that the theory of legal property has significant contingency, as it acts as a guiding principle, with abstract and general characteristics, inviting legal practitioners to implement the principle as a legal rule. The principle-based characteristic of the theory does not reduce its strength, but provides axioms so that criminal law can keep up with the changes undertaken by the risk society.

Keywords: Criminal guarantees. Criminal intervention. Material concept of crime. Theory of legal property.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL 144

2.1 Do período do terror ao período liberal: o giro sociocultural e científico provocado pelo iluminismo 144

2.2 A teoria de Feuerbach e o pontapé inicial da tutela penal aos direitos individuais 16

2.3 A gênese da tutela de bens na ótica de Johann Birnbaum 19

2.4 O bem jurídico na ótica positivista normativa de Karl Binding 22

2.5 Do ideário iluminista ao positivismo científico 26

2.6 O bem jurídico na ótica naturalista de Franz von Liszt 28

2.7 Max Ernst Mayer e as normas de cultura como substrato do bem jurídico 31

3 ENQUADRAMENTO EPISTEMOLÓGICO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO 35

3.1 Neokantismo: bem jurídico como valor cultural, ético e social 35

3.2 A escola de Kiel e o rompimento com o direito penal legítimo 39

3.3 O sistema finalista em Hans Welzel e a proteção de valores éticos-sociais 42

3.4 Funcionalismo sistêmico em Günther Jakobs: vigência da norma enquanto valor tutelado 46

3.5 Funcionalismo sistêmico de Claus Roxin: aporte político-criminal à teoria do bem jurídico 50

3.5.1 Doutrina funcionalista sistêmica 50

3.5.2 O bem jurídico na ótica roxiniana 52

4 ASPECTOS BALIZADORES DA TEORIA DO BEM JURÍDICO 57

4.1 Delimitação conceitual do bem jurídico: entre significado, função e substrato 57

4.1.1 A evolução empírica de bens sociais a valores sociais 58

4.1.2 Tutela jurídico-penal: categoria de bem e interesse 61

4.1.3 O que é o bem jurídico? 65

4.1.4 Classificação de bem jurídico 66

4.1.5 Função da teoria do bem jurídico *68*
4.2 Teorias acerca do bem jurídico **69**
4.2.1 Teoria pessoal ou monista *70*
4.2.2 Teoria dualista *74*
4.2.3 Teoria constitucionalista *76*
4.3 Os crimes de perigo abstrato e os novos contornos do direito penal **79**

5 APLICABILIDADE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO **84**
5.1 Análise de caso **84**
5.1.1 Síntese narrativa *84*
5.1.2 Adendo: a relativização do princípio da legalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 ..... *85*
5.2 Teses jurídicas **90**
5.2.1 Voto vencido da Desembargadora Salise Monteiro Sanchotene *90*
5.2.2 Rejeição da denúncia por ausência de violação ao bem jurídico: voto (vencedor) do Relator Des., acompanhado pelo Desembargador Thompson Flores *91*
5.2.3 Tomada de posição *93*

6 CONCLUSÃO **97**

REFERÊNCIAS **101**

ANEXO A – Íntegras da Decisão **108**

ANEXO B – Andamento Processual **136**

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, na seara penal, tem como vetor principal a regulação de condutas que visam a promoção de ações, as quais gerando a afirmação dos valores constitucionais, protegem bens jurídicos penais. Nesse panorama, o equilíbrio entre a proteção de bens jurídicos e a afirmação da individualidade do sujeito expressa a compatibilidade entre a Dignidade de Pessoa Humana e o Direito Penal Democrático.

É esse contexto que justifica a necessidade do Direito enquanto regulador da vida social. A ciência jurídica e, sob o corte epistemológico deste trabalho, a ciência penal, se caracteriza como o nascedouro de institutos que visam favorecer a vida em comum. A aplicabilidade das leis de um Estado se singulariza por se tratar de um processo extremamente complexo visto que, para além dos dispositivos jurídicos, deve-se acrescer à equação a contingência da aplicação normativa que decorre dos tantos outros interesses que compõem a vida comum.

A diligência pela liberdade individual e coletiva nem sempre vigorou como pauta fundamental para o Direito. O sistema penal, hoje compreendido como meio assecuratório de direitos vitais para a convivência humana salutar, era visto, outrora, como ferramenta de poder, castigo e exclusão (Foucault, 2014). Destarte, a necessidade impeliu à busca por mecanismos com a intenção de limitar o exercício punitivo estatal, como magistralmente observou o jurista francês Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por Montesquieu: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

A teoria do bem jurídico se insere nesse cenário como dispositivo de restrição do aparato estatal, asseverando que a intervenção estatal só será legítima se sobrebaseada em um dano ou ameaça de dano ao bem jurídico tutelado. A adequação ao tipo penal, reforçando a vigência do princípio da legalidade formalizado por Feuerbach em 1801, e a desobediência ao imperativo comportamental que emana da materialidade da lei, se classificam como as duas dimensões para a realização do primeiro grau do injusto penal, assegurando que a imputação penal esteja alicerçada em critérios científicos.

As grandes críticas tecidas em desfavor da teoria do bem jurídico incidem sobre a sua desqualificação para lidar com a modificação (e criação) dos institutos e tipos penais em decorrência da condição sociocultural e jurídica da pós-modernidade. Antecipa-se que a teoria do bem jurídico se mostra indispensável para se lidar com os novos modelos de criminalidade.

A análise da teoria do bem jurídico carece da elucidação de outros conceitos substanciais, com a finalidade de oferecer à pesquisa os pressupostos mínimos para o seu desenvolvimento. São eles: poder punitivo estatal, direito penal legítimo, norma penal, conceito

material de crime, bem jurídico e pós-modernidade.

O poder punitivo estatal (ou *jus puniendi*, ou exercício punitivo estatal) é o aparato público executor da intervenção penal, presente em todos os âmbitos, e claramente demonstrável ao se pensar na atuação da polícia (Toledo, 1994), que reúne as características da força e da autoridade.

Como corolário, a teoria do bem jurídico intenta por impor limite material à intervenção penal (Tavares, 2022) (Polaino Navarrete, 2000), de modo que, sobrebaseado em critérios científicos (Carnelutti, 2010), se distancie de um direito penal autoritário e se aproxime de um direito penal legítimo (ou direito penal liberal, como preferem outros autores). Por legítimo se compreende a atuação jurídico-penal que não recusa as regras materiais e processuais e tampouco desconsidera os princípios fundamentais.

A teoria das normas de Karl Binding (2002) perpetrou uma separação entre tipo penal e norma penal, referindo-se, respectivamente, à forma e ao conteúdo da lei. A norma é o imperativo comportamental extraído do tipo, além de revelar qual o valor social tutelado, isto é, o bem jurídico. Nesse panorama, o conceito de crime material indica que o delito se caracteriza pela lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido, excluindo da intervenção penal quaisquer outros comportamentos (Brandão, 2022).

A proteção do bem jurídico é o objeto do direito penal, legitimando o Estado a intervir na liberdade do indivíduo (Ferraz Júnior, 1991). Por bem jurídico, se entende o valor social protegido, porque essencial para a vida em sociedade. A justificativa para que se submeta à tutela penal e não a outro ramo do Direito, se discerne através da qualidade da proteção, sob o entendimento de que outra esfera jurídica seria incapaz de salvaguardar o bem (Liszt, 1899).

Com o conceito sociológico de pós-modernidade, quer-se referir ao período desde a década de 1960 até aos dias atuais, com o advento da internet e da Inteligência Artificial, as globalizações (Beck, 1999) e os avanços técnico-científicos. Ademais, se remete aos acontecimentos significativos em âmbito jurídico, que, com um passo atrás, pode-se delinear a partir da Convenção de Paris de 1919 - fundamental para as diretrizes do direito penal econômico - até a nova onda de criminalidade caracterizada pela figura do *withe collar*.

O contexto da pós-modernidade acrescenta à discussão jurídico-penal o fomento vultoso aos tipos penais abertos e em branco e os crimes de perigo abstrato. Há os que preferem utilizar a expressão “sociedade pós-industrial” ou mesmo “sociedade de risco” (Beck, 2011), todavia, entende-se que ambos os termos se assemelham ao termo “pós-modernidade”, indicando o espaço-tempo posterior à década de 1960 e o intricamento entre risco, insegurança e intervenção penal.

A teoria do bem jurídico, de natureza dualista, prescreve que os delitos podem atingir bens individuais ou bens supraindividuais, tratando-se de concepção criada por Birnbaum (2010) para indicar o alcance da conduta criminosa (Roxin, 2009). A funcionalização de bens coletivos para bens individuais como conjecturado pela teoria monista (Hassemer, 1989) pode limitar a atuação estatal, afastando de seu alcance os delitos econômicos e ambientais (Schünemann, 1996).

Observa-se que a teoria do bem jurídico é indispensável para esquadrinhar os delitos da nova criminalidade, estabelecendo uma relação de paridade entre a intervenção penal e o garantismo penal.

Nesse horizonte, com a disposição capitular, quer-se:

Com o segundo capítulo, demonstrar a evolução da compreensão jurídica que acompanha o desenvolvimento político-social do ser humano. Há, no sujeito, uma predisposição essencial à vida em sociedade que não é perfeita (no sentido de justa e que contente a todos) e que, por isso, constantemente necessita de rearranjos.

O primeiro passo nesse sentido se deve às construções políticas de Beccaria, indicando os alicerces para o estabelecimento do Princípio da Legalidade por Feuerbach, como pilar fundamental do direito penal. Em seguida, a superação da proteção de direitos subjetivos por Birnbaum, estruturando o direito penal para a proteção de bens concretos. Com Karl Binding, positivista normativo, surge pela primeira vez o termo “bem jurídico”. A passagem do ideário iluminista ao positivismo normativo pretendeu a legitimação da intervenção penal sobrebaseando-se na cientificação do direito penal. Com Franz Von Liszt, positivista naturalista, se reforça o conceito de crime enquanto lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado pela norma e a precedência do interesse humano ao âmbito jurídico. Ernst von Mayer contribui com o desdobramento da teoria do bem jurídico ao ajuntar que as normas de cultura derivam de valores sociais e se tornam normas jurídicos a partir da sua positivação.

A transição para o terceiro capítulo é marcada pela análise do injusto penal. Retoma-se os enquadramentos epistemológicos que se debruçaram sobre a teoria do bem jurídico: o neokantismo, que imprime valoração ao bem jurídico, a Escola de Kiel, enquanto rompimento com a progressão do direito penal legítimo, o finalismo, com a proteção de valores éticos-sociais (e bens jurídicos, apenas como tutela acessória), o funcionalismo sistêmico radical, indicando a vigência da norma como valor tutelado, e o funcionalismo sistêmico roxiniano, com o aporte das políticas criminais e a intervenção penal, exclusivamente, para salvaguardar a liberdade e a convivência salutar.

No quarto capítulo se aborda sobre as teorias do bem jurídico: a teoria pessoal ou

monista, a teoria dualista, a teoria sociológica a teoria constitucionalista. Também se analisa outros temas importantes, como os bens jurídicos intermediários, crimes de perigo e a funcionalização do bem jurídico. Por fim, se aprofunda no caráter valoroso do bem jurídico e os riscos da não valoração.

No último capítulo e intencionando demonstrar a aplicabilidade da teoria do bem jurídico, objeto de abordagem minuciosa nos capítulos anteriores, procede-se a análise do julgado proferido nos autos da Ação Penal de nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, prolatado em ação movida pelo Ministério Público Federal de Santa Catarina em desfavor do Deputado Estadual Jessé de Faria Lopes, pela suposta prática do crime previsto no Art. 20, *caput* e §2º da Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

2 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

Alguns penalistas, na esteira de Mir Puig (2003, p. 114), entendem que o objeto material[1] é incapaz de conter o *jus puniendi,* deslegitimando, assim, a teoria do bem jurídico como limitadora do exercício punitivo estatal. Por outro lado, deve-se reconhecer, ainda que o positivismo aparente uma segurança concreta e unicamente capaz de limitar o poder estatal, a própria história rechaça esta tese e nos aponta para a substância da norma como horizonte promissor para viabilizar a atuação de um direito penal legítimo, afinal, a teoria do bem jurídico sequer manifestou toda a sua força.

2.1 Do período do terror ao período liberal: o giro sociocultural e científico provocado pelo iluminismo

Num contexto histórico anterior ao Iluminismo, o delito era compreendido como uma desobediência à ordem divina e, em vista disso, como um ato de maldade. O caráter metafísico e até sobrenatural da prática delituosa revela a indeterminação dos fundamentos sobre os quais se alicerçava o conceito de crime (Bechara, 2014, p. 90).

Por conseguinte, o estabelecimento da liberdade individual e coletiva nem sempre vigorou como pauta fundamental para o direito. O sistema penal, hoje compreendido como forma de se garantir direitos vitais para a convivência humana, outrora era visto como ferramenta de poder, castigo e exclusão. Por isso, alguns autores se referem à evolução do direito penal vinculada a critérios científicos como um divisor de águas, passando do período do terror ao período liberal (Brandão, 2022, p. 123).

Michel Foucault (2014, p. 13), a partir de uma robusta pesquisa histórico-bibliográfica compilada na obra *Vigiar e Punir,* demonstra que, num período anterior ao fim do século XVIII, os apenados enfrentavam todo o tipo de suplícios e humilhações. O corpo era o alvo principal dos castigos infligidos: eram flagelados, despedaçados, assassinados e as punições expostas em praça pública.

As penas administradas eram brutais e, deve-se concordar com a clareza expressa por Luigi Ferrajoli (2007, p. 197): não se sabe se foram os delitos ou se foram as penas a eles cominadas os atos mais cruéis e vergonhosos vistos na história da humanidade.

---

[1] Com a expressão "objeto material" me refiro à pessoa ou objeto sobre o qual se dirige a ação criminosa, e não sobre a valoração do objeto tutelado.

O procedimento jurídico - talvez, sequer possa ser denominado como processo de fato - era olvidado de garantias mínimas, sem critérios preestabelecidos e tampouco havia institutos com o objetivo de impor restrições ao exercício punitivo estatal. Observa-se que o "processo" se caracterizava como uma ferramenta estatal para exercer os interesses dos grupos minoritários que estavam no poder. Somente a partir da feitura da Parte Geral e da Parte Especial do Código Penal (CP) é que se tornou factível a eleição de medidas com a finalidade de conter o *jus puniendi* (Brandão, 2022, p. 33).

Após a referida compilação e dada a conjuntura contextual, surgiu uma voz proveniente do norte da Itália revelando-se como um poderoso discurso político-jurídico em vistas de erigir um direito com mais garantias individuais. Cesare Bonesana, consagradamente conhecido como o Marquês de Beccaria, deve ser considerado como um dos grandes expoentes do direito penal legítimo no século das luzes.

Beccaria desenvolveu o princípio da legalidade na seara política, arando o terreno para que importantes evoluções conceituais pudessem surgir no direito penal[2]. O autor italiano defendeu que os tormentos sancionatórios em nada contribuem para a reparação da vítima e para o aprimoramento da sociedade. O sofrimento pelo sofrimento é inútil, sobretudo porque o delito não pode ser desfeito.

> O fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido. Como pode um corpo político que, longe de se entregar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente em pôr um freio nos particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz, nos tormentos, retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já acometida? Não. **Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime**. (Beccaria, 2021, p. 52, grifo próprio).

Cesare Bonesana pode ser considerado como o primeiro a traçar os alicerces teórico-práticos para a criação do princípio da legalidade em âmbito jurídico-penal. Assim afirma: "Só as leis podem fixar as penas de cada delito e o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social"

---

[2] Alguns literatos creditam a gênese do Princípio da Legalidade à Carta Magna do Rei João, em 1215. O seu Art. 39 assevera que nenhum homem livre será preso: "*nisi per legale Judicium parium suorum vel per legem terrae*", em tradução livre: "a menos que pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei do país". Todavia, Mezger critica a utilização da conjunção alternativa "*vel*", isto é, "ou", indicando que a legalidade poderia ser substituída por julgamentos que não se pautassem na lei escrita. Ademais, o jurista alemão aponta que a referida previsão legal do "princípio da legalidade" mais se assemelha a uma norma processual a uma garantia material para o direito penal. De outra monta, a criação política do princípio da legalidade se remete a momentos históricos posteriores, em que o seu significado se aproxima com maior precisão à sua concepção moderna, qual seja, a mentalidade pertencente aos anos que circundam a chegada do Iluminismo. (Mezger, 1958, p. 63, tradução própria).

(Beccaria, 2021, p. 24).

O pensamento do jurista italiano se apresenta como uma diretriz basilar, consubstanciada no direito penal através do adágio feuerbachniano *nulla poena sine lege*, confeccionado anos depois.

Em continuidade, Beccaria (2021, p. 27-28) ensina: "Com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável", e: "Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade".

As leis penais devem ser como um catecismo disponível ao acesso dos cidadãos, propagadas através de textos escritos com precisão. Verifica-se, aqui, os fundamentos para os subprincípios feuerbachnianos: *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, e *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*.

Obviamente, se as leis atuam como um propagador dos comportamentos que devem ou não devem ser realizados, a norma penal deve ser anterior à prática do delito: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* deve ser mencionado a fim de perfazer as quatro diretrizes pensadas por Feuerbach *intra* Princípio da legalidade.

O ideário iluminista rompeu com o indeterminismo metafísico e engendrou reflexões sobre o crime enquanto desobediência ao contrato social. Sob os aspectos teóricos do imperativo categórico kantiano[3], o critério para a definição do delito perpassa a associação entre liberdade e compromisso social, de modo que a liberdade do indivíduo não pode contradizer a liberdade de outrem.

A teoria kantiana não representa uma limitação ao poder punitivo estatal, todavia, revelou-se como um raciocínio importante para o posterior amadurecimento da ciência penal (Bechara, 2014, p. 90-91).

2.2 A teoria de Feuerbach e o pontapé inicial da tutela penal aos direitos individuais

Deve-se a Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1989, §23) a primeira tentativa em oferecer um critério material sistemático apto a definir o delito. O autor alemão defendeu a materialização do delito a partir da lesão de um direito individual, atrelando a imputação penal à tutela de tais direitos. O delito é, dessa maneira, uma ofensa a direitos subjetivos, *v.g.*, uma agressão ao direito à vida, ao direito à propriedade, ao direito ao meio ambiente, dentre outros

[3] Este princípio filosófico transita em torno da ideia da universalização da norma penal, apta ao julgamento imparcial de todos os indivíduos, porque baseada em critérios científicos (isto é, verificáveis).

tantos[4].

A compreensão da tutela de direitos fica clara na sistematização do Tratado de Direito Penal de Feuerbach (1889) que dimensiona os capítulos da obra na primeira parte da Parte Especial a partir da inferência: "crimes contra os direitos originários dos homens e dos cidadãos" (Capítulo 1): contendo os crimes contra o direito à vida, contra a integridade e as potencialidades humanas, contra o direito do cidadão e da livre disposição do seu corpo, contra o direito à honra; e os "crimes contra os direitos adquiridos" (Capítulo 2): que inclui as lesões individuais do direito sobre coisas, a lesão de perigo comum do direito sobre coisas, e a lesão ao direito emergente e dos contratos.

Na visão de Feuerbach (1989, §21), há três formas de infração: a injúria, a lesão jurídica e o crime propriamente dito. O comportamento daquele que excede os limites da liberdade jurídica resulta em uma lesão jurídica ou uma injúria. O crime, outrossim, pode ser definido como uma lesão à liberdade garantida por um contrato social e assegurada por leis penais. Constata-se, assim, que delito e legalidade são institutos inseparáveis.

As leis penais têm por objeto tanto os direitos públicos quanto os particulares. Se a lesão atinge diretamente o Estado, o delito é de natureza pública, se contra o súdito, é de natureza privada. Conclui-se que a atribuição geral da lei penal está na conservação de direitos[5] (Feuerbach, 1989, §23).

A racionalização do método jurídico-penal se fundamenta na teoria do contrato social. Referindo-se à diretriz social, o contrato preconiza que o indivíduo é livre para fazer as suas próprias escolhas, com o limite imposto por uma outra liberdade. Sob o vetor penal, a missão do direito está em garantir que o cidadão possa usufruir de sua liberdade.

Com um passo atrás, pode-se observar que a concepção feuerbachniana está em consonância com o opúsculo de Beccaria, em que se afirma que as relações sociais são estabelecidas por conveniência.

Os contratos sociais firmados são resultado da deliberação entre os próprios homens que se encontravam em uma posição de necessidade. Se, por um lado, o ser humano tinha o mundo inteiro ao seu dispor, vivia, por outro lado, a possibilidade sempre presente de conflitos com outros grupos, ocasionando o desapossamento de territórios conquistados, a subtração de bens e até a perda da própria vida. O indivíduo, na formalização do contrato social, renuncia à

---

4 Nesse sentido: Bechara, 2014, p. 91; Navarrete, 2000, p. 330; e Brandão, 2022, p. 40.

5 "A união da vontade e da energia dos indivíduos proporciona o fundamento da sociedade civil para garantir a todos a liberdade recíproca. Um Estado é uma sociedade civil organizada constitucionalmente através da submissão a uma vontade comum, sendo seu principal objetivo a criação de uma condição legal, isto é, a existência conjunta dos homens de acordo com as leis do direito" (Feuerbach, 1989, §8, tradução própria).

possibilidade de tudo possuir com dubiedade, a possuir uma pequena porção de direitos, com razoável garantia e proteção.

A pessoa humana não faz renúncias somente visando o bem público. É a necessidade que a encoraja a renunciar parte de seus direitos em vistas de resguardar uma porção dele. A submissão aos substratos político-jurídicos é produto da relação entre necessidade e conveniência (Beccaria, 2021, p. 23).

Marcos Bernardes de Mello equaciona as implicações sociológicas e jurídicas derivadas desta habitação convivial:

> O homem (homo sapiens) não é um produto simples da natureza, mas o resultado do convívio com outros homens. Por isso, apesar da sua sociabilidade, há nele, sempre, algo de próprio, tipicamente individual, que não se dissolve no social nem se torna comum. Assim, não é possível negar que o homem jamais se despe, por completo, de seus instintos egoístas, motivo pelo qual não se consegue apagar, nem mesmo superar, a sua inclinação, muito natural, de fazer prevalecer os seus interesses quando em confronto com os seus semelhantes. [...] Disto decorre, evidentemente, a imperiosa exigência da comunidade de estabelecer normas de conduta que tenham um caráter obrigatório em decorrência do qual a sua impositividade ao homem seja incondicional e independente da adesão das pessoas (Mello, 1995, p. 04).

O jurista continua a sua perquirição afirmando que, por si mesmo, o homem não carece de normas jurídicas, sendo-lhe, com efeito, dispensável o direito. No entanto, por ser *homo socialis* (e não singularmente *homo naturalis*), carece do direito para superar e solver as lides[6].

Adiante, Feuerbach (1989, §32) explicita as condições necessárias para a ocorrência do crime: o primeiro dos pressupostos é a "ação exteriormente reconhecida", visto que um direito só pode ser lesionado a partir de uma ação que se materializa no mundo concreto[7]. O segundo, a falta de uma causa que justifique o comportamento inadequado, tornando-o adequado diante da lei. Por fim, que a vítima do delito esteja sob a proteção do Estado e de suas leis.

Na circunstância espaço-temporal do século XIX, a teoria de Feuerbach evidencia uma tentativa de limitação ao exercício punitivo estatal, no entanto, a tese foi fortemente criticada e, em âmbito científico, foi parcialmente superada.

---

[6] O direito é essencial ao homem enquanto *homo socialis*, isto é, ao homem considerado integrante da sociedade. O homem sozinho não necessita de Direito ou de qualquer norma de conduta social. Por isso o Direito não está na natureza do ser humano, sendo-lhe estranho e dispensável. Somente quando o homem se vê diante de outro homem ou da comunidade e condutas interferem entre si, é que exsurge a indispensabilidade das normas jurídicas, diante da indefectível possibilidade dos entrechoques de interesses que conduzem a inevitáveis conflitos. Daí ser imperiosa e irremovível a necessidade que tem a comunidade de manter sob controle o comportamento de seus integrantes, contendo-lhes as irracionalidades e traçando-lhes normas obrigatórias de conduta, com o sentido de estabelecer uma certa ordem capaz de obter a coexistência pacífica no meio social (Mello, 1995, p. 05-06).

[7] A tese nega, por si só, a possibilidade dos crimes de perigo, conforme será tratado no item 2.3.

2.3 A gênese da tutela de bens na ótica de Johann Birnbaum

A teoria do bem jurídico surge como uma crítica à tutela dos direitos subjetivos, tal como compreendida por Feuerbach, sobrebaseado na teoria kantiana da finalidade estatal. A partir de Johann Michael Franz Birnbaum (2010, p. 57), a tutela penal recai sobre a substância do bem, deixando para trás a ideia de que a finalidade do direito penal está na proteção de direitos[8].

A ideia de bem foi utilizada pela primeira vez em 1834 por Birnbaum, indicando os valores aptos a fundamentar a imputação penal. Importante salientar que ele não foi o primeiro a utilizar a expressão "bem jurídico", do alemão *Rechtsgut* (Brandão, 2022, p. 41), que fora empregada originariamente por Karl Binding.

Birnbaum (2010, p. 35) assevera que o delito é uma lesão a um bem concreto, conforme se expressa: "O conceito natural de lesão parece ser aquele com o qual nos referimos a uma pessoa ou a uma coisa, em especial uma coisa que concebemos como nossa, ou a algo que para nós é um bem, que a ação de outra pessoa pode subtrair ou diminuir" (tradução própria).

Dessa forma, direitos não podem ser lesionados, mas tão somente o objeto do direito, materializado em bens: não se ofende o direito à vida, mas a vida em si; não se ofende o direito ao patrimônio, mas o patrimônio em si; não se ofende o direito ao meio ambiente, mas o meio ambiente em si.

Além da antítese à tutela dos direitos subjetivos, a visão teórica de Birnbaum recusa a perigosidade comum como fundamento do delito[9]. O autor exemplifica este critério a partir do crime de homicídio, que, sob os dois fundamentos mencionados, poderia se punir o delinquente não em razão da obrigação de proteção à vida concreta da vítima, mas como preservação da ordem estatal (Birnbaum, 2010, p. 60).

O jurista alemão organizou os elementos que permitiram a divisão entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos coletivos, além da diferenciação entre lesão e perigo e entre

---

[8] "Se se quer considerar o delito como lesão, este conceito tem que referir-se naturalmente à lesão de um bem, não a de um direito" (Birnbaum, 2010, p. 57, tradução própria).

[9] Inclusive, uma das diretrizes políticas adotadas pelo nacional-socialismo alemão perpassa a ideia de uma perigosidade comum, representada por "delinquentes habituais". São alarmantes as palavras de Ernst von Liszt no Programa de Marburgo (1882): "Assim como um membro doente envenena todo o organismo, também o câncer dos criminosos habituais crescem cada vez mais rapidamente em nossa vida social… Se trata de um membro, mas o mais importante e perigoso, naquela cadeia de fenômenos sociais patológicos que normalmente chamamos pelo nome global de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostitutos de ambos os sexos e alcoólatras, golpistas e gente do mundo galante no sentido mais amplo da palavra, degenerados psicofísicamente. Todos eles formam um exército de inimigos básicos da ordem social, em que os criminosos habituais constituem em seu Estado maior" (Liszt, Strafreclitliche Vorträge I, p. 167 *apud* Muñoz Conde, 2003, p. 41).

consumação e tentativa. A partir de quatro situações hipotéticas, ele desmonta a teoria da tutela de direitos subjetivos:

> Imaginemos quatro situações distintas em que quatro indivíduos diferentes disparam um fuzil carregado com um projétil. O primeiro atua de um modo tal que, com uma mínima reflexão, poderia ter considerado como factível que alguém fosse lesionado com o disparo, ainda que não tivesse a intenção de lesionar a ninguém, nem tampouco alcançou pessoa alguma com o tiro [...]. O segundo, um caso idêntico, só que o tiro alcançou infortunadamente a um homem que perdeu a vida por isso. O terceiro teve a intenção de alcançá-lo, mas errou o tiro. E o quarto, com a mesma intenção, alcançou seu objetivo e matou o seu adversário. (Birnbaum, 2010, p. 52, tradução própria).

Na concepção de tutela de direitos subjetivos, somente a conduta que se refere ao homicídio consumado seria considerada como lesão de fato; as demais não poderiam ser processadas pelo direito penal.

O penalista assenta que a compreensão de lesão ou conservação de direitos se mostra insuficiente para realizar a missão do direito penal em tutelar interesses sociais (Birnbaum, 2010, p. 56). Somente um bem pode ser classificado como inato ou adquirido.

Birnbaum (2010, p. 59) superou a visão de Feuerbach ao demonstrar que o seu sistema de lesões a direitos subjetivos implicava em uma rejeição automática aos crimes de perigo e aos crimes de polícia. Em relação aos primeiros, ainda que Feuerbach tenha se referido diretamente a eles[10], não se pode conceber a lesão de um direito individual sem que a efetiva lesão ocorra. Noutro caso, o preceito estabelecido para as infrações de polícia se dirige ao corpo social, sem vincular-se a nenhum direito subjetivo (Bechara, 2014, p. 96).

O autor reconhece que os bens concedidos aos homens partem ou da natureza ou do produto do progresso social. Os delitos podem ser pensados com a mesma lógica, como delitos naturais e sociais, podendo ser distinguidos entre delitos cometidos contra o Estado e contra particulares[11].

> Como quer que se pense sobre o fundamento jurídico e o fim do direito penal, o fato é que se poderá estar de acordo com diversos pareceres a respeito, assumindo que faz parte da essência do poder do Estado garantir igualmente o desfrute de certos bens a todos os homens nele inseridos, bens dados a eles pela natureza ou que são o resultado de seu desenvolvimento social e da associação civil. (Birnbaum, 2010, p. 58, tradução própria).

---

[10] Feuerbach (1889) transcreve em seu Tratado de Direito Penal as "lesões de perigo comum ao direito sobre coisas", indicando os delitos de incêndio e inundação provocada, respectivamente: "O crime de incêndio ou *crimen incendii* consiste em colocar fogo em algo com perigo para a propriedade e a vida de outras pessoas" (§360, tradução própria); "Uma inundação cometida maliciosamente por meio da quebra diques são semelhantes ao fogo em termos de perigo e propósito" (§369, tradução própria).

[11] Sobre o tema: Birnbaum, 2010, p. 73-102.

Há delitos cometidos em que as lesões se dirigem diretamente a bens pertencentes a pessoas em particular bem como existem condutas que privam, diminuem ou colocam em perigo a coletividade (Birnbaum, 2010, p. 58).

Brandão (2022, p. 44) pontua que alguns autores compreendem que a exposição teórica de Birnbaum está na esteira dos postulados iluministas que, além de limitar o *jus puniendi*, intentam pelo afastamento da religião e da moral da tutela penal. Outros, defendem que ele se baseia em uma concepção positivista intermediária, sem deixar de afastar as temáticas relativas à religião e à moral da proteção jurídico-penal. (Brandão, 2022, p. 44). Depreende-se da tese de Birnbaum (2010, p. 59) a inserção dos delitos referidos à religião e à moral no arcabouço teórico dos bens coletivos.

Mir Puig (2003, p. 112), assevera que a referida teoria do bem jurídico não objetiva impor limites, senão atuar como *ratio legis,* ou seja, na interpretação e na sistematização da lei penal.

Distancia-se dessa tese visto que, ao engendrar que o objeto do direito penal está atrelado à tutela de bens, o autor permitiu o fortalecimento de diversos institutos até então enfraquecidos na esfera penal, *v.g.,* a tentativa e o crime de perigo. Ademais, os avanços teóricos do autor atentaram para a remoção da perigosidade comum como fundamento da cominação penal. Por fim, a separação entre bens individuais e coletivos tem se mostrado fundamental para os delineamentos liberais do direito penal. Dessa forma, deve-se reconhecer o aspecto garantista alcançado pelo bem jurídico ainda em Birnbaum.

A teoria reserva a utilização do direito penal somente quando a proteção do bem valorado não se possa realizar de outro modo. Trata-se da reafirmação da natureza do direito penal como *ultima ratio*.

> A contribuição que esta teoria deu não foi uma definição do bem jurídico perfeita com todo complexo de consequências que hoje se tem (*v.g.* exclusão da tipicidade pelo princípio da insignificância, inserção de conteúdo no tipo em face da antijuridicidade material, dentre outros), mas foi possibilitar a mudança do eixo da tutela penal, que passou a ser investigada no plano objetivo, de uma lesão concreta em face de um objeto individualizável. (Brandão, 2022, p. 45).

É fato que a teoria pensada por Birnbaum trouxe grandes contribuições para a dogmática penal, ao passo que se considera que os ulteriores desdobramentos da teoria foram excepcionais.

2.4 O bem jurídico na ótica positivista normativa de Karl Binding

O século XIX traz em seu bojo filosófico-jurídico o avanço do positivismo normativo que engendrou a separação entre ser e dever-ser, resultando na perquirição de normas positivistas, ainda que de conteúdo material incerto.

Karl Binding foi o primeiro a utilizar a expressão "bem jurídico"[12], para indicar todo o bem, dentre aqueles passíveis de tutela, escolhido pelo legislador para ser protegido pelo direito penal. A eleição de quais bens são apropriados para integrar a esfera jurídico-penal resultam de um ato discricionário do legislador.

Acrescenta-se que Binding subsidiou a teoria do crime ao idealizar a norma enquanto um comando legal que resulta da conversão da "primeira parte dos enunciados do direito penal em um comando" (Brandão, 2022, p. 84). A norma não se confunde com o tipo, pois se extrai da lei penal, atuando como um imperativo comportamental, além de revelar o bem jurídico tutelado.

No crime de homicídio, enquanto o tipo descreve: "Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos", o mandato imperativo que se extrai é: não se deve matar! Esta é a norma. Dela, transcreve-se que o bem jurídico protegido é a vida.

Da compreensão bindingniana sobre as normas se extrai que o delinquente não infringe a norma penal, mas a cumpre, pois se adequa ao comportamento abstrato proibido por ela. A pena verifica-se, portanto, como consequência da compatibilidade entre a conduta realizada pelo autor dos fatos e a norma penal extraída do tipo.

A norma penal expressa duas mensagens, uma dirigida ao cidadão e outra ao julgador: ao primeiro, indica implicitamente que a realização do comportamento proibitivo terá por consequência a aplicação da sanção correspondente (norma primária), ao segundo, destina uma norma explícita demandando um modo de agir frente à realização do delito (norma secundária) (Mir Puig, 2003, p. 22).

Sob o raciocínio silogístico clássico, a criação do bem jurídico se destaca como um ato positivista: se a lei é criada pelo legislador e a norma se extrai da lei, logo, o bem jurídico é concebido pelo legislador.

Binding desenvolveu o aspecto formal do bem jurídico (1872) através da teoria das normas, que se fundamenta no binômio proibição-mandato. A noção de injusto representa para Binding a infração ao preceito legal, mediante a realização de condutas positivas de ação ou

---

[12] Através da obra *Die normen und ihre übertretungen*, publicada no ano de 1877, traduzida por Pedro Valls Feu Rosa como: "As normas e suas infrações", conforme bibliografia utilizada.

condutas omissivas em desobediência ao mandato legal (Polaino Navarrete, 2000, p. 332).

Ademais, ele distingue as "normas proibitivas de lesões a bens jurídicos" e as "normas sancionadoras de meras desobediências a mandatos positivos"; aquela se justifica pela ofensa ao interesse estatal presente no tipo penal, enquanto esta atua como mera consequência pelo desrespeito à norma proibitiva.

Dito de outro modo, as "normas proibitivas de lesões a bens jurídicos" indicam a presença de uma estrutura jurídica formal, porque obedece aos procedimentos legislativos, além de uma sustentação material, porque a norma tutela bens valorados. No que se refere às "normas sancionadoras de meras desobediências a mandatos positivos", constata-se o requisito formal, todavia, as "meras desobediências" não conservam um bem valoroso.

Polaino Navarrete (2000, p. 333) se posiciona contrário a esta distinção bindingniana. Segundo o professor espanhol, a teoria das normas se mostra como uma ferramenta útil à afirmação de que não pode existir o injusto material sem o injusto formal. No entanto, a teoria não se preocupa com a substância da norma, da qual emana outra assertiva primordial: não há injusto formal sem injusto material.

Adiante, Binding concebe que bens jurídicos e direitos subjetivos devem ser separados. Os bens devem ser classificados a partir do seu valor social, independentemente se se tratam de um bem jurídico ou um interesse. Para ele, o bem jurídico é sempre da coletividade, ainda que se pareça um bem individual, porque ele é um valor social (Binding, 2002, §51). Nesse diapasão, o crime de homicídio visa a proteção da "vida alheia" e não a tutela da vida de um indivíduo específico[13].

Binding (2002, § 50 b, I) defende que a concepção de tutela de direitos subjetivos é estreita e não condiz com a missão das normas e do direito penal em assegurar boas condições de vida para a sociedade. A atuação jurídico-penal recai sobre "pessoas, coisas e situações", de forma muito mais ampla e enérgica ao se comparar com a proteção de direitos individuais.

A norma penal se expressa como um comando jurídico finalisticamente dirigido à proibição de comportamentos considerados perturbadores para a ordem pública. Incluso na norma localiza-se o bem jurídico, razão de ser do mandamento comportamental. Nas palavras

---

[13] "O juízo de valor é motivo, mas não matéria da lei, e o juízo de valor individual realmente, como tal, não é tomado em consideração frente a coisas e estados de valoração social. [...] Objeto de agressão no homicídio é a vida, não o interesse de A ou B em sua vida. Pois o homicídio do que consente é proibido e punível como homicídio. [...] Realmente a vida é tutelada mesmo junto àqueles que não sentem nem sabem, para quem, portanto, um interesse na vida é tão impossível com um consentimento relevante. Vale perfeitamente o mesmo com relação à saúde, à liberdade de movimentos, à honra sexual feminina: o consentimento do louco não é apto para afastar a antijuridicidade da agressão. Uma vez que esses bens encontram tutela inteiramente independente da vontade de seus portadores" (Binding, 2002, §51, IV).

do penalista: “O conteúdo dos bens garantidos pelas normas constitui o bem capital da ordem jurídica” (Binding, 2002, § 50 b, III).

O bem jurídico é o conteúdo, a essência, a motivação do imperativo. Verifica-se que, na visão bindingniana, o bem jurídico é o objeto de tutela que se extrai da norma penal e justifica a atuação do direito penal.

Binding acrescenta que, na grande maioria das vezes, o direito penal se ocupa das infrações que desordenam a vida social, sendo utilizado poucas vezes para proteger direitos individuais. Dessa forma, o compromisso jurídico-penal visa a tutela de direitos indiretos (isto é, coletivos), e não diretamente (isto é, particulares), como defendeu Feuerbach.

