

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

Valnei Resende da Silva

**PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS OU DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS?
sobre os fins do Direito Penal**

Belo Horizonte

2025

Valnei Resende da Silva

**PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS OU DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS?
sobre os fins do Direito Penal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586p	Silva, Valnei Resende da Proteção de bens jurídicos ou das expectativas normativas? sobre os fins do Direito Penal / Valnei Resende da Silva. Belo Horizonte, 2025. 83 f.
	Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito
1. Bem jurídico - Proteção. 2. Teoria do direito. 3. Direito penal. 4. Teoria do delito. 5. Crime. 6. Delito. 7. Infração penal. 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 Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Valnei Resende Silva

**PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS OU DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS?
sobre os fins do Direito Penal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

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

Prof.^a Dra. Klelia Canabrava Aleixo – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva – UFMG (Banca Examinadora)

RESUMO

Pretendeu-se, com a presente pesquisa, realizar uma revisão bibliográfica acerca da teoria do bem jurídico e dos fins do Direito Penal. Para tanto, foi abordado o conceito de direito subjetivo na perspectiva de Feuerbach, passando pela origem da teoria do bem jurídico desde seu surgimento como um bem por Birnbaum, pela origem da expressão bem jurídico no sistema causal-naturalista de Karl Binding e pelos desdobramentos da teoria no aspecto valorativo de Franz von Liszt. Além disso, a pesquisa percorreu a teoria do crime nos aspectos metodológicos do positivismo, neokantismo e finalismo. Ainda no âmbito da teoria do crime, foram analisados o conceito analítico de crime, os aspectos formal e material do tipo e a imputação objetiva. No tema central propriamente dito, buscou-se demonstrar a imprescindibilidade da teoria do bem jurídico como instrumento do Direito Penal para a contenção do poder estatal de incriminar. Para tanto, foi abordada a perspectiva dos fins do Direito Penal no funcionalismo, tendo por base as doutrinas de Jakobs e Roxin, duas referências fundamentais sobre o tema. Enquanto Jakobs defende a ideia de que a função do Direito Penal seria a proteção da validade e vigência da norma por meio da aplicação da pena, Roxin, por outro lado, trabalha a tarefa do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos, sendo este um mecanismo para conter o poder estatal de incriminar. A pesquisa, portanto, desenvolveu-se a partir da exposição das percepções de Jakobs e Roxin, além de enfrentar questões polêmicas sobre o conceito doutrinário de bem jurídico na perspectiva de Hassemer, abrangendo a discussão sobre bem jurídico coletivo, supraindividual e as controvérsias envolvendo o crime de perigo abstrato. Concluiu-se, com base na concepção de bem jurídico pessoal proposta por Hassemer, que a teoria do bem jurídico é imprescindível como instrumento do Direito Penal para limitar o poder estatal de incriminar, além de servir como eixo central da hermenêutica jurídico-penal na definição dos comportamentos que o legislador pode ou não selecionar como passíveis de sanção penal.

Palavras-chave: Direito Penal; bens jurídicos; norma penal.

ABSTRACT

The aim of this research was to conduct a bibliographic review of the theory of legal goods and the purposes of criminal law. To this end, the concept of subjective right was examined from the perspective of Feuerbach, followed by the origin of the theory of legal goods from its emergence as a good by Birnbaum, the origin of the expression legal good in the causal-naturalist system of Karl Binding, and the developments of the theory in the evaluative aspect by Franz von Liszt. Furthermore, the research covered the theory of crime from the methodological aspects of positivism, neo-Kantianism, and finalism. Within the scope of the theory of crime, the analytical concept of crime, the formal and material aspects of the type, and objective attribution were analyzed. Regarding the central theme itself, the research aimed to demonstrate the indispensability of the theory of legal goods as an instrument of criminal law to limit the state's power to criminalize. In this context, the purposes of criminal law within functionalism were discussed, based on the doctrines of Jakobs and Roxin, two fundamental references on the subject. While Jakobs defends the idea that the function of criminal law is the protection of the validity and efficacy of the norm through the application of punishment, Roxin, on the other hand, frames the task of criminal law as the subsidiary protection of legal goods, functioning as a mechanism to restrain the state's power to criminalize. The research, therefore, developed from the exposition of Jakobs' and Roxin's views, also addressing controversial issues regarding the doctrinal concept of legal good from Hassemer's perspective, covering the discussion of collective, supra-individual legal goods and the controversies surrounding the crime of abstract danger. It was concluded, based on Hassemer's concept of personal legal good, that the theory of legal goods is indispensable as an instrument of criminal law to limit the state's power to criminalize, while also serving as the central axis of legal-penal hermeneutics in defining the behaviors that the legislator can or cannot select as subject to penal sanction.

Keywords: Criminal Law; legal goods; criminal norm.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DELITO.....	8
2.1	Em busca do conceito material de crime: da tutela de direitos subjetivos à proteção de bens jurídicos	11
2.1.1	<i>O conceito de direito subjetivo de Feuerbach</i>	14
2.1.2	<i>A proteção de bens na concepção de Birnbaum</i>	16
2.1.3	<i>A noção de bem jurídico de Karl Binding.....</i>	17
2.1.4	<i>A teoria do bem jurídico de Franz von Liszt.....</i>	19
2.1.5	<i>O bem jurídico no neokantismo</i>	21
2.1.6	<i>O bem jurídico no finalismo.....</i>	22
2.1.7	<i>A concepção de bem jurídico pessoal de Hassemer</i>	24
2.1.8	<i>A teoria do bem jurídico de Roxin</i>	30
3	O TRATAMENTO CONTEMPORÂNEO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO	33
3.1	Legalidade e bem jurídico	40
3.2	Bem jurídico individual	43
3.3	Bem jurídico coletivo	44
3.4	Bem jurídico supraindividual	44
3.5	Imputação objetiva e bem jurídico	45
3.6	Alternativas ao Direito Penal	49
4	A CRISE DO BEM JURÍDICO: A CRÍTICA DE JAKOBS.....	51
4.1	Sociedade, norma e pessoa.....	53
4.2	Direito Penal e garantia da vigência da norma	56
4.3	A controvérsia em torno de alguns tipos penais	62
5	A DEFESA: OS ARGUMENTOS DE ROXIN.....	64
5.1	O bem jurídico e a sua definição.....	64
5.2	Limites ao legislador	65
5.3	A proteção subsidiária de bens jurídicos	67
5.4	Controvérsia em torno do bem jurídico: a questão do crime de perigo abstrato	71
6	TOMADA DE POSIÇÃO	74
7	CONCLUSÃO	78
	REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa teve como premissa uma inquietude: a invasão do Direito Penal em comportamentos que, *a priori*, não apresentam efetiva lesão a bens jurídicos relevantes que justifiquem a incidência do Direito Penal.

De forma bem exemplificativa, é possível verificar, a partir dos anos 70, uma avalanche de legislação formalmente penal sem, entretanto, observância aos critérios, métodos e princípios básicos do Direito Penal no que tange ao aspecto material do tipo. O resultado disso é a entrada no ordenamento jurídico de leis penais meramente formais, sem, no entanto, passar pelo critério material.

Neste sentido, indaga-se na pesquisa se a melhor orientação a ser dada a um Direito Penal comprometido com o moderno Estado Democrático de Direito sempre depende, no aspecto do tipo material, da análise quanto à ofensa ao bem jurídico tutelado ou se, em alguns casos, é possível falar-se em criminalização ou punição sem esta afetação material.

Com efeito, a pesquisa pretende explorar todo o caminho percorrido pela dogmática penal desde o causalismo de Beling, passando pelo finalismo de Welzel, até as teorias mais modernas, como o funcionalismo de Roxin e Jakobs, além da análise quanto aos aspectos normativos do tipo material, legalidade, fragmentariedade e imputação objetiva, de modo a verificar a hipótese, isto é, se há ou não imprescindibilidade do bem jurídico no âmbito de proteção da norma.

Para demonstrar os fins do Direito Penal, serão abordados, ainda que brevemente, todos esses princípios, com ênfase na perspectiva do bem jurídico, especialmente em sua função e finalidade em relação à norma, que constitui o objeto deste trabalho.

Desde já, destaca-se que, diante de barreiras linguísticas, optou-se por realizar uma revisão bibliográfica considerando, sempre que possível, a literatura sobre a teoria do bem jurídico traduzida para a língua pátria.

No aspecto doutrinário, será abordada a teoria do bem jurídico conforme a concepção de dois dos principais autores contemporâneos, Roxin e Jakobs, além das obras desses autores traduzidas por diversos autores nacionais e estrangeiros, com prevalência das traduções nacionais.