> Esses bens têm, todos, valor social. Sua inviolabilidade não pode atribuir valor, apenas, a este ou àquele, mas a toda vida social em comum. Portanto, só a encontramos na tutela social. Nada é mais errado do que empregar aqui uma espécie de consideração individualista para querer, por exemplo, distinguir firmemente bens individuais dos da sociedade e do Estado. O efeito devorador da violação dos bens passa por cima do círculo de direitos individuais. **O bem jurídico é um conceito da ciência do direito público, não do direito privado. Mesmo quando o bem constitui a matéria de um direito privado, a norma pode até mesmo declará-la inatacável pelo seu detentor**. (Binding, 2002, §51 b, V, 2, grifo próprio).

Binding assevera que, enquanto os direitos subjetivos se localizam na esfera individual, apartada da reafirmação jurídico-estatal, um bem jurídico se caracteriza por ser um direito fundamental à sociedade e, por isso, ratificado pela comunidade jurídica. O direito subjetivo revela-se uma resolução pessoal, ao passo que a norma de caráter social se classifica como deliberação de uma terceira pessoa.

O jurista alemão afirma que pouquíssimos bens podem se fundir com bens individuais, uma vez que a maioria deles integram a ordem supraindividual. De forma retórica, ele questiona:

> De que serve o direito inexequível? Pode me consolar meu direito de voto, se estou preso no dia da eleição? Pode me satisfazer o poder paterno sobre o filho, quando é retirada minha influência sobre ele, pelo raptor? Ou a propriedade, quando o ladrão maliciosamente me roubou a posse? Assim, tantos bens que pertencem à vida jurídica sadia não estão contidos em direitos subjetivos como tais. (Binding, 2002, §51b, V, 4).

Com o fim de conceituar o bem jurídico, Binding menciona múltiplos bens valorosos para a sociedade, aptos a serem definidos como bem jurídico: a vida, a liberdade, a saúde, a personalidade, o patrimônio, os bens próprios à atuação estatal, dentre outros[14], e arremata:

---

[14] Sobre o tema: Binding, 2002, §50, 3-9.

> **Bem jurídico é tudo o que, mesmo sem nenhum direito, apareça aos olhos do legislador como condição e de valor para a vida sadia da sociedade jurídica**, e, a seu ver, tenha interesse para mantê-la inalterada e imperturbada, e se esforça, portanto, para garantir através [das] suas normas, contra violações indesejadas ou sua colocação em perigo. (Binding, 2002, §51 c, grifo próprio).

Destaca-se da conceituação bindingniana, *a priori,* a concepção do bem jurídico como uma criação jurídica legislativa. Este dispõe do poder de determinar quais bens devem ser tutelados e a maneira como se dará esta tutela. Por conseguinte, o autor estabelece uma diferenciação entre bem jurídico e interesse protegido.

Esta distinção será pormenorizada no capítulo quatro da dissertação, e me reservo a afirmar que, para Binding (2002, §51 c, IV, 1), o interesse se classifica como um juízo de valor sobre os bens fundamentais à sociedade, se tratando da matéria manuseada pelo legislador para criar os bens jurídicos.

A doutrina, ainda antecessora à construção teórica de Binding e utilizada por ele, indicava a necessidade de um dano e de uma pena eficaz para que se justificasse a atuação estatal. Nessa esteira:

> Desta regra defluem duas outras regras especiais, uma relativa à ação punível e outra, à forma da punição. A primeira diz: pune somente ações que possam trazer dano ao Estado cuja punição possa lhe servir de melhoria. Da mesma maneira que o médico não prescreve medicamentos a todos, mas somente àqueles que possam contrair uma enfermidade e com os quais se possa evitá-la. (Thomasius, 1720, sentença 102 *apud* Tavares, 2022, p. 365).

Mir Puig (2003, p. 113), em Binding fica claro a ausência da intenção em limitar o exercício punitivo estatal. A finalidade do autor positivista está em outorgar ao Estado a discricionariedade da tutela penal, indicando que o bem jurídico é uma criação legislativa.

Associo-me a Mir Puig, uma vez que se a outorga da definição de quais bens devem ser tutelados pelo direito penal pertence ao próprio Estado, indefere se o objeto do direito penal se vincula a bens jurídicos ou a outro objeto, pois, em suma, será o Estado mesmo quem definirá os bens tutelados.

Seria inexequível, sob o argumento psicológico-existencial, que um indivíduo dissesse para um outro quais são as suas necessidades reais, negando a ele próprio a possibilidade de se expressar nesse sentido. O sujeito, em regra, é idôneo para se autodeterminar. Na ótica de bens jurídicos, a sociedade sabe o que lhe é valoroso, não necessitando que o Estado venha dizê-lo, sob pena de ultrajar a condição liberal do direito.

2.5 Do ideário iluminista ao positivismo científico

Cláudio Brandão (2022, p. 11) obtempera que a atuação estatal (e as normas jurídicas penais que expressam este exercício), para se afirmar como civilizadamente aceitável, deverá ser racionalizada, isto porque a violência produzida pelo Estado é violência de fato, ainda que sua finalidade seja uma reação à violência[15].

A racionalização - por se opor à irreflexão - é obtida através da cientificação do saber jurídico-penal, em que pese a própria ciência desafiar inúmeras teorias que, situadas no tempo e no espaço, possam ser assumidas ou reassumidas pela comunidade científica[16].

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1991), não há ciência sem objeto e método. O objeto é o que a ciência se propõe a estudar, se apresentando como recorte que delimita a atuação científica, enquanto o método é a forma sistemática eleita para a análise do objeto.

O direito se deslinda como uma ciência prática, com o objetivo de se chegar a uma conclusão para o caso concreto submetido ao juízo, todavia, a dinamicidade própria ao processo não desobriga que a decisão seja confeccionada com rigor metodológico e objeto específico.

Francesco Carnelutti (2010, p. 13) ensina que a relação entre ciência e técnica se desenrola através de uma sucessão de fenômenos: em princípio, o técnico persegue um fim em sua pesquisa. A busca não pode ser aleatória, sob pena de não se chegar a lugar algum. Adiante, ele age por intuição: levanta as hipóteses e busca verificá-las. Quando erra, diz-se que a intuição era só instinto, quando acerta, então sua intuição poderá ser imitada por outros que almejam alcançar resultados semelhantes. Esta via de construção pode ser denominada como um "construir empírico".

Em continuidade de raciocínio, os ditames do construir empírico são aperfeiçoados pela reflexão dos técnicos que se submetem ao seu processo, propiciando que o construir empírico se torne uma regra. Esta não leva sempre ao êxito, senão, ao menos, aumenta a probabilidade de acerto. Arremata o mestre italiano: "Se a ciência é a busca das regras, a técnica é aplicação destas" (Carnelutti, 2010, p. 14).

O mesmo processo pode ser percebido no campo do construir científico, sendo a conclusão da primeira fase (construção, intuição e imitação) denominada de "ciência empírica".

A ciência calcada no tecnicismo supera a que se baseia no empirismo, a partir do método

---

[15] Nesse sentido: Brandão, 2005, p. 98.

[16] É possível conceituar a ciência, em linhas gerais, a partir da eleição de um paradigma teórico e do método de pesquisa que afiança as premissas do padrão escolhido. Os cientistas devem se comprometer com o modelo adotado, utilizando-se dos significados e instrumentos que o constituem e o organizam (Andrade, 2015).

e do objeto. A ciência jurídica se concentra na norma penal (matéria do Direito, isto é, o seu objeto) e se utiliza da observação, que constitui o seu método.

O ordenamento jurídico descreve um conjunto de regras com a finalidade de ordenar a vida social, em suas múltiplas manifestações. Verifica-se que as regras são, portanto, de caráter relacional. *A priori*, a natureza científica do direito se difere de tantas outras (na ordem naturalística) em que a técnica científica se baseia na explicação dos fenômenos. Ao contrário dessas, o direito se concentra nas normas jurídicas, pois elas assinalam as relações humanas que devem ser compreendidas pela técnica científica[17] (Carnelutti, 2010, p. 25).

Brandão (2022, p. 37) atesta que o direito penal é um saber normativo, sobre o qual a técnica jurídica se empenha por compreendê-lo na perspectiva do dever-ser. Destarte, o crime, a norma, o bem jurídico, dentre outros institutos fundamentais ao direito penal são estudados sob o crivo técnico-científico-normativo.

O ponto fulcral da racionalização da violência estatal foi alcançado por Feuerbach, através da construção, no âmbito do direito, do princípio da legalidade. Os tipos penais, até então estabelecidos de acordo com a discricionariedade do poder público, foram submetidos à legalidade, preceituando que a lei é a referência que obriga ou desobriga o cumprimento de determinado comportamento. O princípio da legalidade é, como tal, a moldura que abriga os elementos da teoria do crime, outorgando cientificidade ao direito penal. Nessa toada, a clarividente lição:

> A teoria do crime, enquanto método penal, reveste de cientificidade o *jus puniendi*, pois dá para ele critérios que tem por escopo explicar e racionalizar aquele poder, ao passo que o limita: tudo o que não se amoldar nos critérios da teoria do crime não poderá ser objeto de punição por parte do Estado. (Brandão, 2023, p. 182).

O direito penal só se justifica sob o embasamento científico de um comportamento antijurídico que, em razão da sua gravidade e dada a importância valorativa do bem tutelado, demanda a cominação penal (Navarrete, 2000, p. 319).

Isto posto, o objeto do direito penal é a proteção de bens jurídicos, e o método baliza o seu alcance normativo, ou seja, indicando o limite positivo e negativo da atuação estatal. O

---

[17] "O estudioso do Direito civil ou do direito penal, cuja experiência está constituída somente pelo Código, sem nunca ter visto um contrato nem um delito, parece-se com quem, para estudar a medicina, não tenha ante seus olhos mais que catálogos de farmácia ou de enfermidades. Por desgraça, a história da ciência do Direito está cheia dessas caricaturas. Mas as regras do Direito não estão encerradas nos códigos com o em uma vitrine; estão operando na vida, isto é, governando a vida dos homens, e para conhecê-los não basta conhecer a fórmula nem aprender a história. Há que vê-los operar, é dizer, ver como se comportam os homens a respeito dessa regra, não só aqueles a quem cabe mandar, mas também aqueles a quem corresponde obedecer. Somente assim as leis mostram não tanto sua aparência mas sua substância, ou seja, seu verdadeiro valor" (Carnelutti, 2010, p. 26).

restringimento percorre o critério negativo - taxando quais são as condutas proibidas pela lei - e o critério positivo - indicando causas legais ou supralegais que podem afastar a incidência da norma e/ou da pena[18].

2.6 O bem jurídico na ótica naturalista de Franz von Liszt

A primeira colaboração de Franz von Liszt (1889, p. 139) situa-se no desenvolvimento do conceito material de crime. Para ele, materialmente falando, o crime deve ser entendido como a lesão ou a ameaça de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado.

A correspondência entre delito e dano foi largamente desenvolvida no contexto do Iluminismo, perfazendo a obrigatoriedade de que o crime produza um dano, ao mesmo tempo em que afasta da competência da teoria do crime as infrações de dever, de mera vontade e da periculosidade do agente (Bechara, 2014, p. 153).

O conceito de delito no âmbito material outorga critérios científicos à intervenção jurídico-penal, apontando qual o conteúdo da norma penal e determinando que o direito penal é uma resposta única e exclusiva à conduta que lesar ou ameaçar de lesão determinado interesse social tutelado pela lei penal[19] (Souza, 2021, p. 185). A partir da contribuição de Liszt, em 1882, a conceituação do bem jurídico passa a ser definida de acordo com a realidade social, e não sob o crivo discricionário do legislador.

A ausência da tutela ao bem jurídico como essência da atuação estatal, engendraria um direito penal autoritário e até totalitário, como a própria história testemunha, uma vez que o poder legislativo, atuante em uma conjuntura social-política específica, poderia se desvencilhar da missão do direito penal em proteger valores essenciais e se entregar à propositura de normas que apenas interessam a determinados grupos.

Liszt posicionou a nascente do bem jurídico em um momento prévio à atuação do legislador, assinalando o bem enquanto um interesse humano. O bem jurídico se define como um bem social, propriedade do ser humano, identificado pelo legislador e elevado ao âmbito normativo por ele[20].

> Todo direito existe por amor dos homens e têm por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito [...] chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da

---

[18] Nesse sentido: Brandão, 2023, p. 200.
[19] Nesse sentido: Hassemer, 2007.
[20] Nesse sentido: Mir Puig, 2003, p. 113.

> coletividade [...]. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. (Liszt, 1889, p. 93).

Em contraposição a Binding, Liszt defende que o bem jurídico resulta da conversão de um interesse humano. O bem existe no mundo factual, não sendo criado pela ordem jurídica, mas apenas reconhecido por ela.

Liszt foi extremamente importante para a evolução teórica do bem jurídico. Utilizando-se da teoria da nocividade social, salvaguarda que o injusto penal possui como substância o interesse humano-social, reconhecido como objeto da proteção penal. Destarte, a finalidade do direito penal está na defesa de determinados interesses sociais, precedentes ao plano jurídico. O bem jurídico se estabelece como um substrato, preexistente ao legislador, que recebe sua valoração normativa pela lei penal (Navarrete, 2000, p. 335).

Brandão (2022, p. 139-144) observa que o aporte lisztiniano está na afirmação sobre a antijuridicidade formal e material. A primeira se caracteriza como a violação ao direito, e a segunda se particulariza como a antissociabilidade da ação. Por outro ângulo, o ilícito material preexiste à atividade do legislador e a tipificação é a formalização da conduta antissocial. Esta conceituação estabelece o bem jurídico enquanto conceito-limite entre a política-criminal e o direito penal, facilitando uma produtiva relação de reciprocidade entre ambos os institutos.

O bem jurídico e a norma são primordiais ao direito. Sob o escopo material do delito, o crime é a realização de uma desobediência ao mandamento comportamental. É da norma que deriva o dever de obediência: não se deve matar! Não se deve furtar! Entre outras.

Liszt (1889, p. 94) ajunta que a proteção de bens jurídicos é mais ampla que a tutela de direitos subjetivos. Nem sempre o indivíduo (ou a coletividade) protegido por uma norma penal é beneficiado diretamente por ela, na esteira de um direito que lhe seja conferido de forma particular. Pensa-se, *v.g.,* na proteção ao meio ambiente que beneficia uma comunidade específica[21]. A norma penal não confere um direito subjetivo aos indivíduos que compõem aquele espaço social, todavia, eles são contemplados de forma reflexa[22].

O eixo essencial da teoria de Liszt (1889, p. 96) está na supremacia da coletividade frente ao indivíduo. O bem jurídico deve ser definido a partir do interesse, que sob os signos culturais da sociedade temporalmente situada se expressa como uma necessidade social. Nem

---

[21] Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 225).

[22] Liszt (1889, p. 94) exemplifica com o paradigma dos impostos cobrados em favor de determinadas indústrias, que favorecem e protegem os fabricantes em sua exploração, mas não conferem a eles nenhum direito. A referida lei foi criada para o interesse do Estado e, se contribui para particulares, assim o faz como efeito reflexo.

sempre, é verdade, um direito tutelado será um consenso. Ademais, o direito não visa a concessão de uma vantagem para um grupo, em contraposição aos demais conjuntos existenciais. A tutela jurídico-penal visa a tutela do bem jurídico, que deve assumir o *status* de medida necessária visando a garantia do bem-estar social.

Deve-se esclarecer que a proteção de grupos minoritários não ofende a concepção coletiva expressa por Liszt; v.*g.,* o legislador, ao definir que o território e as memórias culturais dos indígenas sejam protegidos pelo direito[23], não nega o caráter coletivo do direito penal, mas cria os mecanismos para que haja uma igualdade mínima de condições entre as diferentes expressões da vida humana (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, *caput*).

Carece-se compreender a "vontade geral" como o conjunto dos interesses que compõem o organismo estatal, indicados pelos representantes do povo, e não como a soma dos interesses sociais[24].

Liszt (1889, p. 98) contesta a teoria das normas de Binding - em razão de sua idealização puramente formal do delito - e afirma a relação intrínseca entre o bem jurídico tutelado e o dever de obediência emanado da norma penal. O direito penal e os bens postos sobre a sua tutela possuem por especificidade a grave consequência ao descumprimento de suas normas. Nesse sentido, expressa Edmund Mezger (1958, p. 27, tradução própria): "o direito penal é o conjunto das normas jurídicas que vinculam a pena, como consequência jurídica, a um fato cometido". Eis a diferença fundamental entre o direito penal e os demais ramos do ordenamento jurídico: a pena.

A cominação da pena atrela-se ao conteúdo da norma penal advertindo e intimidando com a indicação da sanção correspondente ao descumprimento do dever de obediência normativo (Liszt, 1889, p. 98). A norma atua como indicador dos bens valorados juridicamente para os que a observam, ao passo que alerta sobre a consequência penal aos infratores.

A força peculiar da pena se evidencia através da execução penal. A partir do cumprimento de uma sentença, toda a sociedade caminha sob o farol da prevenção geral, expondo os apenados como um modelo da aplicação da sanção, e o ofendido também é alcançado, visto que proporciona a ele (e/ou aos seus) uma satisfação pela punibilidade. Por

---

[23] São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 231).

[24] Nessa perspectiva, Luiz Flávio Gomes (2002, p. 50) afirma que o Estado não se propõe a servir àqueles que têm o poder, mas sua natureza se condensa na assistência dirigida às necessidades dos seres humanos que o compõem. O serviço estatal se realiza através de políticas públicas, do direito e da intervenção penal mínima.

conseguinte, o indivíduo punido se encarrega do efeito preventivo específico da pena que lhe foi imposta (Liszt, 1889, p. 100).

Verifica-se que a tutela do bem jurídico se equaliza entre a qualidade do interesse protegido e a qualidade da proteção jurídica: "**não é a qualidade do interesse protegido que determina a atuação jurídico-penal, mas a qualidade da proteção**" (Liszt, 1889, p. 102, grifo próprio). Para confirmar isto, basta se pensar na importância dos bens tutelados por outros ramos do direito: a família, a política, o menor, e outros tantos[25].

A afirmação legislativa de que o direito penal deve tutelar determinado bem jurídico guarda uma relação direta com a utilidade da sanção. Em outro viés, a definição da competência para se tutelar um bem vital está nos meios necessários para que tal proteção seja efetivada. Se se afirmar que é possível a proteção do direito à honra através do direito civil e dos instrumentos sancionatórios disponíveis à sua atuação, poder-se-ia concluir pela tutela à honra através deste ramo do direito. Se, ao contrário, a medida sancionatória se apresente insuficiente dada a gravidade da conduta criminosa, a *ultima ratio* deve ser acionada como tentativa de restabelecimento da ordem jurídica.

2.7 Max Ernst Mayer e as normas de cultura como substrato do bem jurídico

Max Ernst Mayer contribuiu para a teoria do bem jurídico[26], além de inaugurar uma segunda fase para a teoria da tipicidade, denominada *ratio cognoscendi.* Mayer publicou o seu Tratado de Direito Penal em 1915, com preciosas reflexões que qualificaram a teoria concebida por Ernst von Beling. Mayer expressou sua concordância à Beling acerca da separação entre os elementos da teoria do crime, acrescentou que a tipicidade tem encargo indiciário da antijuridicidade (Asúa, 1997, p. 236) e defendeu a valoração no plano da tipicidade. Verifica-se que o legislador, ao tipificar uma norma proibitiva, basicamente, está formalizando uma conduta desvaliosa para a sociedade. Mayer, desse modo, supera a visão de Ernst von Beling inserindo elementos normativos no primeiro nível da análise do delito e outorgando juízo de

---

[25] A compreensão lisztiniana é fundamental para a discussão acerca da "expansão do direito penal" na atualidade. O direito penal seria a ferramenta ideal ou a única capaz de lidar com os crimes próprios à sociedade pós-industrial (cita-se, *v.g.*, os crimes cibernéticos, os crimes contra o meio ambiente e contra a ordem econômica). A avaliação que tão-só leva em consideração o bem jurídico tutelado não se mostra capacitada para indicar se determinado valor social deveria ou não deveria ser abarcado pela atuação jurídico-penal; o eixo da questão perpassa o questionamento: outro ramo jurídico protegeria efetivamente o bem jurídico?

[26] Jakobs (2021, p. 38) critica a concepção da teoria do bem jurídico em seus primeiros marcos evolutivos, perpassando Birnbaum, Binding e Liszt, todavia, assevera que a formulação de Mayer é coerente, enquanto entende que os mandamentos e proibições partem da cultura, funcionando como a matéria-prima que fundamenta a atuação do legislador.

valor à descrição tipológica (Bitencourt, 2014, p. 343).

A concepção de Mayer parte da separação entre natureza e cultura, sendo aquela decorrente das ciências naturais, em que o fenômeno é explicado, e esta proveniente das ciências culturais ou espirituais, em que o ato é compreendido[27].

Cultura significa cuidado ou instrução[28], tratando-se de uma realidade humana, em contraposição à natureza. Ciência, arte, moral, religião, economia e direito são exemplos de instâncias criadoras de cultura, engendradas pela comunidade convival e que contribuem para a superação do estado natural da humanidade (Mayer, 2007, p. 49).

No modelo rousseauniana sob a máxima: "o homem é um ser social", Mayer (2007, p. 50) indica que o ser humano, portador de sua individualidade, pode se "dissolver" (conforme se expressa) e se unir a tantos outros indivíduos, para formar um interesse comum, sob o qual a sociedade é formada[29]. Cultura se apresenta, portanto, como o cuidado e a promoção do interesse comum.

As normas criadas pelo Estado de Direito são produtos das múltiplas relações com a cultura. Nessa toada, atesta Mayer (2000, p. 56, tradução própria): "A expressão normas de cultura é utilizada como um nome genérico para todos aqueles mandatos e proibições que são direcionados ao indivíduo como exigência religiosa, moral e convencional, de trânsito e profissão". Em outra oportunidade, Mayer (2007, p. 55, tradução própria) agrega: "As normas de cultura são proibições e mandatos através dos quais uma sociedade exige determinada conduta adequada aos seus interesses".

Na esteira teórica de Liszt, Mayer posiciona a gênese da norma penal em um momento anterior à atuação do legislador. Para Mayer o nascedouro da norma jurídica provém das normas de cultura, enquanto para Liszt, brota do interesse social.

Incumbe-se distinguir as normas de cultura e as normas jurídicas: aquelas se referem ao interesse comum presente na sociedade (matéria-prima), enquanto essas indicam a lei penal,

---

[27] Esta distinção aparece pela primeira vez entre os gregos. Os sofistas pontuavam o contraste entre o que é por natureza e o que é por convenção, ou por lei (Mora, 2000, p. 626).

[28] "A palavra cultura está associada ao vocábulo da língua alemã *kultur*, que significa originariamente a conduta de arar a terra. Sua origem mais remota reside no vocábulo latino *colere*, que significa cuidar, primeiramente cuidar das plantas, posteriormente cuidar da construção. Daí a existência específica do nominativo cultura, em latim. Exemplificativamente, para realçar a implicação da noção de cuidado no conceito de cultura, observe-se a morfologia do vocábulo agricultura, que indica o cuidado com os frutos que vem da terra" (Brandão, 2023, p. 26).

[29] O elo entre sociedade e cultura apresenta muita semelhança com a vinculação entre Estado e Direito. Há sociedades que foram construídas de forma ultrassônica, sem tempo suficiente para ramificar suas tradições e costumes. Não obstante se reconheça que a sociedade cria a cultura, existem sociedades sem cultura. Nesse sentido, o Estado cria o Direito, mas pode haver Estados sem Constituição, isto é, sem Direito (Mayer, 2007, p. 54).

acompanhadas da ameaça da pena. Constata-se que em todas as sociedades podem existir normas jurídicas que não se relacionam com as normas de cultura, criando um hiato entre o poder estatal e a vontade popular.

Mayer entende ser indiscutível que os cidadãos são súditos da lei, pois estão abaixo de suas consequências legais. Outrossim, infere como indiscutível que as leis não são dirigidas aos cidadãos. Surge, então, um questionamento paradigmático: por que as leis que não são dirigidas aos sujeitos tornam-se obrigatórias para eles?

O autor esclarece este paradoxo através do fundamento das normas penais: "A justificação da Lei e, em particular, da obrigação da lei, reside no fato de que as normas jurídicas estão em correspondência com normas de cultura, cuja obrigatoriedade o indivíduo conhece e aceita" (Mayer, 2000, p. 55).

Assim, para que se possa dizer que uma norma dirige-se ao povo, precisar-se-ia estar diante de uma norma aceita pelo indivíduo como norma de cultura, e que esta coincidisse com a norma jurídica. A estipulação da norma jurídico-penal serve como um atestado de aquele interesse comum deve ser reconhecido e tutelado pela lei penal:

> Que cada Estado nas suas normas jurídicas tome uma posição sobre as normas de cultura, é - na minha opinião - uma dos conhecimentos mais elementares que se adquire em relação à ordem jurídica em sua totalidade. Para toda legislação que separa os comportamentos permitidos dos proibidos, isto é, especialmente a legislação penal, cada vez que regula uma matéria novamente, se questiona, antes de mais nada, quais normas de cultura reconhece, quer dizer, a qual comunidade de interesses ela quer aderir. (Mayer, 2007, p. 56, tradução própria).

Observa-se que o aparelho estatal atua uma única vez para se alcançar duas finalidades díspares: transformando a "matéria-prima social" (cultura) em norma penal e reforçando a cultura através do preceito normativo.

Dizer que o direito recebe da cultura os aspectos materiais para justificar a norma penal não diminui a sua força ou a sua nobreza, tampouco, o direito deixa de ser uma ciência independente. "Nenhuma norma de cultura pode ser incorporada ao Código Penal sem elaboração, por assim dizer, no seu estado natural, porque a norma de cultura é apenas o material com o qual o legislador cria a norma jurídica" (Mayer, 2007, p. 61, tradução própria).

A atuação jurídico-estatal que reconhece o interesse comum como norma de cultura e lhe outorga o vigor da tutela penal, se revela como expressão autêntica e livre de um sistema capaz de selecionar os comportamentos que ofendem a ordem jurídica (Mayer, 2007, p. 59).

O reconhecimento das normas de cultura encontra sua expressão fixa por meio dos tipos legais, que formalizam a matéria concebida pela cultura. Mayer (2007, p. 71, grifo próprio,

tradução própria) afirma que "**o crime é um evento imputável que corresponde a um tipo jurídico e que é contraditório a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado**".

Por fim, respondendo à possível contestação de que há normas penais que não revelam uma correspondência direta entre normas de cultura e normas jurídicas, Mayer (2000, p. 61-66) defende a sua tese a partir de quatro considerações:

1) Existem normas especializadas, importantes para determinado público (para uma profissão específica, *v.g.*, ainda que aparentem ser desnecessárias para o restante da população;
2) O Estado também pode promover novas formulações culturais, através das leis, influenciando o comportamento social[30];
3) Há leis que não se adaptam ao corpo jurídico ou que, com o tempo, se desalinham do pretendido pelas normas de cultura, fazendo com que a obediência ao mandamento comportamental seja a única relação estabelecida entre lei e povo. Essas leis são injustificáveis e devem ser rechaçadas;
4) A disposição anterior não contempla, por outrossim, que todas as normas "injustas" porque discrepantes com as normas de cultura, sejam eliminadas da ordem jurídica.

Mir Puig (2003, p. 23) afirma que a concepção das normas de cultura de Mayer pode ser considerada como uma continuação, em caráter sociológico, da teoria das normas de Binding. Mayer compreende que as normas de cultura são mandatos proibitivos emanados da sociedade e destinados a ela, exigindo de todos os cidadãos comportamentos condizentes com a conservação da ordem social.

Pode-se concordar com a observação feita por Mir Puig. A visão de Binding aparenta ser mais estreita, pois a seleção dos comportamentos proibidos é de responsabilidade do legislador. Para Mayer, de forma alargada, todo o sistema atua em vistas da seleção das condutas proibidas: as normas de cultura que advém da sociedade e as normas jurídicas que modificam a sociedade formam um plexo de possibilidades que integram e transformam o sistema jurídico-penal.

---

[30] Uma situação percebida na sociedade moderna está na proibição ou não proibição dos jogos de azar. Se o Estado os permite, a sociedade continua a fazer vigorar em seu meio comportamentos destrutivos para a população, mas se o Estado os proíbe, uma nova concepção é incutida no corpo social, abrindo espaço para que outros comportamentos assumam o lugar outrora ocupado pelos jogos de azar. Constata-se, dessa forma, que o Estado é capaz de gerar normas de cultura através de normas jurídicas.

3 ENQUADRAMENTO EPISTEMOLÓGICO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

O conceito de crime formal estabelece os parâmetros semânticos e linguísticos que apontam para a conduta proibida pelo ordenamento jurídico-penal, ao passo que a condição material, que se posiciona *intra* conceito positivado, permeia os critérios conteudísticos que justificam a aplicação da pena a determinado tipo de conduta.

Hodiernamente, o injusto penal é majoritariamente compreendido como uma norma de conduta, o que torna a lesão de um bem jurídico condição hermenêutica da ação típica. O tipo compõe-se de um núcleo e o seu substrato, preceituando que a realização do tipo se caracteriza pela ação ou omissão que lesiona ou expõe à lesão um bem jurídico (Tavares, 2022, p. 221). A noção material de bem jurídico como condição *sine qua non* da certificação do delito não se verifica, no entanto, como a única interpretação possível. Detecta-se outras alternativas epistemológicas, como a de caráter metodológico-formal presenciada na dimensão teleológica formal do valor protegido e na lesão do dever.

3.1 Neokantismo: bem jurídico como valor cultural, ético e social

O neokantismo deriva dos estudos empreendidos no final do século XIX e início do século XX em oposição ao idealismo de Hegel, enquanto retoma as ideias de Immanuel Kant pretendendo a criação de uma metodologia jurídica própria das ciências culturais e, naturalmente, inclinada a lidar com as demandas do Direito.

A exequibilidade da ciência natural está na generalização dos fenômenos, de modo que quanto mais aplicável a um contingente de situações, maior será o seu grau de irrefutabilidade. A lei da gravitação universal, *v.g.,* indica a relação de atração entre dois corpos, permitindo a conclusão indubitável de que independentemente da massa submetida à análise e as condições de espaço e tempo, o resultado será sempre o mesmo.

A descoberta de Isaac Newton se vincula à história de que o cientista intuiu a sua tese ao observar uma maçã caindo do alto de uma árvore. A queda de uma maçã, de um livro do topo de uma estante ou até de uma ferramenta da estrutura de um andaime, expressam com exatidão o mesmíssimo fenômeno e autorizam afirmar que as leis da natureza são estáticas, sendo suficiente a explicação causal de seus fenômenos.

As ciências culturais, ao contrário, possuem por produto situações indeterminadas, tornando-se improvável a eleição de uma regra geral capaz de interpretar todos os acontecimentos. Por isso, não se busca explicar o fenômeno cultural, senão compreendê-lo.

A teoria neokantiana superou o método jurídico que se baseia no positivismo e no ontologismo para enfatizar que as ciências humanas alcançam com maior efetividade o seu objetivo se basearem-se no axiologismo.

A visão epistemológica neokantiana foi desenvolvida pela Escola de Marburgo - de índole lógica e cientificista - e pela Escola de Baden - predominantemente filosófica. O neokantismo possui como expoentes máximos Heinrich Rickert, Max Ernst Mayer, Edmund Mezger, Gustav Radbruch, Hermann Cohen e Wilhelm Windelband.

Para a Escola de Baden, também conhecida como Escola Sudocidental alemã, as ciências possuem suas especificidades, podendo ser divididas entre "generalizante" e "individualizante" (Lobo, 2018, p. 62). As ciências naturais possuem regras gerais e as culturais respeitam a individualidade de cada situação. Sob o viés valorativo, o método científico espiritual visa compreender os acontecimentos circunstancialmente.

Heinrich Rickert, discípulo de Wilhelm Windelband, ensina que a singularidade das ciências culturais está na indissociabilidade dos valores sociais (Mata, 2006, p. 356). O direito é repleto de valores, o que implica a constituição de um modelo axiológico. Os valores descrevem uma diretriz interpretativa (teleológica) para a aplicação da lei penal no enquadramento cultural. Repisa-se, o valor não está associado à atuação do legislador, mas sim aos aspectos culturais que influenciam o objeto analisado.

Rickert (2022, p. 48) aponta para a existência de objetos com valor em si mesmos e objetos que adquirem valor. Pode-se exemplificar, respectivamente, com a vida humana e uma obra de arte. Para o autor, "bem" se configura como a vinculação entre a realidade e o valor, distinguindo-se dos valores atribuídos. Os bens e as valorações não são valores. Um valor não pertence nem ao sujeito e nem ao objeto, e pode ser conceituado como um elemento fundamental, de caráter atemporal, que atribui sentido à realidade cultural.

Para a Escola de Marburgo, o bem jurídico é de suma importância para a ciência penal, se constituindo como o princípio reitor da elaboração de seus conceitos. Os objetos tutelados normativamente são resultado dos bens e valores culturalmente valiosos[31].

Os neokantianos deram prosseguimento à concepção teórica de Liszt de que o bem

---

[31] Navarrete (2000, p. 386, 391) critica a concepção proveniente da Escola de Marburgo, afirmando que a proteção normativa de bens e valores possui um propósito unilateral, além de permitir uma suntuosa autonomia ao legislador para indicar os objetos passíveis de tutela. Para o autor espanhol, a teoria fundada em bens e valores para legitimar a ameaça da pena se caracteriza como artificial. Não existe, em um Estado que observe as exigências materiais do injusto, um direito penal que não se fundamente em bens e valores essenciais de acordo com a sociedade. O legislador não cria bens e valores sociais, senão apenas lhe incumbe proteger alguns dos bens existentes, discernindo os imprescindíveis com base na observação das normas e na finalidade do sistema penal, qual seja, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da convivência em sociedade.

jurídico se situa em um momento anterior à lei. No entanto, se contrapõem a Liszt ao circunscrever que os bens se originam dos valores e não apenas do caráter social (Mir Puig, 2003, p. 114).

Alguns institutos pertencentes à Teoria Geral do Crime se devem às contribuições da corrente epistemológica neokantiana, cita-se, *v.g.*: os elementos subjetivos do tipo e a culpabilidade normativa.

Entre os autores neokantianos que se destacam, Gustav Radbruch (1944, §1, p. 08) acentua a relação entre realidade e valor. Na ótica científico-natural, há uma atitude de cegueira diante do valor, ao passo que na vertente cultural, a análise da conduta, da norma e suas conexões é intermediada por uma atitude valorativa consciente. O Direito é uma obra humana, fato que o insere em um campo de alternativas que recebem significação por meio da atribuição de uma finalidade - isto é, um valor - ao objeto analisado.

Toma-se em consideração os múltiplos conceitos do vocábulo "mesa". Gustav Radbruch a define como uma tábua de quatro pernas. Todavia, alerta que alguém poderá objetar esta descrição e indicar ser possível uma mesa armada sobre três, duas, ou mesmo sem hastes, tratando-se, somente, de um tampo. Desse modo, enquanto for considerado apenas as características do objeto (sustido ou não sustido), é impossível se chegar a um conceitual comum de mesa. Chegar-se-á a uma resposta ao que é "mesa" no instante em que for considerada a sua destinação. Repara-se que o conceito dependerá da análise do valor, função ou utilidade, sobre o qual poder-se-ia deliberar que mesa é uma mobília destinada a se colocar algo.

> A tábua de uma mesa, tal como outro conjunto qualquer de tábuas, são diferenciáveis entre si por sua respectiva finalidade. [...] Uma consideração cega para o fim, quer dizer, para o valor, é, pois, impossível ante uma obra humana, e por conseguinte também, uma consideração cega ao valor do direito ou de qualquer fenômeno jurídico isolado. [...] O direito só pode ser compreendido no âmbito da conduta impregnada de valor. O direito é um fenômeno cultural, isto é, um direito relacionado a um valor (Radbruch, 1944, §1, p. 11).

A importância em se designar o direito penal como uma ciência teleológica pode ser exemplificada a partir dos elementos subjetivos inseridos no tipo. Na doutrina causalista, os elementos subjetivos pertenciam à culpabilidade, de tal sorte que a tipicidade continha, somente, uma análise objetivista, onde a ação era considerada como o movimento corpóreo voluntário causador de modificação no mundo exterior. Com a reorganização promovida por Welzel, a conduta passou a ser considerada no tipo de forma integral - objetiva e subjetiva - permitindo com que a conduta criminosa pudesse ser analisada com maior assertividade, dado

que se compreenderia não só o ato, mas também a intenção do agente. Com os aportes neokantiano e welzelniano, toda ação é dirigida a um fim (Welzel, 1951), que será apurado por uma investigação de valor.

Em continuidade de raciocínio, Edmund Mezger (1958, p. 61) acrescenta - em obra escrita entre os anos de 1950 e 1960 - que "todo direito, também o direito penal, requer uma 'interpretação'. Interpretar a lei significa averiguar seu sentido determinante, a fim de aplicá-la aos casos particulares da vida real" (tradução própria). A finalidade da interpretação não anseia pela intenção do legislador, mas pelo sentido da norma em si. A apreciação se inicia com a análise dos aspectos gramaticais do texto legal escrito, sucedido pela abordagem histórica (isto é, o estudo sobre a formação da lei) e, por fim, seu significado sistemático.

O processo de interpretação, esclarece Mezger, é uma atividade valorativa. Suas palavras ganham ainda mais relevo se se considerar que ele engendrou tal pensamento após o fracasso do nacional-socialismo alemão, partido político fortalecido teoricamente por ele próprio, a partir da década de 1930[32].

> O direito penal se apresenta como parte integrante da valoração humana e especialmente ética. Quando o direito, travado em um positivismo legal unilateral, perde esta conexão, se converte em algo inútil, em um joguete de poder de déspotas ambiciosos e desconsiderados. Toda interpretação deve ter consciência [...] de tal conexão. A interpretação descansa, ao fim e ao cabo, sobre os fundamentos decisivos de toda a cultura e civilização ocidentais. (Mezger, 1958, p. 62, tradução própria).

Observa-se que o penalista alemão se manifesta pela incidência do princípio da legalidade que se delineia através do texto legal escrito de forma precisa e interpretado conforme o enquadramento espaço-temporal, por indicar a necessidade de uma análise valorativa do texto normativo, que se encaixa no modelo teórico neokantiano.

O ato de interpretar uma norma se designa como uma decisão prudente, visto que nem sempre o texto *ipsis litteris* abarca todas as nuances do cenário jurídico. Sob o viés de valor, se ultrapassa a configuração silogística que resulta da somatória entre lei (premissa maior) e caso

---

[32] Em 1933, Mezger estava no apogeu de sua fama, fruto da publicação do seu Tratado de Direito Penal e outros brilhantes artigos científicos que ecoaram para além das terras bávaras. À época, sucedeu a Ernst von Beling na cátedra da Universidade de Munique. Foi no ano de 1933 que Mezger tornou-se a mais destacada figura jurídica do nacional-socialismo alemão. No ano seguinte à sua nomeação como chanceler, Mezger passou a integrar a Comissão de Reforma do Direito Penal alemão, e defendia uma maior aproximação entre o direito e a política do Estado que recentemente entrara em vigor. Para tal, defendia que os esforços modificativos deveriam se alicerçar nas temáticas de povo e raça. Dentre as contribuições diretas de Mezger se destaca a inclusão da analogia como fonte do direito penal. Revela-se impressionante a capacidade de Mezger em se adaptar, com particular brilhantismo acadêmico, às diretrizes políticas do regime em vigor: o jurista se destacou e foi condecorado nos três regimes: na República de Weimer, durante o nacional-socialismo e após a queda do regime nazista (Muñoz Conde, 2003, p. 82-89).

concreto (premissa menor), para viabilizar uma sentença que reflita a finalidade da lei penal e a confronte com o cenário submetido a juízo.

Nesse panorama, o bem jurídico atua como critério material de verificação do injusto - a partir da lesão ou exposição a perigo do bem tutelado. Mezger definiu o bem jurídico como o valor protegido pela lei penal, de incumbência teleológica, pois indica qual a finalidade da lei penal (Mezger, 1949, p. 200 *apud* Brandão, 2022, p. 48).

Em decorrência do pensamento neokantiano, a reflexão sobre os valores estão sempre presentes na dogmática penal. Pode-se constatar a sua influência em outras visões epistemológicas, como no finalismo e no funcionalismo (Brandão, 2022, p. 49).

3.2 A escola de Kiel e o rompimento com o direito penal legítimo

Analisando o período cronológico anterior ao regime nazista, Mezger (1958, p. 63, tradução própria) detalha a penetração do princípio da legalidade em terras alemãs, iniciado com o código penal de 1871, que prevê no §2º: "Uma ação só pode ser castigada com uma pena, se esta pena estava determinada por uma lei antes de que a ação fosse cometida".

Mais tarde, em 28 de junho de 1935, sob o domínio político do nacional-socialismo alemão, a supracitada disposição teve sua redação alterada para:

> **Será castigado quem comete um fato em que a lei declara punível ou que segundo o conceito fundamental de uma lei penal e o são sentimento popular merece castigo**. Se nenhuma lei penal determinada resulta aplicável diretamente ao fato, este será castigado segundo a lei cujo conceito fundamental correspondente melhor a ele. (Mezger, 1958, p. 64, tradução própria, grifo próprio).

O partido nazista, invocando como argumento ou justificação o parecer de renomados teóricos do direito penal da época - *v.g.*, Carl Schimitt (Carvalho, 2022), Edmund Mezger, Franz von Liszt, entre outros - dispensou a aplicação absoluta do princípio da legalidade, autorizando a utilização do instituto da analogia na teoria do crime, porque a descrição normativa foi relativizada.

Em um primeiro momento da história do nacional-socialismo alemão, o bem jurídico foi considerado como uma teoria incompatível com os ideários do partido, sendo substituído pela noção de "infração de dever", dirigida à violação do dever de lealdade a Adolf Hitler, o Führer, e aos interesses do partido nazista. Neste enfoque, a materialidade do delito repousa sobre os conceitos subjetivos do "espírito da lei" e do "são sentimento do povo", inferidos pelo juiz no caso em concreto.

Os penalistas concordantes do sistema autoritário do Führer desenvolveram a teoria do bem jurídico nos ditames da compreensão política nazista. Entre os anos de 1937 e 1938, o bem jurídico foi acolhido como parte integrante do sistema alemão.

As posições doutrinárias do nacional-socialismo alemão se concentravam na metodologia do direito penal do autor, que focaliza a pessoa que realiza a conduta do tipo, ao passo que desconsidera a conduta típica que lesiona bens culturalmente valorosos. A pena é cominada ao indivíduo que se rebelou contra a comunidade e suas leis, isto é, ao sujeito que desobedeceu a norma penal, imposta pela autoridade ditatorial. "O sistema do direito penal não pode ser diferente do sistema do comportamento da pessoa em sociedade, e com isso um sistema valorativo de ato e não de autor ou de vontade" (Navarrete, 2000, p. 542, tradução própria).

O sistema penal nacional-socialista assentia à intervenção penal sem a proteção de qualquer bem jurídico. Esta licença se baseava em um dever formal, vazio de conteúdo, cuja sanção era direcionada à orientação do indivíduo pelos valores ideológicos e pelos estilos de vida e práticas sociais (Navarrete, 2000, p. 404).

Alguns autores criticam a capacidade limitadora da teoria do bem jurídico, perante eventos histórico-políticos semelhantes ao cenário alemão do século XX. Nesse panorama, Mir Puig (2003, p. 115) afirma que a prova de que o bem jurídico não possui efetividade para limitar o poder punitivo estatal está na utilização da própria teoria para viabilizar os interesses do nacional-socialismo.

No entanto, é necessário refletir que a força da teoria do bem jurídico soa como impensável, se considerada apartada do princípio da legalidade. Inclusive, sequer se poderia razoar um direito penal legítimo sem o princípio da legalidade. Se não há legalidade, a teoria do bem jurídico seria absolutamente desprovida de aplicabilidade.

A legalidade ostenta uma posição medular no sistema penal, e oferece alicerce para o desenvolvimento da teoria do crime, do método (normativo), da lei e da norma. Quando o legislador alemão relativizou o princípio da legalidade, ainda que retoricamente acolhesse a teoria do bem jurídico, na prática, denegou a sua existência.

Assim, não me alio à compreensão de Mir Puig que se baseia em um pontual "abatimento teórico" da dogmática penal alemã para deslegitimar a teoria do bem jurídico. Esta teoria - assim como tantos outros princípios do direito penal, a exemplo dos princípios da legalidade, fragmentariedade, lesividade e proporcionalidade - não atua de forma isolada, mas depende da articulação com outras teorias e institutos para gerar um sistema penal capaz de lidar com os desafios sociais.

Com o fim da guerra, as disposições legais que autorizavam a relativização do princípio

da legalidade foram revogadas. Mezger cita o dispositivo nº 11 do Conselho de Controle[33], pleno na revogação de disposições controversas do direito penal alemão, dispondo no Art. 4º que as revogações não permitem a vigência das leis anteriormente abolidas.

Esplende da proclamação de nº 3 do Conselho de Controle, ajuntou:

> Existe responsabilidade punível somente com respeito às ações que o direito ('lei') declara punível (2). Nenhum tribunal pode declarar punível ação alguma sobre a base de analogia ou em virtude do chamado 'são sentimento popular', como aconteceu até o presente no direito penal alemão (3). (Mezger, 1958, p. 64, tradução própria).

O Conselho de Controle tratou diretamente sobre as falhas do sistema, corrigindo aspectos que permitiram a "legalização" de atitudes impensáveis ao mundo moderno. As normas, mesmo claras e taxativas, demandam interpretação, a Lei nº 1, em seu art. 3º, asseverou que:

> O direito alemão que entrou em vigor após 30 de janeiro de 1933, e aquela que vier a vigorar, deverá ser interpretado e aplicado de acordo com o significado claro do texto. Ao interpretar, não se deve levar em conta as realidades da lei e as explicações contidas nos manifestos anteriores ou outras declarações. (Mezger, 1958, p. 64).

Com esta ressalva, impunha-se à Alemanha a proibição da utilização da analogia e do direito consuetudinário como fonte para a interpretação e a aplicação da lei penal.

Após a derrota na Segunda Guerra Mundial, os países aliados impuseram à Alemanha a criação de uma constituição federalista e democrática, tendo sido aprovada a Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha, no ano de 1949.

A Lei Fundamental - que não se delineou nominalmente como uma constituição, pois se pretendia a concepção de uma constituição *a posteriori* - prescreveu uma robusta cadeia de defesa dos direitos fundamentais. Nos itens de 1 a 3, do Art. 1º, v.g., afirmou:

> A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. (Alemanha, 1949).

A observância dos direitos fundamentais prescritos no ano de 1951 pela Lei Fundamental foi garantida pela criação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

---

[33] O Conselho de Controle se trata de um comitê criado no ano de 1945, composto pelos Aliados – EUA, França, Grã-Bretanha e União Soviética –, com a finalidade de reconstruir o Judiciário alemão, realizar julgamentos, além de desmilitarizar e desnazificar a Alemanha (United States Holocaust Memorial Museum, 2021).

(*Bundesverfassungsgericht*) com a missão de revisão judicial, zelando especificamente pelas normas "constitucionais" (Mezger, 1958, p. 66).

Arremata-se que o período de terror observado na Alemanha nazista não conta a história de uma teoria do bem jurídico ineficiente, pelo contrário, a política-criminal alemã, porque mitigou a força do princípio da legalidade, fincou os alicerces para a sua própria derrocada e, como corolário, para o desmantelamento da teoria do bem jurídico.

3.3 O sistema finalista em Hans Welzel e a proteção de valores éticos-sociais

A teoria finalista emerge no ambiente favorável do pós 2ª Guerra Mundial, em que o positivismo vinha sendo mais largamente criticado em virtude dos abusos cometidos pelo nacional-socialismo alemão. Com a lei sendo utilizada como reafirmação da força do mais forte sobre o mais fraco, se concentrou em uma nova formulação: o exercício punitivo estatal deveria estar limitado por estruturas lógico-objetivas que superassem a vontade do legislador.

O método ontológico tal como delineado na teoria de Welzel expõe a convicção de que o ser humano é dotado de uma essência axiológica que ultrapassa os umbrais do tempo e do espaço e, por isso, são substâncias inegáveis e imprescindíveis que devem ser protegidos.

Em traços comparativos, é legítimo dizer que Welzel deu prosseguimento à concepção teórica de Binding, que identificou o bem jurídico como um objeto concreto lesionado ou posto em perigo pela conduta delituosa (Mir Puig, 2003, p. 114). Além disso, o autor alemão contrapôs o neokantismo de Liszt ao defender que o direito penal deve se basear em conceitos atemporais.

Welzel (1997, p. 05) conceituou o bem jurídico, em princípio, como um bem vital da comunidade ou do indivíduo e, posteriormente, como estado social desejável[34]. Todavia, a sua concepção da tutela de bens jurídicos é apenas acessória, pois a finalidade do direito penal está na proteção dos valores éticos-sociais e, somente por inclusão, na tutela de bens jurídicos.

> A missão primária do direito penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção da pessoa individual, da sua liberdade etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, em geral já é demasiado tarde. Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ação da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção de bens jurídicos tem só um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Pelo contrário, a missão mais profunda do direito penal é de natureza ético-social e de caráter positivo. Ao proibir e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica, revela [...] a vigência inquebrantável desses valores positivos de ação, dá

[34] Nesse sentido: Tavares, 2022, p. 224.

> forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalece sua consciência de permanente fidelidade jurídica. (Welzel, 1997, p. 03, tradução própria).

Para Welzel (1997, p. 04), os valores éticos-sociais são mais amplos que a tutela dos bens jurídicos na medida em que não visam efeitos imediatos, mas objetivam o alcance de resultados positivos duradouros.

Referindo-se ao sentido e à missão do direito penal, Welzel sistematiza a sua tese em três juízos a seguir desenvolvidos.

Primeiro juízo: "**a missão do direito penal é proteger os valores elementares da vida em sociedade**" (Welzel, 1997, §1, p. 01, grifo próprio, tradução própria).

Para compreender a teoria de Welzel, necessita-se considerar que toda ação humana está sujeita aos aspectos valorativos da ação e do resultado, isto é, o valor que se atribui ao resultado produzido e o valor atribuído à ação, mesmo que não produza resultado algum.

Para ilustrar esta dualidade, o autor finalista assevera que o trabalho - um dos mais pujantes valores da vida humana - pode ser adjetivado como digno e valoroso a partir da análise do seu produto (o resultado), como também, apenas considerando o seu ritmo de atividade dirigido à obra positiva, mesmo que não alcance o êxito pretendido. Destarte, o trabalho é um valor ético-social e esta conclusão deriva da observância ou da ação ou do resultado.

Welzel critica a ênfase que se tem dado ao valor do resultado, fazendo do direito penal uma ciência utilitarista que atrela sua reação ao dano social produzido. Em consequência, o valor da ação é inevitavelmente atribuído pelo valor do resultado, e a missão do direito penal - que deveria se atentar em maior número com a tendência duradoura do comportamento humano - concentra seus esforços no efeito positivo atual da ação.

Nesta apreciação ampliada, Welzel defende uma atuação coletiva. A título de exemplificação, na ofensa à vida individual (Cf. Art. 121, CP), se evidencia o real sentido do direito penal, qual seja, a proteção da vida de todos os seres humanos, tornando cada caso individual parte integrante de um sistema amplo que objetiva a tutela de todas as vidas humanas. "Somente assegurando os elementares valores sociais de ação se pode alcançar uma proteção dos bens jurídicos realmente duradoura e eficaz" (Welzel, 1997, p. 04, tradução própria).

Welzel concebe a existência de bens individuais e coletivos, inseridos na ordem social, de modo que a análise, obrigatoriamente, deve ser feita em conexão a todos os outros bens tutelados pelo ordenamento jurídico.

Segundo juízo: "**A missão do direito penal consiste na proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e somente por inclusão, a proteção dos bens jurídicos particulares**" (Welzel, 1997, §1, 1, p. 05, grifo próprio, tradução própria).

O professor alemão contribuiu para o esclarecimento conceitual de bem jurídico ao ajuntar que o bem se expressa como um valor digno de tutela, seja individual ou coletivo, porque dotado de significado social, e apresentável de formas distintas.

> De acordo com o substrato, [o bem jurídico] pode aparecer nas mais diferentes formas: como objeto psicofísico espiritual-ideal (exemplo daquele, a vida; deste, a honra), ou como situação real (por exemplo, a inviolabilidade do lar), ou como relação vital (por exemplo, o matrimônio ou o parentesco), ou como relação jurídica (por exemplo, a propriedade, o direito de caça), ou ainda como conduta de um terceiro (por exemplo, o dever de fidelidade do funcionário público, protegido contra a corrupção). Logo, bem jurídico é todo estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões. (Welzel, 1997, p. 05, tradução própria).

Terceiro juízo: "**A missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético-sociais**" (Welzel, 1997, §1, 2, p. 05, grifo próprio, tradução própria).

O direito penal leva a efeito a tutela dos bens jurídicos através de normas proibitivas ou imperativas. Elas indicam os valores éticos-sociais que devem ser protegidos mediante a ameaça da pena. Somente assim os bens jurídicos são efetivamente protegidos.

Quando o direito penal estabelece os valores elementares como sua finalidade, indica espontaneamente uma propriedade formativa, de índole ética. Sob a autoridade comunicadora da sanção penal, a sociedade se torna qualificada a compreender a nobreza dos valores tutelados pela norma e agir em conformidade com eles (Welzel, 1997, p. 06). O autor explicita a potencialidade da norma penal em modificar a compreensão social no que tange os seus valores ético-sociais. Contíguo ao entendimento de Franz von Mayer (Cf. item 2.7), se deduz que a lei pode criar "normas de cultura".

É imperioso considerar que a lei penal não se qualifica como a única ferramenta capaz de criar instâncias orientadoras da observância aos valores fundamentais à vida em sociedade. A religião, a família, a educação escolar, dentre outros processos constituintes, são importantíssimas (efetivos como o próprio direito) para que a coletividade assimile formas salutares de convivência.

> Alguém pode deixar de eliminar a vida do próximo não porque possui receio de ser preso, mas porque teme as consequências de sua conduta no seio de sua religião. Do mesmo modo, v.g., o indivíduo pode deixar de agredir um amigo não porque teme as consequências jurídico-penais de seu ato, mas porque receia ser excluído do grupo de amigos a que ambos pertencem. Inúmeros outros exemplos seriam possíveis, o que demonstra que, muitas vezes, o controle não jurídico pode ser mais operativo que aquele conformado pelo Direito. (Souza, 2021, p. 48).

O direito se alia às realidades culturais e contribui com a formação ética dos que

compõem a população do Estado, criando leis que influenciam direta ou indiretamente na vida social.

Em perspectiva semelhante a Welzel, Günther Stratenwerth (2005, p. 54) defende que a missão do direito penal está para além da proteção de bens jurídicos, consistindo em tutelar os valores que fundamentam a criação dos próprios bens. O autor atesta que os valores ético-sociais determinam os limites de atuação do poder estatal manifestado na tutela de bens jurídicos[35].

Polaino Navarrete (2000, p. 406) não é partidário da compreensão de Welzel e de seus adeptos, pois acredita que a fundamentação primária do direito penal não deve ser equiparada com o seu encargo essencial. O direito penal atua de forma subsidiária quando os demais ramos do direito se mostram inapropriados para proteger o objeto ofendido. A subsidiariedade atua para afastar a uniformização entre os valores éticos e o bem jurídico, visto que outros ramos jurídicos protegem valores semelhantes. Do contrário, o direito penal poderia ser selecionado para tutelar todas as ocorrências que lesionam os valores ético-sociais, banalizando a sua atuação e o deslegitimando como *ultima ratio*.

Incumbe ao legislador a criação de tipos penais que materializem os valores fundamentais da sociedade, especificando os critérios para a identificação caso a caso. Não se afigura viável a configuração de um princípio geral que ofereça fundamento para todas as descrições típicas (Navarrete, 2000, p. 409).

Outrossim, outras determinações político-criminais podem justificar a criação de normas penais, se afastando, portanto, da inarredável proteção dos valores ético-sociais.

> Tem-se de desestimar a noção de bem jurídico como mínimo ético, não só pela imprecisão, amplitude e ambiguidade de que a mesma padece, senão, ademais, porque não cabe desconhecer que os objetos de tutela de determinadas descrições típicas nada se referem com tal limite interno da conduta pessoal, já que o ordenamento jurídico deve operar com critérios valorativos próprios. (Navarrete, 2000, p. 414, tradução própria).

Conclui-se que a eleição de princípios ético-sociais generalizantes prejudica a atuação particularizada do direito penal, comprometendo a sua atribuição de proteção subsidiária de bens jurídicos.

---

[35] Nesse sentido: Polaino Navarrete, 2000, p. 412.

3.4 Funcionalismo sistêmico em Günther Jakobs: vigência da norma enquanto valor tutelado

A concepção teórica funcionalista não se limita a uma única versão. Dentre as possibilidades, se destaca o funcionalismo estrutural de Talcott Parsons - evocado por Claus Roxin - e o funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann - recuperado pelo pensamento de Günther Jakobs (Brito, 2025, p. 80).

A concepção de Niklas Luhmann se revela como uma expansão conceitual que parte dos avanços teóricos de Talcott Parsons (Luhmann, 2010, p. 80). A diferença substancial entre os dois sociólogos está na diretriz social: Talcott se baseia na ação humana como elemento fundamental, onde os indivíduos agem em conformidade com os valores e as leis; para Luhmann, de outra feita, a comunicação é a força motriz do progresso social. Em suas palavras: "A sociedade não consiste em ações, nem em indivíduos, mas em comunicações. […] A comunicação é a operação básica que produz e reproduz a sociedade" (Luhmann, 2007, p. 113).

Jakobs se apropria, sinteticamente, da posição de Luhmann no tocante à aplicabilidade de um macro sistema que está para além da atuação dos indivíduos e institutos específicos que o compõem. Neste escopo, todo o sistema jurídico atua em vista da vigência da norma.

Jakobs (2021, p. 44) compreende que a tese do direito penal de tutela de bens jurídicos não lhe é exclusiva, dado que outros ramos do direito também protegem valores sociais, como o patrimônio, a vida, a saúde, o meio ambiente, a ordem financeira etc. A missão de tutela integra outras instâncias do corpo estatal, a exemplo dos municípios que visam a preservação da vida e da saúde da população através da criação de hospitais.

Para o autor funcionalista, a especificidade do direito penal na tutela do bem jurídico poderia ser identificada recorrendo aos deveres negativos e aos deveres positivos. Os deveres negativos indicam que determinado comportamento se caracteriza como nocivo a um bem jurídico e, por isso, deve ser proibido. Cita-se, "não matar", "não furtar", dentre outras normas mandamentais. Os deveres positivos se coadunam com o imperativo normativo em vista da preservação de um bem jurídico. Aponta-se como exemplo o crime de "abandono material", em que a falta de ação do genitor poderia gerar consequências gravosas à saúde e à vida do assistido, bem como o crime de "omissão de notificação de doença", que poderia comprometer a saúde pública.

Segundo a visão de Jakobs (2021, p. 44), as normas imperativas nem sempre protegem bens jurídicos existentes, mas podem tutelar bens criados pela própria ação mandamental: v.g., o membro do Ministério Público que deixa de apresentar denúncia em razão da prática de crime,

embora devida, não destrói a administração da justiça, mas apenas deixa de colocá-la em vigor (Jakobs, 2021, p. 44). Nesse cenário, o bem lesado só existe virtualmente, tornando-se real pela intervenção normativa do cumprimento de um dever. Dito de outro modo, o direito penal tutela bens juridicamente possíveis, e não bens perfeitos.

Jakobs esclarece com o caso-paradigma de um pai que deixa seu filho sem receber um tratamento médico indispensável, chegando a óbito por esta causa. Para ele, o pai não transforma a vida debilitada em vida saudável, ao mesmo tempo em que não destrói uma vida saudável a partir da sua organização.

Os deveres negativos e positivos são a base para a tese jakobsiniana de que **a vigência da norma é o único valor social tutelável** e, dessa forma, o esforço estatal deve se direcionar para este fim.

Tal como defendido por Mir Puig, Jakobs reconhece que a teoria do bem jurídico se mostrou incapaz de oferecer qualquer resistência ao exercício antidemocrático imposto pelo nacional-socialismo alemão[36]. No período, o referido movimento político visava a proteção de bens jurídicos, quando a vida do Führer ou a existência do partido alemão foram considerados como um objeto tutelável, e o injusto penal se verificava a partir da violação do dever.

Para Jakobs (2021, p. 50), a teoria do bem jurídico se mostra uma teoria vazia, manejável de acordo com os interesses de quem está no poder. Qualquer bem ou interesse poderiam ser considerados merecedores de tutela, não existindo um critério robusto capaz de delimitar a sua atuação.

Inclusive, a visão jakobsiniana sustenta que o direito penal deve ser um sistema neutro às influências externas. Propondo um normativismo radical e o distanciamento dos dados empíricos, se afasta peremptoriamente da política e se propõe como um sistema livre de ideologias (Bechara, 2014, p. 346).

Pode-se assinalar quatro temas que demandam reflexão em resposta aos que se aliam à tese jakobsiniana: a) a não-exclusividade da tutela de bens pelo direito penal; b) a lesão virtual do bem jurídico; c) a vigência da norma como único bem jurídico; d) a neutralidade às influências externas.

Em primeiro plano, não se desconsidera a afirmação de Jakobs, quando o crime é apontando como a ofensa a um bem juridicamente protegido e, em tese, qualquer bem vital poderá ser içado ao nível de tutela jurídica. Julga-se, todavia, que a teoria do bem jurídico deve atuar na política-criminal indicando quais interesses socialmente relevantes são os aptos a

---

[36] Em resposta a esta crítica, consultar o item 3.3.

receber proteção jurídico-penal - do contrário, se ignora o caráter subsidiário do direito penal. Como reconhecia Welzel, nem todos os bens são protegidos pelo direito penal, sendo tutelados por outros ramos do ordenamento jurídico - civil, administrativo, tributário etc. - distribuídos de acordo com o discernimento legislativo e baseados na expressão social do interesse.

Em continuidade de raciocínio, a visão lisztiniana acrescenta que a qualidade da proteção é fundamental para a razoabilização que vincula a tutela do bem jurídico ao âmbito penal. Alio-me à ideia de que a definição da competência se relaciona com a utilidade da sanção (Cf. esquadrinhado no item 2.6), indicando que a aplicabilidade do direito penal se compreende como condição potencialmente única para viabilizar a proteção do bem jurídico.

Em segundo plano, a respeito dos deveres negativos e positivos que alicerçam a visão jakobsiniana, o autor conclui que em muitos casos o bem lesado só existirá de forma virtual, vindo a se materializar com o cumprimento do dever. Ora, não é razoável a tese de que o bem jurídico seja sempre criado ou desvelado pela norma penal. O bem se destaca como uma instância material ou imaterial que recebe o selo axiológico por intermédio da percepção e avaliação pública. A elevação ao patamar jurídico se trata, exclusivamente, do reconhecimento do clamor social que indica os bens que lhe são essenciais.

Servindo-se do caso-paradigma de deveres positivos, Jakobs narra a história de um pai que não garante os cuidados médicos essenciais à sobrevivência do filho. O pai não agiu ou se omitiu para que surgisse a doença, tampouco atuou para restabelecer a saúde do filho, que veio a falecer em decorrência da patologia. O autor conclui pela ausência de responsabilidade do pai, se apoiando na distinção entre ofensa direta e ofensa indireta.

Afirmar que uma mãe ou um pai se veem como responsáveis para com a recuperação da saúde de um filho doente, trata-se, provavelmente, de uma avaliação unânime. Esta percepção não se escora em um argumento moral, mas no entendimento de que o bem se categoriza como organismo pré-normativo, dotado de valor e, nesse domínio, o cuidado para com o filho - elevado a *status* normativo - não se limita a lidar com os riscos criados pelos próprios pais (responsabilidade direta), mas ao cuidado integral (responsabilidade direta e indireta).

Outro exemplo idêntico seria um pai ou uma mãe que veem o seu filho se afogar em uma piscina, mas permanecem imóveis, pois não foram os responsáveis por expor o filho àquela situação. A manutenção da vida do filho se trata de um valor humano, anterior ao direito, inábil para reforçar à ideia de que o direito cria a obrigação de tutela de tais bens.

Quando o direito determina o cuidado dos pais em relação ao filho, indica um comportamento ordinário e imprescindível. O desprezo à condição enferma da criança

corresponde, no mínimo, ao abandono de incapaz (Art. 133 do CP), crime de mera conduta para o direito penal pátrio, isto é, que não necessita do resultado para se efetivar. A não-ação do pai se assinala como um comportamento fundamental para o falecimento da criança, devendo a morte ser atribuída à sua má organização.

O bem jurídico é um elemento real e concreto e, unicamente, o que se assinala por virtual é a ofensa ou a ameaça (comissiva ou omissiva) dirigida ao bem jurídico, pois esta pode ou não se concretizar.

Em terceiro plano, cerne da tese jakobsiniana, se entende que o único bem jurídico tutelável é a própria vigência da forma, operando como a sua razão de existência.

Polaino Navarrete (2000, p. 376) assevera que a compreensão material da norma como *ratio leges* se apresenta como uma renúncia da dimensão essencial do bem jurídico, subtraindo-lhe a sua natureza e privando-o da possibilidade de impor limites ao legislador. Inclusive, pontua que esta foi a compreensão dogmática de injusto assumida pelo nacional-socialismo alemão.

As considerações teleológicas formais têm notáveis contribuições para a ciência penal porque expõe o componente material do delito em estreita relação com a justificação do ordenamento jurídico-penal, através da finalidade da norma penal. Todavia, bem jurídico e fim da norma (norma compreendida em *stricto sensu*) não se confundem, ainda que o primeiro favoreça a compreensão do segundo. Em casos excepcionais pode-se coincidir bem jurídico e fim da lei, mas, para esses episódios, a lei deve ser compreendida como fim legal em sentido amplo (*lato sensu*) (Navarrete, 2000, p. 392).

O autor espanhol frisa que de modo algum devem ser incorporados bem jurídico e finalidade da lei penal.

> Em virtude das elementares exigências de lógica jurídica procede, em suma, rejeitar todo processo delimitador em âmbito do conteúdo material do injusto que proponha uma plena identificação entre bem jurídico e a *ratio legis* de cada preceito descritivo de condutas típicas cominadas com uma pena. [...] Com análoga firmeza, [deve-se] rejeitar radicalmente toda explicação absoluta do bem jurídico segundo o critério do fim perseguido pela lei. (Navarrete, 2000, p. 395, tradução própria).

Em princípio, a lei penal se propõe a regular a vida humana, garantindo condições mínimas para a convivência social. Em sequência argumentativa, a norma penal se justifica a partir da constatação de que existem bens e valores sociais que demandam proteção jurídico-penal. Embora confluentes, objeto tutelado e finalidade normativa não se revelam como uma operação composta de institutos de uma mesma natureza. Consubstanciar objeto e lei

configuraria uma confusão conceitual (Navarrete, 2000, p. 397).

De forma contígua, Claus Roxin (2009, p. 20-33) afirma que o conceito de bem jurídico como *ratio leges* deve ser rechaçado, porque em nada inova, mas se situa na posição famigerada do princípio de interpretação teleológica. Ademais, declara que o sistema social não deve ser sustentado como um valor em si mesmo, mas como um dispositivo finalisticamente dirigido ao bem-estar social.

Em quarto e último plano, o afastamento entre política criminal e dogmática penal se expõe em outras visões epistemológicas. Mezger, autor neokantiano, preconiza que a dogmática atua como um impeditivo às intromissões da política criminal. Inclusive, segundo Muñoz Conde (2003, p. 99) esta visão segmentada foi sustentada entre as décadas de 50 e 70 do século XX, momento espaço-temporal em que não se discutia outra coisa senão o finalismo e o causalismo.

Os que consideram que a missão da ciência penal está na construção dogmática como fim em si mesmo, não devem estranhar o fato de que a dogmática seja pouco considerada em decisões político-penais e nas jurisprudências dos tribunais. A dogmática se torna, muitas vezes, apenas uma muleta em vistas de se afirmar uma posição político-criminal anteriormente assumida (Muñoz Conde, 2003, p. 99).

Uma dogmática absolutamente ontológica pode alcançar a pretensão de se afirmar como um espectro apolítico, todavia, como reconheceu Welzel, o direito penal é o ramo com maior inclinação à ideologização, gerando inevitáveis implicações à ciência penal.

Enquanto sistema de enunciados doutrinários que resultam de esforços científicos, a dogmática penal deve vincular sua atuação à letra da lei e esta, deve compor o sistema dogmático. O principal objeto do analista não é o material advindo do legislador, e sim os problemas, os grupos de casos, os conceitos etc. Diferente do legislador que se apoia estritamente no direito positivo, o investigador trabalha com doutrinas, premissas e enunciados (Robles Planas, 2021, p. 25). A palpabilidade da dogmática se verifica na convergência entre lei e doutrina, entre forma e substância.

3.5 Funcionalismo sistêmico de Claus Roxin: aporte político-criminal à teoria do bem jurídico

3.5.1 Doutrina funcionalista sistêmica

A concepção teórica funcionalista de Claus Roxin decorre do funcionalismo estrutural

de Talcott Parsons (1951), qualificada como uma importante doutrina sociológica do século XX, que compreende a sociedade como um sistema dirigido por valores compartilhados entre os cidadãos. Cada componente - Estado, religião, família etc. - atua para a manutenção e a estabilidade da estrutura.

Claus Roxin defende um "sistema de valores" assimilado pela política-criminal, em sentido divergente do vislumbrado pelo neokantismo, que fundamentava a proteção dos bens jurídicos nos valores sociais. Para ele, a "submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social [...] compõem uma unidade dialética" (Roxin, 2000, p. 20). Afiança, inclusive, que o direito penal se particulariza como o instrumento que efetiva as políticas criminais no sistema jurídico (Roxin, 2000, p. 82).

Imperioso clarificar o conceito de política-criminal para Claus Roxin. Ele inaugurou uma compreensão dualista para o referido termo na ciência penal, indicando-lhe dois significados, um direcionado à atuação do legislador (tal como usualmente representado), e outro se referindo à liberdade do aplicador do Direito para decidir o caso concreto para além do texto legal. Neste enfoque, recorda-se do princípio da insignificância[37], causa supralegal de exclusão da tipicidade.

Constata-se na tese de Liszt uma separação radical entre política criminal e dogmática penal[38]. Esta objetivava a uniformização da aplicação do direito, enquanto aquela pretendia, sob métodos racionais, combater à criminalidade. O objetivo da segmentação estava na proteção do criminoso diante dos interesses sociais, limitando o poder punitivo estatal através do direito penal (Roxin, 2000, p. 02).

Roxin afirma que a política-criminal ostenta o múnus de orientação da dogmática penal, devendo se desvencilhar da herança positivista que ainda vigora sobre a ciência penal[39].

> O positivismo como teoria jurídica caracteriza-se por banir da esfera do direito as dimensões do social e do político. Exatamente esse pensamento, por LISZT tomado como um óbvio axioma, fundamenta a oposição entre direito penal e política criminal: o direito penal só será ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no

---

[37] No funcionalismo de Roxin, o conceito de ação é substituído pelo conceito de imputação. Nesse modelo, a ação serve apenas para excluir movimentos reflexos e estados de inconsciência, sem outras funções na teoria do crime. O aplicador do direito também faz a política criminal do caso concreto. No injusto penal, se utiliza da imputação objetiva; no âmbito da culpabilidade, a imputação subjetiva. Quem faz o elo entre injusto e culpabilidade é a imputação, e não a ação, como no finalismo.

[38] Trazido à tona por Roxin, afirma Liszt (1899, p.153): "O direito penal é a barreira intransponível da política-criminal".

[39] O pensamento de Roxin foi externalizado na obra "Política criminal e sistema jurídico-penal", traduzida para o português pelo jurista Luís Greco.

> sistema. (Roxin, 2000, p. 12).

O penalista alemão observa que as demandas de cunho político-criminal também ocupam a Teoria Geral do Delito, a começar pelo próprio Princípio da Legalidade, figurando como falsa a ideia de que há um distanciamento absoluto entre dogmática e política (Roxin, 2000, p. 15).

Como medida de efetivação do sistema funcionalista, Roxin aponta a necessidade de normatizar as referências empíricas, distanciando-se do subjetivismo - como o visto no ontologismo welzelniano - e viabilizando a agregação das reflexões dogmáticas ao sistema em vigor. "Enquanto os fundamentos da valoração provierem do sentimento jurídico ou de orientações isoladas, sem encontrar apoio na lei, permanecerão eles turvos, casuais e sem poder de convencimento científico" (Roxin, 2000, p. 27).

Nessa direção, os elementos da teoria do crime devem ser contemplados sob o viés valorativo da política-criminal: a tipicidade, como determinação legal dos comportamentos permitidos ou proibidos, a antijuridicidade, como resolução do conflito entre interesses individuais e coletivos, a culpabilidade, como necessidade de se aplicar a pena ao comportamento típico e antijurídico (Roxin, 2000, p. 18.30).

> Com isso, Roxin se difere do pensamento neokantiano, pois substitui o critério axiológico cultural pelos fundamentos políticos criminais e, por outro lado, se diferencia da corrente antecessora, o finalismo, por não mais promover uma limitação ontológica à dogmática, superando o sistema abstrato-conceitual finalista, guiando as categorias penais pelos valores e finalidades fornecidas pela política criminal do Estado social de direito. (Brito, 2025, p. 87).

Destarte, no funcionalismo sistêmico roxiniano, a atuação estatal deve se limitar a assegurar as condições mínimas para a convivência social, outorgando plena liberdade individual aos cidadãos.

3.5.2 O bem jurídico na ótica roxiniana

No final do século passado, Roxin (1997, p. 63) declarou, perante as novas concepções delituosas, que a tendência seria uma relativização da teoria do bem jurídico, e não um total abandono de seus delineamentos[40]. Passados mais de trinta anos da publicação original, em

---

[40] O direito penal de risco, orientado pela expressão "sociedade de risco" cunhada pelo sociólogo Ulrich Beck na década de 1980, indica os desafios impostos por novas concepções científicas, tecnológicas e industriais, afetando direta e indiretamente a ciência penal. Levanta-se a incerteza sobre o alcance do direito penal e a incumbência da teoria do bem jurídico nessa empreita (Beck, 2011).

alemão, no ano de 1994, persiste a ambivalência posicional concordante ou discordante do aproveitamento da teoria, tal como previsto por ele.

Na Alemanha, o entendimento do Tribunal Constitucional (*BVerGe*), a partir de 2008, expressa que a teoria do bem jurídico não deduz nenhuma limitação ao exercício punitivo estatal. Em Itália e Espanha, por outro lado, permanece a percepção limitativa do bem jurídico. Em França e Estados Unidos da América, não vigora uma teoria do bem jurídico, ainda que neste último, o *harm principle*[41] exerça propósito semelhante (Roxin, 2013, p. 07).

No Brasil, a posição majoritária considera a teoria do bem jurídico como critério para a intervenção penal. Cita-se como exemplo, os crimes de sedução, rapto consensual e adultério que foram revogados pela Lei nº 11.106/2005, em que se alterou o bem jurídico tutelado, removendo-se a tutela "aos costumes" e inserindo a tutela à "dignidade sexual" no Título VI do Código Penal pátrio.

Mesmo para o legislador de um Estado Democrático de Direito, a ciência jurídico-penal se ostenta como uma atividade desafiadora, porque imbuída do desejo humano de se penalizar aquilo de que não se gosta, isto é, proibir ou exigir posicionamentos religiosos, culturais e habituais congêneres aos seus próprios. Todavia, o *standard* democrático, alcançado mediante conflitos e guerras, preconiza que a penalização de uma conduta decorre, obrigatoriamente, de um critério legitimador.

Para Roxin (2009, p. 16), a legitimidade da atuação jurídico-penal se vincula intrinsecamente à sua função social. O direito atua, exclusivamente, quando sua atividade se faz indispensável para salvaguardar a liberdade e a convivência salutar dos indivíduos. Ratifica-se: se a intervenção por outro ramo do direito for suficiente como resposta ao comportamento deletério, torna-se ilegítima a manifestação do direito penal. A *ultima ratio* deve ser acionada quando a única forma de se preservar a convivência pacífica operar-se por meio da pena.

A concepção do penalista alemão se apoia no pensamento teórico-racional iluminista - que fincou os alicerces para o surgimento do direito penal liberal - e na elaboração do contrato social enquanto matriz ideológica que defende o equilíbrio entre intervenção estatal e liberdade individual. O conceito de bem jurídico elaborado por ele aponta para uma realidade vital cuja diminuição prejudica a vida em sociedade (Roxin, 2009, p. 17). Arremata que o bem jurídico se especifica como um valor - material ou imaterial - passível de diminuição.

O bem jurídico de acordo com a absorção roxiniana fixa um conceito abrangente se comparado com outras teorias que buscam delimitar os objetos tuteláveis. Todas as condições

---

[41] O conceito se origina com base nos desenvolvimentos teóricos de Jhon Stuart Mill (1859, p. 09) e apregoa que se pode penalizar somente as condutas que, realmente, causem algum dano.

individuais - a vida, a integridade corporal, a propriedade etc. - e as instituições estatais - a administração da justiça, o sistema financeiro etc. - adequadas à garantia das referidas condições são objetos legítimos e suscetíveis de proteção. Ele concorda que as instituições estatais não são objetos corpóreos, mas envolvidas por realidades vitais que, sem as quais, restaria prejudicada a vida social (Roxin, 2009, p. 18).

> Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do direito tributário. (Roxin, 2009, p. 19).

Existem bens jurídicos antecipadamente reconhecidos pela sociedade, a exemplo da perturbação à saúde através de ruídos, e bens jurídicos não preconcebidos, ainda que amplamente considerados em importância, como é o caso dos crimes econômicos e ambientais (Roxin, 1997, p. 52). O autor não hesita em legitimar os "bens jurídicos da generalidade", desde que manifestem garantia de liberdade aos cidadãos. Bens jurídicos universais, transmitidos e reconhecidos, tal como a administração da justiça, são indispensáveis porque necessários para a ordenação e o progresso social.