No aspecto pragmático, o trabalho será desenvolvido com um capítulo introdutório, o qual será sucedido pela construção do conceito de delito. Nesse segundo capítulo, será fornecido um breve aporte histórico, além de subcapítulos acerca do surgimento da teoria do bem jurídico e das concepções dos principais expoentes: Feuerbach, Birnbaum, Karl Binding e

Franz von Liszt, o bem jurídico no neokantismo, o bem jurídico no finalismo, a concepção de bem jurídico pessoal de Hassemer, ou seja, a teoria do bem jurídico na dogmática e na política criminal de Roxin.

Em seguida, no capítulo três, será abordado o tratamento contemporâneo da teoria do bem jurídico, o qual será dividido em subcapítulos que tratarão das relações entre legalidade e bem jurídico, bem jurídico individual, bem jurídico coletivo, bem jurídico supraindividual, imputação objetiva e bem jurídico, além de uma abordagem alternativa ao Direito Penal.

Após, no capítulo quatro, será tratada a crise do bem jurídico, com uma introdução ao pensamento de Jakobs, especialmente no que diz respeito às razões que o levaram a se dedicar ao tema, expondo-se as linhas gerais de sua crítica.

Nesse sentido, o item 4.1 abordará importantes ideias de Jakobs extraídas do texto “Sociedade, norma e pessoa”. No item 4.2, será explorado o tema Direito Penal e garantia da vigência da norma. Por fim, o item 4.3 encerrará a abordagem crítica do autor ao tratar da controvérsia em torno de determinados tipos penais.

O capítulo cinco, acompanhado por uma abordagem introdutória sobre o legado deixado por Roxin, tratará da defesa e dos argumentos por ele apresentados. Para tanto, no item 5.1, será abordado o bem jurídico e sua definição; em seguida, no item 5.2, os limites impostos ao legislador; no item 5.3, a proteção subsidiária de bens jurídicos; e o capítulo se encerrará com o item 5.4, que discute a controvérsia em torno do bem jurídico: a questão do crime de perigo abstrato.

Por fim, no sexto e no sétimo capítulos, será enfrentado diretamente o tema proposto, acompanhado de uma tomada de posição quanto ao problema da pesquisa: definir se há, de fato, imprescindibilidade do bem jurídico para a incidência dos fins do Direito Penal – se a finalidade é proteger a vigência da norma ou bens jurídicos não insignificantes.

Além disso, serão apresentadas críticas à teoria de Jakobs e a defesa de seu entendimento a partir dos argumentos de Roxin, sendo esta seguida de uma conclusão.

2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DELITO

Ab initio, e com ênfase no aspecto histórico, importante recordar, ainda que brevemente, a forma de “justiça” punitiva da antiguidade. Em uma aproximação cronológica precária, pode-se dizer que a justiça punitiva passou por três etapas assim resumidas: *primeira*, crimes contra os deuses; *segunda*, crimes violentos de uma tribo contra a outra; e, *terceira*, crimes como transgressão à ordem jurídica constituída.

O retrato deste pretérito período pode ser colocado da seguinte forma:

Em eras pretéritas, o ilícito penal aparecia contemplado em uma dimensão eminentemente teológica ou privada. Assim, “na união social pré-histórica, que se funda na comunidade de sangue e ainda não distingue o mandamento de Deus do estatuto dos homens, o crime é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão (Ausstossung) dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício à divindade, no primeiro momento”. O delito é antes de tudo e sobretudo um pecado – desobediência à vontade divina. A confusão delito-peccado e a consequente “eticização” do ilícito são, pois, as características mais significativas desse período. O movimento iluminista determina uma visão radicalmente diferente da sociedade e de logo da problemática penal.¹

Já mais à frente, passado este pretérito período de comunidade de sangue, os ideais do Iluminismo – com o seu frescor de ideias novas e a busca pela razão – influenciaram o Direito Penal moderno. Neste sentido:

Tem-se, pois, que, mais que uma corrente de ideias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos. É, por assim dizer, produto do embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês. Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva.²

Após a forte influência do Iluminismo, os métodos penais secularizados romperam com a noção de crime como pecado – deixando mais claramente estabelecidas as linhas distintivas entre o Direito Penal e as ordens de moralidade –, momento a partir do qual se inicia a busca pelo sentido material do delito. Isso prepondera até os dias de hoje. Neste contexto, gerou-se o embrião do que se toma hoje conceitualmente por bem jurídico:

¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 20. *E-book*.

² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 20-21. *E-book*.

A tendência da época (secularismo/humanização) era favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas, em base social. Desse modo, o delito inicia uma vida plena de fluxos e de refluxos na procura de um sentido material.³

Importa destacar, por oportuno, que esse sentido material almejado – conforme será abordado e demonstrado adiante, no decorrer desta pesquisa – é o que dará origem à concepção do tipo material, o qual, dentre suas circunstâncias normativas, fará referência também ao bem jurídico tutelado, como forma de tornar mais objetivo o sistema penal dogmático, garantindo às pessoas uma separação clara entre o comportamento injusto e o fato indiferente para o Direito Penal.

Voltando-se ao aspecto histórico, importante destacar, quanto ao método e objeto do Direito Penal, a influência de duas importantes escolas penais para a compreensão e o significado penal moderno.

No final do século XIX e início do século XX, digladiavam-se, em uma disputa intelectual, as escolas clássica e positiva na Itália, cada uma delas com suas peculiaridades quanto ao método, à forma e à maneira de estudar o crime.⁴

Enquanto a escola clássica usava o método dedutivo lógico e formal, a escola positiva aplicava o método indutivo e experimental. No que se refere à forma de considerar o delito, a escola clássica o via como uma entidade jurídica, enquanto a positiva o tomava como um fato social e humano, compreendendo que é a partir desse aspecto que o delito deveria ser estudado. Essas escolas também viam de maneira diferentes a forma de resolver os problemas da responsabilidade penal: enquanto a clássica se fundamentava sobre o livre-arbítrio, questão controversa até os dias atuais, a positiva era fortemente determinista, defendendo que o homem não se determina, mas, ao contrário, é determinado por fatores sociais ou biológicos, por exemplo, o que conduziria à ideia do binômio perigosidade social e medida de segurança. Quanto ao modo de considerar a pessoa do delinquente, a escola clássica via o humano como outro qualquer, enquanto a escola positiva tratava o sujeito como uma pessoa acometida de anomalias e, por isso, deveria ser tratada.⁵

Em trabalho sobre o tema, Arturo Rocco critica as escolas clássica e positiva. Para Rocco, o objeto de estudo do Direito Penal seria o *direito positivo*, isto é, o direito vigente em um determinado Estado. Diante disso, o método penal deveria ser decomposto em três etapas:

³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 21. *E-book*.

⁴ ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1978. p. 1-6.

⁵ ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1978. p. 18-37.

a exegese, a dogmática e a crítica. Dito de outro modo, o Direito Penal deve ter um *objeto* (que é o direito posto) e um *método* (que compreende a exegese, a dogmática e a crítica).⁶

No plano da *exegese*, primeiro degrau do Direito Penal, o jurista deve estudar o sentido literal das palavras dentro do texto legal. Neste contexto, ao tomar por objeto as palavras contidas em cada norma, o intérprete se servirá também de todas as ferramentas da interpretação, tais como: a lógica, a analogia, os princípios gerais do direito e, de maneira muito especial, a *ratio legis*, isto é, a vontade da lei.⁷

Ainda conforme Arturo Rocco, após o conteúdo da norma penal, passa-se à fase da *dogmática*. Neste nível, o jurista agrupará as normas tendo em vista o objeto e o sujeito a que se referem, bem como formar os institutos jurídicos. Desta forma, a dogmática é a fase científica do Direito Penal, a qual tem na exegese um pressuposto.⁸

No último plano, por fim, tem-se a *crítica*. Nesta fase, o jurista, já conhecendo o direito positivo e utilizando do conhecimento das humanidades em geral (filosofia, sociologia, antropologia etc.), passará à fase da crítica ao Direito Penal vigente, recorrendo à história do Direito Penal e ao Direito Penal comparado.⁹

Todavia, este método de Arturo Rocco, classificado como *técnico-jurídico*, bastante proeminente até a década de 60, começou a mostrar deficiências. Isso porque, em primeiro lugar, objetava-se que os integrantes desta corrente de pensamento ficavam na *exegese* ou na *dogmática*, mas nunca chegavam à dimensão *crítica* do método, gerando, portanto, um isolamento do Direito Penal, alheando-o do necessário contato com a crítica.