A exigência de que o direito penal se restringe à proteção de bens jurídicos revela um importante limitativo ao *jus puniendi*, porque o obriga a reprimir somente aquelas condutas danosas ao objeto tutelado. Nesse escopo, Roxin (2009, p. 25) elimina da intervenção jurídico-penal as normas motivadas por ideologias, as simples transcrições normativas (portanto, apenas formais), os atentados contra a moral, a dignidade humana[42], a proteção dos sentimentos, a consciente autolesão, as leis penais simbólicas[43], as regulações de tabus e, por fim, objetos abstratamente incompreensíveis (isto é, sem fundamentos empíricos)[44].

Roxin retoricamente põe em dúvida se a teoria do bem jurídico é demasiadamente indeterminada para oferecer qualquer limitação ao exercício punitivo estatal e responde com quatro alegações: a resolução de conflitos atuais, a natureza abstrata dos princípios jurídicos, a

---

[42] Roxin (2009, p. 25) exemplifica com a manipulação artificial de uma célula germinal, considerada como um atentado à dignidade humana, mas, se utilizada com o fim de impedir doenças hereditárias, não constituiria uma lesão ao bem jurídico.

[43] Entendidas como ferramenta de comunicação. O exemplo citado por Roxin no direito alemão é a penalização da negação ou diminuição de importância dos crimes realizados durante o nacional-socialismo alemão.

[44] Mir Puig (2003, p. 117) critica a teoria de Roxin ao afirmar que esta serve, tão-somente, para afastar a punibilidade de condutas exclusivamente imorais, descrevendo-a, outrossim, como uma tese excessivamente "naturalista", como um desenvolvimento social do bem jurídico.

razoável discricionariedade do legislador e a complementação à teoria do bem jurídico pelo princípio da subsidiariedade.

Como primeira observação, Roxin (2013, p. 14) compila seis exemplos para demonstrar que a teoria do bem jurídico é utilizada hodiernamente como crítica à atuação legislativa: 1) A descriminalização da homossexualidade em 1969, na Alemanha; 2) A verificação sobre a possibilidade de se descriminalizar a posse de droga para uso pessoal - que não foi concedida, apesar de se expectar pela reconsideração no que se reporta a pequenas quantidades - já alcançada na Argentina, no ano de 2009[45]; 3) A doação de órgãos *inter vivos*, ainda criminalizada, mas amplamente criticada pela doutrina, visto não produzir um dano pessoal considerável para o doador; 4) O incesto entre irmãos, ainda penalizado sob o argumento de que a criminalização de tal conduta protege os bens jurídicos: família, autonomia sexual e saúde genética; 5) A rejeição factual de acontecimentos históricos, a exemplo da negação do Holocausto. Em outros países, norma semelhante foi considerada inconstitucional, como na Espanha (2007) e na França (2012); 6) A proibição da pornografia infantil, considerada pelo autor nos casos permitidos por lei, como no caso de um namorado de 18 anos que contenha uma fotografia nua de sua namorada de 17 anos, com o consentimento desta.

Em segundo lugar, a crítica dirigida à teoria do bem jurídico sobre sua indeterminação deve ser oposta ao fato de que os princípios do direito penal condensam característica semelhante. Os princípios, naturalmente, são normas com maior grau de abstração em relação às regras. Eles carecem de uma mediação concretizadora, porque se tratam de princípios fundamentais, na medida em que correspondem à estrutura do sistema jurídico. Os princípios são *standards* ou pautas vinculantes que traduzem ideias de justiça ou de direito, são fundamentos de regras, isto é, constituem a *ratio* das regras jurídicas (Canotilho, 1988, p. 1034). Com palavras precisas, afirma Claus Roxin:

> À objeção de que a função de crítica legislativa cumprida pelo bem jurídico tem um elevado grau de indeterminação deve contrapor-se que os princípios jurídicos supremos não se deixam apreender numa definição apta à subsunção, mas antes apontam um critério orientador que deve ser concretizado na matéria jurídica. (Roxin, 2013, p. 20).

Em terceiro lugar, certa margem de discricionariedade legislativa é integrada pela própria teoria do bem jurídico e não atua, *a contrario sensu*, como um instituto sem nenhuma

---

[45] Recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal definiu a tese de repercussão geral do julgamento que descriminalizou o porte de maconha para consumo pessoal, fixando como parâmetro a quantidade de até 40 gramas, para diferenciar usuários de traficantes (Cf. Recurso Extraordinário nº 635659, julgado em 26/06/2024).

influência sobre o legislador. Ademais, deve-se reconhecer que o direito se caracteriza como uma ciência retórica, essencialmente composta pela possibilidade de se argumentar caso a caso sobre a forma de se aplicar a lei.

Em último lugar, se verifica como indispensável a utilização do princípio da subsidiariedade em atuação paralela à teoria do bem jurídico. Todos os ramos do direito protegem bens jurídicos, ficando a cargo do direito penal aquelas condutas mais gravosas e que demandam a ameaça da pena. Assim, o direito penal possui a tarefa de proteção subsidiária de bens jurídicos (Roxin, 2013, p. 26).

Assim sendo, Roxin se mostra favorável ao aspecto conteudístico do injusto penal, inserido no primeiro elemento da teoria do crime e compreendido como condição impreterível para a ocorrência do delito. Dito de outro modo, o autor se alia à posição majoritária de que não há crime sem lesão ou ameaça ao bem jurídico.

4 ASPECTOS BALIZADORES DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

4.1 Delimitação conceitual do bem jurídico: entre significado, função e substrato

É comum encontrar em manuais de direito penal a afirmação de que a doutrina não chegou a um conceito de bem jurídico, nem sequer de forma aproximada. Observa-se que o grande desafio está em articular os diferentes tipos de delito, indicando um padrão que permita a construção de um conceito generalizado[46]. Não obstante o afirmado, encontram-se algumas referências que indicam os contornos definidores do bem jurídico.

Para a dogmática penal o conceito de bem jurídico está atrelado à noção normativa de bem, e se alicerça em uma base social, decorrente das relações estabelecidas em sociedade. Dessa forma, o que seja considerado como "bem" para o corpo social (em antítese ao que seja entendido por "mal"), pode ensejar a tutela penal (Polaino Navarrete, 2000, p. 321).

A primeira exigência está em definir o que seja o "bem". Birnbaum expressa com clareza que o bem indica a existência de algo concreto, de cunho material - diferente de Feuerbach que defendia a tutela de direito subjetivos, naturalmente abstratos. O bem significa aquilo que é materialmente apropriado, passível de diminuição ou destruição. "O conceito natural de lesão parece ser aquele com o qual nos referimos a uma pessoa ou alguma coisa, em especial concebida como nossa, ou a algo que para nós é um bem, que a ação de outra pessoa pode subtrair ou diminuir" (Birnbaum, 2010, p. 35, tradução própria).

Nas palavras de Francisco de Assis Toledo,

> Bem, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. [...] Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de 'valor', isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, 'valem'. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a 'determinadas' lesões. (Toledo, 1994, p. 15).

Welzel contribui para o esclarecimento conceitual ao ajuntar que o bem se expressa como um valor digno de tutela, e como tal, o é porque dotado de significado social, e apresentando-se variadas formas de manifestação.

> Pode ele apresentar-se, de acordo com o substrato, de diferentes formas, a saber:

---

[46] Stratenwerth (2005, p. 55) questiona se seria apropriado se utilizar do direito penal para impor regras de conduta com fulcro na tutela de bens jurídicos tão destoantes entre si. Nesse sentido, parte da doutrina defende que o direito penal deve se ater apenas àqueles tipos "clássicos" presentes nas elaborações doutrinais desde o século XIX, *v.g*, crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a honra etc.

> objeto psicofísico ou objeto espiritual-ideal (exemplo daquele, a vida; deste, a honra), ou uma situação real (respeito pela inviolabilidade do domicílio), ou uma ligação vital (casamento ou parentesco), ou relação jurídica (propriedade, direito de caça), ou ainda um comportamento de terceiro (lealdade dos funcionários públicos, protegida contra a corrupção). Bem jurídico é, pois, toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões. (Welzel, 1997, p. 05, tradução própria).

Segundo a tese de Rudolf Kessler, o bem designa qualquer objeto ou relação potencialmente capaz de contribuir com o bem-estar físico ou espiritual de uma pessoa (Polaino Navarrete, 2000, p. 344).

4.1.1 A evolução empírica de bens sociais a valores sociais

Liszt (1889, p. 93) defende o caráter social do bem jurídico, sem nenhuma expressão axiológica, conforme conceitua: "Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. [...] Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade".

É verdade que todo o Direito, desde sua essência até o mais simples ato jurídico, se fundamenta na ideia da sociabilidade. Tratando das relações entre Estado e indivíduos (Direito Público) ou se referindo à associação dos sujeitos entre si (Direito Privado), o Direito se classifica como uma ciência humana coletiva[47]. A concepção do bem jurídico categorizado como elemento social se coaduna com a natureza do ser humano, e com a organização jurídica. Assim, pode-se traçar o panorama de que o bem jurídico opera na instância social, vinculado ao interesse humano por uma convivência salutar.

Outro representante do positivismo normativo, Binding (2002, §51) afiança que os bens devem ser classificados não só a partir do foro social, mas também a partir do vetor axiológico, independentemente de se tratarem de um bem jurídico ou de um interesse. Ademais, acrescenta que o bem jurídico será sempre da coletividade, ainda que sugira pertencer ao indivíduo, mas o bem é irretocavelmente um valor social.

A significação do bem jurídico enquanto valor social foi potencializada pela corrente epistemológica neokantiana, através de expoentes como Radbruch, Mayer, Rickert, Mezger, entre outros. A compreensão valorativa do bem é a percepção majoritária nos dias atuais, podendo-se em searas brasileiras, mencionar Reale Júnior:

> Os valores fundamentais da justiça e da liberdade exigem que o legislador, ao construir as normas incriminadoras, arcabouço do direito penal, tenha em vista os bens

[47] As ciências humanas têm por objeto o comportamento humano individual e coletivo. Quando o comportamento é considerado em si pode-se falar da ciência psicológica, mas se considerado coletivamente, integra o âmbito das ciências sociais e políticas (sociologia, direito, política etc.).

> jurídicos considerados dignos de tutela. O bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador enquanto valor digno de tutela penal. (Reale Júnior, 2000, p. 28).

O bem não deve ser considerado como substrato de si mesmo. A vida, *v.g.*, enquanto dado biológico neutro, não constitui um valor por si mesmo, tampouco, uma construção de alvenaria, ou um transporte particular, têm valor intrínseco. Ante o juízo de valor, a vida se converte em bem merecedor de tutela, desde a concepção até a morte natural, a construção se torna "lar", e o transporte, "meu automóvel". A determinação da tutela de um bem está na consideração da coisa em si, somado ao valor atribuído a ela (Mir Puig, 2003, p. 162). A vida, a casa e o transporte se tornam fundamentais à medida que o ser humano valora essas instâncias como tal.

Na visão aristotélica (2020, Livro I, Cap. 1), "toda ação e projeto previamente deliberado parecem objetivar algum bem. Por isso se tem dito, com razão, ser o bem a finalidade de todas as coisas"[48]. O fim da medicina é a saúde, do esporte competitivo a vitória, do ensino o aprendizado, do direito penal a tutela de bens jurídicos.

Aristóteles prossegue com a reflexão e assegura: a decretação do objetivo pretendido se designa como fundamental para se eleger os meios necessários para se alcançar tal fim.

> Se, portanto, uma finalidade de nossas ações for tal que desejamos por si mesma, ao passo que desejamos as outras somente em virtude dessa, e se não elegemos tudo por alguma coisa mais, está claro que se impõe ser esta o bem e o bem mais excelente. E não será o conhecimento dele muito importante do ponto de vista prático para a vida? Não nos tornará ele melhor capacitados para atingir o que devemos, como arqueiros que têm um alvo no qual mirar? Se assim for, temos que tentar definir, ao menos em um delineamento, o que é esse bem mais excelente e de qual das ciências especulativas ou práticas é ele o objeto. (Aristóteles, 2020, Livro I, cap. 2).

Deve-se admitir: a tese de que o direito penal tem por horizonte cardinal a tutela de bens jurídicos está em associação direta à natureza humana de persecução de bens[49].

A concepção filosófica aponta para uma condição naturalística do ser humano na qual se estabelece que os movimentos liderados pela vontade se dirigem à realização de uma necessidade ou de um valor. Sob o crivo da racionalidade, o ser humano é capaz de identificar, socialmente, os valores culturais essenciais e construir instâncias políticas, econômicas e

---

48 Sobre o assunto: Toledo, 1994, p. 15.

49 "O bem jurídico adquire sua qualidade de valor, à medida que esteja inserido como finalidade do sujeito, de tomá-lo como objeto de preferência real. Neste caso, está associado à função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final da proteção da ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só *vale* à medida que se constitua em objeto referencial e preferencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor" (Tavares, 2022, p. 241).

jurídicas em vista de resguardar e promover os valores que foram eleitos.

Nesse panorama, Winfried Hassemer afirma que:

> Os bens jurídicos não se elaboram em um laboratório, senão na experiência social, ou mais precisamente segundo os momentos da frequência de uma lesão a um interesse, a intensidade da necessidade vista desde o bem lesionado e a intensidade de ameaça segundo a percepção social da lesão. Esses momentos tem uma constituição social e comunicativa, e são variáveis historicamente. (Hassemer, 1989, p. 283, tradução própria).

A eleição dos bens que compõem o *status* de valores fundamentais não assinalam uma tarefa harmônica e linear, tratando-se, ao contrário, de um processo de conflitos e contrassensos. O direito age, dessa forma, como o elemento que se justapõe à indeclinável exigência de uma vida social ordenada.

O direito penal atua como disciplinador da convivência social, confeccionando tipos penais que objetivam afastar condutas indesejadas à vida social. São variados os interesses individuais que compõem o corpo social, e o direito representa o mecanismo social que estabelece laços (direitos e deveres) objetivados à união dos membros da sociedade. Por isso, nem todos os interesses são passíveis de integrar o âmbito jurídico e, mais especificamente, acrescer-se ao ramo jurídico-penal[50].

A ciência penal moderna não se equaliza com os preceitos do positivismo lógico, que intenta pela criação de normas universais e, sob o influxo de deduções lógicas, almeja chegar a conclusões específicas para responder a demandas concretas. O direito penal, ao contrário, se destaca pelo uso de signos que reiteradamente se modificam e necessitam ser atualizados em seus significados e significantes.

Um sistema jurídico-penal avalorado é extremamente perigoso, visto que a elaboração de leis penais, desde que atendidos os requisitos formais, poderá abarcar quaisquer ideologias. O nacional-socialismo alemão[51] é o clássico e pernicioso exemplo deste risco. As normas

---

[50] Nessa perspectiva: Welzel, 1997, p. 05.

[51] Baseando-se no positivismo radical e sob a influência do método da Escola Histórica de Savigny, o nacional-socialismo alemão afirmou a supremacia dos costumes e do "espírito do povo", em detrimento de normas garantistas e princípios fundamentais – tal como o Princípio da Legalidade. "O historicismo se concentra nos costumes (mutáveis e diversos entre povos). Logo, o direito e os seus respectivos institutos jurídicos são uma consequência do entendimento coletivo sobre as convicções que devem reger a vida pública. Para os integrantes da escola histórica, os costumes são os elementos reveladores da vontade geral identificada a partir da consciência coletiva jurídica. Daí se afirmar que a metodologia da escola histórica se caracteriza pela análise contextual que circunda o dimensionamento dos aspectos legais. A lei está situada em um contexto espaço-temporal e a observação desses espectros é essencial para a precisa aplicação da norma. A investigação se arquiteta sob um tríplice expediente: a) comparando o Direito à linguagem; b) perquirindo o espírito ou consciência do povo como origem do Direito; e c) analisando os costumes como a fonte mais importante do Direito" (Nader, 2014, p. 163).

concebidas no *Reich* observaram as regras legislativas, ainda que se distanciassem completamente dos valores humanos imprescindíveis à vida pública (Bechara, 2017, p. 25).

Bechara anota que o Direito Penal está na intersecção entre o normativismo e o ontologismo[52]. A análise jurídico-penal deve se iniciar através dos princípios da culpabilidade e ofensividade, como estrutura normativista que preceitua os comportamentos repelidos pela esfera penal e, *a posteriori,* conceber a atuação empírica como aporte no desenvolvimento dos referidos princípios e das valorações dos bens jurídicos (Bechara, 2014, p. 351).

Em continuidade de raciocínio, a afirmação do bem como finalidade do agir humano limita o direito (especialmente, o direito penal) a atuar tão-somente para afastar lesões que se interpõe contra os referidos bens.

> A inserção da lesão ou do perigo concreto de lesão a um bem jurídico como pressuposto da incriminação torna incompatível com um direito penal democrático qualquer forma de elevar uma função do Estado à categoria de seu objeto de proteção penal. Por outro lado, ao tomar-se o bem jurídico como objeto de preferência, como valor, e de referência, no plano da sua lesão ou perigo de lesão, impossibilita-se a pretensão de utilizá-lo como instrumento de proteção de funções, ou de submetê-lo hierarquicamente àquelas. Por isso mesmo, deve ser descartado da estrutura normativa o chamado bem de prestação, ou instrumental […] como, por exemplo, a correta gestão econômica, o correto funcionamento do sistema de arrecadação, a ordem estável da economia ou a regular recepção dos tributos. (Tavares, 2022, p. 263).

Isto posto, a perquirição por bens está para o ser humano, assim como a tutela dos bens jurídicos está para o direito penal. Esta equação é ritmada pelo conceito de valor[53], porque aponta para as demandas mais profundas do ser humano e, como tal, se torna substrato para a missão do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos.

4.1.2 Tutela jurídico-penal: categoria de bem e interesse

O interesse está umbilicalmente enleado à pessoa humana, que conectada ao bem, autoriza a conclusão de que o interesse designa o elemento que vincula o sujeito ao bem ideal incorporado ao objeto. Interesse e bem são conceitos equidistantes que, em regra, precedem à criação do Estado, porque são pertencentes à seara vital (e não à competência jurídica).

O interesse se refere a dúplices coisas distintas: tanto a determinado bem, quanto a

---

[52] O normativismo puro supõe o sistema jurídico enquanto um conjunto de regras hierarquizadas. O ontologismo permite a abertura às contingências do caso em particular, fazendo com que a forma se adeque às necessidades pontuais.

[53] O conceito de valor surge no latim tardio como equivalente à fortaleza. Com o passar dos séculos, assume outras características para expressar "coragem" e "bravura" e, enfim, relacionado-se à riqueza e ao valor de algum objeto ou estado.

eventual acontecimento subjetivo a ele. Dito de outro modo, seu significado aponta para o sentimento humano (positivo) de usufruir do bem ou aponta para o sentimento (negativo) diante de uma potencial ameaça ou lesão dirigida a ele. Torna-se fundamental reconhecer que o interesse integra uma relação real, capaz de ser lesionada concretamente. Fora desta compreensão, o interesse poderia ser qualificado (em acordo com a tese bindingniana) como um fantasma, um vazio de conteúdo (Navarrete, 2000, p. 346).

As estruturas de "interesse" e "bem jurídico" se condicionam de forma recíproca, sendo o interesse individualizado em cada tipo, enquanto o bem jurídico pertence à gama dos bens ideais. Em vista de se esclarecer ambos os conceitos à luz da práxis, o interesse corresponde à realização do comportamento descrito no tipo, *v.g.*, "subtrair [...] para si ou para outrem" (art. 155, CP), dirigido, indiretamente, ao bem jurídico protegido pela norma, isto é, a propriedade. Diretamente, a conduta delituosa recai sobre o objeto da ação, a "coisa alheia móvel" ou *res furtiva.* O bem se evidencia como um objeto ideal receptor de desejo por parte do sujeito, de sorte que o interesse é o catalisador (vez que não se confunde com ele), dinamizando e constituindo uma relação entre o sujeito e o objeto ideal.

Friedrich Oetker ensina que o interesse significa o próprio objeto (apto a sustentar o interesse em si) bem como a relação estabelecida entre objeto e sujeito interessado. Oetker desmembra os conceitos que importam ao ordenamento jurídico e aqueles que lhe são desnecessários, por se tratar de realidades vitais (e não propriamente jurídicas). Alguns conceitos são dispensáveis porque constituem noções primárias e anteriores ao ordenamento jurídico:

1) A participação da vontade individual no objeto considerado como relevante para a sua existência;
2) O bem como equivalente ao interesse individual.

Entre as noções vinculadas aos conceitos jurídicos, estão:

1) A relação juridicamente protegida entre o indivíduo e o objeto, desde que este seja estimado como valor para o sujeito;
2) O bem como equivalente ao interesse individual, dentro do escopo jurídico;
3) A participação do direito em uma relação que se caracteriza como relevante para a prosperidade da vida social;
4) O bem jurídico como equivalente ao interesse jurídico individual.

Na visão de Friedrich Oetker[54], são relevantes para o direito aqueles objetos e relações que foram agregados pelo legislador ao escopo jurídico-estatal. Não basta que exista um valor social (bem ideal), este deve ser elevado ao patamar jurídico de proteção (Navarrete, 2000, p. 348).

Rudolf Kessler[55] afirma que o objeto de tutela não está na esteira de autodeterminação por parte do autor, visto que o bem jurídico é estabelecido através da valoração objetiva do legislador. Para ele, o indivíduo não é portador do bem jurídico, mas entra em contato com ele quando um bem jurídico é lesado ou exposto a perigo. Expresso de outro modo, a visão positivista de Kessler nega que o indivíduo seja apto a possuir um bem jurídico, considerando que este pertence sempre ao Estado.

Polaino Navarrete (2000, p. 344) discorda da visão de Kessler se escorando na observância dos bens jurídicos. Pode-se, sem dificuldade, perceber que os bens jurídicos, como a vida, a honra, a liberdade, não contemplam uma condição de mera titularidade por parte do indivíduo, mas integram à sua personalidade substancial.

Reduzir a termo que a lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico se qualifica como mera desobediência a um preceito legal, sem guardar relação essencial com o interesse humano, seria defender a ideia da forma sem a matéria, de um corpo sem espírito. De maneira oposta, a justificação e a legitimidade do direito penal estão na tutela do conteúdo que compõe o interesse.

Karl Binding (2002, §51, I-II) afirma que o bem jurídico se vincula a ideia de interesse, sendo este compreendido na ótica de um valor social. O valor é o único motivo que justifica a tutela penal, porque a partir dele, o objeto se eleva a *status* de bem jurídico. Depreende-se que o interesse se constitui como o valor e não como o objeto da norma. Para o autor, a concepção do interesse como objeto da norma esvaziaria o seu sentido, operando como um "sentimento", substancialmente abstrato:

> A lei designa sempre o bem como objeto da lesão ou colocação em perigo, nunca o interesse no bem. Objetos da agressão são o Imperador, o Império, o Príncipe Federal, a Constituição, a sucessão no trono, o território federal, o estado de paz do Império alemão, o segredo de Estado, etc. Muitas vezes são designados pelo próprio Código como 'objeto'. A palavra interesse de fato não aparece nos Códigos Penais para

---

[54] A tese de Oetker foi citada por Navarrete e aqui mencionada sem acesso direito à obra do autor original, visto não ter encontrado o livro em idioma outro que não o alemão. Obra original: Oetker, Friedrich. Rechtsgüterschutz und Strafe, en ZStW., Bd.17, 1897, p. 493. O mesmo se deu com a citação da tese de Rudolf Kessler.

[55] Kessler, Rudolf. "Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht? Ein beitrag zur Lehre vom Objecte des Verbrechens" en GerS., Bd.39,1887, p. 94.

> designação do objeto da agressão criminosa. (Binding, 2002, §51, IV, 1).

Binding (2002, §51, IV), demonstra que a vida, *v.g.*, não é considerada pelo direito penal como um valor individual, senão como um motivo (valor social) que fundamenta o objeto da norma penal (bem jurídico vida). Nessa toada, independentemente se o indivíduo considera a sua própria vida como importante ou não, se o indivíduo tem o discernimento completo ou não, tampouco se o indivíduo concebido foi expelido do feto ou não, o bem jurídico vida recebe a proteção estatal por se tratar de um bem oriundo de um valor social.

> Um bem pode ser objeto de vários direitos, como também de vários interesses: estes interesses podem coincidir relativamente aos seus mais diferentes modos, como também podem se cruzarem. Assim como a lei tutela o bem, tutela os vários direitos e os interesses que correm no mesmo sentido deles; mas se a matéria é de interesses conflitantes, então são elevados a leis, assim como assegura sua tutela no ponto controvertido, dizendo que interesse fica relegado em casos isolados, assim como dá sua interpretação sobre que interesse pode ser apto ou inapto, e, portanto pode ser competente como objeto do crime. (Binding, 2002, §51, IV, 6).

Polaino Navarrete (2000, p. 358) assevera que a compreensão em termos absolutos do bem jurídico como um interesse positivamente protegido (Cf. Franz von Liszt) é inexata, visto que nem todo objeto de garantia legal constitui um interesse em sentido técnico-jurídico. Ademais, o conceito de interesse não pode ser compreendido como sinônimo da expressão bem jurídico, visto que entre elas não há uma plena equivalência terminológica. O interesse designa um conceito amplo para se referir ao conjunto de bens e valores merecedores da tutela penal, mas não é capaz de representar a essência do bem jurídico, que está na relação singular que se constitui entre sujeito e objeto tutelado.

Por esse ângulo, significaria dizer que o interesse atua como indicador linguístico de uma estrutura reduzida (espécie), localizado pontualmente em cada tipo penal. O interesse seria incapaz de substituir o termo “bem jurídico” (gênero) visto não possuir o atributo valorativo para lhe outorgar o caráter de expressão equivalente.

O bem jurídico (gênero) pode concomitar com vários outros interesses, até mesmo divergentes entre si. Pense-se nos crimes contra a vida: ver-se-á que os artigos 124, 125 e 126 do Código Penal proíbem, em solo brasileiro, a prática do aborto, todavia, o art. 127, incisos I e II, permite a prática do aborto, se “não há outro meio de salvar a vida da gestante” ou “se a gravidez resulta de estupro”. Assim, ainda que o bem jurídico anunciado pelo Título I, Capítulo I, da Parte Especial do código seja a tutela do bem ideal “vida”, encontra-se o “interesse” em tipos individualizados que contrariam, *ab initio,* o bem jurídico protegido.

Ressalta-se que, a real lógica expressada pelo código penal pátrio está na dinâmica do

conflito entre bens jurídicos, onde o valor social vida (feto) entra em colisão com o valor social liberdade da genitora, sobrebaseado nos casos jurídicos especiais que tornam a prática do aborto, nessas exceções, uma condição legal.

Para Polaino Navarrete (2000, p. 358), o interesse, em *stricto sensu,* representa o objeto de tutela de cada tipo penal, e observa que nem todo tipo representa um interesse individual, havendo mais descrições típicas a interesses singulares.

A essência do direito penal se constitui pela tutela dos interesses fundamentais individuais e sociais, importando-lhe um sentido relacional, sem acepções unilaterais e objetivas. Além disso, o interesse possui uma dimensão objetiva-conceitual, ensejando a identificação técnica do objeto protegido em cada tipo penal, como um interesse valorado pelo preceito positivo.

A tutela do bem jurídico pressupõe que em cada valor tutelado se encontra a proteção ao interesse estatal geral. No entanto, o interesse estatal não se confunde com o bem jurídico e, muito menos, deve ser considerado como a razão de ser do direito penal. Nas palavras de Polaino Navarrete (2000, p. 362), compreender o bem jurídico nesta ótica "representa uma absoluta negativa à compreensão desta categoria dogmática".

Dessarte, a atual compreensão do bem jurídico está na esteira do pensamento teórico de Karl Binding, que posiciona o interesse como equivalente ao valor e, dessa forma, como condição fundamental para a definição da tutela de determinado bem. Inclusive, o próprio léxico de palavras portuguesas vincula a noção de interesse à valor, o conceituando como qualidade do que seja importante, valoroso ou relevante (Interesse, 2025). Esta noção fica clara ao se analisar as definições encontradas em grande parte da doutrina penal brasileira, nas quais, em síntese, o bem jurídico indica o valor social, individual ou coletivo, tutelado pela norma penal.

4.1.3 O que é o bem jurídico?

Como ponto de partida, a ocorrência do delito deduz a realização de uma lesão ou ameaça ao bem jurídico, incorporando a teoria do bem jurídico como cerne material da tutela jurídico-penal. Nessa toada, Ferrajoli (2002, p. 470) ratifica a necessidade de a intervenção penal visar a proteção de bens determinados - para que não se caia em justificativas morais e políticas -, e que a ingerência só se legitime através de uma real danosidade.

Nas palavras de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 16), "bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua

proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas".

Toledo cita a atividade do poder legislativo que apenas reconhece e atribui proteção ao valor ético-social oriundo da sociedade. Ademais, a sua justificativa se assemelha à tese de Liszt (1889, p. 102), em que se deve considerar, sobretudo, a qualidade da tutela. Um bem jurídico merece proteção, quando as demais garantias extrapenais não são suficientes para viabilizar a proteção (Cf. Princípio da Subsidiariedade).

Para Renato de Mello Jorge Silveira (2003, p. 32), o bem jurídico se relaciona a um interesse fundamental para a convivência social, através do qual se mostra justificada a criminalização de determinadas condutas. A definição de bem jurídico está absolutamente atrelada ao encargo garantista do direito penal, estabelecendo o limite (negativo) operante do exercício punitivo estatal.

O bem jurídico se justifica a partir da necessidade de se vincular a potencial violência estatal à critérios materiais legitimadores. Sem o valor tutelado como norte, estar-se-ia diante um direito penal autoritário e até totalitário, como a própria história testemunha, uma vez que o poder legislativo, atuante em uma conjuntura social-política, poderia se desvencilhar da missão do direito penal em proteger valores essenciais e se entregar à propositura de normas que apenas interessam a determinados grupos.

Não se alia à ideia de que a pluralidade conceitual se evidencie como um impeditivo aos benefícios provenientes da teoria do bem jurídico. Esta deve ser compreendida como um conceito de caráter principiológico, traçando as linhas gerais para a atuação do direito penal. Os princípios possuem considerável contingência, com características abstratas e gerais, invitando os operadores do Direito à efetivação do princípio como regra jurídica[56].

4.1.4 Classificação de bem jurídico

Liszt (1889, p. 100) delimitou três categorias conceituais com o fim de esclarecer as terminologias referentes à teoria do bem jurídico:

1) Objeto da ação: realização do comportamento descrito no tipo;
2) Objeto de tutela geral: valor social que integra a tutela penal;

[56] Nesse sentido: "À objeção de que a função de crítica legislativa cumprida pelo bem jurídico tem um elevado grau de indeterminação deve contrapor-se que os princípios jurídicos supremos não se deixam apreender numa definição apta à subsunção, mas antes apontam um critério orientador que deve ser concretizado na matéria jurídica" (Roxin, 2013, p. 20).

3) Bem jurídico em concreto do tipo delitivo: a proteção ao interesse.

Welzel (1997, p. 05), Roxin (1997, p. 63), Mir Puig (2011, p. 162), Tavares (2022, p. 243) e Brandão (2023, p. 39) concordam com a distinção majoritariamente aceita pela dogmática penal que indica: um é o objeto material e outro é o objeto da ação. O objeto material é o bem jurídico protegido (abstrato) e o objeto da ação se expressa no bem concreto. No crime de furto, *v.g.*, o objeto da ação se refere à *res furtiva* e o objeto material se identifica com a propriedade.

Polaino Navarrete (2000, p. 322) compila outras terminologias que costumeiramente aparecem em discussão na doutrina penal:

A) Objeto constituído, em sentido normativo, se exprime como o objeto naturalístico passível de valoração pela natureza humana.
B) Objeto de ação trata-se de um conceito puramente naturalista, sem significado técnico, encontrado no tipo penal. Caracteriza-se pelo movimento empreendido pelo autor para realizar o comportamento típico.
C) Objeto de proteção ou objeto jurídico evidencia o bem jurídico tutelado pela norma penal.
D) Objeto de ataque guarda intensas discussões sobre o seu significado, e, para Miguel Polaino Navarrete, deve ser compreendido como sinônimo de objeto de proteção.
E) Objeto de delito também assume variadas conotações na dogmática penal. Para o autor, deve ser considerado como uma noção dogmática incorporada ao conceito geral de delito, que se refere à noção típica do objeto e à sua categoria valorativa.
F) Objeto de bem jurídico se posiciona entre o objeto de proteção (bem jurídico) e o objeto de ação (movimento naturalístico*),* atuando como catalisador do interesse social. Reporta-se ao objeto ôntico que condiciona a atuação jurídico-penal.
G) Objeto formal e objeto substancial transcreve-se, respectivamente, à observância ao preceito estatal *lato sensu* e ao objeto estatal singular.

Em comparação com os conceitos comumente utilizados, Polaino Navarrete denomina o objeto da ação como o movimento naturalístico realizador do tipo penal, *v.g.,* se trata da conduta de "subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel". O objeto de proteção é o bem jurídico (o bem ideal incorporado), *in casu,* o patrimônio.

4.1.5 Função da teoria do bem jurídico[57]

Juarez Tavares contribui com a importância de se estabelecer a finalidade do conceito de bem jurídico, quando afirma: "Como todo conceito, o de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto, à medida que corresponda aos seus fins limitativos e não aos propósitos punitivos" (Tavares, 2022, p. 227).

A dogmática penal indica que o encargo do bem jurídico pode ser sintetizada em três importantes finalidades: a) função sistemática; b) função interpretativa teleológica; e c) função criteriosa para a medição da pena. A primeira se refere à organização dos conteúdos que integram a Parte Especial do Código Penal. A segunda, à indicação de quais comportamentos devem ser considerados como dignos de proteção pela norma penal. Por fim, os critérios para aferir a pena razoável para cada caso em particular, levando em consideração o bem jurídico ofendido e a densidade da lesão (Mir Puig, 2003, p. 164).

De modo semelhante, Polaino Navarrete (2000, p. 525) identifica três funções próprias ao bem jurídico: axiológica, sistemática e exegética. A função axiológica alude à natureza de ciência valorativa do direito penal. O valor é a instância identificadora dos bens merecedores de tutela, além de determinar a finalidade da norma e o alcance do tipo penal. O encargo sistemático está relacionado à potencialidade do valor tutelado em construir o sistema penal, seja enquanto princípio fundante[58] ou seja como catalisador das partes geral e especial do código. A incumbência exegética auxilia no exame de cada tipo penal, discernindo o desvalor da vontade lesiva ao bem jurídico e, consequentemente, designando a resposta proporcional que deve ser dirigida ao autor da lesão.

Luiz Flávio Gomes (2002, p. 70) identifica que o bem jurídico possui uma dupla virtualidade: em primeiro lugar, se dirige ao legislador (política-criminal) a partir do seu encargo na criminalização primária, além de limitar a atuação do intérprete, que deve, obrigatoriamente, verificar se o delito cometido ofende o valor social tutelado pela norma penal e os princípios constitucionais-penais.

Outra compreensão, na esteira das teorias sociológicas, se deve ao jurista Sergio Moccia (2003, p. 182), ao defender que a ordem jurídico-penal deve ser utilizada apenas para os casos de expressa nocividade social, isto é, em que realmente as condições para uma existência

---

[57] Refere-se neste subtítulo ao conceito de função enquanto os fins perseguidos pela teoria do bem jurídico.

[58] A função sistemática pode ser observada em todos os momentos da história, de forma que o bem jurídico era utilizado como critério básico de configuração para o sistema político vigente (Navarrete, 2000, p. 539). Pensa-se, como tal, no direito penal pátrio como vocacionado à proteção de bens jurídicos. A funcionalidade do sistema altera as normas e os institutos para que o objetivo de tutela dos valores sociais seja concretizado.

pacífica se fragilizem por decorrência da anomia.

Manfred Heinrich anota que o bem jurídico tem tríplices atribuições: função limitativa do exercício punitivo estatal, função orientadora da política-criminal e função de persuasão sobre a dogmática penal. Direcionado, em especial, ao viés político-criminal, o autor afirma que a responsabilidade penal baseada em bens jurídicos deve, antes, considerar uma dinâmica em três degraus:

> 1. O que deve ser protegido? 2. Em benefício de quem a proteção deve existir? ou resumidamente: Quem deve ser protegido? e 3. Contra o que devemos nos proteger? As respostas a essas três perguntas levam diretamente aos pré-requisitos essenciais de um direito penal dedicado à proteção de bens jurídicos, como o imagino. [...] O primeiro pré-requisito para uma proteção corretamente compreendida dos bens jurídicos é a existência de um interesse que seja relevante para o direito penal. [...] [À segunda pergunta] A proteção de bens jurídicos está sempre ligada à questão "em favor de quem" - o que, em última análise, significa que só se pode falar em proteção de bens jurídicos se não só há um bem jurídico a ser protegido, mas também um titular correspondente que pode ser nomeado com suficiente concretude - seja este um indivíduo, uma pluralidade de indivíduos ou mesmo o público em geral. [...] [Em relação à última questão] Minha tese é que só se pode falar em proteção legítima de interesses jurídicos se houver também uma necessidade concreta de defesa. (Heinrich, 2011, p. 154, tradução própria[59]).

As proposições de Heinrich e Sérgio Moccia são objetivas e estão em consonância com o pensamento de Claus Roxin, ao indicar a teoria do bem jurídico como dotada de qualidade para impulsionar a vida social salutar.

4.2 Teorias acerca do bem jurídico

Para além das concepções clássicas - teoria monista, dualista e constitucional - pode-se encontrar outras vertentes na dogmática penal. Vale menção, nesse panorama, à compreensão de bens intermediários, conforme nomenclatura de Bernd Schünemann.

Os bens jurídicos "intermediários" ou "espiritualizados" são, por excelência, resultado

---

[59] Texto original: "1. Was soll geschützt werden? 2. Zu wessen Gunsten soll der Schutz bestehen? oder kurz: Wer soll geschützt werden? und 3. Wovor soll geschützt werden? Die Beantwortung dieser drei Fragen führt ohne Weiteres zu den wesentlichen Voraussetzungen eines dem Rechtsgüterschutz gewidmeten Strafrechts, wie ich es mir vorstelle. Ist die erste Voraussetzung richtig verstandenen Rechtsgüterschutzes das Vorhandensein eines in dem eben beschriebenen Sinne strafrechtsrelevanten Schutzgutes – mithin eben eines Rechtsgutes. Alles in allem wird man also festhalten dürfen, dass der Begriff des Rechtsgüterschutzes immer mit der Frage zu wessen Gunsten verknüpft ist – was am Ende bedeutet, dass von Rechtsgüterschutz nur die Rede sein kann, wenn sich in hinreichender Konkretheit nicht nur ein zu schützendes Rechtsgut, sondern auch ein entsprechender Rechtsgutsträger benennen lässt – mag dies nun ein Individuum, eine Mehrzahl von Individuen oder gar die Allgemeinheit sein. Meine These geht nun dahin, dass von legitimem Rechtsgüterschutz nur die Rede sein kann, wenn auch ein konkretes Abwehrerfordernis besteht".

da relação estabelecida entre a referida sociedade de risco[60] e o direito penal contemporâneo. Esta classe se refere aos bens jurídicos que tutelam, ao mesmo tempo, bens jurídicos de caráter individualizado e bens jurídicos coletivos. Por se posicionar em ambas as categorias, denominaram-no de "intermediário".