Essa concepção parece ter exercido bastante influência no Brasil até a década de 60, havendo quem aponte Nelson Hungria como um de seus destacados defensores.¹⁰

De todo modo, a ótica Iluminista lançava o Direito Penal para a tutela dos crimes que se dividiam à época em privados e públicos, estes consistentes nos crimes contra o Estado e aqueles contra o indivíduo. A grande questão que se colocava, porém, passava pela limitação do poder punitivo. Se o Estado, a partir do contrato social, recebe poderes para incriminar condutas e punir, há algo além dos simples interesses legislativos que ele deve respeitar? Na perspectiva de Feuerbach, como se verá a seguir, a legitimidade da intervenção penal passava

⁶ ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1978. p. 18.

⁷ ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1978. p. 19-21.

⁸ ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1978. p. 22-30.

⁹ ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1978. p. 31-37.

¹⁰ SONTAG, Ricardo. “O farol do bom senso”: júri e ciência do Direito Penal em Roberto Lyra. *Seqüênciа: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 213-238, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p213>. Acesso em: 14 mar. 2025.

pela defesa dos direitos subjetivos. Este termina sendo o *gérmen* do que depois seria chamado de bem jurídico.

2.1 Em busca do conceito material de crime: da tutela de direitos subjetivos à proteção de bens jurídicos

A concepção analítica de crime, que percorreu desde o século XIX e prepondera até os dias de hoje, é importante porque é a partir da teoria do crime que o Direito Penal adquire científicidade em razão do seu método.¹¹ Porém, antes do conceito analítico de crime, foi a escola positiva quem deu o pontapé inicial para definição de delito. Dito de outro modo, “[...] é relevante mencionar o que foi formulado pela escola positiva, visto que ela forneceu a primeira definição do delito construída a partir de um método”¹².

Neste sentido, Cláudio Brandão foi cirúrgico ao ensinar que, a fim de investigar o delito a partir da realidade, a escola positiva desenvolveu-se entre os séculos XIX e XX através de um método que visava à realidade dos fatos. Nas palavras do autor:

Com efeito, a escola positiva, que se desenvolveu nos séculos XIX e XX, caracterizou-se por investigar metodologicamente o delito a partir de dados colhidos da realidade; assim, dita escola positiva não pôs ênfase da norma, mas nos dados colhidos pela observação controlada dos fatos, que são traduzidos em forças interiores e exteriores que determinam a realização do crime.¹³

Logo, não é por acaso que a escola positiva encontra suas raízes metodológicas na criminologia, ciência empírica. “Por esse motivo, esta Escola está na raiz da criminologia, visto que esta última é uma ciência empírica, isto é, metodologicamente adequada à observação controlada dos fatos, e interdisciplinar”.¹⁴

Sem querer adentrar na disputa que existiu à época (início do século XIX e fim do século XX) entre as escolas italianas clássica e positiva, já que não é este o foco nem há espaço para esgotamento deste tema, fato é que a escola positiva, quanto ao método, pode ser classificada

¹¹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. (Ciência Criminal Contemporânea, 20). p. 36.

¹² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 35.

¹³ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 35.

¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 35-36.

como indutiva e experimental, pois considerava o delito como fato social e humano e entendia que o delito deve ser estudado sobre este aspecto.¹⁵

A escola positiva teve, dentre outros, três doutrinadores importantes: Lombroso, Garofalo e Ferri. No entanto, foi a partir dos dois últimos que houve efetivamente uma preocupação em estudar o *crime*, já que Lombroso, através de seu método indutivo e experimental, empreendeu seus esforços em estudar o *criminoso*. Com efeito, esse panorama histórico, teórico e metodológico foi melhor desenvolvido por Cláudio Brandão:

A escola positiva possui três expoentes: Lombroso, Garofalo e Ferri. Sabe-se que Lombroso, criador da teoria do atavismo, desenvolveu estudos sobre o criminoso, mas, não se preocupou com o estudo do crime em si. A tarefa de estudar o crime à luz desta Escola foi empreendida por Garofalo. Para ele, chega-se ao conceito de delito utilizando-se os elementos da moralidade necessários para que a consciência pública qualifique como criminosa a ação; esses elementos são os sentimentos altruístas de piedade, e o roubo, ao de probidade. Outra tentativa de definir o delito à luz da escola positiva foi desenvolvida por Ferri. Para ele, O crime é uma ação movida por motivos egoísticos e antissociais que viola a moralidade média de um povo em um dado momento.¹⁶

Muito embora se deva reconhecer a importância histórica das concepções de crime trazidas à época por Garofalo e Ferri, para além da subjetividade que os conceitos carregam, não contribuíram para o aspecto empírico, o que foi alvo de críticas. Além disso, Cláudio Brandão ensina que o Direito Penal é um saber normativo, ou seja, busca investigar o crime à luz das normas, do dever ser.¹⁷

Mas o que isso tudo tem a ver com o bem jurídico? Ora, sendo certo que o método anteriormente idealizado não cumpriu a tarefa de delimitar o conteúdo normativo e que o Direito Penal deve ser normativo, isto é, deve ser estudado à luz das normas jurídicas,¹⁸ quando se define o crime normativamente como ente jurídico, tem-se, portanto, um preceito e um conteúdo, sendo que aquele é conceito formal e este último é material:

Quando definimos o crime à luz das normas jurídicas podemos fazê-lo dando ênfase ao preceito ou ao conteúdo da norma. O conceito de crime que dá ênfase ao conteúdo de norma é chamado conceito material; o que dá ênfase ao preceito é chamado conceito formal.¹⁹

¹⁵ ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1978.

¹⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 36.

¹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 37.

¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 37.

¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 38.

Após passar pelo crivo da escola positiva, que primeiro contribuiu com a concepção de delito, houve avanços metodológicos para se a entender o crime no aspecto normativo, já que o Direito Penal investiga o crime à luz das normas jurídicas. Estas, porém, possuem uma concepção formal, representada pelo preceito, e uma concepção material, que trata do conteúdo da norma. A sedutora teoria do bem jurídico encontra-se alocada nesta última concepção, ou seja, na dimensão material da abordagem.

Neste sentido, vale destacar uma das principais críticas à concepção do positivismo:

A ressalva mais importante contra a concepção de Binding reside, porém, na constatação de que, sob a perspectiva do positivismo jurídico, o indivíduo vê-se isolado frente ao Estado, não podendo recorrer nem ao Direito natural nem à vida ou às ciências naturais, já que todos correspondem a pressupostos fáticos ou sociais utilizáveis pelo Estado. Estabelece-se, portanto, uma política criminal estritamente estatal, desde o Estado e para o Estado, que considera o indivíduo um simples destinatário da norma. Nesse contexto, a criação da norma, e, assim, do bem jurídico que toda norma contém depende de uma decisão política do Estado frente à qual o cidadão não possui nenhuma alternativa, senão a de obedecer.²⁰

A partir daí, observou-se a necessidade de desenvolvimento do conceito de crime com base no método normativo, o que foi feito pelo positivismo.²¹ Foi mérito de Karl Binding ter trazido pela primeira vez a concepção de bem jurídico, mas o fez a partir de uma perspectiva do Estado e com base na norma²², o que, todavia, deixou à discricionariedade do legislador a definição do objeto de tutela penal. Sendo objeto de tutela tudo aquilo que o legislador decidisse que era, a concepção de bem jurídico, portanto, perde a referência crítica de limitar o Estado na tarefa de incriminar, o que somente foi possível a partir da concepção valorativa do neokantismo, como se verá a seguir.

Por ora, pode-se dizer que o surgimento da teoria do bem jurídico vem logo após a ideia de direito subjetivo, proposta por Feuerbach. Ela se relaciona, sobretudo, com a finalidade do Direito Penal e tem uma história que remete aos ideais iluministas e liberais.²³

Apesar de se desenvolver no período denominado das luzes, ou seja, do Iluminismo, o surgimento da teoria do bem jurídico, no entanto, veio para colocar fim à insegurança jurídica que existia à época, já que, na moderna sociedade denominada industrial, houve desafios que

²⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 101-102.

²¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 46.

²² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 46.

²³ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 40.

careciam de elementos mais concretos e objetivos em face da subjetividade que existia. Neste sentido:

O surgimento da teoria do bem jurídico insere-se no pensamento desenvolvido sob a influência da Restauração e consubstanciado na reação contra a ideologia iluminista, a partir do desenvolvimento com o racionalismo especulativo, da preocupação com a insegurança jurídica e do despertar de um ser histórico positivista. Sob essa perspectiva, a tese de lesão de direitos subjetivo defendida por Feuerbach representava uma generalização abstrata excessiva, haja vista que o novo contexto sociopolítico – o início da revolução industrial – exige a intervenção mais intensa do Estado na esfera penal, para além do âmbito restrito da doutrina dos direitos subjetivos.²⁴

Vê-se, então, que, na perspectiva de Feuerbach, o Direito Penal se legitima porque se volta à defesa dos direitos subjetivos, o que justificaria, também, o desenvolvimento de sua teoria psicológica da pena, compreendendo-a como uma ameaça para a dissuasão de comportamentos perigosos aos direitos das pessoas. Neste estágio, ainda não se falava em algo como um “bem” objetivizado.

É com Birnbaum, em meados do século XIX, que se introduz o conceito de bem na gramática penal. A partir daí, posteriormente complementado pelos estudos de Karl Binding e Franz von Liszt, chega-se a uma dimensão material do conceito de injusto, desenvolvendo, assim, a ideia irrenunciável do bem jurídico em substituição definitiva à defesa do direito subjetivo proposta por Feuerbach.

Portanto, a noção de bem jurídico ganha terreno no contexto penal, passando a ser o objeto de tutela penal a partir do século XIX. Com isso, tenta-se limitar o poder estatal de incriminar, já que, a partir do bem jurídico no contexto da norma, o processo legiferante ganha conteúdo material e objetividade, restando sepultado, nesse panorama, o subjetivismo que existiu na noção de Feuerbach.

2.1.1 O conceito de direito subjetivo de Feuerbach

Na modernidade, deve-se à Anselm von Feuerbach, em 1801, a proposta de um conceito material de crime, a qual tinha como premissa básica a ideia de que o crime nada mais seria que uma ação contra o direito subjetivo de outrem.²⁵ Feuerbach, em seu tratado de Direito Penal,

²⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 93.

²⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução da 14. ed. alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007. p. 55.

afirma que o delito, em um sentido mais amplo, é uma ação²⁶ que pode ser dirigida contra o Estado ou contra o indivíduo.

Para o autor, com base no Iluminismo e nos princípios que decorrem do contrato social, ao mesmo tempo em que se deveria garantir a legitimidade do Estado para aplicar pena aos comportamentos que violassem o direito de outrem, também deveria limitar esse mesmo direito, a fim de garantir a liberdade das pessoas.²⁷ Em sua elaboração teórica, Feuerbach se opõe veementemente à punição de meros pensamentos, convicções e ações de modo de vida imoral, pois a moral, a religião e outros comportamentos meramente pecaminosos não deveriam ser tutelados com base na imposição de pena. Ressalta Feuerbach que a heresia e o adultério, por exemplo, não deveriam ser considerados delitos. Portanto, só poderá ser objeto de proibição fatos que invadem a esfera jurídica de terceiros.

O fundamento para reconhecer este conceito material do delito é a teoria da pena estatal, a qual não pode ser confundida com a pena moral. Assim, para Feuerbach, não se pode confundir o Direito com a moral, embora não descartasse que as ações imorais pudessem ser punidas pelo Direito, desde que por outro ramo que não o penal.²⁸

Quem excede os limites da liberdade jurídica comete uma lesão injusta. Ou seja: os que lesionam a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada pelas leis penais cometem, portanto, um crime. Por isso, crime, em seu sentido mais amplo, é um injusto, isto é, um ato contrário ao direito de outrem previsto na lei penal.²⁹

A proposta de Feuerbach, porém, foi alvo de várias críticas, dentre as quais se destaca (embora não se limite a ela) o subjetivismo que poderia decorrer de um elastecimento do poder de punir do estado, já que o direito de outrem pode ser qualquer um, inclusive os atos imorais e religiosos que o próprio autor defendia não ser objeto de tutela pela imposição de pena. Além disso, carecia de materialidade e objetividade, o que levou a doutrina crítica da época a formular

²⁶ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Tradução de Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 61.

²⁷ “Em sua origem – no pensamento iluminista que vai de Thomasius a Feuerbach e Humboldt, de Bentham a Condorcet, de Genovesi e Filangieri a Romagnosi, Pagano e Carmignani – o objeto do delito tinha de ser necessariamente um direito subjetivo natural da pessoa, um dos bens fundamentais para cuja tutela, segundo Locke, nasce o Estado e que são ‘a vida [...] e os meios que são necessários para preservá-la, [...] a liberdade, a saúde, a integridade física ou os bens’” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 374-375).

²⁸ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Tradução de Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 63.

²⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução da 14. ed. alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007. p. 64-67.

uma concepção alternativa de objeto de tutela penal, que não fosse o mero direito subjetivo de outrem.

Com efeito, sem desconsiderar a importante e inovadora teoria de Feuerbach, que introduziu, ainda que timidamente, o conceito do objeto de tutela penal, os críticos dessa teoria apresentaram um novo conceito, mais objetivo e limitativo do *jus puniendi* do Estado, intencionando trazer para o centro da tutela penal os interesses e valores que trouxessem uma qualidade de vida fundamental às pessoas. Isso conduz o método penal à noção de bem jurídico, a qual há de ser melhor abordada nos capítulos subsequentes. Antes de se aprofundar nessa análise, é importante o aporte quanto ao ideal de bem proposto pela doutrina de Birnbaum, o qual será apresentado a seguir.

2.1.2 A proteção de bens na concepção de Birnbaum

Com base na doutrina de Feuerbach e constatando a ausência de objetividade e delimitação do objeto a ser tutelado, Johann Michael Franz Birnbaum foi o primeiro a criticar este modelo teórico e a defender que o Direito Penal tutelasse um bem, e não o direito.³⁰ Ao contrário do que se pensa, e embora a teoria de Feuerbach representasse um avanço à época – pelo menos no aspecto de tentar, ainda que subjetivamente, definir o objeto de tutela penal –, não se pode compreender que a teoria de Birnbaum represente uma continuidade da proposta feita por Feuerbach. Ao contrário, da leitura se extrai um rompimento drástico com a ideia de direito subjetivo, para, com base na ofensa ao bem, propor uma concepção material e concreta de objeto de tutela, com reflexos na realidade das coisas, da sociedade e do indivíduo.³¹

Para o autor, portanto, o conceito natural de lesão parece ser aquele que se refere a uma pessoa ou a uma coisa. O autor explica que, em especial, uma coisa concebida como nossa pode ser considerada um bem, algo que outra pessoa poderia nos furtar ou diminuir o valor.³² A

³⁰ Nas palavras de Birnbaum: “Agora bem, não pretendemos de forma alguma sustentar que a definição do delito que se encontra neste trecho seja perfeita e sem erros, mas ela sublinha com acerto aquilo que, na minha opinião, é o essencial na determinação da natureza daquele, e indica que, se se quer considerar o delito como lesão, este conceito deve naturalmente referir-se à lesão de um bem, e não à de um direito” (tradução própria). BIRNBAUM, Johan Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.** Tradução do alemão e estudo preliminar de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2010. p. 57.

³¹ Nesse sentido: “O conceito natural de lesão parece ser aquele com o qual nos referimos a uma pessoa ou a uma coisa, em especial a 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). BIRNBAUM, Johan Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.** Tradução do alemão e estudo preliminar de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2010. p. 35.

³² BIRNBAUM, Johan Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.** Tradução do alemão e estudo preliminar de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2010.

expressão “bem” tem ideias concretas. Assim, foi a partir de Birnbaum, no século XIX, que se ampliou o conceito material de delito para introduzir o bem no contexto penal, dando contornos materiais e objetivos ao conceito de crime e superando, com isso, o subjetivismo que existia até então.³³

2.1.3 A noção de bem jurídico de Karl Binding

Ainda no final do século XIX e início do século XX, na perspectiva da dicotomia entre lei penal e norma, Karl Binding foi quem efetivamente constituiu a denominação “bem jurídico”, valendo-se da investigação sobre a norma e a antinormatividade. Neste sentido, vale citar os ensinamentos do professor Cláudio Brandão, que traduziu com clareza o pensamento original do autor alemão nos seguintes termos: “[...] o conjunto conceitual garantido pelas normas como bens são enquadrados como bens capitais do ordenamento jurídico. Eles são a mesma coisa que bens jurídicos”.³⁴ Com isso, é notório o rompimento por parte de Binding da ideia outrora trazida por Feuerbach, no sentido de que o direito tinha como objeto a tutela do direito subjetivo de outrem.³⁵

Importante destacar nas ideias de Binding a correlação entre o sentido de bem jurídico e o conceito de norma, o que levará ao real sentido de antinormatividade.³⁶ Neste contexto, o bem jurídico é identificado por Binding como o objeto sistêmico do Direito Penal.³⁷

Para Binding, é o legislador quem tem a faculdade de escolher o que será objeto de tutela penal. Em análise à obra de Yuri Correa da Luz, pode-se verificar o que foi traduzido da obra original de Binding quanto à sua concepção de bem jurídico: “[...] o bem jurídico é tal por sua qualidade para a vida jurídica, e se conforma com base naquilo que o Estado entende como

³³ Para Ferrajoli: “Esta acepção estrita foi, posteriormente, ampliada por J.M.F. Birnbaum, que, no entanto, continuou falando em sentido axiológico de qualquer bem que deve ser tutelado pelo Estado sempre que esta tutela geral não possa ser realizada mais do que por meio da ameaça de uma pena determinada”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 375.