A problemática em torno da questão está na dificuldade em determinar qual seria o seu real objeto de proteção, uma vez que não se singulariza como tutela individual, tampouco como tutela coletiva. Ademais, outros dois obstáculos devem ser mencionados: a) dificuldade em se verificar a lesividade de condutas individualmente consideradas; b) Risco de funcionalização do indivíduo em face dos interesses do Estado (Bechara, 2014).

4.2.1 Teoria pessoal ou monista

O fenômeno de expansão do direito penal se caracteriza por um tratamento criminal mais rigoroso e menos garantista. O sistema jurídico do século XXI sucede ao giro socioeconômico que influencia demasiadamente a ciência penal empresarial, agora calcada em conceitos abertos, tipificações *non facere*, crimes de perigo e bens jurídicos supraindividuais[61]. A justificativa da tutela está na indispensável progressão da segurança social.

Novas vertentes teóricas têm surgido na dogmática penal com o objetivo de responder a essas novas demandas sociais. A Escola de Frankfurt[62] - com expoente do gabarito de Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke e Klaus Lüderssen - pleiteia a redução do objeto de atuação do direito penal, através da teoria pessoal do bem jurídico (Bechara, 2017, p. 119).

Winfried Hassemer é um dos mais reconhecidos defensores da teoria monista, afirmando que mesmo os bens jurídicos supraindividuais devem guardar uma relação direta com um bem jurídico individual. Para ele, o próprio Estado existe para a consecução deste fim. Nesse panorama, o bem jurídico é essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, para o asseguramento dos seus direitos fundamentais e para o funcionamento do Estado em sintonia com tais valores.

A posição de Hassemer (2005, p. 67) congloba cinco núcleos: 1) o bem jurídico é

---

[60] O conceito "Sociedade de Risco" foi cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986 (sua referência bibliográfica é de 2011, favor verificar), na obra "Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade", para indicar uma nova fase da modernidade que se baseia – não mais na escassez e pobreza – nos riscos produzidos pela atividade tecnológica, econômica e científica. O autor elabora uma crítica à mentalidade moderna que prioriza o crescimento, sem considerar adequadamente os riscos gerados.

[61] Nessa perspectiva: Silveira, 2022, p. 39.

[62] A Escola de Frankfurt se refere a um estudo de Direito Penal que propunha a descriminalização de diversas condutas, para se concentrar na penalização de delitos de lesão ou de perigo concreto. A expressão não remete ao movimento social filosófico nascido no séc. XX, na Alemanha.

irrenunciável para uma salutar política-criminal; 2) o bem jurídico deve se ater ao tradicional núcleo negativo e crítico do direito penal[63]; 3) os bens universais também constituem bens jurídicos; 4) os bens jurídicos universais devem ser funcionalizados a partir da pessoa; 5) a utilização de um bem jurídico vago e generalizado ameaça a liberdade humana bem como danifica a teoria do bem jurídico.

Para o autor, a teoria pessoal se extrai da tensão entre indivíduo, Estado e sociedade. Os interesses tutelados tratam de interesses humanos, o que, naturalmente, implica na proteção da pessoa humana mesmo quando se refira a um bem coletivo. Isto significa reconhecer a existência dos bens jurídicos estatais ou gerais, mas, eles devem ser funcionalizados para a pessoa humana. Estabelece-se uma relação hierárquica entre os bens jurídicos, com primazia para os bens pertencentes ao indivíduo (Hassemer, 1989, p. 283).

O nascedouro da teoria do bem jurídico se localiza naquele espaço-tempo em que a ciência penal se desenvolvia em conformidade com a legalidade, interessada na proporcionalidade da pena e na "controlabilidade" da justiça, isto é, na capacidade de se elaborar conceitos claros e, portanto, cognoscíveis, além de se ocupar com objetos o mais precisos possível. Esta tradição jurídica estabelece uma relação entre a dogmática penal, a política-criminal e os princípios constitucionais, pontuando três resoluções jusfilosóficas basilares:

1) Um direito penal de fato, que se ocupa da conduta humana em primeiro plano, e não com fatores internos, referentes ao sujeito, poucas vezes descobertos com precisão.
2) A recusa à utilização do direito penal para proteger tendências gerais, modos de vida ou convicções morais. No lugar disso, tutelar objetos com o maior grau de definição possível.
3) A firme decisão de que o direito penal só pode ser empregado em vistas da proteção de um bem jurídico.

A teoria do bem jurídico, na trilha orientada por princípios de estatura constitucional, possui características específicas que demandam observância para não gerar mal-entendidos. Acautela-se, pois, que os princípios fundamentais não são imutáveis, não são adequados para simples deduções e, menos ainda, não são axiomas de um sistema formal bem ordenado. Os

---

[63] Nesse sentido: Moccia (2003, p. 182) afirma que a teoria do bem jurídico não é apta a determinar com precisão quais condutas são ou não são passíveis de punição, todavia está em consonância com Hassemer ao reconhecer que o bem jurídico é capaz de indicar o que pode ser tutelado pelo direito penal, atuando como critério negativo.

princípios são amplos e vitais, não sendo mais que parâmetros para a reflexão e a análise dos fundamentos do sistema penal (Hassemer, 2005, p. 65).

Hassemer (1989, p. 276) observa que a funcionalização dos princípios penais se trata de uma tendência moderna com a finalidade de impor eficiência à política-criminal. Os princípios perdem, portanto, a capacidade de oposição, na esteira do pensamento de Liszt, que compreendia o direito penal como obstáculo intransponível à política-criminal[64].

Importante salientar que Hassemer (1989, p. 284) não se opõe radicalmente entre a comunhão do direito penal com a política-criminal, tal como concebida por Franz von Liszt. Inclusive, o autor acredita que a política-criminal pode ser enriquecida pela teoria do bem jurídico: a) através da punibilidade, desde que haja ofensa ou ameaça real ao bem jurídico; e b) a teoria sirva de fundamento para o princípio da subsidiariedade.

Desde os primeiros contornos da teoria do bem jurídico com Feuerbach e Birnbaum, o direito penal alcançou o *status* científico (pois, criterioso) onde a pena só poderia ser aplicada, se superado os limites principiológicos que legitimam o exercício punitivo estatal, qual seja, os princípios da subsidiariedade, da danosidade, da dignidade da pessoa humana, entre outros. Assim, a assertiva de que o direito penal só deverá atuar a partir de um dano ou ameaça ao valor social tutelado, tornar-se-á uma máxima para a ciência jurídico-penal.

O direito penal moderno se baseia demasiadamente em bens jurídicos difusos, ofendidos por delitos de perigo abstrato (*v.g.*, economia, meio ambiente, drogas ilícitas etc.), o que empobrece os pressupostos para a aplicação da pena que, "em vez de uma vítima visível, em vez de um dano e a causalidade da ação em respeito desse dano, a punibilidade depende somente da comprovação de uma conduta perigosa" (Hassemer, 1989, p. 279, tradução própria).

A ampliação dos tipos penais e o que eles protegem suprime o conceito básico de bem jurídico, até então ordenado para a proteção dos interesses humanos concretos. Esta finalidade se torna improvável, visto que a efetividade limitativa da teoria do bem jurídico está intimamente relacionada à descrição clara e objetiva da lei penal.

É fato que novos tipos criminais irrompem com o passar dos anos e é também factual que o direito penal deve estar preparado para lidar com as novas demandas. Qual será a posição adotada pelo código penal e como a teoria do bem jurídico poderia se adequar? Hassemer (1989, p. 281) responde que a teoria pessoal do bem jurídico não deve ser relativizada ante as transformações sociais, senão a teoria deve estar em contínua reelaboração para que os bens difusos sejam funcionalizados em vista dos bens individuais.

---

[64] Entende-se o termo na ótica da relativização, ou seja, os princípios penais – bem como a teoria do bem jurídico – são relativizados ou funcionalizados para que a política-criminal seja implementada.

Os bens jurídicos coletivos correm mais risco de ideologização, fortalecida por discursos midiáticos e por medidas baseadas em necessidades sempre urgentes. Hassemer (1989, p. 284) anota que a teoria pessoal do bem jurídico é acética (isto é, austera), porque se questiona se a proteção penal de fato poderia favorecer a vida social. Aceitar a tutela de bens supraindividuais, sem a devida funcionalização, poderia transformar o direito penal de atuação subsidiária (*ultima ratio)* em *prima ratio* ou *sola ratio* da proteção dos bens jurídicos.

Crítico à tese de que os bens jurídicos coletivos devem ser funcionalizados em consideração dos indivíduos, Günther Jakobs faz duas observações:

1) Se se pensar em uma assertiva inversa, isto é, de que os bens jurídicos individuais devem ser funcionalizados a partir do Estado e da coletividade, não estar-se-ia defendendo uma violência contra o sujeito. Não há mais uma ordem jurídica em que pequenos grupos de pessoas se sacrificam em prol da glória da Prússia, sacrificando o direito de toda uma nação. Ao contrário, o sacrifício em prol do Estado Liberal de Direito significa o conjunto de ações com a finalidade de aumentar a liberdade dos indivíduos que o compõem.
2) É justamente a existência do Estado de Direito, enquanto concretizador da ordem social, que permite a gênese do indivíduo como parte de uma sociedade organizada. O sujeito não nasce como pessoa de direito, mas alcança esse status no processo de inserção no corpo social (Jakobs, 2021, p. 61).

Existem destruições ou diminuições de bens sofridos pelo ser humano que não constituem um prejuízo em âmbito jurídico. É o caso, *v.g.*, de um idoso que falece pelo decurso natural da idade. O que determina se a perda de um bem se relaciona ao direito está na lesão e na potencialidade da lesão por um terceiro: a necessidade de defesa diante da iminência de uma lesão ao bem, e a realização de um comportamento culpável, porque merecedor da aplicação da pena (Jakobs, 2021, p. 46).

Para Jakobs, estabelecer o dano ao coletivo como o centro de proteção da norma penal afastaria muitos problemas ainda não respondidos pela teoria pessoal do bem jurídico. Ainda é uma tarefa árdua indicar como a funcionalização a partir do indivíduo pode ensejar a proteção contra os crimes ambientais, contra os animais, contra a identidade social[65], contra a crença

[65] Jakobs (2021, p. 68) cita como exemplo as normas que proíbem a negação dos eventos relativos à atuação do nacional-socialismo alemão, *v.g.,* os campos de concentração nazistas.

religiosa e até mesmo contra o paternalismo jurídico[66].

Bechara (2014, p. 348) contrapõe a visão jakobsiniana pontuando que o Estado nem sempre se mostra convergente com os interesses individuais, ou mesmo aqueles que constituem o interesse de grande parte da sociedade. Paralelamente, seria ingênuo creditar ao Direito a capacidade de se autorregular de forma neutra e autônoma sem que aspectos políticos e ideológicos interferissem no funcionamento do sistema penal[67].

O Direito continua sendo um contrato social, mesmo que a alusão a um acordo firmado entre toda a sociedade esconda em suas entrelinhas a marginalização de muitos interesses individuais e coletivos. Dito de outro modo, o contrato social pode esconder as relações de dominação sobre as quais se desenvolve o sistema penal.

A intervenção penal deve se fundamentar na proteção de um bem jurídico e não ser utilizada como atividade reguladora de setores estatais - administrativo, econômico ou social. Carece-se de um particular cuidado: a teoria pessoal do bem jurídico tem sido utilizada como critério positivo de justificação de tipos penais que tutelam funções, sob o argumento retórico de que, indiretamente, bens individuais estão sendo protegidos. De maneira oposta, deve-se reiterar a ausência de uma ofensa efetiva a interesses pessoais na tutela de funções (Bechara, 2014, p. 234).

4.2.2 Teoria dualista

Ao se tomar o bem jurídico como um valor social, dever-se-á reconhecer que norma, valor e sociedade são instâncias entrelaçada. Naturalmente, um valor coletivo contém valores individuais, a exemplo do bem jurídico "vida" que contém a própria vida de alguém. A teoria do bem jurídico é válida enquanto protetora da pessoa humana, mas não se desconsidere que, nesse caso, o humano se distingue por uma condição classificatória de raça. O direito penal, por ser um ramo do Direito Público, intervém em casos isolados, vividos por seus cidadãos, que recebem a tutela do direito penal porque integram o espectro de valores pertencentes ao corpo

---

[66] Jakobs (2021, p. 75) descreve os casos de aplicação de multa pela não utilização de cinto de segurança, e cominação de pena pela utilização pessoal de drogas ilícitas e o homicídio praticado a pedido da vítima. Todavia, deve-se mencionar que para o autor, as sanções impostas às referidas condutas não devem ser consideradas um paternalismo, mas sim uma moralidade mínima que estimula a liberdade individual e social.

[67] Caracteriza-se como ficção conjecturar que a tipificação normativa represente perfeitamente os bens jurídicos que se almeja proteger. Como tal, o antigo crime de adultério pode ser evocado como um exemplo clássico da tutela de um aspecto ideológico, qual seja, a submissão do homem à mulher, em detrimento da proteção de bens jurídicos concretos.

social. Nesse sentido, é o ser ôntico[68] que esclarece a tutela jurídico-penal.

O bem é uma instância que atravessa (e é atravessado) a vida dos indivíduos que compõem a sociedade, oferecendo legitimidade para o sistema jurídico. O direito penal se distancia de um querer individual e da outorga de valor concebido por um grupo particular, para se nortear por princípios compartilhados pela raça humana. A vida, o meio ambiente, o patrimônio, o sistema financeiro, a honra etc., são exemplos de valores pertencentes ao gênero humano, mesmo que seja possível localizá-los particularmente na existência do sujeito.

Birnbaum (2010, p. 58) foi um dos primeiros a se manifestar favoravelmente à dupla natureza do bem jurídico. Existem crimes que ameaçam ou lesionam bens individuais, como também há crimes de danosidade difusa, ou seja, de lesividade coletiva. Para o autor, inclusive, os delitos contra a religião e a moral estão na órbita do coletivo.

Franz von Liszt (1889, p. 96), na mesma perspectiva, defende a coexistência entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos coletivos. Por conseguinte, reflete sobre a supremacia dos bens supraindividuais, dado que o bem social provém da própria sociedade.

Para Rudolf von Ihering - cujas linhas gerais pertencem a Birnbaum -, o conceito de bem jurídico está assentado sobre os valores coletivos. No entendimento conforme a teoria do contrato social, a sociedade oferece o alicerce para a formação estatal e jurídica e o injusto penal se constitui a partir da exposição a perigo do valor social (bem jurídico), ostentado normativamente pela lei e pela previsão da pena. A essência do ordenamento jurídico na visão iheringniana está, portanto, vinculada à ideia de satisfação de interesses.

Eduard Hertz advoga que o núcleo do delito é composto pelos bens jurídicos individuais pertencentes a cada sujeito, e os bens jurídicos coletivos sucederiam dos individuais. O interesse (individual ou coletivo) se caracteriza pela relação estabelecida entre o objeto e o sujeito.

A posição de Claus Roxin - que cita a tese de Frister -, indica que os bens jurídicos individuais e os coletivos são essenciais à medida que visam o desenvolvimento salutar do indivíduo. A diferença entre ambas as categorias de bem jurídico reside tão-somente no alcance da conduta delituosa, seja porque afeta imediatamente um bem jurídico pertencente ao indivíduo ou por afetar de forma mediata um conjunto de sujeitos (Roxin, 2013, p. 13). Nessa toada, Hans Achenbach (2002, p. 25) afirma que os bens jurídicos supraindividuais são aqueles que ultrapassam o escopo individual e ameaçam ou lesionam uma amplo nível da coletividade.

Bernd Schünemann (1996, p.28) é adepto da compreensão dualista, e arrazoa que a concepção individualista acarretaria a imediata exclusão político-criminal dos delitos

---

[68] Refere-se ao próprio "ser", como condição concreta e real no mundo. Pode-se citar como exemplo, uma cadeira, um livro, além do próprio ser humano.

correspondentes à ordem econômica e ambiental[69] (Bechara, 2017, p. 120).

Luís Greco (2004, p. 105) defende a teoria dualista e exemplifica a ineficácia da teoria monista com o caso: um funcionário público foi gratificado por um particular para, após o expediente, realizar a sua demanda, que era de direito, mas, que teve a prestação acelerada em razão do estímulo material. Não há nenhuma alusão ao bem jurídico individual e, para aqueles que enxergam a referência individual através da arrecadação de impostos ou da honestidade da Administração Pública, estariam formulando uma referência indireta ao indivíduo, extremamente ampla.

Outros autores de expressão podem ser mencionados como adeptos da teoria dualista, como Tiedmann, Hefendehl e Figueiredo Dias.

Associo-me à tese dualista, na direção teórica de Birnbaum e Roxin, ao compreender que a distinção entre bem individual e bem coletivo está no alcance empreendido pela ação criminosa. O ponto fulcral da teoria do bem jurídico está na necessidade de se indicar o interesse humano como centro da proteção jurídica, o que pode ser efetivado mesmo se se considerar como válida a existência de bens jurídicos supraindividuais. A categoria individual ou supraindividual se trata de uma mensuração do alcance da lesão, não ostentando, por si só, uma competência garantista.

4.2.3 Teoria constitucionalista

Encontram-se vertentes teóricas que concatenam o aspecto material do delito com a Constituição, concebendo um movimento heterogêneo de "constitucionalização do bem jurídico" (Nascimento, 2021, p. 64).

A teoria constitucionalista não se qualifica como uma visão unitária, mas se ramifica em vários planos com um mesmo núcleo. A carta constitucional se afigura como eixo central para a teoria estrita, pois o bem jurídico deve estar presente no texto constitucional. Seu arrazoado propõe:

> Uma estreita conexão entre os valores relacionados na Lei Fundamental e a teoria do bem jurídico-penal, resultando que todos os bens jurídico-penais devem necessariamente ser extraídos e estar em consonância com os valores garantidos expressa ou implicitamente no texto constitucional, significando a Constituição, desta maneira, uma espécie de 'carta catálogo' e ao mesmo tempo fonte soberana dos

[69] Para a concepção monista, os crimes contra o meio ambiente são meros crimes de perigo abstrato, caso não seja possível funcionalizar a ofensa a um bem individual (Greco, 2004, p. 99).

objetos de tutela jurídico-penais. (Souza, 2004, p. 84).

Esta corrente conta com o penalista italiano Franco Bricola, que compreende o crime enquanto a lesão de um bem de estatura constitucional, ainda que não explicitamente presente nela.

González Rus é um dos grandes adeptos desta vertente na Espanha, fundamentado na desconfiança em relação ao legislador, que, potencialmente, pode se utilizar da lei penal de maneira distorcida (Gonzáles Rus, 1983, p. 27).

Luís Greco (2004, p. 107) observa que a relação entre o bem jurídico e a Constituição se manifesta por um conceito restrito, visto que nem todos os valores nela previstos devem ser tutelados pelo direito penal, por ocorrência do Princípio da Subsidiariedade. Para exemplificar a amplitude do texto constitucional, a Constituição brasileira tutela, até mesmo, os interesses do Colégio Pedro II (Cf. Art. 242, §2º). Esta é uma das críticas que se dirige à concepção estrita, gerando espaço para a concepção ampla.

A teoria constitucionalista ampla se refere à Constituição de modo generalizado, com fulcro na "remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, os princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo" (Prado, 2019, p. 61).

Na Alemanha, Claus Roxin e Wilfred Hassemer podem ser considerados dentre os grandes representantes da teoria ampla.

No Brasil, Luís Greco é caudatário da teoria constitucionalista ampla. Para ele, bens jurídicos são "dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional" (Greco, 2004, p. 107).

Luiz Regis Prado apoia a teoria constitucionalista estrita, mas de uma forma intermediária. Defende uma vinculação estreita entre o bem jurídico e os direitos fundamentais, de forma que o valor tutelado seja interpretado à luz da Constituição e seja capaz de estabelecer limite material ao poder punitivo estatal. O penalista pontua que os bens jurídicos, para serem merecedores de tutela, precisam estar na Constituição (Prado, 2019, p. 52).

Hassemer, categoricamente defensor da teoria pessoal do bem jurídico, é adepto da vinculação entre Direito Penal e Constituição. Ele afirma que, além de plausível, esta relação é evidente e necessária para os tempos atuais. Ademais, observa que esta relação pode ser observada desde os trabalhos de Beccaria e Feuerbach, onde era objetivada a limitação do Estado na imposição da pena, por respeito aos direitos humanos.

> Segundo essas tradições, o direito penal é 'direito limitador da luta contra o delito', e a Constituição formula limites às ingerências, também referentes ao Estado que impõe penas. [...] É possível afirmar que as limitações do direito penal derivadas das tradições do direito penal, por um lado, e de nossa Constituição, por outro, em definitivo, têm uma mesma fonte: uma fundamentação do direito penal e da pena orientada, antes de tudo, aos direitos humanos segundo a perspectiva da filosofia política do Iluminismo. (Hassemer, 2005, p. 68, tradução própria).

Salvatore Natoli, citado por Ferrajoli, afirma que o Direito atua para excluir ou reduzir a dor. Ele distingue a dor natural da dor infligida - esta, produto da ação dos homens, aquela, natural. Todos os direitos são configurados como direitos à exclusão e à redução da dor. Os direitos fundamentais visam reduzir a dor infligida e os direitos sociais são configurados em vista da dor sofrida. O paradigma do Estado de Direito é a promoção de uma esfera pública que tutele, em conjunto, os direitos fundamentais e sociais (Ferrajoli, 2007, p. 195).

A interpretação retomada por Ferrajoli favorece a fundamentação que relaciona direito penal e direitos fundamentais, especialmente se se pensar que a atuação estatal é imposição de violência e, dada a gravidade da reação penal, deve ser refletida com esmero.

Os aspectos centrais do direito penal remontam ao século XVIII, constituindo uma ciência jurídica mais antiga se comparada ao direito constitucional. Esta é cronologicamente menos desenvolvida, todavia, a força dos princípios fundamentais e seus recursos fortalecem a tutela penal, porque igualmente sobrebaseada em direitos humanos.

O conceito de bem jurídico pode indicar uma melhor eficácia limitativa, tanto quanto mais se aproximar da ideia dos direitos fundamentais. Luiz Flávio Gomes (2002, p. 59) advoga que a proteção dos bens jurídicos deve estar atrelada à promoção de princípios de estatura constitucional, tais como são o princípio da subsidiariedade (*ultima ratio)* e da fragmentariedade (intervenção mínima).

Na ótica de Hassemer, a adequação penal-constitucional precisa observar, em suma, a "proibição do excesso" e a "proibição da insuficiência".

A proibição de excesso se personaliza como um fundamento às ingerências estatais, limitando a atuação estatal que, para ser legítima, não pode ultrapassar o marco legal. Toda interferência prejudica a liberdade de ação humana, e, por isso, o exercício punitivo estatal requer a realização de dois critérios de justificação, um geral e outro específico.

O primeiro requisito trata da lesão ou ameaça ao bem jurídico. Sem a efetiva lesividade ao valor tutelado, não é justificável a ação punitiva jurídico-penal, porque a incumbência do direito penal se pormenoriza pela proteção aos bens jurídicos.

Em segundo lugar, a hierarquia entre os bens jurídicos assinala a gravidade da conduta lesiva e prescreve uma proporcional aplicação da pena, para cada caso e de acordo com cada

objeto ofendido. O bem jurídico vida, nesse sentido, está acima do valor "propriedade", acarretando uma resposta mais gravosa (Hassemer, 2005, p. 70).

Referindo-se à atuação do legislador, Hassemer (2005, p. 72) assevera que a teoria do bem jurídico é indicada para limitar (negativamente) a criminalização ante a ausência de um bem jurídico (Cf. princípio constitucional da proibição do excesso). A teoria, todavia, não se mostra adequada para atuar positivamente, indicando quais condutas devem ser consideradas delituosas.

A proibição da insuficiência não se destaca como um conceito clássico, especialmente ao se analisar o direito penal. Trata-se de um "dever de proteção" oriundo da Constituição, em que o legislador elege instrumentos específicos com a finalidade de tutelar bens jurídicos determinados. Hassemer (2005, p. 73) observa que a proibição da insuficiência e a tutela de bens jurídicos estão em consonância com a intenção limitativa do poder público, uma vez que ambos os princípios se destinam à estrita punição de danos contra os valores sociais.

O conceito de proibição da insuficiência é bastante amplo e, no que concerne ao âmbito constitucional e ao plano jurídico-penal, não deve ser utilizado sem a estreita associação com a teoria da proteção dos bens jurídicos. Não se pode legitimar a invocação legal do exercício punitivo, sem que um bem jurídico seja ameaçado de lesão ou efetivamente lesado.

Hassemer (2005, p. 74) arremata que a proibição de uma conduta só se legitimaria se estivesse respaldada pela proteção do bem jurídico. Este se define como o alicerce constitucional para a concepção de dever de proteção, bem como para atuar como obstáculo à ingerência estatal.

Em ponto de vista semelhante a Hassemer, Tavares (2022, p. 202) reafirma a importância da relação estabelecida entre Constituição e bem jurídico-penal, todavia, recusa a ideia de que o bem jurídico, para ser tutelado, precisaria estar, obrigatoriamente, na Constituição, com a finalidade de evitar a confusão entre a criminalização de uma conduta e as proposições político-criminais.

4.3 Os crimes de perigo abstrato e os novos contornos do direito penal

A dogmática penal indica que os crimes de perigo são aqueles tipificados a partir de um perigo, que se se concretizasse, causaria danos. O perigo pode ser *concreto*, quando surge imediatamente após a conduta perigosa, ou *abstrato*, quando não é possível se comprovar a possibilidade de materialização do perigo.

Pode-se clarear os dois conceitos a partir de um caso-paradigma, em duas abordagens:

um senhor que porta arma de fogo, em desacordo com as determinações regulamentares. No primeiro caso, o homem está com a sua arma de fogo no interior do seu veículo. Abordado pela polícia, informou que estava armado, mas que o revólver o acompanha há três décadas, como defesa, e que nunca fora utilizado. No segundo caso, este mesmo senhor se deslocava em direção à festa da padroeira da cidade, no encalço de seu desafeto, com a finalidade de matá-lo. A polícia o abordou centenas de metros antes que conseguisse chegar ao local e realizar o seu objetivo. No primeiro plano, o perigo (abstrato) da posse de arma de fogo não expressa nenhuma evidência de que um resultado delituoso pudesse ocorrer. No segundo plano, a abordagem do indivíduo em posse da arma de fogo evitou que o perigo (concreto) se materializasse.

Muitas condutas contra bens jurídicos supraindividuais são crimes de perigo abstrato - o que torna a temática mais espinhosa. Alguns autores - dentre eles, Claus Roxin (2004, p. 119) - compreendem que os crimes de perigo abstrato podem lesionar quaisquer bens jurídicos, como a vida, a liberdade, a propriedade, entre outros. A intervenção penal se antecipa com a finalidade de impedir o cometimento do delito. A contingência em relação ao delito de perigo abstrato está na produção do resultado, que não se sabe se atingirá um bem jurídico individual ou supraindividual.

No Brasil, Luiz Flávio Gomes (2002) foi o primeiro a defender a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, se fundamentando em uma lógica primária: se o Princípio da Lesividade é de estatura constitucional e o crime se realiza através de uma conduta causadora de dano, torna-se inconstitucional a concepção de um delito sem a geração de uma lesão (Greco, 2004, p. 85).

Juarez Tavares (2022, p. 222) assevera que o delito se qualifica como uma ruptura do conjunto social de valores e que este comportamento só terá significado para o direito, “quando possa ser submetido a uma verificação acerca de sua lesão ou perigo de lesão”.

Luigi Ferrajoli, nesse panorama, deslegitima os crimes de perigo abstrato, propondo a sua restruturação:

> O mesmo pode-se dizer de todos os denominados ‘crimes de perigo abstrato’ ou ‘presumido’, em que tampouco se requer um perigo concreto como ‘perigo’ que corre um bem, senão que presume, em abstrato, pela lei; de modo que ali o que vem a castigar-se é a mera desobediência à violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesmo. Também esses tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou ao menos de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao dano ou antecipada à mera colocação em perigo. (Ferrajoli, 2002, p. 479).

José Manuel Paredes Castañón (2002, p. 46) observa que a incriminação dos delitos de perigo se classifica como uma tendência do direito penal econômico atual, que antecipa a intervenção penal, pois não demanda a ocorrência de uma lesão real ao bem jurídico que justifique o exercício punitivo estatal. Ademais, afirma que para além da discussão de se valer ou não dos delitos de perigo, subjaz um debate ainda mais importante que se alicerça no reconhecimento da política-criminal adequada para se lidar com os crimes econômicos e ambientais. A política-criminal deve se ater a dois aspectos convergentes: os bens jurídicos identificados como valores a serem regulados pelo direito penal e as técnicas legislativas utilizadas para tal múnus.

Em busca de tal objetivo, o autor se autoquestiona: quais os traços característicos que estruturam a economia contemporânea e demandam regulação em vistas de seu pleno funcionamento? Em primeiro plano, deve-se levar em consideração os elevados riscos para os interesses individuais ou coletivos produzidos pela atividade empresarial que, ameaçam ou causam lesão a bens jurídicos, *v.g.*, o ecossistema ambiental ou econômico. Em segundo plano, a economia de mercado salienta o desafio de distribuir adequadamente os bens públicos, favorecendo com o benefício dos resultados, os consumidores que contribuíram com a sua produção. Em terceiro e quarto plano, deve-se considerar a competência própria a cada sujeito que compõem o aparato financeiro, para gerir os mecanismos e nivelar (ainda que minimamente) as condições de igualdade entre os membros que constituem o tecido econômico.

A conclusão fundamental que se extrai do posicionamento de Paredes Castañón está na avaliação de que a política criminal se qualifica como a chave de compreensão para a aplicabilidade de um direito penal econômico efetivo.

Na contemporaneidade, se se considerar os "inimigos do direito penal" (Zaffaroni, 2007), normalmente vinculados a crimes contra o patrimônio e tráfico de substâncias entorpecentes, seres humanos de pele preta e os de baixíssimo poder aquisitivo, se verá, em muitas hipóteses, o desnível da prestação jurisdicional, se comparados com outros cidadãos. Nota-se, dessa forma, que a definição da política-criminal condizente com os princípios que regem o Estado Democrático de Direito se mostra essencial para a performance da teoria do bem jurídico.

Torna-se inevitável determinar quais modos de proceder (comissivas ou omissivas) se constituem como necessidade para o Estado e, com especificações concretas, indicar ações com a finalidade de produzir ou preservar esses comportamentos. Se a livre competência, *v.g.*, for uma necessidade, impõe-se, de acordo com a teoria econômica, a identificação dos comportamentos que contribuem com a sua concretização.

O direito penal atua no ponto de equilíbrio entre o risco e a liberdade na atuação empresarial e no desenvolvimento econômico, manejando: entre a liberdade do mercado e as políticas assistenciais do governo; se se privilegia o mercado interno ou o equipara com empresas transnacionais; o *quantum* que se intenta por equalizar a desigualdade material do mercado; definir os limites entre condutas de risco que não merecem responsabilização e aquelas que devem ser tipificadas pelo ordenamento jurídico; dentre outras circunstâncias.

A preferência pela intervenção penal aos comportamentos que lesionam ou expõem a perigo o bem jurídico, deve se alicerçar em dois fatores: na justificação da relevância jurídico-penal do objeto de proteção (bem jurídico), e nas condições que justificam a incriminação de algumas condutas e, outras não (Paredes Castañón, 2002, p. 64).

Visando clarear os dois fatores levantados por Paredes Castañón, vejamos: o ordenamento jurídico brasileiro incrimina a conduta de "subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem", no Art. 155 do Código Penal, com pena de 1 a 4 anos de reclusão, e multa, visando a proteção do bem jurídico patrimônio. Lado outro, responsabiliza a conduta de "suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório", nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, com pena, respectivamente, de 2 a 5 anos, e multa, e 6 meses a 2 anos, e multa, com o fim de tutelar a ordem econômica.

Na comparação entre os institutos, ambos se referem à proteção da propriedade, seja ela pública ou privada, e constata-se uma aparente proporcionalidade entre as penas. Entretanto, a partir das diretrizes impostas pela política criminal, revela-se um descompasso processual no qual a atribuição da pena poderá ser bem diferente.

A priori, nos delitos contra a ordem tributária faz-se possível a extinção da punibilidade mediante o pagamento integral da dívida, independentemente do momento em que a quitação se concretize - antes da oferta da denúncia ou, até mesmo, após a sentença penal condenatória. É o que está, em parte, no art. 34 da Lei nº 9.249/95: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia".

A extensão da extinção de punibilidade para o momento posterior ao recebimento da denúncia verifica-se na atuação do Poder Judiciário através de nova interpretação possibilitada pela Lei nº 10.684/03 que alterou a legislação tributária. Em seu art. 9º, § 2º, prescreve: "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios".

O *Habeas Corpus* (HC) nº 81.929 submetido ao Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o art. 9º, § 2º permite a extinção da punibilidade se feito o pagamento integral dos débitos, mas o texto legal não precisou o marco temporal para que o pagamento seja efetuado.

O entendimento do STF sobre a temática se sobrebaseia em uma visão utilitarista da pena e interpreta as leis nº 9.249/95 e nº 10.684/03 de forma extensiva, permitindo-se a extinção da punibilidade em virtude do pagamento mesmo após a sentença penal condenatória.

Outro é o entendimento referente ao delito de furto. Não há a possibilidade da extinção da punibilidade mediante a restituição da *res furtiva.* Consequentemente, permanecem todas as sanções penais para o agente.

Se o crime contra a ordem tributária é mais grave (em razão do potencial de prejudicar a coletividade) que o crime de furto, por que aquele permite a extinção da punibilidade mediante a restituição e este não? Qual o raciocínio fundamenta a opção legislativa? Retomando o pensamento de Paredes Castañón, além da justificação de quais são os bens jurídicos que merecem a tutela jurídico-penal, deve-se atentar para a demonstração de qual resposta jurídica se mostra mais apta para lidar com as lesões ou ameaças aos bens jurídicos.

A relevância do bem jurídico deve ser estabelecida de acordo com uma argumentação elaborada, que leve em consideração o bem jurídico em particular e o restante do ordenamento jurídico, permitindo, inclusive, uma hierarquização axiológica entre os bens jurídicos tutelados. O direito penal, dado seu enfoque público, deve se ocupar com os comportamentos que possuem uma "transcendência fundamental", isto é, que se refiram aos conflitos de maior escala social.

Caracteriza-se como secundário o substrato ôntico da discussão, isto é, o prejuízo patrimonial causado ou quantas regras de comportamento foram violadas. O debate está na observância do funcionamento da economia e em como determinados comportamentos podem interferir em seu desempenho (Paredes Castañón, 2002, p. 70).

Destarte, associa-se à visão expressa pelos penalistas que contraditam os delitos de perigo abstrato, alicerçado na ideia de que, por si só, a conduta não prejudica a convivência humana salutar. Certamente, existem normas proibitivas e imperativas, fora do domínio penal, que visam a ordenação da vida social, de modo preventivo, âmbito em que poderia ser aventado a regulação das condutas abstratas de perigo.

Por fim, conforme indicou Paredes Castañón, a análise se a conduta lesionou o aspecto material do tipo, sobrevém do espectro político-criminal.

5 APLICABILIDADE DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Intencionando demonstrar a aplicabilidade da teoria do bem jurídico, objeto de abordagem minuciosa nos capítulos anteriores, proceder-se-á a análise do julgado proferido nos autos da Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, prolatado em ação movida pelo Ministério Público Federal de Santa Catarina em desfavor do Deputado Estadual Jessé de Faria Lopes, publicada no dia 17/10/2024 e relatada pelo Des. Ângelo Roberto Ilha da Silva. O Des. Thompson Flores acompanhou o voto do Relator, vencida a Desa. Salise Monteiro Sanchotene. As íntegras da decisão e do andamento processual estão disponíveis nos Anexos A e B. Por dois votos a um, rejeitou-se a denúncia por ausência de justa causa (fato atípico), conforme o Art. 395, III, do CPP. O acórdão na Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS foi objeto de Recurso Especial ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, ainda não apreciado na data desta Defesa.

5.1 Análise de caso

5.1.1 Síntese narrativa

Respiga-se da denúncia que o réu, Deputado Estadual, em exercício de suas funções na Assembleia Legislativa Estadual de Santa Catarina, teria realizado, em duas oportunidades, e em concurso material, o crime de discriminação social por homofobia e transfobia, se afigurando-se ao tipo previsto no Art. 20, *caput* e §2º da Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

> Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. [...] § 2º Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Brasil, 1989, Art. 20).

A denúncia descreve que o réu, aos 25 dias do mês de maio de 2021 (fato 1), proferira um discurso discriminatório na tribuna, durante sessão ordinária da Assembleia Legislativa de Santa Catarina, por ocasião da votação do projeto “Criança Viada Show” que trata sobre a divulgação de uma série em formatos de vídeos e *podcast* sobre traumas na infância e resistência

à comunidade LGBTQIAPN+[70]. O discurso fora transmitido ao vivo pela TV aberta e através da página da Assembleia Legislativa no Youtube (canal "assembleiasc").

Eis, na íntegra, a transcrição do discurso proferido pelo deputado:

> Parece que foi combinado, né? Mas não foi. Eu vim lá da minha cidade de Criciúma. ne? 217 mil habitantes, pra vim aqui ter que ouvir pessoas defendendo eventos com o tema de 'Criança Viada'. Não somos compreendidos. É sempre assim. Eles nunca são compreendidos. Stalin também não foi compreendido. O problema de tudo isso não é a liberdade de eles ir queimar onde eles bem entender, falar o que eles bem entender pra quem eles bem entender: O problema é usar o dinheiro público do pobre, que é a que mais paga impostos, pra fazer patifaria: que podem fazer, com o seu dinheiro, no seu espaço, e pra quem quiser ouvir Teve gente da cultura, músicos, que estão passando necessidade, que não tiveram oportunidade de conseguir esse recurso, mas pra esse tipo de sem vergonhice ai tem. Ai então, quer dizer que porque a gente não consegue, na internet, colocar tarja de segurança de idade pra tudo, então vamos liberar tudo. Então a gente não consegue acabar com o estupro, então vamos liberar o estupro. Não consegue acabar com o tráfico, vamos liberar o tráfico. Mas que relativização é essa? Nós estamos perdendo o senso, o bom senso do certo. Porque a gente não consegue alcançar o certo, ai acaba com o certo, com a referência do que é o correto, do convívio entre as pessoas. só porque a gente não consegue alcançar a máxima. Isso é um absurdo. Nem era sobre isso que eu ia falar presidente, mas eu parabenizei o prefeito Morastoni pela ação, pela atitude. Tem meu total apoia e da maioria esmagadora dos catarinenses pela atitude do prefeito.