³⁴ BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 3, n. 4, p. 20, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>. Acesso em: 15 mar. 2025.

³⁵ BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 3, n. 4, p. 22, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>. Acesso em: 15 mar. 2025.

³⁶ BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 3, n. 4, p. 25, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>. Acesso em: 15 mar. 2025.

³⁷ BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 3, n. 4, p. 25, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>. Acesso em: 15 mar. 2025.

valioso para a comunidade.”³⁸ Neste contexto, o bem jurídico idealizado será um pressuposto formal da norma, ocupando, assim, o campo do direito público. Ao citar Binding, são essas as palavras do professor Cláudio Brandão: “O bem jurídico é um conceito da ciência do direito público, não do direito privado”.³⁹

Ainda no aspecto formal da norma, bem como da faculdade do legislador, importante destacar:

Com o positivismo, retoma-se a exigência de legitimidade intrínseca ao próprio direito e, de fato, no final do século XIX, dois nomes se destacam na compreensão do bem jurídico: Binding, que concebe o bem jurídico em uma dimensão formal, sob a ótica do jusracionalismo positivista, e o percebe como de livre criação do legislador.⁴⁰

Assim, em apertada síntese das ideias acima expostas, pode-se afirmar que, para Binding, é o legislador quem cria o bem jurídico para fins de tutela penal.

Porém, conforme será abordado nos capítulos seguintes, esta ideia de criação do bem jurídico pelo legislador recebe severas críticas da doutrina a época, dentre as quais a principal é a alta carga de subjetivismo na escolha do objeto de tutela, o que poderá levar a sérias consequências, incluindo a possibilidade de retorno ao Direito Penal do autor, pouco focado no que sua conduta objetivamente expressa.

Ainda no aspecto crítico, importante destacar que a ideia de ilimitada opção de escolha pelo legislador quanto ao bem jurídico a ser tutelado também vai contra a própria ideia de origem do bem jurídico, que, ao romper com a teoria de Feuerbach, buscou traçar contornos mais objetivos e concretos para o objeto de proteção penal. Portanto, deixar a possibilidade de escolha do bem jurídico nas exclusivas mãos do legislador, sem referencial externo, romperia com os atributos de objetividade e concretude conquistados pelo bem jurídico.

No aspecto de bem jurídico proposto por Binding, é possível perceber não apenas as críticas acima formuladas, mas também um próprio rompimento com a origem do que foi idealizado como bem por Birnbaum. Veja-se:

Do conceito de bem jurídico proposto por Binding é possível aferir um afastamento dele da ideia de Birnbaum, vez que este entendia que o bem era preexistente e

³⁸ LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do delito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2023. p. 47.

³⁹ BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 3, n. 4, p. 26, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁴⁰ SILENE, Carla Gomes. Bem jurídico e teoria constitucional do Direito Penal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 4, n. 6, p. 253, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/96>. Acesso em: 15 mar. 2025.

posteriormente reconhecido e protegido pelo Direito Penal, isto é, a lei seria a fundadora do bem jurídico.⁴¹

A ideia de que o bem jurídico é antecedente à atuação legiferante – e não resultado de seu processo de escolha, como defendia Binding em seu contexto positivista – representa uma importante virada de sentido em torno de sua noção. Nesse contexto, em um desenvolvimento posterior, mostra-se relevante a abordagem da perspectiva valorativa do bem jurídico idealizada por Franz von Liszt.

2.1.4 A teoria do bem jurídico de Franz von Liszt

Ainda antes da transição das vertentes do jusnaturalismo para o neokantismo, Franz von Liszt, a partir do seu tratado de Direito Penal alemão, traduzido por José Hygino Duarte Pereira, contribuiu com sua concepção de bem jurídico, deixando estabelecido o seguinte:

Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística, a força que o produz. 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 coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade orienta a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero.⁴²

Nota-se, portanto, que enquanto o positivismo de Binding defendia a ideia de um bem jurídico a partir de uma dimensão formal e atrelado a uma faculdade do legislador, para Liszt, o bem jurídico não era criado pelo legislador; ao contrário, ele antecede à atividade legislativa e constitui aqueles interesses vitais do indivíduo ou da sociedade e, como tal, deve ser tutelado pela norma como uma dimensão material.⁴³

Neste sentido, veja-se na citação de Renato de Mello Jorge Silveira, mencionado por Carla Silene a concepção de Liszt em oposição à Binding no que tange o bem jurídico:

⁴¹ SILENE, Carla Gomes. Bem jurídico e teoria constitucional do Direito Penal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 4, n. 6, p. 254, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/96>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁴² LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 93-95.

⁴³ SILENE, Carla Gomes. Bem jurídico e teoria constitucional do Direito Penal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 4, n. 6, p. 257, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/96>. Acesso em: 15 mar. 2025.

Franz von Liszt, por outro lado, discordou em diversos aspectos de Binding e de suas colocações positivistas. Como ele tinha por “bem jurídico” todo interesse jurídico protegido, o compreendia como o conjunto de interesses vitais do indivíduo ou da sociedade. Ao moldar uma nova dimensão material do conceito de injusto, iniciou seu pensamento com concepções sociopolítico-criminais, transmudando o centro da gravidade do conceito de bem jurídico, do subjetivo, para o “interesse juridicamente protegido”, vendo nele o núcleo da estrutura do delito.⁴⁴

Em linha parecida, Juarez Tavares, ao citar a doutrina de Liszt, assim dispôs:

Apenas para tomar alguns dos principais representantes das vertentes conceituais acima aludidos, pode-se ver que VON LISZT retrata, inicialmente, o bem jurídico como interesse da vida humana juridicamente protegido.⁴⁵

Com efeito, a partir da ideia central de Liszt, no sentido de dar maior concretude e materialidade ao bem jurídico na norma, pode-se aferir que, em um Estado expressamente declarado Democrático de Direito, a função do bem jurídico na norma será a de contenção do poder estatal de incriminar.⁴⁶ Sobre isso, não é outra a conclusão de Juarez Tavares:

A questão da criminalização de condutas não pode ser confundida com as finalidades políticas de segurança pública, porque se insere como uma condição do Estado democrático, baseado no respeito dos direitos fundamentais e na proteção da pessoa humana. Isto quer significar que, em um Estado democrático, o bem jurídico deve constituir um limite ao exercício da política de segurança pública, reforçado pela atuação do Judiciário, como órgão fiscalizador e controlador e não como agência seletiva de agentes merecedores de pena, e, face da respectiva atuação do Legislativo ou do Executivo.⁴⁷

Portanto, no panorama geral de Liszt, não é a lei que cria os bens jurídicos, pois estes são pressupostos da própria lei, ou seja, já existem antes da atividade legislativa, a partir dos interesses humanos – sejam eles individuais ou coletivos. Justamente por terem como pressuposto os interesses da pessoa humana, sua função em relação à norma deve ser a de conter a atividade penal.

⁴⁴ SILENE, Carla Gomes. Bem jurídico e teoria constitucional do Direito Penal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 4, n. 6, p. 256-257, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/96>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁴⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 100. E-book.

⁴⁶ SILENE, Carla Gomes. Bem jurídico e teoria constitucional do Direito Penal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 4, n. 6, p. 258, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/96>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁴⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 108. E-book.

2.1.5 O bem jurídico no neokantismo

Com o neokantismo, não apenas a teoria do delito, mas, sobretudo, o bem jurídico ganha novos contornos metodológicos. Estabelece-se uma separação metodológica entre os objetos de investigação das ciências naturais e das ciências culturais:

O neokantismo surge em face de uma reação à metodologia do positivismo, que tem na figura de Binding um grande expoente. Esta nova corrente do pensamento se baseia em uma separação metodológica, a qual estabelecia que a investigação dos objetos vinculados às ciências da natureza não poderia ter o mesmo tratamento que a investigação dos objetos vinculados às ciências culturais.⁴⁸

No aspecto filosófico, a diferença entre natureza e cultura tem como expoente Kant – “a distinção, entre natureza e cultura, que deita raízes na dicotomia Kantiana da crítica da razão pura e da crítica da razão prática”⁴⁹ – e é de fundamental importância, pois são justamente essas diferenças que nortearão o objeto da investigação. Nesse sentido, enquanto nas ciências da natureza há uma visão limitada quanto ao objeto de investigação, que não contempla o sujeito, nas ciências da cultura já há uma investigação mais ampla do objeto em conjunto com o sujeito.

Com isso, busca-se destacar a importância e o avanço com o advento do neokantismo, que inaugura a ciência cultural no objeto de investigação e, no aspecto aqui investigado, o bem jurídico, sobretudo porque, a partir do método – ou seja, do neokantismo valorativo – há uma ruptura com a concepção de bem jurídico normativo-positivista, que tratava o bem jurídico como puro fruto da atividade do legislador, o que não é possível no aspecto valorativo-cultural inaugurado pelo neokantismo. Neste sentido, consta na literatura o seguinte:

O Direito Penal – aliás, como todo o direito – é visto pelo neokantismo como uma ciência cultural. Daí o conceito de cultura ser fundamental para o desenvolvimento da teoria do delito. O motivo pelo qual o bem jurídico se distancia na sua essência conceitual dos conceitos dos positivistas reside no fato do valor não ser associado à atividade do legislador, mas sim à esfera cultural, que dá o cabedal para que se atribua signos positivos ou negativos aos objetos. Enquanto valor cultural, pode-se extrair daquele conceito um plexo de consequências para interpretação da norma penal, visto que o direito não pode ser vedo aos valores, mas sim um objeto de conhecimento valioso. O método do direito dependerá intrinsecamente dos valores, o que faz com que o bem jurídico resida no centro teleológico da norma penal, a partir daqui.⁵⁰

⁴⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 48.

⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 48.

⁵⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 48.

A partir do neokantismo, portanto, o bem jurídico ganha contornos valorativos e deixa de ser uma mera discricionariedade do legislador, passando a ocupar o centro teleológico da norma. Neste sentido, vale transcrever o que Brandão trouxe sobre o pensamento de um dos maiores expoentes do neokantismo, Edmund Mezger, quanto à concepção deste de bem jurídico:

Edmund Mezger, neste aspecto, definiu o bem jurídico como o valor objetivo protegido pela lei penal. O conteúdo material do injusto é a lesão ou exposição o perigo do bem jurídico, que é o objeto de proteção do direito, através da lei penal. Este mesmo objeto de proteção é o objeto de ataque, contra o qual se dirige o crime. Dessa forma, Mezger conceitua o bem jurídico afirmando que “o conteúdo material do injusto é a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. [...] Segundo a concepção, pode parecer como objeto de proteção da lei ou como objeto de ataque contra o qual se dirige o delito”.⁵¹

2.1.6 O bem jurídico no finalismo

Inicialmente, é importante destacar que o finalismo, apesar de suas características próprias, tem no neokantismo suas raízes, afinal, “tanto o finalismo quanto o funcionalismo têm suas matrizes no neokantismo”⁵². Com efeito, a importância do bem jurídico como função do Direito Penal também tem raízes no finalismo de Welzel.

Ainda quanto à forte influência do neokantismo sobre o finalismo, e apesar do paradoxo criado na linha do tempo⁵³ – visto que a tipicidade é o primeiro elemento analítico, mas o último a ser criado pela perspectiva analítica do crime –, o finalismo buscou o fundamento jurídico na valoração do tipo, dando a este o comando ideal extraído da norma penal, o bem jurídico:

A segunda característica, desenvolvida por meio de uma corrente neokantista vinculada a estrutura lógico-objetiva, nomeadamente o finalismo, se fundamentará na substância valorativa do tipo penal: o bem jurídico. O tipo tem um aspecto material que é a tutela de um valor eleito pelo legislador para ser protegido: o bem jurídico; por sua vez o comando de comportamento que se extrai da compreensão do tipo – que se chama norma penal – tem por matéria a proteção desse valor. Deste modo, qualquer conduta típica realizada, ainda que não seja criminosa por não perfazer os demais elementos do conceito analítico de crime, será antinormativo e violadora do bem jurídico, vez que violará o comando ideal extraído da norma penal.⁵⁴

⁵¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 48-49.

⁵² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 48.

⁵³ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. (Ciência Criminal Contemporânea, 20). p. 21.

⁵⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. (Ciência Criminal Contemporânea, 20). p. 28.

Após essa transição do neokantismo para o finalismo e já entrando mais propriamente nas características deste último, Hans Welzel, expoente desse modelo teórico, entende que a ideia central do finalismo parte da ação humana exercida pela direção final do homem:

A ação é, portanto, um acontecimento ‘final’ e não somente ‘causal’. A atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sabedor do acontecimento causal, pode prever em determinada escala as consequências possíveis de uma atividade, propondo objetivos de distinta índole, e dirigir sua atividade segundo um plano tendente a obtenção destes objetivos. Sobre as bases do seu conhecimento causal prévio, está em condições de dirigir os distintos atos de sua atividade de forma que dirige o suceder causal exterior na direção do objetivo e isso determina assim de modo finalista. A finalidade é um atuar dirigido conscientemente desde o objetivo, enquanto a pura causalidade não está dirigida desde o objetivo, mas, que é resultado dos comportamentos causais circunstancialmente concorrentes. Por isso, fala-se que a finalidade é evidente e a causalidade é cega (tradução própria⁵⁵).⁵⁶

Com efeito, arremata Welzel:

Como a finalidade se baseia na capacidade voluntária de prever determinada escala das consequências da intervenção causal, e com isso dirigir segundo um plano para obtenção de um objetivo, a vontade consciente do objetivo que dirige o acontecimento causal é a espinha dorsal da ação finalista (tradução própria⁵⁷).⁵⁸

No que tange à teoria do bem jurídico em si, para Welzel, não seria este o centro do Direito Penal, senão a vigência dos valores da ação final,⁵⁹ tais como respeito à vida, saúde, liberdade, propriedade alheia etc.

Roxin e Greco, porém, entendem que a tutela de bens jurídicos individuais estaria incluída nesta finalidade de valores internos da ação.⁶⁰ Para eles, a finalidade de ter o centro do

⁵⁵ “La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidad” o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concorrentes. Por eso, graficamente hablando la finalidad es “vidente” la causalidad es “ciega”.

⁵⁶ WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1915. p. 19-20.

⁵⁷ Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista.

⁵⁸ WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1915. p. 19-20.

⁵⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 163.

⁶⁰ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 163.

Direito Penal como proteção de ações internas – e com isso o respeito à vida, à propriedade alheia etc. – nada mais é que o meio para o fim de proteger, portanto, bens jurídicos. Segundo os autores:

[...] não há dúvidas de que a estabilização das normas na consciência da coletividade, na condição da chamada “prevenção geral positiva” figure entre as tarefas do Direito Penal e as formulações de Welzel não consiste em nada mais que isso. Mas a promoção do respeito à vida, propriedade alheia etc. naturalmente não ocorre como um fim em si mesmo, e sim para prevenir afetações a bens jurídicos. Ela é, dessa forma, um meio para a finalidade de proteção de bens jurídicos.⁶¹

No finalismo de Welzes, a estabilização das normas no corpo social coletivo não deixa de ser uma das tarefas do Direito Penal, porém, esta estabilização normativa que o autor chamou de *prevenção geral positiva* nada mais é que um meio para se alcançar na finalidade esta sim a proteção de bens jurídicos.

2.1.7 A concepção de bem jurídico pessoal de Hassemer

Para fins de um Direito Penal comprometido com o moderno estado liberal de direito, Hassemer entende ser irrenunciável uma concepção pessoal de bem jurídico. A ideia, de modo bem direto, passa pela compreensão de que os bens jurídicos só são dignos de tutela penal quando referidos à pessoa, ainda que indiretamente. Nesse sentido:

Mais importante e atual é a concepção teórica e o manejo prático dos bens jurídicos universais. Nessa discussão, deve-se de início insistir que uma concepção pessoal de bem jurídico não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos. Isso significa, por exemplo, que, nos delitos de *falsificação de documentos*, o bem jurídico não deve ser a segurança do tráfego jurídico (*sicherheit des Rechtsverkehrs*), mas sim a soma dos que participam dessas relações jurídicas e que por isso estão interessados na integridade dos meios de prova; ou que, no Direito Penal ambiental, o bem jurídico não é o meio ambiente em si próprio, mas somente como meio necessário à vida e à saúde humana.⁶²

Antes, porém, de dar sequência à valorosa contribuição pessoal de bem jurídico proposta por Hassemer, vale abordar criticamente, ainda que em síntese, a discussão que gira em torno

⁶¹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 163.