No dia seguinte, 26/05/2021 (fato 2), o deputado postara conteúdo em suas mídias sociais, referindo-se ao projeto e à sua propositura pela colega parlamentar, Deputada Estadual Luciana Carminatti, nesses termos:

> Deputada do PT defende o 'roda bixa' na ALESC - Este evento que foi escrachado pela sociedade catarinense não pode ser patrocinado com dinheiro dos impostos. - Fui pego de surpresa pela deputada defendendo o tema, mas ainda consegui, em tempo, me manifestar contra a sua atitude. - Natural de Criciúma e morador da cidade de Forquilhinha, não posso deixar que esse tipo de tema seja defendido na ALESC sem minha manifestação contrária. - Tudo o que os 'incompreendidos' querem é que aceitemos calados, enquanto eles impõem, de forma subliminar, suas patifarias em forma de 'CU-Itura'!

A denúncia pontua que o réu "incita discriminação por identidade de gênero e orientação sexual" em ambas as manifestações.

5.1.2 Adendo: a relativização do princípio da legalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26

Prevenindo-se à discussão sobre a pertinência da teoria do bem jurídico, a matéria

---

[70] Utilizar-se-á o termo atualizado LGBTQIAPN+, mas se observa que, na data da sentença, a expressão utilizada era LGBTI+.

examinada nos autos da Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Ação Penal de 2024), no quanto, apreciou o agasalho da Lei nº 7.716/89, para regência de episódios de homofobia e transfobia. O que no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgara a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26), fixando que, em razão da ausência de norma penal que trate sobre condutas homofóbicas e transfóbicas, até que o Congresso Nacional empreenda proteção nesse prisma, a Lei nº 7.716/89, que dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, deverá ser aplicada às referidas posturas.

Em primeiro plano salienta-se, a decisão da corte constitucional resgata a gênese conceitual da homofobia e esclarece as distinções entre sexo, gênero e orientação sexual.

> [...] O termo homofobia [4] foi cunhado na década de 1970 pelo psicólogo clínico George Weinberg [5] para definir sentimentos negativos com relação a homossexuais. Nos dias atuais, as palavras homofobia e transfobia costumam ser empregadas para designar emoções ruins - como aversão, raiva, desprezo, ódio, desconforto e medo - com relação aos membros da comunidade LGBTI+. Ainda que não exista um conceito unívoco a seu respeito, é possível dizer que a homofobia e a transfobia significam a violência física ou psicológica contra uma pessoa, respectivamente em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, manifestando-se em agressões, ofensas e atos discriminatórios. 13. Nesse ponto, vale lembrar que sexo é uma condição física, biológica. Gênero diz respeito à autopercepção do indivíduo, ao sentimento de pertencimento ao universo feminino, masculino, ou a nenhuma dessas definições tradicionais. A orientação sexual, por sua vez, está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual. A orientação sexual e a identidade de gênero não traduzem escolhas livres, são apenas fatos da vida. (Brasil, 2019, §§ 12-13).

Em continuidade, ressaltando a ausência de conceitos unívocos sobre a homofobia e a transfobia, quanto a inexistência de preceito normativo sobre os temas.

> 39. A ausência de norma criminal punitiva de atos de homofobia e transfobia configura mora inconstitucional do legislador, nos termos do art. 103, §2º, CF, decorrente da ausência de regulamentação suficiente do art. 5º, XLI e XLII, CF. 40. Em primeiro lugar, o art. 5º, XLI, CF estabelece que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". **Ainda que não exista uma definição unívoca a respeito do que são a homofobia e a transfobia, não há dúvidas de que constituem formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo**. Como se viu, o preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+, grupo historicamente marginalizado. Dito em outras palavras: no Brasil, a homofobia mata e, por isso, deve ser criminalizada. 41. Nesse ponto, vale fazer uma observação. O art. 5º, XLI, CF diz que "a lei punirá" condutas atentatórias de direitos e liberdades fundamentais, sem especificar textualmente se esse comando deve ser cumprido por meio da tipificação penal ou da punição administrativa desses atos. No entanto, a interpretação constitucional não pode se desvincular do contexto em que se insere. Em razão de três

> fatores que exponho a seguir, entendo que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da vedação à proteção insuficiente, impõe que a proteção da integridade física e psíquica da população LGBTI+ se dê por meio da criminalização da discriminação contra a orientação sexual e/ou a identidade de gênero. (Brasil, 2019, §§ 39-41, grifo próprio).

Em derradeiro, retoma-se a consideração de que o racismo pode ser compreendido de forma conceitualmente apta a abarcar outras manifestações:

> O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. (Brasil, 2019, Ementa, III).

O STF entendeu que os comportamentos homofóbicos e transfóbicos devem ser punidos na medida em que o princípio basilar da dignidade da pessoa humana reclama pela repulsa de permissão a formas de perpetrar desigualdade entre os seres humanos, advindos de filtros como a raça, a cor, a etnia, a religião, a procedência nacional, a ideologia ou a compreensão filosófica (isto é, o modo de vida elegido). Não se discute a primordialidade da tutela dos direitos inerentes à comunidade LGBTQIAPN+, porque os pertencentes são indivíduos contemplados com igual dignidade aos não pertencentes. Entretanto, contesta-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, pois ao equalizar conceitos como racismo e homofobia e transfobia (até então, imprecisos) - com a (reta) intenção de tutelar pelos direitos mencionados, teria incidido em manifesta configuração de analogia *in malam partem*, aplicando-se instituto jurídico desautorizado pelo direito penal.

> A despeito do que afirma parcela minoritária da doutrina, a melhor técnica difere o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, uma vez que o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei. (Silva, 2000, p. 421).

O Princípio da Legalidade ou Princípio da Reserva Legal - primeiro marco garantista da ciência penal -, perpetrado ainda no início do século XIX pelo penalista alemão Feuerbach, sob o adágio: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (critério formal), foi recepcionado no rol dos direitos fundamentais, previsto no Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988: "Não há

crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (Brasil, 1988). A proibição da analogia *in malam partem* na seara penal se caracteriza como uma das diretrizes resultantes do Princípio da Legalidade: "*nullum crimen, nulla poena sine lege certa"* (critério material), vedando de forma absoluta a analogia que prejudique o réu.

Prado (1991, p. 92) ensina que a criação de tipos penais sancionadores depende da subsunção a critérios formais e materiais, isto é, uma lei anterior que reúna os elementos objetivos que permitam identificar o crime, além de uma predeterminação normativa indicando o conteúdo da norma penal. O Princípio da Reserva Legal estabelece que a lei penal deve ser "certa", com sentido claro e o mais preciso possível, de tal maneira que o conceito selecionado pelo legislador para integrar o corpo do texto jurídico não deixe dúvidas quanto ao seu significado. Esta característica cumpre com a garantia política do referido princípio, determinando que a intervenção penal esteja submetida ao conhecimento prévio do direito pelos cidadãos que integram o Estado.

A norma penal demanda interpretação, uma vez que nem sempre o corpo textual é claro o suficiente para que se possa determinar o seu real significado. O ato interpretativo, todavia, não se trata de um método de concepção normativa, se utilizando de um escrito existente para criar um outro que inexiste. Interpretar é determinar o significado da norma. Nessa percepção, Guilherme de Souza Nucci ensina:

> Interpretar significa captar o real sentido de algo, clareando o que se afigura nebuloso, porém presente. [...] Isto não acarreta *carta branca* ao intérprete para fazer da lei o que bem entende. Uma das regras básicas da interpretação, que se deve aplicar, em primeiro plano, na interpretação literal, é que 'lei clara não carece de interpretação - em sendo claro o texto, não se admite pesquisa de vontade' (*in claris cessat interpretatio*). (Nucci, 2018, p. 148).

O termo "racismo", analisado sob o condão da interpretação - literal, sistemática, lógica, histórica e teleológica -, não oferece abertura para que se criminalize outras condutas para além daquelas que se referem à raça, tanto que não existiria o denominado "racismo reverso"[71], de sorte que o vocábulo "racismo" não abarca condutas, preconceituosas ou discriminatórias, por homofobia e transfobia.

A palavra racismo[72] foi criada para explicar a relação hierárquica estabelecida entre as raças, isto é, uma diferenciação valorosa entre os vários grupamentos humanos e suas

---

[71] O Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento de que não existe racismo contra pessoa da cor de pele branca, visto que o racismo se trata de um fenômeno estrutural de discriminação baseado na hierarquia racial, que não se verifica no caso dos indivíduos de pele branca (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2025).

[72] O termo foi utilizado pela primeira vez em 1902, por A. Maybon, na revista francesa *Blanche*.

características preponderantes que, *in casu,* se referiam à pele preta. O vocábulo "racista" se designa como adjetivo (qualidade da pessoa racista), indicando uma redução do outro em virtude do tom de sua pele. São muitos os exemplos paradigmáticos que demonstram a vinculação natural entre racismo e a tonalidade da pele, ou outras características fenotípicas (por vezes, falseadas), a exemplo do formato dos lábios, força física, saúde da pele, entre outros. Dentre os episódios de racismo, pode-se mencionar os casos em partidas futebolísticas, onde a torcida ou os jogadores ofendem a outros torcedores ou jogadores devido à cor negra da pele. Este fato demonstra que, majoritariamente, o racismo é a depreciação do indivíduo em consequência da cor da pele.

Isto posto, a correspondência entre racismo e dignidade sexual se mostra uma conclusão forçosa, sem aparato técnico-semântico ou técnico-sintáxico, se tratando de um manifesto episódio de analogia *in malam partem.*

Em que pese o voto do Des. Ângelo Roberto Ilha da Silva não avançar no mérito discutido na ADO 26, pressupondo a aplicabilidade da decisão da Suprema Corte, faz-se necessário, no entanto, reafirmar que o direito penal se configura como uma complexa rede de princípios e normas que se entrelaçam para regular todo o arranjo processual e material. Nesse panorama, a relativização do Princípio da Legalidade representa um descompasso imposto ao sistema penal, desequilibrando, inclusive, o funcionamento do bem jurídico.

Vale recordar a construção jurídica no nacional-socialismo alemão que relativizou o Princípio da Legalidade para incluir a analogia como método interpretativo permitido no direito penal (Cf. item 3.2). O distanciamento da legalidade enseja o critério acusador do "são sentimento popular", em detrimento do "critério de determinação da danosidade", conforme expressa Giovanni Fiandaca e Enzo Musco (2023, p. 11, tradução própria[73]): "A mudança na relação entre o Estado e o cidadão, como resultado da revolução nacional-socialista, significa que a violação do dever de lealdade para com o Estado ético, personificado pelo Führer, tornou-se o foco do crime".

Guardadas as devidas proporções, alia-se à compreensão de que a ampliação do método penal para "fora" do alcance da legalidade, condescende com a ofensa do princípio da legalidade, princípio de estatura constitucional, ferindo-se, por corolário, os conceitos material e formal de crime.

---

[73] Texto original: L'intervenuto mutamento del rapporto Stato-cittadino, quale effetto della rivoluzione nazionalsocialista, fa sì che al centro del reato assurga la violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato etico, impersonato dal Führer.

5.2 Teses jurídicas

O voto do Des. Relator pressupõe, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a discriminação por homofobia e transfobia se adequam ao tipo do art. 20, da Lei nº 7.716/89. No entanto, abriga a tese de que não ocorrera ofensa ao bem jurídico tutelado. O voto vencido da Desa. Salise Monteiro Sanchotene aludira demasiadamente à ADO 26 para afirmar que a discriminação e o preconceito aos membros da comunidade LGBTQIAPN+ deveriam ser rechaçadas juridicamente - porque tuteladas pela Lei nº 7.716/89 - e que o caso particular revelava uma verdadeira ofensa ao bem jurídico tutelado.

5.2.1 Voto vencido da Desembargadora Salise Monteiro Sanchotene

A Desa. Salise Monteiro Sanchotene divergiu do voto do Des. Relator, apontando que a conduta do réu ofendera, nas duas oportunidades, a dignidade sexual da vítima. A Magistrada defendeu que as falas do réu não se restringiram à análise política da destinação de verbas públicas para o programa "Criança Viada Show", mas consubstanciaram ofensas desnecessárias à dignidade sexual - visto que o discurso do parlamentar poderia se limitar à expressão de contrariedade pela utilização de recursos públicos para o financiamento do referido programa educacional e cultural. Afirma que a intenção do parlamentar era inferiorizar e segregar os membros da comunidade LGBTQIAPN+. Na visão da Desembargadora, a recusa à destinação dos recursos se evidencia como:

> **Controle ideológico** (eliminação do local de fala), da **dominação política** (realizada por representante do povo que possui agremiação política), **subjugação social** (pela invisibilização), e pela **negação da alteridade**, da **dignidade** e da **humanidade** dos integrantes do grupo LGBTI+, que foram reconhecidos no julgamento da ADO 26-DF como **não** pertencentes ao **estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social e, por isso, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito** (inclusive direitos fundamentais). (Brasil, 2024).

O voto vencido faz alusão a obra de Salo de Carvalho, sobre a possibilidade de uma criminologia *queer*, demonstrando que o crime perpetrado pelo réu é uma chaga cultural que patenteia uma estrutura de domínio dos mais fortes sobre o mais fracos.

5.2.2 Rejeição da denúncia por ausência de violação ao bem jurídico: voto (vencedor) do Relator Des., acompanhado pelo Desembargador Thompson Flores

A tese do Des. Relator Ângelo Roberto Ilha da Silva, seguida pelo voto do Des. Thompson Flores, indica que o bem jurídico compõe o tipo objetivo, como conteúdo material do injusto penal. A tipificação de um comportamento cria, naturalmente, a tutela de um bem jurídico, que se traduz na proteção mais gravosa do ordenamento jurídico. O bem jurídico, nesse sentido, se identifica como o valor social tutelado pela norma, merecedor da máxima proteção jurídica.

Em consequência da elevação do bem jurídico como conteúdo material do injusto, a conduta humana voluntária somente se adequa integralmente ao tipo penal se houver uma lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Na fase pré-processual, os fatos devem indicar a ocorrência do crime com razoável convicção, do contrário, o processo investigatório não deverá ser instaurado.

A lesão da moralidade, dos costumes ou dos "são sentimentos do povo" (como intentou a Escola de Kiel) não se configuram como lesões a bens jurídicos, na esteira do direito penal legítimo. O Desembargador colaciona como exemplo, o caso de incesto, que viola o sentimento de grande parte dos indivíduos, mas não se corporifica como conduta legitimamente criminalizável, pela ausência de lesividade.

Na análise da conduta do parlamentar, o Des. Rel. reitera, sumariamente, que o réu se utiliza de expressões e modo de linguagem impróprios, que deveriam ser evitados, sobretudo ao se tratar do cargo de um Deputado Estadual. Entretanto, as falas do réu não se amoldariam ao tipo objetivo constante no Art. 20 da Lei nº 7.716/89, dada a ausência de lesividade contra o bem jurídico tutelado.

Segundo o Des. Relator, a referida lei penal não objetiva a intervenção penal em discursos morais ou reprováveis. O bem jurídico protegido pelo tipo se baseia na igualdade material entre todos os seres humanos, rompida

> mediante elisão da propagação de ideias concretamente voltadas ao ódio, à discriminação e cujo escopo seja o de ativamente impulsionar ações lastreadas no seguinte tripé axiológico: a) valoração positiva da desigualdade entre os indivíduos; b) defesa da superioridade de determinados grupo sobre outro, e, principalmente; c) legitimação da subjugação de indivíduos. (Brasil, 2024).

Observa-se que o discurso do réu não indica a finalidade de estabelecer uma superioridade ou distinção valorosa entre os grupamentos humanos (*hetero* de um lado, e *homo*

e *trans* de outro), tampouco, sob este fundamento, incitar a violência, o ódio ou a discriminação contra os membros do grupo. Especifica o magistrado que, "não há no contexto do discurso, 'finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação', elementos subjacentes imprescindíveis à caracterização objetiva da conduta violadora do bem jurídico tutelado pelo art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89" (Brasil, 2024).

O Des. Rel. menciona um julgado do STF, relatado pelo Min. Edson Fachin, no RHC 134682, publicado em 28/08/2017, onde se computa que a efetivação da conduta discriminatória deve superar as seguintes etapas:

> **Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior**. (Brasil, 2017).

O item 8 da ementa anota:

> 8. **Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza**, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal. 9. Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente. (Brasil, 2017).

Na mesma esteira, o Des. Ângelo, no seu voto vencedor, entendeu que o discurso do deputado, embora desrespeitoso, não se classificaria como fala voltada à "dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais" (Brasil, 2024), por isso, ausente a tipicidade objetiva.

Por fim, indicou que o réu estava abrangido pela imunidade parlamentar (Cf. Art. 53, da CF/88), que se materializa na garantia de exposição de ideias, dentro dos limites constitucionais. Os comportamentos que violam a moral e a ética nem sempre serão objeto de análise do direito penal. Destarte, as condutas que se assentam em disputas ideológicas ou político-partidárias deveriam permanecer distantes do âmbito processual e, especificamente, da seara jurídico-penal.

O bem jurídico se posiciona como um limitador do exercício punitivo estatal[74], em que somente a partir da lesão ou a ameaça de lesão efetivada contra o bem jurídico, se torna legítima

---

[74] Nesse sentido: Franz von Liszt (1889), Edmund Mezger (1958), Polaino Navarrete (2000), Karl Binding (2002), Hassemer (2005), Claus Roxin (2009), Brandão (2022) e Tavares (2022).

a intervenção penal.

5.2.3 Tomada de posição

Associa-se à tese levantada pelo Des. Relator, a compreensão da qual as condutas do deputado não se amoldaram à incitação da "discriminação por identidade de gênero e orientação sexual", como afirmava a denúncia.

Referente ao "Fato 1", o parlamentar manifestara a sua indignação pela destinação de recursos públicos à promoção de um programa, cunhado por "Criança Viada Show", que sob a roupagem da cultura e da educação, pretenderia, na verdade, incutir conceitos que se vinculam aos ideários próprios da comunidade LGBTQIAPN+. O pensamento do parlamentar aponta na direção de que o dinheiro público não poderá ser utilizado para a promoção de "pretextos particulares". Conjectura-se: caso semelhante seria a manifestação de um parlamentar que se visse contrariado pela destinação de recursos públicos para a divulgação de um conteúdo antropológico-doutrinário da Igreja Católica ou mesmo de qualquer outra religião.

No "Fato 2", o parlamentar rediz o seu posicionamento perpetrado na tribuna da Assembleia Legislativa, reiterando - de forma ainda mais clara: "*Tudo o que os 'incompreendidos' querem é que aceitemos calados, enquanto eles impõem, de forma subliminar, suas patifarias em forma de 'CU-Itura'*!" - que a propositura do projeto "Criança Viada Show" se classifica como a tentativa de empreender uma iniciativa de cunho pessoal, ou melhor, de grupo.

Desse modo, está-se de acordo com a visão do Des. Rel., ao identificar nas palavras do réu a expressão do seu descontentamento pela utilização de recursos públicos para uma causa particular, mas que, em momento algum - embora tenha utilizado um linguajar escusável - incitou-se a discriminação, o preconceito e a violência.

Na análise objetiva do tipo: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (Art. 20, Lei nº 7.716/89). Os verbos destacados dão a tônica ao tipo, com a indicação do seu núcleo[75]. Os elementos objetivos "praticar, induzir ou incitar" não se amoldam ao discurso do réu, faltando o primeiro e principal dos elementos para a Teoria do Crime, a Tipicidade, que se realiza na subsunção entre a conduta e o tipo penal. Nesse posicionamento:

---

[75] "Os elementos objetivos são facilmente visualizáveis, porque o tipo é um modelo de conduta, logo o *núcleo do tipo penal é um verbo, que é conceitualmente identificado com a ação*. Além da ação, tudo o que se concretizar no mundo exterior é elemento objetivo" (Brandão, 2022, p. 128).

> O tipo, tomado sempre em sentido estrito, compõe-se, normalmente, de um núcleo, representado pela ação ou omissão e seu objeto, tendo como base a lesão ou o perigo de lesão a um determinado bem jurídico. [...] Como norma de conduta, deve estar associada a determinada finalidade: a delimitação do poder de intervenção do Estado, a qual não pode ser alcançada sem um pressuposto material que lhe trace os contornos de estabilidade. Daí a necessidade de que se estabeleça, como base da ação típica, a lesão de bem jurídico. (Tavares, 2022, p. 223).

Seguindo o raciocínio, a argumentação sobre a aplicação da Lei 7.716/89 ao caso de suposta homofobia e transfobia não se delineia como a principal tese. **A premissa basilar que torna a conduta do réu <u>atípica</u> está no núcleo do tipo, visto que o parlamentar não praticou, induziu ou incitou** a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A tipicidade consolida o princípio da legalidade, enquanto prescritor do modelo de conduta incriminada, que permite a associação entre os elementos objetivos do tipo e o comportamento do indivíduo, convertendo a conduta humana voluntária em crime. "As condutas que não forem adequadas ao tipo são penalmente irrelevantes, por isso a tipicidade determina o âmbito da liberdade de ação: tudo o que não for descrito como crime por um tipo não pode ter como consequência uma sanção penal" (Brandão, 2022, p. 112).

O bem jurídico está presente na estrutura objetiva da tipicidade. Diz-se que o valor tutelado se extrai da norma penal e, esta, se intuí com base no tipo. Dito de outro modo, o tipo penal é a "imagem conceitual" descrita, a norma é o imperativo comportamental (como: "não incitar a discriminação!" ou "não praticar o preconceito!" etc.) e o bem jurídico é o valor que se pretende tutelar através da norma que, *in casu,* se trata da dignidade da pessoa humana, materializada na igualdade de direitos.

Pode-se pensar na existência de outros bens jurídicos, dada a complexidade dos casos que envolvem a discriminação, o preconceito e a violência contra os homossexuais e transsexuais. Ao tratar sobre os crimes "contra a liberdade sexual", ensina Francisco Muñoz Conde (1999, p. 210) que é comum se encontrar, igualmente, atentados à liberdade *lato sensu*, como a violência, a intimidação ou a privação da liberdade, todavia, essas condutas são meio para a concretização da finalidade: a ofensa ao exercício da sexualidade.

A lei nº 7.716/89 objetiva tutelar a igualdade de direitos, independentemente da raça, da cor, da etnia, da religião ou da procedência nacional. Esta tutela decorre da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana está prevista nos Fundamentos da República, no Art. 1º, III, a promoção ao bem de todos, sem preconceitos, pode ser visualizada nos Objetivos Fundamentais da República, no Art. 3º, IV, e o princípio máximo da igualdade, está manifesto entre os Direitos e Garantias Fundamentais, presente no Art. 5º, *caput* (Brasil, 1988).

Isto posto, a conduta do réu não se revela finalisticamente orientada à violação do bem jurídico tutelado. O direito penal é vocacionado à tutela subsidiária de bens jurídicos, não punindo ações que se refiram, exclusivamente, à dissabores, à meras violações da proibição, à moral, à ética ou à perigosidade comum. Torna-se imprescindível a salvaguarda do conceito do bem jurídico, enxertado no injusto penal, para que se solidifique o direito penal legítimo. Impõe-se ater ao contínuo risco de o direito penal ser utilizado para punir o máximo de condutas possíveis que, sob o clamor público, afiançado pela mídia ou por grupos sociais, elegem o direito penal como a ciência inimitável para a resolução das demandas da sociedade. Nessa toada:

> Na atualidade, o papel que o bem jurídico vem desempenhando junto ao Direito Penal se relaciona com o estabelecimento de limites jurídico materiais ao arbítrio do Estado na sua função punitiva. Inquestionável, portanto, tem sido sua importância, especialmente quando a expressão 'pós-democracia' já está sendo banalizada e o regresso a um Direito Penal aberto a influências morais tem sido um discurso frequente no meio político. (Gomes, 2019, p. 267).

O julgado do TRF da 4ª Região, na Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, explicita a força emanada da teoria do bem jurídico, capaz de oferecer critérios materiais limitativos ao poder punitivo estatal, seja na fase de criação legislativa, seja na interpretação da lei pelos operadores do Direito.

Em perspectiva concomitante, a robustez da teoria do bem jurídico pode ser visualizada se se especular pela intervenção penal estando ausente o valor social tutelado. O Estado poderia intervir penalmente para proteger uma de suas instituições ou visando cumprir algumas de suas funções? Roxin (2009, p.18) defende que a administração da justiça, o sistema financeiro ou outros institutos, podem ser tuteláveis, se demonstrado a necessidade para efetivar a proteção do bem jurídico, isto é, concebendo a ingerência como instrumento (meio) para a tutela de bens jurídicos (fim).

Pressupondo que não há uma lesão ao bem jurídico na Ação Penal de n. 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, questiona-se: poderia se utilizar da intervenção penal para garantir que um objetivo intermediário seja alcançado? Concretamente, o exercício punitivo estatal poderia ser empregado com a finalidade de penalizar "discursos impróprios"? Esta observação empírica enseja a reflexão sobre o alicerce outorgado à teoria do crime pela teoria do bem jurídico, visto que em sua ausência, se franquearia intensa insegurança jurídica para assinalar qual comportamento deve ser considerado como crime.

Por conseguinte, o atributo de subsidiariedade, como princípio reitor da ciência penal,

institui uma reflexão acerca da resposta estatal que melhor se adequa aos casos submetidos a juízo. Indaga-se: não seria conveniente uma sanção administrativa que pretendesse o aperfeiçoamento da atividade parlamentar, cuidando para que, na defesa de uma perspectiva, não se afrontasse a consciência de outros? Repisa-se, nem toda conduta que ofende o ser humano em algum nível, deve ser abarcada pelo direito penal.

Paralelo ao aspecto garantista da teoria do bem jurídico e sob o crivo dos princípios penais - Legalidade, Proporcionalidade, Subsidiariedade, Lesividade - é de vital importância um escalonamento punitivo que planeje e execute a sanção, sem perder de vista a qualidade da proteção[76].

[76] É o que está defendido no artigo "Pedagogia Penal: o farol garantista e a criminalização do trote universitário": "Não se podendo subtrair o ilícito da classificação penal, que as reparações sigam a seguinte ordem preferencial de punições: – Prefira-se o grau menos grave, a saber, as penas pecuniárias (multas); – Não se podendo ficar contido as multas, que sejam preferidas as penas restritivas de direito consideradas como alternativas à prisão, como são a prestação pecuniária indenizatória da vítima, parente ou entidade; a prestação inominada (cestas básicas, medicamentos, serviços à comunidade); a perda de bens e valores; as interdições temporárias (dirigir, candidatar) etc. – Não se podendo ficar contido as penas alternativas à prisão, chegue-se às privativas de liberdade (porém, com vistas a considerar, a prisão em regime de detenção e somente depois a prisão em regime de reclusão); – Excepcionalmente, e só excepcionalmente, a pena de morte – Art. 56 Código Penal Militar c/c Art. 5º, inc. XLVII, a e 84, inc. XIX. Execução – Art.707 Código de Processo Penal Militar" (Lopes; Paiva, 2024, p. 88-89).

6 CONCLUSÃO

A teoria do bem jurídico é objeto de estudo há mais de dois séculos, com transformações e evoluções constantes. A criação do conceito de bem jurídico foi antecedido pela afirmação do princípio da legalidade em âmbito jurídico-penal e pela compreensão tutelar de direitos subjetivos, de acordo com o penalista alemão Feuerbach.

Em Birnbaum, se estabeleceu que a proteção penal-estatal se fundamenta, essencialmente, na lesão (isto é, subtrair ou diminuir) de bens concretos, sejam eles pessoas ou coisas. Os delineamentos teóricos do criador da teoria do bem jurídico tornou possível a diferenciação entre bens individuais e coletivos, lesão e perigo, consumação e tentativa.

Em Karl Binding, o termo "bem jurídico" foi utilizado pela primeira vez. O autor também contribuiu com a sua teoria das normas, ao passo que outorgou ao legislador o múnus de estipular quais serão os bens jurídicos tutelados.

Baseando-se na teoria da nocividade social, Ernst von Liszt reafirma a relação intrínseca entre danosidade e bem, como aspecto científico garantidor da ordem jurídico-penal. Outrossim, idealizou o bem jurídico de acordo com a realidade social, e não sob o crivo discricionário do legislador. Em continuidade de raciocínio, Franz von Mayer foi fundamental para a solidificação da teoria, ao indicar o juízo de valor presente na tipicidade.

Com a epistemologia neokantista, se robusteceu o aspecto valorativo do bem jurídico e, com o finalismo, se reestruturou a Teoria do Crime. O funcionalismo roxiniano acrescentou importantes reflexões à temática, a partir do conceito de imputação e de política-criminal (vinculado ao aplicador do Direito). Roxin realizou um estudo pormenorizado dos motivos que poderão ensejar a intervenção penal, concluindo pela indispensabilidade da lesão ao bem jurídico para que se configure o delito.

Encontra-se outros rearranjos na Teoria do Crime que enaltecem outros ângulos na teoria do bem jurídico, ou mesmo que denegam a sua aplicabilidade. O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, por exemplo, denota o abandono do bem jurídico, sob a afirmação de que a vigência da norma é o único valor tutelável. Não obstante o brilhantismo e criatividade do autor, para esta ou outras temáticas, não se pode concordar - na esteira do pensamento de Birnbaum e Polaino Navarrete, expressos no decorrer desta dissertação - que sejam incorporados bem jurídico e finalidade da lei penal.

Para Jakobs, a teoria do bem jurídico poderia considerar qualquer valor social como merecedor de tutela, não existindo um critério robusto capaz de delimitar a sua atuação. Esta crítica repercute em outros autores, como Mir Puig. Todavia, carece-se assimilar a natureza do

direito penal, que não intenta pela atuação para toda e qualquer lesão, senão para aquelas mais graves, as quais a pena se mostra indispensável como mecanismo dissuasor.

No terceiro milênio, o desdobramento da teoria do bem jurídico atinge o seu ápice, ao passo que entrevê o seu maior intricamento, com o desafio de se lidar com os novos tipos de criminalidade, tipos penais abertos e indeterminados, crimes de perigo abstrato e intervenções jurídico-penais baseadas em funções estatais, sem lesão ou ameaça ao bem jurídico.

O bem jurídico constitui o critério material da norma penal, de tal modo que o crime se caracteriza pela lesão ou ameaça de lesão ao valor social tutelado. Se não há um tipo penal que corporifique a tutela ao valor social, a conduta é atípica, se não há dano ao bem jurídico, a conduta é a atípica, se a ação humana voluntária ofende somente a disposições morais, éticas e religiosas, a conduta é atípica.

Mesmo para o legislador de um Estado Democrático de Direito, a ciência jurídico-penal se ostenta como uma atividade desafiadora, porque imbuída do desejo humano de se penalizar aquilo de que não se gosta, isto é, proibir ou exigir posicionamentos religiosos, culturais e habituais congêneres aos seus próprios. Todavia, o *standard* democrático, alcançado mediante conflitos e guerras, preconiza que a penalização de uma conduta decorre, obrigatoriamente, de um critério legitimador.

Para Roxin, a legitimidade da atuação jurídico-penal se vincula intrinsecamente à sua função social. O direito atua, exclusivamente, quando sua atividade se faz indispensável para salvaguardar a liberdade e a convivência salutar dos indivíduos. Ratifica-se: se a intervenção por outro ramo do direito for suficiente como resposta ao comportamento deletério, torna-se ilegítima a manifestação do direito penal. A *ultima ratio* deve ser acionada quando a única forma de se preservar a convivência pacífica operar-se por meio da pena.

O princípio da subsidiariedade se mostra corresponsável à atuação limitativa da teoria do bem jurídico. Deve-se indicá-lo, inclusive, como balizador para a negação do direito penal enquanto tutor de valores elementares da vida em sociedade, como defendido por Hans Welzel. Sob este escopo, qualquer valor considerado elementar, manifestamente abstrato, poderia integrar o âmbito penal, no entanto, o direito penal seleciona bens concretos para elevá-los ao *status* de proteção.

Outra delimitação resultante do princípio da subsidiariedade se refere a teoria constitucionalista. A importância da Constituição, na política-criminal ou na interpretação da lei, é inequívoca. Entretanto, esta associação é restrita, visto que nem todos os valores nela previstos devem ser tutelados pelo direito penal.

Os princípios penais – Legalidade, Proporcionalidade, Subsidiariedade etc. – atuam em

conjunto à teoria do bem jurídico formando um sistema robusto apto a lidar com os desafios sociais. A teoria do bem jurídico é incapaz de, sozinha, opor balizas de contenção ao exercício punitivo estatal.

Feito essas considerações, o bem jurídico se trata de um valor social, individual ou coletivo, tornado bem jurídico tutelável através da atuação legislativa, que apenas reconhece os valores considerados como fundamentais para a sociedade.

A funcionalização de bens supraindividuais a bens individuais não parece solucionar a defrontação entre intervenção penal, garantismo penal e impunidade. Ainda que a compreensão monista vise assegurar maiores garantias aos cidadãos frente ao poderio estatal, precisar-se-ia estipular como se daria a ingerência para os crimes próprios da pós-modernidade, que, conforme demonstra Schünemann, afasta a aplicação da norma penal para os crimes econômicos e ambientais.

A pós-modernidade - recolhendo em seu bojo sociocultural mudanças significativas para a seara jurídico-penal - incute novos paradigmas teóricos, novos tipos penais, novos conflitos entre Estado e particular, impondo ao operador do direito a laboriosa missão de ponderar entre imputação penal e impunibilidade, efetivando os princípios penais garantistas conquistados à dura labuta durante a história do direito penal.

Os crimes de perigo abstrato são uma realidade progressivamente presente mas, apesar disso, este arquétipo só deverá ser admitido se desenvolvidos critérios específicos de legitimidade (Greco, 2011, p.111). Este trabalho revela a substancialidade de se estudar com contumácia este modelo delitivo, uma vez que a relação entre a lesão ou ameaça ao bem jurídico e a modalidade de perigo abstrato se evidencia como condição capital para o fortalecimento da teoria do bem jurídico na pós-modernidade.

Diante dos novos modelos penais, deve-se reafirmar a indispensabilidade da teoria do bem jurídico. Heinrich (2011, p. 146) invita os penalistas à diligência pela consolidação da proteção do bem jurídico como exclusiva tarefa do direito penal, que se reafirma através do contínuo esclarecimento do seu conceito e pelo estabelecimento de postulados para a política criminal.

Nesse cenário, a atuação da dogmática penal poderá contribuir com o esclarecimento conceitual dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais.

A tipicidade consolida o princípio da legalidade, enquanto moldura da conduta incriminada, permitindo a associação entre os elementos objetivos do tipo e o comportamento do indivíduo, convertendo a conduta humana voluntária em crime. As condutas que não se amoldarem ao tipo são penalmente irrelevantes.

Outrossim, o bem jurídico está presente na estrutura objetiva da tipicidade. Diz-se que o valor tutelado se extrai da norma penal e, esta, se intuí com base no tipo. A concepção de critérios que permitam avaliar a ameaça ou lesão ao bem jurídico ensejará maior segurança jurídico-social, porque indicará com clareza o comportamento proibido (em âmbito material, e não só formal), e atuará como facilitador da política-criminal (cf. conceito de Roxin), indicando parâmetros concretos para o julgador.

O caso-paradigma julgado pelo TRF da 4ª Região, na Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS, denota a potencialidade da teoria do bem jurídico, capaz de oferecer critérios materiais limitativos ao poder punitivo estatal na aplicação da lei pelos operadores do Direito. O direito penal é vocacionado à tutela subsidiária de bens jurídicos, não punindo ações que se refiram, exclusivamente, à dissabores, à meras violações da proibição, à moral, à ética ou à perigosidade comum.

Torna-se imprescindível a salvaguarda do conceito do bem jurídico, enxertado no injusto penal, para que se solidifique o direito penal legítimo. Impõe-se ater ao contínuo risco de o direito penal ser utilizado para punir o máximo de condutas possíveis que, sob o clamor público, afiançado pela mídia ou por grupos sociais, elegem o direito penal como a ciência inimitável para a resolução das demandas da sociedade. Este viés impõe limitações ao *frenesi* legislativo, reduz o número de demandas processuais e oferta um modelo mais efetivo, veloz e acessível.

Ratifica-se a indispensabilidade da teoria do bem jurídico enquanto princípio norteador do direito penal na pós-modernidade, impondo limite material à intervenção penal.

REFERÊNCIAS

ACHENBACH, Hans. Anotaciones sobre la evolución del derecho penal. *In*: PUIG, Santiago Mir; GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell; SOLER, José-Ignacio Gallego; RENGIFO, Carlos Simón Bello (org.). **Estudios de derecho penal económico**. Caracas: Livrosca, 2002. p. 23-42.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlim, 23 de maio de 1949. Tradução Aachen Assis Mendonça. Nova edição: 21ª Legislatura. Disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acesso em: 09 set. 2024.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Madamu, 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro: ABNT, 2023.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal**: la ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2021.

BECK, Ulrich. **O que é a globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal:** considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo. São Paulo: Ed. da USP, 2017.

BINDING, Karl. **As normas e suas infrações**. Tradução de Pedro Valls Feu Rosa. Vitória: Imprenta, 2002. v. 1.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necessidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Buenos Aires: BdeF, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975**. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo, 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis /l7716.htm. Acesso em: 08 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003**. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus nº 929.002/AL**. Relator: Min. Og Fernandes, 12 jul. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20929002. Acesso em: 25 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682. Relator: Min. Edson Fachin, 29 nov. 2016. **Diário Eletrônico de Justiça**, Brasília, DF, 29 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello, 06 out. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81.929/RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 16 dez. 2003. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2013294. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659** (Tema 506): porte de pequena quantidade de maconha para uso pessoal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 jun. 2024. Disponível em: https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/06/27103347/RE-635659-Tema-506-informacao-sociedade-rev.-LC-FSP-v2_27-6-24_10h11.pdf. Acesso em: 22 maio 2025.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Ação Penal nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS**. Relator: Des. Ângelo Roberto Ilha da Silva, 17 out. 2024. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_res ultado_pesquisa&txtValor=50091035420244040000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1. Acesso em: 26 maio 2025.

BRITO, Carlos Augusto Machado de. **Bem jurídico e funcionalismo sistêmico**: imersão na doutrina de Günther Jakobs e sua concepção da norma penal como objeto de proteção do direito penal. Belo Horizonte: Fórum, 2025.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Campinas: Servanda, 2010.

CARVALHO, Claudia Paiva. A contribuição teórica de Carl Schmitt para o direito nazista. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 698-722, abr./jun. 2022. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/51724. Acesso em: 22 maio 2025.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y dolor. **Revista Isonomía**, Roma, n. 27, p. 195-204, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**: común vigente en Alemania. Salamanca: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo**. Diritto penale**: parte generale. Torino: Zanichelli, 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GOMES, Carla Silene. Bem jurídico e teoria constitucional do direito penal. **Revista Delictae**, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 232-269, jan./jun. 2019.

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

Tribunais, 2002.

GONZÁLES RUS, Juan José. **Bien jurídico y constitución**: bases para una teoría. Madrid: Fundación Juan March, 1983.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**: (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. "Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista IBCCRIM**, São Paulo, p. 89-147, jul./ago. 2004.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? *In*: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. *In*: BAIGÚN, David *et al*. **Estudios sobre justicia penal**: homenaje a Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 63-74.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. **Revista Doctrina Penal**, Buenos Aires, v. 46 e 47, p. 273-285, abr./set. 1989.