⁶² HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

do Direito Penal, da sociedade de risco e do bem jurídico, diante da correlação existente entre esses temas.

A sociedade de risco, sob o ponto de vista sociológico, tem como idealizadores os trabalhos de Beck⁶³ e Luhmann⁶⁴. Em resumo, a ideia central baseia-se na substituição do modelo de sociedade liberal por um novo modelo, surgido nas últimas décadas, denominado sociedade de risco.

No primeiro modelo, os problemas que giravam em torno do Direito Penal clássico eram tratados dentro da dogmática por meio da tutela de bens jurídicos individuais, tais como a vida, a propriedade, a honra, o patrimônio etc. Já na chamada sociedade de risco, parte da doutrina apresenta críticas ao fundamento de que o sistema clássico não oferece respostas satisfatórias para os novos desafios. Esse contexto desafia sobremaneira o sistema jurídico dogmático-penal tradicional, propondo-se um modelo mais sofisticado, no qual os bens jurídicos pessoais cedem lugar aos bens jurídicos coletivos e supraindividuais, por meio da tutela do meio ambiente, da saúde pública, da ordem econômica etc., com novas definições voltadas à antecipação da tutela penal diante de acontecimentos imprevisíveis característicos dessa nova sociedade de risco.

Pablo Rodrigo Alflen da Silva, na obra intitulada “Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco” e com amparo nas teorias de Beck e Luhmann, apresenta de forma lapidar a ideia de risco em três etapas, assim delineadas:

Somente nas últimas décadas a investigação sobre o *risco* passou a ter maior significado. Entretanto, o desenvolvimento da problemática está circunscrito a três etapas. Na primeira, a da sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma do acidente, ou seja, de um acontecimento exterior e imprevisto, um acaso, simultaneamente individual e repentino, mas nesta época os perigos eram perceptíveis mediante os sentidos. Na segunda surge a emergência da noção de prevenção – entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional e voluntária que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável). A utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma confirma-se em todos os aspectos: “prevenção de doenças”, “prevenção de crimes”, “prevenção da miséria e da insegurança social”. Nesta etapa o risco passa a não depender mais da categoria dos golpes do destino e “assume a figura do acontecimento estatístico objectivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos” isso em razão de que ao domínio científico do risco junta-se o domínio jurídico: cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança. A terceira etapa da história do risco não se cinge a um período histórico com termo final determinável, na medida em que é representativa de um fenômeno que sequer se sabe se tem chegado ao seu ápice, pois nos é circundante, na medida em que a presenciamos. É a etapa do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que “frusta as nossas capacidades

⁶³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia uma nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

⁶⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes.⁶⁵

Da primeira etapa: perceptiva mediante os sentidos, passando pelo acontecimento estatístico objetivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos, até a última etapa, cujas características marcantes são o risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, chega-se, portanto, à ideia de risco.

Ocorre, todavia, que a concepção de sociedade chamada de “risco” não pode abalar toda uma estrutura sistemática e científica da teoria do delito, com o objetivo de responder, às custas da dignidade da pessoa humana, a novas definições de crime. Tais definições passaram a admitir, em nome do risco, a proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, como forma de justificar e ampliar a tutela penal por meio de indefinições fáticas e sujeitos indeterminados – a exemplo da criminalização da pessoa jurídica –, desafiando, assim, princípios basilares da ciência penal clássica, como a culpabilidade, a fragmentariedade, a subsidiariedade, a taxatividade e o princípio da *ultima ratio*. Nesse sentido:

Os desenvolvimentos e os aspectos críticos resultantes dessa “moderna sociedade do risco” para o Direito Penal foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, originariamente, e de modo imediato por Prittwitz, o qual já observava o surgimento de um “Direito Penal do risco” que longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, em outras palavras, em um Direito Penal expansivo cujo aspecto é caracterizado pelo significado tridimensional que assume: a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais, processamento de dados, tributos), o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e, em terceiro lugar, a redução das exigências para a reprovabilidade.⁶⁶

Feitas essas breves considerações acerca da temática que envolve o Direito Penal, a sociedade de risco e o bem jurídico, passa-se a retomar e demonstrar a correlação entre esse chamado modelo de sociedade de risco e a teoria do bem jurídico pessoal defendida por Hassemer.

A principal ideia sustentada por esse autor consiste na compreensão de que os bens jurídicos só são dignos de tutela penal quando relacionados à pessoa, ainda que de forma indireta.

⁶⁵ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

⁶⁶ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

Admitindo-se, entretanto, a ideia de que a sociedade de risco traz perigos que justificariam uma nova dogmática, amparada na concepção de ofensa a bens jurídicos coletivos ou supraindividuais em detrimento da pessoa, além de expandir sobremaneira o Direito Penal para outras áreas do direito, como o administrativo, estar-se-á, ainda, criando uma nova modalidade de delitos em nome da sociedade de risco, o que representa um risco às garantias fundamentais decorrentes do sistema clássico da dogmática penal vigente.

Quanto à concepção de Hassemer nessa modalidade de sociedade de risco, apresenta-se a tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, *in verbis*:

Em relação a isso Hassemer tem ressaltado ainda o fato de que este moderno Direito Penal se apresenta na forma de crimes de perigo abstrato, que exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciam a todos os pressupostos clássicos de punição e, com isso, naturalmente, também reduzem as respetivas possibilidades de defesa e, além disso, no campo da moderna política criminal, como a criminalidade organizada, o meio ambiente, a corrupção, o tráfico de drogas ou a criminalidade econômica, encontram-se cada vez mais novos tipos penais e agravamento de pena.⁶⁷

Aqui, porém, é necessário fazer um alerta: não se pode confundir a notória modernização da sociedade com o dever de proteger as pessoas que a integram. O crime é um fato que se busca imputar a seu autor com base em elementos concretos da vida, por meio da efetiva lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos. Assim, seja no âmbito coletivo, universal ou supraindividual, o centro de atenção das normas deve ter sempre como foco a pessoa humana, considerada como parte da sociedade, e não o contrário.

No contexto em que a pessoa ocupa o centro da norma, ainda que sob uma perspectiva teórica distinta, Hinkelammert deixa claro que os direitos humanos pertencem às pessoas, e não às instituições.⁶⁸ Colocar a sociedade acima da pessoa equivaleria a utilizar um método dedutivo para se chegar ao indivíduo, quando, na realidade, é a pessoa que constitui a sociedade. Seria como admitir a preponderância do coletivo sobre o particular, criando-se mecanismos, funções e instituições que se sobreponham à própria pessoa, como se aquelas fossem titulares dos direitos fundamentais.

⁶⁷ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

⁶⁸ HINKELAMMERT, Franz Josef. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: HERRERA FLORES, Joaquín (org.). **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbau: Desclée de Brouwer, 2000. p. 79-113. Disponível em: <http://repositorio.uca.edu.sv/jspui/bitstream/11674/1875/1/La%20inversi%c3%b3n%20de%20los%20derechos%20humanos.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

O risco de tal sociedade – no contexto da chamada sociedade complexa ou de risco, na concepção de Ulrich Beck⁶⁹ – reside na possibilidade de que uma instituição se sobreponha à pessoa, gerando a indesejável consequência de que, em nome das instituições, diversas condutas passem a ser criminalizadas.

Em seu extremo, a teoria do bem jurídico poderia ser colocada em seu leito de morte, pois, ausente um limite material à criminalização, abrir-se-ia caminho para o *populismo penal*. Ou seja, parlamentares, guiados mais pela necessidade de manter ou ampliar seu capital político, não encontrariam maiores obstáculos para aprovar projetos de leis penais que criminalizam condutas desprovidas de análise substancial sob a ótica da ofensa a bens jurídicos.

Mais grave ainda – e que merece destaque – é o fato de que, diante desse contexto complexo de sociedade de risco, a ciência penal, sob o pretexto de mudanças e de novas adequações típicas, tem perdido o verdadeiro sentido e alcance do clássico conceito de fato punível, comprometido com a tutela de bens jurídicos penais relevantes.

A consequência é que, na tentativa de tutelar o futuro ou setores mais amplos da engrenagem social, acaba-se por legitimar leis penais vagas, sem conteúdo e genéricas, ou seja, descomprometidas com a clássica concepção limitadora, que pressupunha a efetiva ameaça ou lesão a bens jurídicos fundamentais como critério para a proibição e a punição. Ao final, o que se torna relevante é a mera proteção de interesses institucionais, ainda que sob o disfarce da tutela de bens jurídicos coletivos ou universais.