HEINRICH, Manfred. Strafrecht als rechtsgüterschutz - ein auslaufmodell? *In*: HEINRICH, Manfred (coord.). **Strafrecht als scientia universalis**: festschrift für Claus Roxin. Geburtstag: De Gruyter, 2011. p. 131-154.

INTERESSE. *In*: MICHAELIS: dicionário online de língua portuguesa. São Paulo: Ed. Melhoramentos, 2025. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/interesse. Acesso em: 12 maio 2025.

INTERPRETAR. *In*: MICHAELIS: dicionário online de língua portuguesa. São Paulo: Ed. Melhoramentos, 2025. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/interpretar. Acesso em: 28 maio 2025.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS, 2021.

LEBRE, Marcelo. **Introdução ao direito penal econômico**. Curitiba: Intersaberes, 2021.

LEFFA, Vilson J. Interpretar não é compreender: um estudo preliminar sobre a interpretação de texto. *In*: LEFFA, Vilson J.; ERNST, Aracy (org.). **Linguagens**: metodologia de ensino e pesquisa. Pelotas, RS: Educat, 2012. p. 253-269.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C.,1899.

LOBO, Iann Endo. A contribuição neokantiana para a fundação das ciências sociais. **Revista Em Tese**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 57-68, jul. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.5007/

1806-5023.2018v15n2p57. Acesso em: 26 abr. 2025.

LOPES, Dimas Ferreira; PAIVA, Henrique Zanola. Pedagogia penal: o farol garantista e a criminalização do trote universitário. **Revista Delictae**, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 48-100, jul./dez. 2024. Disponível em: https://periodicos.pucminas.br/delictae/article/view/34983/23015. Acesso em: 27 maio 2025.

LUHMANN, Niklas. **A sociedade da sociedade**. São Paulo: Paulus, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

MATA, Sérgio da. Heinrich Rickert e a fundamentação (axio)logica do conhecimento histórico. **Varia História**, Belo Horizonte, v. 22, n. 36, p. 347-367, jul./dez. 2006.

MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: BdeF, 2007.

MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MILL, Jhon Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2. ed. Montevideo: Buenos Aires: BdeF, 2003.

MOCCIA, Sérgio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. *In*: SILVA SÁNCHEZ, José Maria (org.). **Política criminal y nuevo derecho penal**. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 113-144.

MOCCIA, Sérgio. **El derecho penal entre ser y valor**: función de la pena y sistemática teleológica. Montevideo: Bdef, 2003.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Loyola, 2000. t. 1.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. Valencia: Tironl lo blllonch, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tempo**: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. Valencia: Tironl lo blllonch, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico-penal**: reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora. São Paulo: Dialética, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *In*: PUIG, Santiago Mir; GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell; SOLER, José-Ignacio Gallego; RENGIFO, Carlos Simón Bello (org.). **Estudios de derecho penal económico**. Caracas: Livrosca, 2002. p. 45-121.

PARSONS, Talcott. **The social system**. Glencoe, IL: Free Press, 1951.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El injusto típico en la teoría del delito**. Buenos Aires: Mave, 2000.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, relatórios técnicos e/ou científicos**: conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 5. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2023. Disponível em: https://www.pucminas.br/biblioteca/DocumentoBiblioteca/ABNT-GUIA-COMPLETO-Elaborar-formatar-trabalho-cientifico.pdf. Acesso em: 23 jun. 2025.

PRADO, Luís Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del derecho**. Madrid: Revista de Direito Privado de Madrid, 1944.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RICKERT, Heinrich. **Los dos caminos de la teoría del conocimiento y otros ensayos**. Granada: Comares, 2022.

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

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 23, n. 1, p. 07-43, jan./mar. 2013.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, ano II, n.1-2,

Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 1.

SOUZA, Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal**: parte general I. El hecho punible. Cizur Menor (Espanha): Aranzadi, 2005.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 5. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **Postwar trials** [2021]. Disponível em: https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/war-crimes-trials. Acesso em: 23 maio 2025.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Ed. Juridica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Astrea, 1951.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ANEXO A – Íntegras da Decisão

AÇÃO PENAL Nº 5009103-54.2024.4.04.0000/RS

RELATOR: Desembargador Federal ÂNGELO ROBERTO ILHA DA SILVA
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU: JESSE DE FARIA LOPES

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CRIME DE PRECONCEITO. ART. 20 DA LEI Nº 7.716/1989. ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO. FATO ATÍPICO.

1. É "perfeitamente sustentável um **rebaixamento** do *standard* **probatório** conforme a fase procedimental" (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 413). A essa linha compreensiva, no momento do recebimento da denúncia, a praxis jurídico-penal veio a designar como sendo uma etapa em que vigoraria o denominado princípio in dubio pro societate. Tal circunstância, entretanto, não afasta a necessidade de que a peça inicial seja apreciada quanto à existência (ou inexistência) dos elementos mínimos que ensejem, ao menos em tese, a caracterização do tipo da incriminação imputada em sua integralidade (perspectiva objetiva e subjetiva do tipo).

2. Os elementos objetivos e subjetivo do tipo correlacionam-se de modo em que os primeiros são pressupostos deste. O dolo é um dolo de tipo ou, em outras palavras, o objeto do dolo é o tipo objetivo, de modo que, ante a não caracterização do tipo objetivo, não há como se proceder a investigações adjudicadas ao dolo.

3. Os elementos objetivos do tipo divisam-se em descritivos e normativos. Os primeiros estão presentes em qualquer tipo penal, visto que o crime é tipificado por meio da descrição de uma conduta, seja ela comissiva ("matar alguém", art. 121), seja ela omissiva ("deixar de prestar assistência", art. 135). Por sua vez, os normativos, presentes em alguns tipos, são aqueles que reivindicam uma valoração a sua compreensão. Os elementos objetivos, consoante entendimento assente em doutrina: "Estão, por assim dizer, no mundo, e não no agente" (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Teoria Geral do Crime. 3ª ed. Belo Horizonte/ São Paulo: D'Plácido, 2024, p. 137).

4. O bem jurídico compõe o tipo objetivo. A dogmática penal – ancorada no horizonte referencial do Estado Democrático de Direito – estabelece como fundamento do direito penal a ofensividade (em modo didático: aptidão para concretizar uma lesão ou ao menos por em causa determinado bem) e, por conseguinte, a tutela/preservação de bens jurídicos como função primacial do referido ramo do direito. Ao qualificar determinada conduta como típica, o legislador está a erigir um bem jurídico à condição de objeto de proteção do direito penal. Acerca do tema, Miguel Polaino Navarrete afirma que "*o bem jurídico pode ser definido, de*

forma sintética, a nosso juízo, como o bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do direito penal" (POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 270).

5. O art. 20 da Lei nº 7.716/1989 tipifica a conduta daquele que pratica, induz ou incita a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O STF, no âmbito da ADO 26 e MI 4773 estabeleceu que o induzimento ou incitação de discriminação relacionada à orientação sexual encontra enquadramento típico na mesma norma penal.

6. Dadas as premissas dos itens anteriores, cumpre-se quod erat demonstrandum que o art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1989 não tem por escopo punir a pessoa que expressa determinada opinião, ainda que se possa, ad argumentandum tantum, qualificá-la como discurso imoral, falacioso ou reprovável. O bem jurídico tutelado pelo dispositivo é a igualdade entre os seres humanos mediante coibição da propagação de ideias voltadas ao ódio, discriminação e cujo escopo seja o de concretamente impulsionar ações lastreadas no seguinte tripé axiológico: a) valoração positiva da desigualdade entre indivíduos; b) defesa da superioridade de determinado grupo sobre outro e, principalmente; c) legitimação da subjugação de indivíduos.

7. Em um Estado Democrático de Direito, o poder público não se coloca como uma espécie de Big Brother, um Grande Irmão a controlar com mão de ferro a vida das pessoas. Ainda que se possa discordar do conteúdo do discurso proferido por determinado indivíduo e até mesmo de sua aceitabilidade no plano social e moral, certo é que, como lecionam Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, "o legislador não está legitimado a incriminar a imoralidade em si". Isso porque, nas palavras dos penalistas tedescos, "não é tarefa de um direito penal de um Estado pluralístico conforme a Constituição educar coercitivamente os cidadãos adultos" (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Diritto Penale: Parte Generale. 8ª ed. Torino: Zanichelli, 2019 (Ristampa 2023), p. 24).

8. Caso concreto em que a denúncia resta rejeitada, pois as falas proferidas pelo mandatário público, ainda que de cunho reprovável, estavam inseridas no âmbito de discussão parlamentar relacionada à destinação de verbas do erário e, simultaneamente, não continham "finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação", elementos subjacentes imprescindíveis à caracterização objetiva da conduta violadora do bem jurídico tutelado pelo art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1989.

9. Não havendo ofensa ao bem jurídico, o tipo objetivo não se perfaz e, assim, não há falar em crime sequer sob perspectiva potencial. Denúncia rejeitada em seu nascedouro.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencida a Desembargadora

Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, rejeitar a denúncia, forte no art. 395, inc. III, do CPP, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Curitiba, 17 de outubro de 2024.

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Ângelo Roberto Ilha da Silva: Trata-se de nova denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal em face de JESSÉ DE FARIA LOPES, Deputado Estadual eleito e em exercício na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Em suma, a tese acusatória caminha no sentido de que o denunciado teria perpetrado, por duas vezes e em concurso material, crime de discriminação social por homofobia e transfobia incidindo no art. 20, caput e § 2º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

As possíveis condutas sob exame teriam ocorrido, respectivamente, nas datas de 25/05/2021 e 26/05/2021. Na primeira ocasião, JESSÉ DE FARIA LOPES teria utilizado a tribuna da Assembleia Legislativa de Santa Catarina para fazer ataques à comunidade LGBTQIAPN+ em razão da possível implementação do projeto "Criança Viada Show", o qual consistia em uma série de vídeos e podcasts cujo objetivo seria trazer a discussão pertinente a traumas de infância e resistência no âmbito de tal minoria social. No dia seguinte, JESSÉ DE FARIA LOPES teria realizado postagem em rede social atacando colega parlamentar mediante utilização de novo discurso discriminatório acerca do tema sexualidade. Assim, segundo a tese ministerial, estariam configurados dois crimes consumados pelo denunciado. Os fatos foram detalhados na denúncia nos seguintes termos:

I. FATO 1

No dia 25 de maio de 2021, em sessão ordinária na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, o denunciado Jessé de Farias Lopes, agindo com vontade livre e consciente, proferiu discurso no qual incitou a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual.

A fala do denunciado referia-se ao Projeto "Criança Viada Show", que consiste na formulação de uma série em formato de vídeos e podcast, cujo objetivo é discutir traumas de infância e resistência da comunidade LGBTQI+.

Vale ressaltar que a transmissão da sessão é realizada pela própria Assembleia por meio da TV aberta e mediante o canal no youtube "assembleiasc". A mídia que contém o discurso do denunciado inicia com a fala da Deputada Estadual Luciane Maria Carminatti:

"Criança Viada Show" é um projeto de memória e registro de cinco artistas homossexuais que falam em formato de podcast e vídeo sobre suas trajetórias, vidas e existências enquanto homens LGBTQI+. "Criança viada" é um termo que se tornou muito popular em 2004 na figura do ativista Iran Giusti, que criou um blog onde discutia a experiência das pessoas

homossexuais, principalmente homens gays durante a infância. 'É com imensa tristeza, pouca surpresa e nenhuma apatia que viemos nessa nota dizer que nossa live está suspensa, mas nunca cancelada. Quando tudo que não foi lido sobre nosso projeto for compreendido, nós voltaremos. As inverdades propagadas nas mídias sociais por membros da sociedade civil e por políticos eleitos não passarão. Somos artistas, somos gays, somos pesquisadores, somos produtores, somos resistência'. Eu quero lembrar aqui que em 2019 nós tivemos 329 mortes de LGBTs QI+ no Brasil. Os dadosaté então apresentados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) mostram que o Brasil é um dos países que mais mata travestis e transexuais do mundo. Todos têm o direito à infância, todos têm direito a memória, todos têm direito a voz e este Parlamento não pode negar, censurar o direito da população LGBTQI+, porque cada vez que uma autoridade reproduz manifestações de preconceito, de violência e de negação de direitos, a nossa voz tem uma força maior. Um podcast que era destinado para adultos. 'Ah, mas quem tem controle?' Pois é, mas quem tem controle, por exemplo, sobre os filmes que também trazem as tarjas indicativas com relação à idade? Quem tem controle sobre isso? Então nós vamos abolir todos os filmes que podem ter algum olhar, acompanhamento por parte de crianças e adolescentes?

Após, consta o discurso do denunciado Jessé:

Parece que foi combinado, né? Mas não foi. Eu vim lá da minha cidade de Criciúma, né? 217 mil habitantes, pra vim aqui ter que ouvir pessoas defendendo eventos com o tema de "Criança Viada". 'Não somos compreendidos'. É sempre assim. Eles nunca são compreendidos. Stalin também não foi compreendido. O problema de tudo isso não é a liberdade de eles ir queimar onde eles bem entender, falar o que eles bem entender pra quem eles bem entender. O problema é usar o dinheiro público do pobre, que é o que mais paga impostos, pra fazer patifaria; que podem fazer, com o seu dinheiro, no seu espaço, e pra quem quiser ouvir. Teve gente da cultura, músicos, que estão passando necessidade, que não tiveram oportunidade de conseguir esse recurso, mas pra esse tipo de sem vergonhice aí tem. Aí então, quer dizer que porque a gente não consegue, na internet, colocar tarja de segurança de idade pra tudo, então vamos liberar tudo. Então a gente não consegue acabar com o estupro, então vamos liberar o estupro. Não consegue acabar com o tráfico, vamos liberar o tráfico. Mas que relativização é essa? Nós estamos perdendo o senso, o bom senso do certo. Porque a gente não consegue alcançar o certo, aí acaba com o certo, com a referência do que é o correto, do convívio entre as pessoas, só porque a gente não consegue alcançar a máxima. Isso é um absurdo. Nem era sobre isso que eu ia falar, presidente, mas eu parabenizei o prefeito Morastoni pela ação, pela atitude. Tem meu total apoio e da maioria esmagadora dos catarinenses pela atitude do prefeito.

Conforme Informação nº 014/2022, formulada pela Polícia Federal, o vídeo em questão, além de constar no canal do youtube da assembleia, foi publicado pelo denunciado através do seu perfil pessoal (@deputadojesselopes) na rede social Instagram (INQ2, p. 58/65, do evento 1 – Inquérito Policial nº 5033662-46.2022.4.04.0000).

O vídeo publicado foi regularmente preservado pela autoridade policial, nos termos da Informação de Polícia Judiciária nº 2205008/2023 (INQ1, VÍDEO2, do evento 13 – Inquérito

Policial nº 5033662-46.2022.4.04.0000).

Destacam-se do discurso do deputado os seguintes pontos que incitam a discriminação contra a população LGBTQI+:

1. "O problema de tudo isso não é a liberdade de eles ir (sic) queimar onde eles bem entender " – referência pejorativa a comportamento relacionado à orientação sexual e de gênero;
2. "O problema é usar o dinheiro público do pobre, que é o que mais paga impostos, pra fazer patifaria" – referência pejorativa ao evento que trataria de tema relacionado à orientação sexual, equiparando-a "patifaria";

3. "esse tipo de sem-vergonhice" – referência pejorativa ao evento, com possível extensão à própria orientação sexual dos promotores do referido evento e dos seus participantes;

4. "Então a gente não consegue acabar com o estupro, então vamos liberar o estupro. Não consegue acabar com o tráfico, vamos liberar o tráfico." – analogia entre a sexualidade da população LGBTQI+ e atividades criminosas, quando está discorrendo sobre as classificações etárias de conteúdo;

5. "Nós estamos perdendo o senso, o bom senso do certo. Porque a gente não consegue alcançar o certo, aí acaba com o certo, com a referência do que é o correto, do convívio entre as pessoas, só porque a gente não consegue alcançar a máxima. Isso é um absurdo." – discriminação de comportamentos, aduzindo que só há um tipo de sexualidade e orientação sexual correto;

6. "mas eu parabenizei o prefeito Morastoni pela ação, pela atitude. " – Parabeniza o prefeito de Itajaí-SC pelo fato de ter cancelado evento que trataria de tema relacionado à sexualidade LGBTQI+.

Como se vê, o discurso do denunciado discrimina pessoas, tendo como única razão sua sexualidade ou orientação de gênero, tratando-as com termos como "liberdade de eles ir (sic) queimar onde eles bem entender", "patifaria", "sem-vergonhice", e mesmo equiparando-as a atividades criminosas graves como estupro e tráfico de drogas.

Diante disso, resta demonstrada conduta ilícita praticada pelo deputado, quando de seu discurso na tribuna da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, que, frisa-se, não está acobertado pela imunidade parlamentar, especialmente por caracterizar discurso discriminatório que atenta contra os direitos humanos e toda a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e às relevantes atividades dos poderes da República na implementação da igualdade de direitos.

Com efeito, a imunidade material dos parlamentares não é absoluta, alcançado opiniões, palavras e votos que tenham conexão com o exercício do mandato, nos termos do artigo 53 da Constituição Federal, o que difere da prática dos chamados "discursos de ódio", que

configuram grave crime contra parcela da população. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de opinião e manifestação do parlamentar, ratione muneris, impõe contornos à imunidade material, nos limites estritamente necessários à defesa do mandato contra o arbítrio, à luz do princípio republicano que norteia a Constituição Federal (Pet 5705, Primeira Turma, Relator: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 05/09/2017, Publicação: 13/10/2017). No mesmo sentido, Petição nº 7.174, Primeira Turma, Rel. designado Min. Marco Aurélio, j. 10.03.2020; Petição nº 5.243/DF, Rel. Min. Luiz Fux; Petição nº 9.456/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes.

Dessa forma, ausente liame direto entre o fato apontado como crime e o exercício do mandato parlamentar, não há falar em imunidade ou inviolabilidade.

II. FATO 2

No dia 26 de maio de 2021, o denunciado Jessé de Farias Lopes, agindo com vontade livre e consciente, publicou na rede mundial de computadores, através do seu perfil pessoal (@deputadojesselopes) na rede social Instagram, o seguinte conteúdo, pelo qual pratica e incita discriminação por identidade de gênero e orientação sexual:

[imagem da publicação realizada na internet resta suprimida, porquanto devidamente referida abaixo]

Conforme Informação nº 014/2022, formulada pela Polícia Federal, a postagem do denunciado consistia na publicação do vídeo produzido pela Deputada Estadual Luciana Carminatti, em que a parlamentar defendia, em sessão ordinária da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, o evento "Criança Viada Show", suspenso dias antes pela Prefeitura de Itajaí/SC (INQ2, p. 58/65, do evento 1 – Inquérito Policial nº 5033662- 46.2022.4.04.0000).

Na referida postagem, o denunciado acresce:

Deputada do PT defende o "roda bixa" na ALESC

- Este evento que foi escrachado pela sociedade catarinense não pode ser patrocinado com dinheiro dos impostos. - Fui pego de surpresa pela deputada defendendo o tema, mas ainda consegui, em tempo, me manifestar contra a sua atitude.

- Natural de Criciúma e morador da cidade de Forquilhinha, não posso deixar que esse tipo de tema seja defendido na ALESC sem minha manifestação contrária.

- Tudo o que os "incompreendidos" querem é que aceitemos calados, enquanto eles impõem, de forma subliminar, suas patifarias em forma de "CU-ltura"! (grifamos)

Como se vê, o denunciado discrimina a sexualidade de pessoas LGBTQI+ ao equipará-la a "patifarias".

Os dados do conteúdo incluso no perfil da rede social foram regularmente preservados pela autoridade policial, nos termos da Informação de Polícia Judiciária nº 2205008/2023 (INQ1 do evento 13 – Inquérito Policial nº 5033662-46.2022.4.04.0000).

Mediante informação da Meta Platforms Business Record, gestora da rede social Instagram, foi possível identificar que o perfil @deputadojesselopes está sob titularidade de terminal telefônico pertencente a John Grass, servidor comissionado do gabinete do denunciado, responsável pela edição de vídeos relacionados à atividade política do deputado (INQ1, p. 6 do evento 5, e INQ1 do evento 11 – Inquérito Policial nº 5033662- 46.2022.4.04.0000). Disso se depreende que a autoria delitiva efetivamente recai sobre o parlamentar, haja vista o vínculo de subordinação entre o servidor e o deputado.

Em 05/04/2024, determinei a notificação do acusado para que, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.038/90, oferecesse resposta à acusação devendo alegar preliminares e tudo o que fosse do interesse da defesa, bem como indicasse testemunhas, conforme determina o art. 396-A do CPP.

A despeito de a intimação ter sido efetivada com sucesso, o denunciado quedou silente.

É o relatório. Peço dia.

VOTO

O Senhor Desembargador Ângelo Roberto Ilha da Silva: 1. Da tipicidade apresentada pela denúncia. O Ministério Público Federal enquadrou a conduta atribuída ao denunciado no contexto normativo da Lei nº 7.716/1989, a qual preceitua em seu art. 20:

> *Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)*
>
> *Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza:(Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023)*
>
> *Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)*

A denúncia, referentemente à tipicidade, busca seu amparo concreto na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADO 26 e MI 4773. A Corte estabeleceu que o induzimento ou incitação de discriminação relacionada à orientação

sexual encontra enquadramento típico na norma penal acima transcrita. Assim, sob a perspectiva relacionada a tipicidade em abstrato das condutas narradas, não há necessidade de maiores digressões, porquanto se trata de tema superado pelo STF.

2. Das premissas necessárias ao recebimento da denúncia. Na atual fase processual, descabe a este colegiado incursionar de maneira aprofundada sobre os elementos de prova, especialmente no que tange ao dolo do denunciado. Isso porque os standards probatórios estão ordenados em um nível de exigência progressivo a depender das distintas fases do procedimento (KIRCHER, Luís Felipe. Standards de Prova no Processo Penal: Em Busca de Um Modelo Controlável. São Paulo: Juspodivm, 2024, p. 285 e ss.).

Tenho, pois, em devida conta o fato de, como leciona Aury Lopes Jr., ser "perfeitamente sustentável um **rebaixamento** do *standard* **probatório** conforme a fase procedimental" (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 413). A essa linha compreensiva, no momento do recebimento da denúncia, a praxis jurídico-penal veio a designar como sendo uma etapa em que vigoraria o denominado princípio in dubio pro societate. Desse modo, a instrução criminal é a etapa adequada para que se avaliem as circunstâncias relacionadas ao tipo subjetivo. Aliás, nesse sentido já se pronunciou a 4ª Seção deste Tribunal em acórdão de minha relatoria:

> *2. Na etapa do recebimento da denúncia, vige o princípio in dubio pro societate, não se exigindo prova de certeza acerca da autoria e do dolo, a qual é reservada apenas ao julgamento do mérito. [...] (TRF4 5002736-70.2023.4.04.7009, SÉTIMA TURMA, Relator ÂNGELO ROBERTO ILHA DA SILVA, juntado aos autos em 08/11/2023)*

Tal circunstância, entretanto, não afasta a necessidade de que a peça inicial seja examinada por este colegiado quanto à existência (ou inexistência) dos elementos mínimos que ensejem, ao menos em tese, a caracterização do tipo objetivo da incriminação imputada. Consoante estabelece o art. 41 do CPP, a denúncia conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Cabe, assim, realizar análise sumária acerca da possível existência de "fatos criminosos e suas circunstâncias".

Nessa delineação, o tipo penal incriminador, para além de seus elementos subjetivos, alberga elementos objetivos que se divisam em descritivos e normativos. Os primeiros estão presentes em qualquer tipo penal visto que o crime é tipificado por meio da descrição de uma conduta, seja ela comissiva ("matar alguém", art. 121), seja ela omissiva ("deixar de prestar assistência, art. 135). Por sua vez, os normativos, presentes em alguns tipos, são aqueles que reivindicam uma valoração a sua compreensão, de que são exemplos a expressão "coisa alheia", no crime de furto (art. 155) ou o termo "documento", no crime de falsum (art. 297). Os elementos objetivos, como afirmei em sede doutrinária: "Estão, por assim dizer, no mundo, e não no agente" (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Teoria Geral do Crime. 3ª ed. Belo Horizonte/ São Paulo: D'Plácido, 2024, p. 137).

O bem jurídico compõe o tipo objetivo. Isso fica muito claro na hipótese de crime impossível em virtude da absoluta impropriedade do objeto (CP, art. 17). Tanto que, se o agente desfere tiros, com animus necandi, em pessoa morta, não comete crime de homicídio (sequer tentado) pela ausência do bem jurídico vida. Nesse sentido, é a precisa lição de Juarez Tavares: "O bem jurídico, embora não integre a estrutura do tipo como seu elemento escrito, está nele incorporado como seu pressuposto. O bem jurídico delimita a proibição" (TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 183). Esse, com efeito, é o entendimento da doutrina (PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 5ª ed. Londrina: Thoth, 2023, v. I, t. II, p. 200).

Ao qualificar determinada conduta como típica, o legislador está a erigir um bem jurídico à condição de objeto de proteção do Direito Penal. Trata-se, como é consabido, da esfera mais gravosa de intervenção estatal, a qual somente deve ser chamada a atuar diante de ações notadamente lesivas e que não possam ser adequadamente retorquidas pelos demais ramos do Direito (princípio da subsidiariedade penal). Acerca do tema, Miguel Polaino Navarrete afirma que "o bem jurídico pode ser definido, de forma sintética, a nosso juízo, como o bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do direito penal" (POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 270).

Hoje, praticamente não há relutância em considerar-se o bem jurídico como conteúdo material do injusto penal. A análise do delito por sua perspectiva material possui o mérito de buscar estabelecer um conteúdo substancial à noção de crime, tendo em conta sua mens legis. Nesse caminho, ausente a violação, efetiva ou potencial, ao bem jurídico, estar-se-á diante de conduta atípica. Como observa Fábio Roberto D'Ávila, a incriminação não encontra justificação na "boa vontade estatal" (D'ÁVILA, Fábio Roberto. "Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídico no Direito Penal Contemporâneo". In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias (org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa). Coimbra: Coimbra, 2009, p. 189).

Nesse sentido, colaciono lição de Luiz Régis Prado que, além de identificar no bem jurídico as funções dogmática, teleológica (ou interpretativa), de orientação político-criminal e individualizadora, destaca seu papel de garantia ou limitador ao poder-dever de punir: "O bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal. Em relação a essa função, alude-se que o legislador é formalmente livre de penalizar ou não uma conduta, mas substancialmente não é arbitro de sua escolha" (PRADO, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 51-52).

Esse voltar de olhos para o bem jurídico enquanto componente do tipo objetivo bem revela a atualidade das lições de José Frederico Marques, textualmente: "Isso significa que, no processo penal, faltará legítimo interêsse para acusar se os fatos colhidos no inquérito (ou em outra investigação) não mostrarem a possibilidade de apurar-se qualquer lesão a bens jurídicos penalmente tutelados" (MARQUES, José Frederico. Estudos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 147). Além disso, como salienta Gustavo Badaró, "é inegável o

caráter apenador do simples 'estar sendo processado'" (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 172).

Afrânio Silva Jardim, por sua vez, é enfático ao predicar que "torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, prima facie, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade" (JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 169). Em corroboração e esse entendimento, está Gustavo Badaró, a ver-se: "Não há justa causa para a ação penal se não se tem certeza da ocorrência de um crime. Sem a certeza do crime, a ação penal seria injusta e desnecessária" (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 175).

O mais "notável" movimento posto a combater o bem jurídico enquanto conteúdo material do injusto ou do ilícito-típico foi, a toda evidência, a Escola de Kiel, a qual, sob o influxo "das ideias nazistas", "entendia constituir o delito não ofensa ou exposição de perigo de bens jurídicos, mas "violação de deveres" (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33).

Essa linha compreensiva, consoante lecionam Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, reconduzia o "critério de determinação da danosidade" ao "são sentimento popular" ("sano sentimento popolare"), que se expressava na figura do Führer, a ver-se: "L'intervenuto mutamento del rapporto Stato-cittadino, quale effetto della rivoluzione nazionalsocialista, fa sì che al centro del reato assurga la violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato etico, impersonato dal Führer" (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo MUSCO. Diritto Penale: Parte Generale. 8ª ed. Torino: Zanichelli, 2019 (Ristampa 2023), p. 10-11).

Friedrich Schaffstein é reconhecido como um dos principais pensadores da Escola de Kiel e defensor, em suas próprias palavras, de um "espírito genuinamente nacional-socialista" e de um direito penal "verdadeiramente revolucionário e que não se furta em abandonar os caminhos do direito penal que o Iluminismo e seus descendentes liberais de uma vez por todas". Ademais, propugnava que a verdadeira fonte do direito "é o são sentimento do povo", o qual não deve se ver obviado "por um sistema de leis rígido e, por sua natureza, sempre artificial". Sustentava, nesse caminho, o afastamento da proibição da analogia sob o argumento segundo o qual se torna mais prático chegar-se ao conceito material de injusto. (SCHAFFSTEIN, Friedrich. "Nationalsozialistisches Strafrecht. Gedankenzur Denkschrift des Preußischen Justizministers". Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 53, Jahresband (1934), p. 603-628, 603, 607). Essas breves passagens se revelam suficientes para ilustrar o ideário dessa orientação.

Ilustrativamente, como bem observa Alaor Leite, "o incesto entre irmãos adultos viola sentimentos comuns à grande média dos indivíduos da sociedade brasileira; essa conduta, porém, não é legitimamente criminalizável por faltar-lhe lesividade" (LEITE, Alaor. "A

Reforma da Reforma da Parte Geral Reformada do Código Penal – Subsídios para a História do Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012)", In: Reforma Penal: A Crítica Científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2-12) (org. Alaor Leite). São Paulo: Atlas, 2015, p. 26).

Postas essas premissas, passo à análise do tipo penal incriminador apontado na denúncia.

3. Da ausência de tipicidade objetiva e violação ao bem jurídico tutelado no caso concreto. Estabelecida a premissa relacionada à necessidade da presença de (ao menos) potencial lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 20 da nº Lei 7.716/1989 para que haja tipicidade passível de deflagrar persecução criminal, passo a apresentar as razões pelas quais considero que a conduta perpetrada pelo denunciado não foi capaz de violar a perspectiva objetiva do tipo em questão e, por consequência, de lesionar o bem jurídico subjacente.

In casu, considerando ambos os crimes imputados ao réu, o MPF considerou criminosas as seguintes frases: a) "O problema de tudo isso não é a liberdade de eles ir (sic) queimar onde eles bem entender (sic)."; b) "O problema é usar o dinheiro público do pobre, que é o que mais paga impostos, pra fazer patifaria."; c) "esse tipo de sem-vergonhice"; d) "Então a gente não consegue acabar com o estupro, então vamos liberar o estupro. Não consegue acabar com o tráfico, vamos liberar o tráfico"; e) "Nós estamos perdendo o senso, o bom senso do certo. Porque a gente não consegue alcançar o certo, aí acaba com o certo, com a referência do que é o correto, do convívio entre as pessoas, só porque a gente não consegue alcançar a máxima. Isso é um absurdo."; f) "mas eu parabenizei o prefeito Morastoni pela ação, pela atitude"; g) "Tudo o que os "incompreendidos" querem é que aceitemos calados, enquanto eles impõem, de forma subliminar, suas patifarias em forma de "CU-ltura"!".

Preliminarmente, destaco desde logo que este julgador não está afirmando que a conduta descrita pelo Parquet seja de avisada circunspecção ou seja condizente com uma conduta recomendável a um Deputado Estadual. Essa perspectiva não é (e não dever ser) objeto de apreciação, pois o juízo a ser aqui realizado deve estar adstrito aos limites da fronteira entre definir se o fato constitui ou não constitui um infração penal. Ocorre que estamos na seara do direito penal e, portanto, a imputação deve ser avaliada nos estritos termos da denúncia que delimitou a descrição dos fatos.

Dito isso, com a devida vênia ao entendimento ministerial, não verifico no referido discurso conduta capaz de se amoldar ao tipo objetivo de modo a violar o bem jurídico tutelado pela lei penal. A reprovabilidade da fala sob perspectiva moral, social e política é questão alheia à seara penal, a qual reclama rígidos requisitos para sua aplicação.

Tal conclusão resta clara ao analisarmos o teor do art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1989, porquanto não se trata de norma destinada a punir o discurso imoral, falacioso ou reprovável. O bem jurídico tutelado pelo dispositivo é a igualdade material entre os seres humanos mediante elisão da propagação de ideias concretamente voltadas ao ódio, à discriminação e cujo escopo

seja o de ativamente impulsionar ações lastreadas no seguinte tripé axiológico: a) valoração positiva da desigualdade entre indivíduos; b) defesa da superioridade de determinado grupo sobre outro, e, principalmente; e c) legitimação da subjugação de indivíduos. Aliás, ao tratar do tema pertinente aos limites da liberdade de expressão, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que:

> *De particular relevância no contexto da liberdade de expressão é o da prática do assim chamado discurso do ódio ou de incitação ao ódio (hate speech). [...] a liberdade de expressão encontra limites na dignidade da pessoa humana de todas as pessoas e grupos afetados* ***quando utilizada para veicular mensagens de teor discriminatório e destinadas a incitar o ódio e até mesmo a violência****. [...] o fato é [...] a ilegitimidade constitucional do discurso do ódio e da incitação à violência, preconceito e discriminação, considerando que a liberdade de expressão não contempla "manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal desde que, é claro, devidamente configurados. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p 453 e ss).*

As frases proferidas pelo denunciado e descritas pelo MPF, não representam crime de incitação à violência ou discurso de ódio. Não há, no contexto do discurso, "finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação", elementos subjacentes imprescindíveis à caracterização objetiva da conduta violadora do bem jurídico tutelado pelo art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1989.

Trazendo perspectiva jurisprudencial do tema, colaciono julgado do Supremo Tribunal Federal que bem estabelece os contornos necessários para que se considere a presença de violação ao bem jurídico em análise:

> *[...] 2. Nos termos da jurisprudência do STF, "a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social" (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003), de modo que o conceito jurídico associado ao racismo não pode ser delineado a partir de referências raciais ancoradas em compreensões científicas há muito superadas. Assim, a imprescritibilidade de práticas de racismo deve ser aferida segundo as características político-sociais consagradas na Lei 7.716/89, nas quais se inserem condutas exercitadas por razões de ordem religiosa e que se qualificam, em tese, como preconceituosas ou discriminatórias. 3. A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação. 4. No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas.* ***5. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta***

> ***relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior. 6. A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na suposta prestação de auxílio ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável****. 7. Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais. 8.* ***Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal****. 9. Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente. (RHC 134682, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29-11-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017)*

A compreensão é integralmente aplicável ao caso concreto, porquanto a fala destacada na inicial acusatória está inserida no âmbito de discussão política parlamentar acerca da destinação de verbas públicas a programas de cunho cultural e educacional. Não há dúvidas de que o linguajar chulo utilizado por JESSE DE FARIA LOPES não contribui para a contraposição democrática de ideias e poderia ser evitado no debate público nacional, especialmente no âmbito da tribuna de uma Câmara de representantes do povo. Todavia, o contexto do discurso denota a ausência de tipicidade objetiva por conta da inexistência de qualquer defesa voltada à dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior. O que pretendia o Deputado era exclusivamente impedir a destinação dos recursos ao projeto cultural sustentado por seus opositores.

Nessa linha, tratando-se de discussão de mandatários públicos quanto ao direcionamento de verbas igualmente públicas, há ainda uma segunda salvaguarda atuando em benefício do ora denunciado, notadamente sua imunidade parlamentar:

> *Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.*

Tal garantia constitucional outorgada aos representantes eleitos, segundo a teoria funcional da imunidade parlamentar, está diretamente ligada ao exercício de seus respectivos mandatos. Não pode ser punida a conduta do representante popular que, dentro dos limites constitucionais e legais, defenda as ideias daqueles que o elegeram. Em um Estado Democrático de Direito, o poder público não se coloca como uma espécie de Big Brother, um Grande Irmão a controlar com mão de ferro a vida das pessoas. Nem tudo o que viola a ética ou a própria realidade será, automaticamente, objeto do direito penal. Disputas ideológicas, político-

partidárias ou que repousem sobre visão de mundo devem permanecer alheias ao espaço neutro do processo – especialmente do processo penal – quando destituídas de aptidão para pôr em crise o bem jurídico tutelado. Neste sentido, a propósito, já se pronunciou este tribunal em caso similar (processo nº 50099536420234047107).

Aliás, consoante referi inicialmente, a presente denúncia já é a segunda manejada pelo Ministério Público Federal em face de JESSE DE FARIA LOPES, denunciado este que insiste em conduzir sua atuação em tom provocador. Ainda assim, diferentemente do que ocorreu no âmbito da anterior ação penal deflagrada, entendo que as assertivas ora em análise, mesmo que em tom beligerante não têm o condão de ingressar na esfera criminal. Este é o mundo da política do qual deve o Poder Judiciário se alhear.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em sentido similar ao analisar caso concreto envolvendo debate atinente aos temas da liberdade de expressão e tolerância religiosa. A Corte buscou estabelecer os limites distintivos entre a crítica ou posição contundente e a intolerância, compreensão essa aplicável à denúncia ora em análise. Consta da ementa do precedente:

> *Reclamação. 2. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo. 4. Ofensa à autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 130 e da ADI 2.404. 5. Limites da liberdade artística.* ***6. Importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático. Proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio.*** *7. Distinção entre intolerância religiosa e crítica religiosa. Obra que não incita violência contra grupos religiosos, mas constitui mera crítica, realizada por meio de sátira, a elementos caros ao Cristianismo. 8. Reclamação julgada procedente. (Rcl 38782, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2021 PUBLIC 24-02-2021)*

No caso ora reproduzido, a despeito do conteúdo jocoso levado ao ar, no especial de Natal produzido pela produtora de vídeos Porta dos Fundos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a obra cinematográfica **não deveria sequer ser tirada do ar**. Na ocasião, o Min. Gilmar Mendes destacou que: "a liberdade de expressão é fundamental ao Estado democrático de Direito, uma vez que permite a livre circulação de ideias e o debate público sobre os mais variados temas. A proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de **incitação** à violência, bem como de propagação de discurso de ódio. [...] ***Atos estatais, de quaisquer de suas esferas de Poder, praticados sob o manto da moral e dos bons costumes ou do politicamente correto apenas servem para inflamar o sentimento de dissenso, de ódio ou de preconceito, afastando-se da aproximação e da convivência harmônica".***

Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão constitui uma espécie

de "direito mãe" (MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 370 e ss.). Trata-se de um direito par excellence do debate público democrático, mesmo em situações que causem dissabor. Ainda, como aduzem Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto, "o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões quanto a ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Nesse sentido, em princípio, todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão" (SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Constituição e Direito Penal: Questões Polêmicas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 59).

À dificuldade punitiva exposta ("Importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático", como assenta o STF) acresce, concretamente, aquela inicialmente mencionada relativa à ausência de ofensividade a um bem jurídico. Franz von Liszt proclamava, contra a onipotência do Estado, que, paradoxalmente, “o código penal é a magna charta do criminoso" (LISZT, Franz von. Ueber den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893). In: LISZT, Franz von. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Berlin: J. Guttentag, 1905 (Reimpressão: Walter de Gruyter & Co., 1970), v. 2, p. 60). Para Liszt, mostra-se inarredável o “conceito de bem jurídico como o conceito limitador da lógica jurídica penal” (LISZT, Franz von. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre (1886). In: LISZT, Franz von. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Berlin: De Gruyter, 1905, v. 1, p. 222). Dado o papel de proteção do direito penal, Liszt destacava a ofensa a bens ou interesses jurídicos como o princípio superior.

Essa linha de orientação encontra-se hoje sedimentada. "A conduta humana", enfatiza Winfried Hassemer, "somente pode ser então injusto penal quando ofende um bem jurídico" (HASSEMER, Winfried. *Einfühfrung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2ª ed, München: C. H. Beck, 1990, p. 24). "A função do direito penal", nas palavras de Francisco de Faria Costa, "é a de proteger bens jurídicos. Hoje é uma realidade indesmentível que a função primeira do direito penal é a de defender ou proteger bens jurídicos que tenha dignidade penal" (FARIA COSTA, José de. Direito Penal. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, p. 21-22).

As razões do direito penal adjudicadas à ofensa a um bem jurídico, constituem, mais do que reivindicações doutrinárias, a todas as luzes, como evidencia Jorge de Figueiredo Dias, princípio jurídico-constitucional (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "O 'Direito Penal do Bem Jurídico' como Princípio Jurídico-Constitucional Implicíto (À Luz da Jurisprudência Constitucional Portuguesa)". In: Crime e Política (org. Alaor Leite e Adriano Teixeira). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 286 e ss).

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente afirmado essa compreensão. Ilustrativamente, colaciono o Recurso Extraordinário nº 583.523/RS, julgado em 3.10.2013, no qual o Plenário da Corte Suprema decidiu, por unanimidade, que o art. 25 da Lei das

Contravenções Penais não foi recepcionado pela Constituição de 1988. O referido dispositivo legal, que tipificava como contravenção penal o porte injustificado de objetos por pessoas com condenações por furto ou classificadas como vadios ou mendigos, foi, assim, julgado inconstitucional. Colhe-se excerto do instrutivo voto do Relator, o Ministro Gilmar Mendes: "*Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação da lei penal. E, com maior razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal*".

Diante de tais fundamentos, entendo que carece a denúncia de justa causa para ser processada. As frases proferidas pelo denunciado e descritas pelo MPF, ainda que passíveis de crítica, não representam crime de incitação à violência na forma do art. 20 da Lei nº 7.716/1989.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por **rejeitar a denúncia**, forte no art. 395, inc. III, do CPP.

VOTO-VISTA

Pedi vista dos autos para melhor examinar as circunstâncias fático-processuais do caso penal, e tenho por, respeitosamente, divergir da solução encaminhada pelo e. Desembargador Federal Ângelo Roberto Ilha da Silva.

A divergência diz com a percepção, com a vênia do e. Relator, de que há justa causa para a ação penal, a autorizar o recebimento da denúncia apresentada.

Trata-se de Ação Penal ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, em face JESSÉ DE FARIA LOPES, Deputado Estadual eleito e em exercício na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

A tese acusatória se desenvolve no sentido de que o denunciado teria praticado, em duas oportunidades, e em concurso material, crime de discriminação social por homofobia e transfobia incidindo no art. 20, caput e § 2º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

As condutas descritas na denúncia teriam ocorrido nas datas de 25/05/2021 e 26/05/2021.

Na primeira delas o denunciado teria se utilizado da tribuna da Assembleia Legislativa de Santa Catarina para fazer ataques à comunidade LGBTQIAPN+ em razão da possível implementação do projeto "Criança Viada Show", o qual consistia em uma série de vídeos e podcasts cujo objetivo seria trazer a discussão pertinente a traumas de infância e resistência no âmbito de tal minoria social.

No dia seguinte, JESSÉ DE FARIA LOPES teria efetuado postagem em rede social atacando colega parlamentar mediante utilização de novo discurso discriminatório acerca do tema sexualidade.

Nesse contexto, segundo o órgão acusador, estariam configurados dois crimes consumados pelo denunciado.

Os fatos foram assim narrados na denúncia:

I. FATO 1

No dia 25 de maio de 2021, em sessão ordinária na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, o denunciado Jessé de Farias Lopes, agindo com vontade livre e consciente, proferiu discurso no qual incitou a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual.

A fala do denunciado referia-se ao Projeto "Criança Viada Show", que consiste na formulação de uma série em formato de vídeos e podcast, cujo objetivo é discutir traumas de infância e resistência da comunidade LGBTQI+.

Vale ressaltar que a transmissão da sessão é realizada pela própria Assembleia por meio da TV aberta e mediante o canal no youtube "assembleiasc". A mídia que contém o discurso do denunciado inicia com a fala da Deputada Estadual Luciane Maria Carminatti:

> *"Criança Viada Show" é um projeto de memória e registro de cinco artistas homossexuais que falam em formato de podcast e vídeo sobre suas trajetórias, vidas e existências enquanto homens LGBTQI+. "Criança viada" é um termo que se tornou muito popular em 2004 na figura do ativista Iran Giusti, que criou um blog onde discutia a experiência das pessoas homossexuais, principalmente homens gays durante a infância. 'É com imensa tristeza, pouca surpresa e nenhuma apatia que viemos nessa nota dizer que nossa live está suspensa, mas nunca cancelada. Quando tudo que não foi lido sobre nosso projeto for compreendido, nós voltaremos. As inverdades propagadas nas mídias sociais por membros da sociedade civil e por políticos eleitos não passarão. Somos artistas, somos gays, somos pesquisadores, somos produtores, somos resistência'. Eu quero lembrar aqui que em 2019 nós tivemos 329 mortes de LGBTs QI+ no Brasil. Os dadosaté então apresentados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) mostram que o Brasil é um dos países que mais mata travestis e transexuais do mundo. Todos têm o direito à infância, todos têm direito a memória, todos têm direito a voz e este Parlamento não pode negar, censurar o direito da população LGBTQI+, porque cada vez que uma autoridade reproduz manifestações de preconceito, de violência e de negação de direitos, a nossa voz tem uma força maior. Um podcast que era destinado para adultos. 'Ah, mas quem tem controle?' Pois é, mas quem tem controle, por exemplo, sobre os filmes que também trazem as tarjas indicativas com relação à idade? Quem tem controle sobre isso? Então nós vamos abolir todos os filmes que podem ter algum olhar, acompanhamento por parte de crianças e adolescentes?*

Após, consta o discurso do denunciado Jessé:

> *Parece que foi combinado, né? Mas não foi. Eu vim lá da minha cidade de Criciúma, né?*

> *217 mil habitantes, pra vim aqui ter que ouvir pessoas defendendo eventos com o tema de "Criança Viada". 'Não somos compreendidos'. É sempre assim. Eles nunca são compreendidos. Stalin também não foi compreendido. O problema de tudo isso não é a liberdade de eles ir queimar onde eles bem entender, falar o que eles bem entender pra quem eles bem entender. O problema é usar o dinheiro público do pobre, que é o que mais paga impostos, pra fazer patifaria; que podem fazer, com o seu dinheiro, no seu espaço, e pra quem quiser ouvir. Teve gente da cultura, músicos, que estão passando necessidade, que não tiveram oportunidade de conseguir esse recurso, mas pra esse tipo de sem vergonhice aí tem. Aí então, quer dizer que porque a gente não consegue, na internet, colocar tarja de segurança de idade pra tudo, então vamos liberar tudo. Então a gente não consegue acabar com o estupro, então vamos liberar o estupro. Não consegue acabar com o tráfico, vamos liberar o tráfico. Mas que relativização é essa? Nós estamos perdendo o senso, o bom senso do certo. Porque a gente não consegue alcançar o certo, aí acaba com o certo, com a referência do que é o correto, do convívio entre as pessoas, só porque a gente não consegue alcançar a máxima. Isso é um absurdo. Nem era sobre isso que eu ia falar, presidente, mas eu parabenizei o prefeito Morastoni pela ação, pela atitude. Tem meu total apoio e da maioria esmagadora dos catarinenses pela atitude do prefeito.*

Conforme Informação nº 014/2022, formulada pela Polícia Federal, o vídeo em questão, além de constar no canal do youtube da assembleia, foi publicado pelo denunciado através do seu perfil pessoal (@deputadojesselopes) na rede social Instagram (INQ2, p. 58/65, do evento 1 – Inquérito Policial nº 5033662-46.2022.4.04.0000).

O vídeo publicado foi regularmente preservado pela autoridade policial, nos termos da Informação de Polícia Judiciária nº 2205008/2023 (INQ1, VÍDEO2, do evento 13 – Inquérito Policial nº 5033662-46.2022.4.04.0000).

Destacam-se do discurso do deputado os seguintes pontos que incitam a discriminação contra a população LGBTQI+:

1. "O problema de tudo isso não é a liberdade de eles ir (sic) queimar onde eles bem entender " – referência pejorativa a comportamento relacionado à orientação sexual e de gênero;

2. "O problema é usar o dinheiro público do pobre, que é o que mais paga impostos, pra fazer patifaria" – referência pejorativa ao evento que trataria de tema relacionado à orientação sexual, equiparando-a "patifaria";

3. "esse tipo de sem-vergonhice" – referência pejorativa ao evento, com possível extensão à própria orientação sexual dos promotores do referido evento e dos seus participantes;

4. "Então a gente não consegue acabar com o estupro, então vamos liberar o estupro. Não consegue acabar com o tráfico, vamos liberar o tráfico." – analogia entre a sexualidade da população LGBTQI+ e atividades criminosas, quando está discorrendo sobre as classificações

etárias de conteúdo;

5. "Nós estamos perdendo o senso, o bom senso do certo. Porque a gente não consegue alcançar o certo, aí acaba com o certo, com a referência do que é o correto, do convívio entre as pessoas, só porque a gente não consegue alcançar a máxima. Isso é um absurdo." – discriminação de comportamentos, aduzindo que só há um tipo de sexualidade e orientação sexual correto;

6. "mas eu parabenizei o prefeito Morastoni pela ação, pela atitude." – Parabeniza o prefeito de Itajaí-SC pelo fato de ter cancelado evento que trataria de tema relacionado à sexualidade LGBTQI+.

Como se vê, o discurso do denunciado discrimina pessoas, tendo como única razão sua sexualidade ou orientação de gênero, tratando-as com termos como "liberdade de eles ir (sic) queimar onde eles bem entender", "patifaria", "sem-vergonhice", e mesmo equiparando-as a atividades criminosas graves como estupro e tráfico de drogas.

Diante disso, resta demonstrada conduta ilícita praticada pelo deputado, quando de seu discurso na tribuna da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, que, frisa-se, não está acobertado pela imunidade parlamentar, especialmente por caracterizar discurso discriminatório que atenta contra os direitos humanos e toda a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e às relevantes atividades dos poderes da República na implementação da igualdade de direitos.

Com efeito, a imunidade material dos parlamentares não é absoluta, alcançado opiniões, palavras e votos que tenham conexão com o exercício do mandato, nos termos do artigo 53 da Constituição Federal, o que difere da prática dos chamados "discursos de ódio", que configuram grave crime contra parcela da população. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de opinião e manifestação do parlamentar, ratione muneris, impõe contornos à imunidade material, nos limites estritamente necessários à defesa do mandato contra o arbítrio, à luz do princípio republicano que norteia a Constituição Federal (Pet 5705, Primeira Turma, Relator: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 05/09/2017, Publicação: 13/10/2017). No mesmo sentido, Petição nº 7.174, Primeira Turma, Rel. designado Min. Marco Aurélio, j. 10.03.2020; Petição nº 5.243/DF, Rel. Min. Luiz Fux; Petição nº 9.456/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes.

Dessa forma, ausente liame direto entre o fato apontado como crime e o exercício do mandato parlamentar, não há falar em imunidade ou inviolabilidade.

II. FATO 2

No dia 26 de maio de 2021, o denunciado Jessé de Farias Lopes, agindo com vontade livre e consciente, publicou na rede mundial de computadores, através do seu perfil pessoal (@deputadojesselopes) na rede social Instagram, o seguinte conteúdo, pelo qual pratica e

incita discriminação por identidade de gênero e orientação sexual:

[imagem da publicação realizada na internet resta suprimida, porquanto devidamente referida abaixo]

Conforme Informação nº 014/2022, formulada pela Polícia Federal, a postagem do denunciado consistia na publicação do vídeo produzido pela Deputada Estadual Luciana Carminatti, em que a parlamentar defendia, em sessão ordinária da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, o evento "Criança Viada Show", suspenso dias antes pela Prefeitura de Itajaí/SC (INQ2, p. 58/65, do evento 1 – Inquérito Policial nº 5033662- 46.2022.4.04.0000).

Na referida postagem, o denunciado acresce:

Deputada do PT defende o "roda bixa" na ALESC

- Este evento que foi escrachado pela sociedade catarinense não pode ser patrocinado com dinheiro dos impostos. - Fui pego de surpresa pela deputada defendendo o tema, mas ainda consegui, em tempo, me manifestar contra a sua atitude.

- Natural de Criciúma e morador da cidade de Forquilhinha, não posso deixar que esse tipo de tema seja defendido na ALESC sem minha manifestação contrária.

- Tudo o que os "incompreendidos" querem é que aceitemos calados, enquanto eles impõem, de forma subliminar, suas patifarias em forma de "CU-ltura"! (grifamos)

Como se vê, o denunciado discrimina a sexualidade de pessoas LGBTQI+ ao equipará-la a "patifarias".

Os dados do conteúdo incluso no perfil da rede social foram regularmente preservados pela autoridade policial, nos termos da Informação de Polícia Judiciária nº 2205008/2023 (INQ1 do evento 13 – Inquérito Policial nº 5033662-46.2022.4.04.0000).

Mediante informação da Meta Platforms Business Record, gestora da rede social Instagram, foi possível identificar que o perfil @deputadojesselopes está sob titularidade de terminal telefônico pertencente a John Grass, servidor comissionado do gabinete do denunciado, responsável pela edição de vídeos relacionados à atividade política do deputado (INQ1, p. 6 do evento 5, e INQ1 do evento 11 – Inquérito Policial nº 5033662- 46.2022.4.04.0000). Disso se depreende que a autoria delitiva efetivamente recai sobre o parlamentar, haja vista o vínculo de subordinação entre o servidor e o deputado.

Notificado o acusado para que oferecesse resposta à acusação, nos termos do art. 396-A do CPP, quedou-se silente.

Pois bem.

Como se viu do relatório, em apertada síntese, após evidenciar a perspectiva de que o bem jurídico penal integra o conteúdo material do tipo penal (objetivo), ressaltando a necessidade de aferir-se a danosidade da conduta, para que se verifique a existência de justa causa para o recebimento da denúncia, compreendeu o e. Relator que a conduta do acusado não consubstanciou prática homofóbica/transfóbica, se revelando a expressão de preocupação e cuidado do parlamentar estadual com o bom uso de recursos públicos para a realização do evento Criança Viada Show.

Necessário contextualizar, de saída, que o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO 26 -DF, reconheceu a existência de omissão inconstitucional do legislador ordinário brasileiro na edição de norma que criminalize atos de homofobia, à luz do art. 5º, XLI e XLII, CF.

Indicou o Relator da ADO - 26, previamente ao julgamento, os conceitos-chave da discussão, nos seguintes termos:

> *12. Primeiramente, explicito alguns conceitos-chave da discussão. O termo homofobia [4] foi cunhado na década de 1970 pelo psicólogo clínico George Weinberg [5] para definir sentimentos negativos com relação a homossexuais. Nos dias atuais, as palavras homofobia e transfobia costumam ser empregadas para designar emoções ruins – como aversão, raiva, desprezo, ódio, desconforto e medo – com relação aos membros da comunidade LGBTI+. Ainda que não exista um conceito unívoco a seu respeito, é possível dizer que a homofobia e a transfobia significam a violência física ou psicológica contra uma pessoa, respectivamente em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, manifestando-se em agressões, ofensas e atos discriminatórios.*
>
> *13. Nesse ponto, vale lembrar que sexo é uma condição física, biológica. Gênero diz respeito à autopercepção do indivíduo, ao sentimento de pertencimento ao universo feminino, masculino, ou a nenhuma dessas definições tradicionais. A orientação sexual, por sua vez, está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual. A orientação sexual e a identidade de gênero não traduzem escolhas livres, são apenas fatos da vida.*
>
> *(...)*

III.4. UMA NOTA SOBRE A HISTÓRIA DE UM PRECONCEITO

> *29. No dia 4 de maio de 2011, eu estava na tribuna do STF sustentando o direito de as uniões afetivas serem reconhecidas como uniões estáveis. Impedir uma pessoa de colocar o seu afeto e a sua sexualidade onde mora o seu desejo é privá-la de uma dimensão essencial da vida, é privá-la da dignidade humana. O que vale na vida são os nossos afetos.*

Ao início do exame da existência de omissão inconstitucional na criminalização da homofobia, assentou o Ministro Celso de Mello:

> *39. A ausência de norma criminal punitiva de atos de homofobia e transfobia configura mora inconstitucional do legislador, nos termos do art. 103, §2º, CF, decorrente da ausência de regulamentação suficiente do art. 5º, XLI e XLII, CF.*

40. Em primeiro lugar, o art. 5º, XLI, CF estabelece que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Ainda que não exista uma definição unívoca a respeito do que são a homofobia e a transfobia, não há dúvidas de que constituem formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo. Como se viu, o preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTI+, grupo historicamente marginalizado. Dito em outras palavras: no Brasil, a homofobia mata e, por isso, deve ser criminalizada.

41. Nesse ponto, vale fazer uma observação. O art. 5º, XLI, CF diz que "a lei punirá" condutas atentatórias de direitos e liberdades fundamentais, sem especificar textualmente se esse comando deve ser cumprido por meio da tipificação penal ou da punição administrativa desses atos. No entanto, a interpretação constitucional não pode se desvincular do contexto em que se insere. Em razão de três fatores que exponho a seguir, entendo que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da vedação à proteção insuficiente, impõe que a proteção da integridade física e psíquica da população LGBTI+ se dê por meio da criminalização da discriminação contra a orientação sexual e/ou a identidade de gênero.

Avançando na construção da solução para sanar a omissão decorrente da superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) ressaltou o Ministro Relator que, *[a]inda que a homofobia e a transfobia possam não se enquadrar no sentido usualmente atribuído ao termo racismo na linguagem popular, é certo que esta Corte, encarregada de interpretar o sentido e o alcance do texto constitucional, manifestou-se de forma inequívoca a respeito do alcance a ser dado a esse conceito, adotando definição abrangente.*

Nessa trilha, fazendo remissão ao paradigmático Caso Ellwanger, no qual o STF fixou o entendimento de que "o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas", concluiu o julgado que ***a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a <u>proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos</u>, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+.***

Reconhecido no julgamento da ADO 26/DF, que a homofobia e a transfobia traduzem expressões de racismo em sua dimensão social, o julgado trouxe na sua ementa:

*– **Até que sobrevenha lei** emanada do Congresso Nacional **destinada a implementar** os mandados de criminalização **definidos nos incisos** XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, **as condutas** homofóbicas e transfóbicas, reais **ou** supostas, **que envolvem** aversão odiosa à orientação sexual **ou** à identidade de gênero de alguém, **por traduzirem** expressões de racismo, **compreendido este** em sua dimensão social, **ajustam-se**, por identidade de razão **e** mediante adequação típica, aos **preceitos primários** de incriminação **definidos** na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, **constituindo**, também, **na hipótese** de homicídio doloso, circunstância que o qualifica , **por configurar** motivo torpe (**Código Penal**, art. 121, § 2º, I, "in fine").*

Assentou o acórdão de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, para colmatar o tipo de homofobia e de transfobia, que:

*– O **conceito** de racismo, **compreendido** em sua dimensão social, **projeta-se** para além de aspectos **estritamente** biológicos ou fenotípicos, **pois resulta**, enquanto manifestação de poder, **de uma construção** de índole histórico-cultural **motivada** pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, **à dominação** política, **à subjugação** social **e à negação** da alteridade, da dignidade e da humanidade **daqueles** que, por **integrarem** grupo vulnerável (LGBTI+) e por **não** pertencerem ao estamento **que detém** posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos**, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a **uma injusta e lesiva** situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.*

Quanto ao **mérito**, ao contrário do e. Relator, não vislumbro que as falas em escrutínio - as quais o órgão acusador identifica como veiculadoras de manifestação homofóbica/transfóbica - tenham se restringido à discussão política parlamentar acerca da destinação de verbas públicas a programas de cunho cultural e educacional. Isso porque, para o exercício desse munus legislativo como representante da população catarinense, não haveria a necessidade de tecer as considerações acerca da opção sexual de terceiros identificáveis que publicizou, para o que era bastante e suficiente expressar a contrariedade acerca do custeio/patrocínio/incentivo ao projeto Criança Viada Show, na sua condição de parlamentar.

Em sentido oposto ao trilhado pelo e. Relator, enxergo, com clareza e de forma induvidosa, o intuito do denunciado - legislador estadual catarinense - desde a sua posição pública e do seu local de poder como deputado estadual, da prática de ato de **segregação** que **inferioriza** membros integrantes do grupo LGBTI+ em razão de sua orientação sexual, ao empregar a exposição dessa condição, exclusivamente, para demonstrar a inconformidade com a atividade Criança Viada Show.

*Sinal e sintoma disso que se constatou, é o fato de que no presente caso a atividade programada, segundo consta, não se realizou, a evidenciar a materialização do **controle ideológico** (eliminação do local de fala), da **dominação política** (realizada por representante do povo que possui agremiação política), **subjugação social** (pela invisibilização), e pela*

***negação da alteridade**, da **dignidade** e da **humanidade dos integrantes do grupo LGBTI+,** que foram reconhecidos no julgamento da ADO 26-DF como **não** pertencentes ao **estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social e, por isso, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito** (inclusive direitos fundamentais).*

Para além do quanto fixado pelo paradigmático julgado, entendo deva ser referido o olhar que as Ciências Criminais lança sobre a criminologia do preconceito.

> *CARVALHO, ao tratar sobre a possibilidade de uma criminologia queer, delimita a existência de relevante objeto de análise: a **violência homofóbica**:*
>
> *Groombridge, em sua provocação para que criminologia "saia do armário", aponta um problema real que tende a interditar as possibilidades de interlocução do pensamento queer com a criminologia: a marginalização dos temas de gênero na criminologia e a marginalidade da própria criminologia nos cursos de direito (GROOMBRIDGE, 1999, p. 539). na mesma linha, Sorainen lembra que a criminologia segue silente e em em algumas situações inclusive apresente severas resistências aos temas e às teorias queer (SORAINEN, 2003). Os problemas, precisamente pontuados por Groombridge e Sorainen, tendem a se agravar ainda mais nos países de tradição jurídica romano-germânica, diante da incipiência da inserção dos pensamentos feminista e queer na ciência do direito.*
>
> *No entanto, penso que o gradual (mas não homogêneo) espaço conquistado pela teoria do etiquetamento, pela criminologia feminista e pela criminologia crítica nas ciências criminais latino-americanas pode representar uma interessante abertura para o diálogo com o pensamento queer. É que entendo possível afirmar que os níveis micro e macrocriminológicos de compreensão das violências e dos processos de criminalização, desenvolvidos pelas referidas tendências criminológicas (teoria do etiquetamento, criminologia crítica e criminologia feminista), preparam o terreno para que se possa pensar a possibilidade de uma criminologia queer ou, no mínimo, de um entrelaçamento das teorias queer com a criminologia (queering criminology). Através da aproximação dessa série de pensamentos criminológicos contraortodoxos, creio viável a construção de uma lente criminológica queer com a delimitação de um preciso objeto de análise: a violência homofóbica.*
>
> *Conforme o exposto, o estudo da violência homofóbica pode ser proposto a partir de três níveis de investigação, dispostos de forma não hierárquica ou preferencial Os distintos planos sugerem campos específicos de análise do problema da homofobia: primeiro, a violência homofóbica interpessoal, que implica o estudo da vulnerabilidade das masculinidades não hegemônicas e das feminilidades à violência física (violência contra a pessoa e violência sexual); segundo, a violência homofóbica institucional*

(Estado homofóbico) que se traduz, por um lado, na construção, interpretação e aplicação sexista (misógina e homofóbica) da lei penal e, por outro, na construção de práticas sexistas violentas nas e através das agências punitivas (p. ex., agências policial, carcerária, manicomial)14; terceiro, a violência homofóbica simbólica, que compreende os processos formais e informais de elaboração do discurso e da gramática heteronormativa.

(destaquei)

São nesses espaços: **formal** (durante sessão ordinária da Assembleia Legislativa de Santa Catarina, em 25/05/2021), e **informal** (postagem em rede social em perfil pessoal do deputado denunciado, em 26/05/2021), que identifico a elaboração do discurso e da gramática heteronormativa, expressão da **violência homofóbica simbólica** de que fala a academia.

Dito isso, é de ser delimitado que o tema de fundo posto na controvérsia em questão é o juízo acerca da possibilidade, ou não, de que a denúncia possa ser rejeitada por ausência de tipicidade objetiva, por conta da ausência de manifestação voltada à dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior, e consequente ausência de justa causa.

No que tange ao momento processual de recebimento da denúncia, cabível argumentar que o magistrado "(...) deverá limitar-se a analisar a existência ou não de indícios suficientes do fato e sua autoria, sem incursionar pelo mérito, informado pelo princípio do ***in dubio pro societate*** (...)" (in Curso de Processo Penal, Editora Saraiva, 9ª Edição, 2003, p. 142), ou seja, pautado pelo interesse da sociedade em apurar a ocorrência de uma infração penal.

Nesse mesmo sentido a jurisprudência desta Corte, consoante apresentado nas seguintes ementas:

"(...) TENTATIVA DE FURTO EM AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. AUTORIA. PROVA. INSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ETIQUETAMENTO. ABSOLVIÇÃO.

I. Preponderando, quando do recebimento da denúncia, o interesse da sociedade em apurar a ocorrência de infração penal, basta a prova da materialidade e indícios da autoria; contudo, para o julgamento, deve se ter a certeza acerca da realização do delito, do autor da infração, pois, caso contrário, com base no princípio constitucional da presunção de inocência, a prevalência da absolvição se impõe.(...)"(TRF4ªR, ACR nº 2001.71.00.0024293/RS, 8ª Turma, Relator: Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, DOU 23.02.2005);

"PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÂNSITO E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LESÕES CORPORAIS. CONCURSO MATERIAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUTORIA: MATERIALIDADE E INDÍCIOS.

1. Para a instauração da ação penal não se reclama mais do que a prova da materialidade e indícios da autoria (justa causa), porquanto nesta fase vige o princípio do in dubio pro societate.

2. Alegações quanto à licitude e culpabilidade submetem-se à prova, a ser produzida no momento processual oportuno.

3. *Denúncia recebida*." (TRF4ªR, NC nº 200404010338578/RS, 4ª Seção, Relator: Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, DOU 23.02.2005);

"PENAL. DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CP. INTERROGATÓRIO. AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DO DEFENSOR. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA SIMPLES. FUNDAMENTAÇÃO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA - ART. 634, § ÚNICO, DA CLT. CONDUTA OMISSIVA. CONSUMAÇÃO DO DELITO.

(...) 3. O recebimento da denúncia tem natureza de decisão interlocutória simples, não necessitando de fundamentação. Cuida-se de juízo de admissibilidade, no qual verifica o juiz a materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria.(...)" (TRF4ªR, ACR nº 2002.71.04.0192065/RS, 7ª Turma, Relator: Des. Fed. José Luiz B. Germano da Silva, DOU 25.08.2004).

Com respeito à justa causa, prevista no inciso III do art. 395 do Código de Processo Penal, como causa de rejeição da denúncia ou queixa, PACELLI e FISCHER destacam que:

Sempre entendemos a justa causa como sendo uma condição da ação, inserta no contexto da demonstração do interesse de agir, inclusive quanto à necessidade da existência de lastro probatório mínimo a comprovar a imputação. De outro lado, e aí a racionalidade da novel inserção, tanto a doutrina e a jurisprudência já vinham admitindo a justa causa também como condição da ação exatamente em face do disposto no inciso I do art. 648 do CPP, que prevê a hipótese de trancamento de ação penal instaurada por coação ilegal quando não houvesse justa causa para o feito criminal, tanto para solução de questões processuais (e.g. falta de prova mínima para embasar a acusação, inépcia da inicial etc.) quanto para aquelas pertinentes ao próprio mérito da ação criminal (in Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 865).

E a mesma doutrina destaca que a expressa inclusão da **justa causa** como condição da ação no inciso III do art. 395 do CPP não revogou o inciso I do art. 648 do CPP, razão pela qual as **razões de mérito**, como a atipicidade e as causas extintivas de punibilidade, poderão continuar sendo utilizadas em sede de habeas corpus para postular o eventual trancamento de **ação penal instaurada.**

Assim, considerando que a justa causa no processo penal é identificada como uma condição da ação incidente na demonstração do interesse de agir, e considerando *que as condições da ação se constituiriam em determinados condicionamentos ao exercício da provocação do poder jurisdicional, cujo desatendimento não impediria o direito à jurisdição ou ao processo, mas sim ao julgamento de pretensão de direito material a ela apresentada, e que o mérito da ação penal, também na lição de PACELLI e FISCHER (obra citada, pp. 847/848) deve ser entendido como sendo (a) existência de um fato (materialidade); (b) ser esse fato imputável ao acusado (autoria); (c) constituir esse fato uma ação típica, ilícita e culpável; (d) não se encontrar extinta a punibilidade,* ***tem-se que, no caso concreto****, a denúncia preenche os requisitos do art. 41 do CPP; descreve , em tese, ação típica, ilícita e culpável, materialmente verificável e com indícios de autoria, em relação à qual, em princípio, não se encontra extinta a punibilidade,* ***encontrando-se apta para o recebimento.***

Não recebida a denúncia, a dúvida afasta o direito da sociedade ver esclarecida a imputação realizada, ao passo que, instruída a ação penal, o resultado acerca dessa responsabilidade evidenciará, aí sim, a presença ou ausência na ação imputada de um ou mais dos verbos previstos do caput do art. 20 da Lei nº 7.716/89 (que colmatado pelo julgamento da ADO 26/DF pode ser lido como **praticar, induzir ou incitar** a **discriminação** ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, ou de discriminação **em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima**), assim como a eventual "finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação" nas falas do denunciado.

Dessa circunstância, compreendo, antecipou-se no tempo o e. Relator, ao fixar o seu convencimento acerca da ausência de tipicidade ditada pelo não preenchimento do tipo objetivo por ausência de conteúdo mínimo de danosidade ao bem jurídico - discriminar em razão de orientação sexual ou identidade de gênero, a ensejar a conclusão pela ausência de justa causa para a ação penal.

No ponto, pondero que, sendo função do tipo penal prover a salvaguarda dos bens jurídicos penalmente relevantes, a circunstância do bem jurídico penalmente relevante constituir o objeto material do tipo penal objetivo, delimitando-o, procede do ponto de lógico jurídico, o que em tese permitiria, se o caso, rejeitar a denúncia por não arrostado o tipo penal, ou porque a danosidade a afetar o bem jurídico penalmente protegido não se revelou suficiente.

Seja como for, para o caso, tenho que a conduta em tese praticada, cabe na moldura do tipo penal e, em princípio, o grau de dano ao bem jurídico tutelado é suficientemente expressivo para ensejar o desenvolvimento da ação penal proposta.

Não estou adiantando juízo sobre existência/inexistência do fato, do dolo, da intenção de discriminar em razão de orientação sexual ou identidade de gênero, ou da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação dessas, apenas fixando a percepção de que, no caso concreto, apresentam-se suficientemente delineados os elementos aptos a ensejar o recebimento da denúncia.

Por isso que, presente materialidade, indícios de autoria, constituir o fato, em tese, uma ação típica, ilícita e culpável, e não se encontrar extinta a punibilidade; restar suficientemente esboçado o dolo para esse momento processual; e porque nessa fase vigora e prevalece o interesse da sociedade em ver inaugurada a persecução penal, reputo presente a justa causa para o processamento da ação penal.

CONCLUSÃO

Assim, porque precoce o reconhecimento da atipicidade da conduta no momento do recebimento da denúncia, é de ser recebida a denúncia.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por receber a denúncia e determinar a citação do réu para que responda na forma do art. 396-A do CPP.

ANEXO B – Andamento Processual

AÇÃO PENAL Nº 5009103-54.2024.4.04.0000 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF)
Data de autuação: 25/03/2024 14:42:03
Tutela: Não Requerida
Gabinete Atual: Vice-Presidência - JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA
Gabinete Relator Originário: GAB. 71 (Des. Federal ÂNGELO ROBERTO ILHA DA SILVA) - 4ª Seção

Situação: MOVIMENTO-REMETIDO AO STJ
Valor da causa: 0.00
Intervenção MP: Não
Competência: Penal (Seção)
Assuntos:
1. Intolerância e/ou Injúria Racial, de Cor e/ou Etnia, Crimes de Preconceito, Crimes Previstos na Legislação Extravagante, DIREITO PENAL

AUTOR: **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RÉU: **JESSE DE FARIA LOPES**

13/02/2025 01:56 - 49. Remetidos os Autos em grau de recurso para o STJ - Recurso Especial. Protocolo: 50091035420244040000202502130156 34
11/02/2025 22:08 - 48. Remetidos os Autos com decisão/despacho - VICE -> SRECTS
11/02/2025 22:04 - 47. Despacho - DESPACHO/DECISÃO1
30/01/2025 18:23 - 46. Conclusos para decisão/despacho - SRECTS -> VICE
30/01/2025 17:24 - 45. Juntada de Petição - CONTRARRAZÕES
30/01/2025 17:24 - 44. Confirmada a intimação eletrônica - Refer. ao Evento: 43
23/01/2025 14:37 - 43. Expedida/certificada a intimação eletrônica - Contrarrazões (RÉU - JESSE
DE FARIA LOPES) Prazo: 15 dias Data final: 14/02/2025 23:59:59
23/01/2025 14:35 - 42. Juntada de certidão - encerrado prazo - Refer. ao Evento: 36
23/01/2025 14:33 - 41. Juntada de Certidão - Exclusão de advogado/procurador - DPU212
22/01/2025 10:59 - 40. Juntada de Petição - PETIÇÃO
09/12/2024 23:59 - 39. Confirmada a intimação eletrônica - Refer. ao Evento: 36
05/12/2024 17:14 - 38. Juntada de Petição - CIÊNCIA, COM RENÚNCIA AO PRAZO
05/12/2024 17:14 - 37. Confirmada a intimação eletrônica - Refer. ao Evento: 33
29/11/2024 14:59 - 36. Expedida/certificada a intimação eletrônica - Contrarrazões (RÉU - JESSE
DE FARIA LOPES) Prazo: 30 dias Data final: 10/02/2025 23:59:59
29/11/2024 14:57 - 35. Ato ordinatório praticado - vista para contrarrazões - ATO ORDINATÓRIO
29/11/2024 14:54 - 34. Remetidos os Autos - Remessa Externa - SRECTS -> DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

27/11/2024 07:35 - 33. Expedida/certificada a intimação eletrônica - Despacho/Decisão (AUTOR
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL) Prazo: 4 dias Data final: 09/12/2024 23:59:59
26/11/2024 19:41 - 32. Remetidos os Autos com decisão/despacho - VICE -> SRECTS
26/11/2024 19:36 - 31. Recurso Especial Admitido - DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL
13/11/2024 16:57 - 30. Conclusos para decisão de admissibilidade - SRECTS -> VICE
13/11/2024 13:10 - 29. Remetidos os Autos para Secretaria de Recursos - SE4 -> SRECTS
13/11/2024 12:21 - 28. Juntada de Petição - RECURSO ESPECIAL
28/10/2024 23:59 - 27. Confirmada a intimação eletrônica - Refer. ao Evento: 26
18/10/2024 12:52 - 26. Expedida/certificada a intimação eletrônica - Julgamento (AUTOR - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL) Prazo: 15 dias Data final: 13/11/2024 23:59:59
18/10/2024 12:51 - 25. Juntado(a)
18/10/2024 12:32 - 24. Remetidos os Autos com acórdão - GAB71 -> SE4 - ACÓRDÃO1
18/10/2024 12:32 - 23. Remetidos os Autos com decisão/despacho - GAB71 -> SE4 - DESPACHO/DECISÃO1
18/10/2024 11:13 - 22. Juntada de Relatório/Voto/Acórdão - VOTO VISTA1
17/10/2024 15:37 - 21. Conhecido o recurso e não-provido - por maioria - EXTRATO DE ATA1
04/10/2024 12:40 - 20. Incluído em mesa para julgamento - Sessão Presencial
16/08/2024 16:09 - 19. Conclusos para julgamento - para Voto-Vista - SE4 -> GAB72
16/08/2024 16:04 - 18. Remetidos os Autos com declaração de voto - GAB71 -> SE4 - RELATÓRIO/VOTO1
16/08/2024 10:42 - 17. Deliberado em Sessão - Pedido de Vista - EXTRATO DE ATA1
05/08/2024 14:24 - 16. Conclusos para julgamento - para Relatório/Voto - SE4 -> GAB71
05/08/2024 02:00 - 15. Disponibilizado no Diário Eletrônico - Pauta - no dia 05/08/2024 Data da sessão: 15/08/2024 14:00
02/08/2024 15:38 - 14. Expedida/certificada a comunicação eletrônica - Pauta - Sessão Presencial
02/08/2024 15:38 - 13. Inclusão em pauta de julgamento pelo relator - Sessão Presencial Data da sessão: 15/08/2024 14:00 - Sala de Sessões 3 - TRF4, 3º andar - Porto Alegre/RS Sequencial: 21
16/07/2024 12:38 - 12. Remetidos os Autos com pedido de dia pelo relator - GAB71 -> SE4
26/04/2024 14:12 - 11. Conclusos para decisão/despacho - SE4 -> GAB71
26/04/2024 01:02 - 10. Decorrido prazo - Refer. ao Evento: 9
10/04/2024 16:28 - 9. Juntada de mandado cumprido - Refer. ao Evento: 5 (RÉU - JESSE DE FARIA LOPES) Prazo: 15 dias Data final: 25/04/2024 23:59:59
10/04/2024 13:29 - 8. Recebido o mandado para cumprimento pelo oficial de justiça - Refer. ao Evento: 5
10/04/2024 10:50 - 7. Juntada de Petição - CIÊNCIA, COM RENÚNCIA AO PRAZO
10/04/2024 10:50 - 6. Confirmada a intimação eletrônica - Refer. ao Evento: 4
05/04/2024 19:07 - 5. Expedição de mandado - Prioridade - SCFLPCEMAN
05/04/2024 16:58 - 4. Expedida/certificada a intimação eletrônica - Despacho/Decisão (AUTOR - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL) Prazo: 5 dias Data final: 15/04/2024 23:59:59

05/04/2024 16:58 - 3. Despacho
05/04/2024 16:55 - 2. Remetidos os Autos com decisão/despacho - GAB71 -> SE4 - DESPACHO/DECISÃO1
25/03/2024 14:42 - 1. Distribuído por sorteio (GAB71) - Autos com o Relator