Retomando Hassemer, observa-se que, justamente em razão dessa tendência de modernização do Direito Penal à luz da sociedade de risco, o Direito Penal deve estar atento à salvaguarda dos interesses pessoais, isto é, das pessoas. Nesse sentido:

Início de uma resposta é a consideração de que as tendências modernas de socialização, de aumento dos contatos sociais e de criação de instituições complexas não dão ensejo a que os elementos individuais e pessoais do Direito e do pensamento jurídico sejam igualmente funcionalizados a partir das instituições, a que eles sejam social. Ao contrário: em tempos como estes, deve justamente o Direito Penal proteger e resguardar com ênfase os elementos pessoais, pois tarefa não é, afinal, a segurança geral ou a diminuição de danos sociais, mas sim a imputação de um crime a uma pessoa e, como isso, a individualização de um problema que sempre é também social. Épocas de alta densidade social são, no Direito Penal, época de teorias orientadas a pessoa.⁷⁰

⁶⁹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia uma nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

⁷⁰ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

Com a sociedade de risco, portanto, os chamados bens jurídicos “universais”, “supraindividuais” ou “coletivos” buscam legitimar os crimes de perigo abstrato, ou seja, sem dano, por meio de fatos genéricos. O problema é que muitos desses crimes acabam tendo como finalidade a proteção de meras funções estatais – fenômeno que a doutrina de Hassemer denominou de funcionalização institucional ou simbolismo –, negligenciando-se, assim, os elementos indispensáveis a um Direito Penal comprometido com o Estado de Direito.

Diante disso, coloca-se a seguinte questão: seria possível conceber um Direito Penal cuja tutela recaia sobre interesses abstratos ou sem qualquer correlação direta com uma pessoa concreta? Aplicando-se a concepção personalista do bem jurídico ou a teoria monista aqui defendida, a resposta é negativa.

Com efeito, para o autor, não é possível renunciar à teoria personalista do bem jurídico. Ainda que tal teoria possa assimilar aspectos sociais, seu elemento central reside no fato de que ela exige, como pressuposto, atenção constante ao indivíduo enquanto pessoa que constitui a sociedade, e não o contrário. Veja-se:

Isso estabelece para a teoria do bem jurídico a exigência de assimilar teoricamente o desenvolvimento de estruturas sociais e de problemas sociais, sem com isso abrir mão da tradição personalista da teoria. Essa tradição consiste em funcionalizar os interesses da coletividade e do Estado a partir do indivíduo: bens jurídicos universais têm, nessa medida, somente uma base, quando comprovadamente forem interesses indiretos do indivíduo. Na origem dessa tradição está uma compreensão liberal de Estado, para a qual o Estado não é fim em si próprio, mas deve apenas promover o desenvolvimento e a garantia das possibilidades vitais do ser humano.⁷¹

É importante destacar, no entanto, que não se nega, aqui, a mudança e a evolução da sociedade em direção à proteção de interesses de cunho social, universal e coletivo. Igualmente, não se questiona a necessidade de tutela desses interesses no campo do direito.

A única questão que não se admite, nesta concepção pessoal do bem jurídico, é o uso do discurso da coletividade, universalidade ou supraindividualidade com o intuito notório de sacrificar os elementos da culpabilidade, da subsidiariedade e da *ultima ratio* do Direito Penal, em prejuízo da pessoa individualmente considerada.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

Nas palavras de Hassemer: “Quem reconhece genericamente bem jurídicos universais corre o risco de aceitar o Direito Penal não como *ultima*, mas sim como *prima* ou até mesmo *sola ratio* da proteção de bens jurídicos”.⁷²

Por fim, ainda na perspectiva de um bem jurídico centrado na pessoa, a doutrina nacional proposta por Tavares também caminha no sentido de partir do ser humano como o centro de orientação da norma, cujos interesses devem ser considerados prioritários:

Pode-se dizer que o bem jurídico é um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental.⁷³

Portanto, diante da moderna sociedade de risco, é necessário estar atento para não confundir modernização, valores, interesses e funções com o bem jurídico, que deve sempre ser considerado sob a perspectiva da pessoa enquanto indivíduo.

2.1.8 A teoria do bem jurídico de Roxin

Roxin, em uma concepção funcionalista, contribui com um conceito atual de bem jurídico, segundo o qual:

[...] entende-se por bem jurídico os dados ou finalidades necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização de seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal orientado à realização desses objetivos.⁷⁴

Em Roxin e Greco, porém, entende-se que a tutela de bens jurídicos individuais estaria incluída nesta finalidade de valores internos da ação.⁷⁵ Para os autores, a finalidade de se ter o centro do Direito Penal como proteção de ações internas e com isso o respeito à vida, propriedade alheia etc. nada mais é que o meio para o fim de se proteger, portanto, bens jurídicos.

⁷² HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23-24.

⁷³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 119.

⁷⁴ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral:** fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 90.

⁷⁵ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral:** fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 163.

Roxin e Greco trabalham a perspectiva de derivação do conceito de bem jurídico a partir das tarefas do Direito Penal. Segundo os autores, o conceito material de crime antecede o conceito formal, fornecido pelo Código Penal, pois, oferece ao legislador uma política criminal que trará a baliza necessária do que está e do que não está autorizado a punir,⁷⁶ o que é entendido como proteção subsidiária de bem jurídico.

Roxin e Greco, ainda, apresentam uma perspectiva das controvérsias em torno do conceito de bem jurídico. As reflexões que se colocam em torno dessas controvérsias, conforme os autores, passam primeiramente pela constatação de que falta consenso na doutrina sobre o que é o bem jurídico. Em segundo lugar, coloca-se em questão o fato de que a doutrina ainda não está certa quanto ao conceito de bem jurídico, isto é, se ele funciona apenas como um recurso de interpretação da norma ou se também está apto a limitar o poder estatal de incriminar.⁷⁷

Em relação à primeira questão, ou seja, no que toca à existência de múltiplos conceitos quanto à natureza do bem jurídico, isso parece ser mesmo inconteste. Ninguém nega a diversidade conceitual trazida pela doutrina.

Já a segunda questão tem a seguinte tomada de posição: considerando-se um conceito de bem jurídico com base nos problemas reais, é possível enxergar uma concepção de bem jurídico crítico ao sistema, mas também ambivalente, pois, ao mesmo tempo em que limita o poder estatal de incriminar, funciona como baliza para fins de delimitar qual comportamento seria relevante para justificar a imposição de pena.

No aspecto interpretativo, todo tipo carrega na sua essência o bem jurídico tutelado, sempre visando à finalidade ou função da norma, o que Roxin e Greco chamaram de “conceito metodológico de bem jurídico”⁷⁸.

Ademais, Roxin e Greco apresentam uma concepção derivativa do conceito de bem jurídico a partir das tarefas do Direito Penal, segundo a qual: “consiste em assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica sob a égide de todos os direitos e garantias

⁷⁶ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 84.

⁷⁷ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 88.

⁷⁸ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 89.

fundamentais constitucionalmente tutelados ”⁷⁹. Entendendo-se que a tarefa do Direito Penal se restringe à proteção subsidiária de bens jurídicos relevantes, tem-se, portanto, que entender o bem jurídico na forma do conceito material e atual, o que foi mencionado em destaque no início deste capítulo.

Para Greco e Roxin, o bem jurídico, assim, tem que ser crítico ao sistema e proporcionar, dentro da tarefa do Direito Penal liberal, uma liberdade nos moldes dos direitos fundamentais previstos na Constituição, além de tutelar condutas que venham a garantir uma qualidade de vida para todos na sociedade.

Os autores até acreditam em uma concepção coletiva de bem jurídico – tendo como exemplo um bom sistema de tributação, uma justiça sem mácula etc. – mas é preciso sempre ter em foco uma lesão a interesses específicos, sob pena de se tutelar falsos bens jurídicos em detrimento da pessoa.

⁷⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral:** fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 90.

3 O TRATAMENTO CONTEMPORÂNEO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Após passar pelas concepções pessoais de Hassemer e Roxin, chega-se a uma concepção moderna de bem jurídico para o Direito Penal contemporâneo, a qual, certamente por ter transposto diversos métodos e concepções desde o século XIX até os dias atuais, apresenta características compatíveis com a tarefa do Direito Penal comprometido com o modelo de Estado Democrático de Direito.

No aspecto do conteúdo material da legalidade, é importante destacar o bem jurídico-penal relevante que justifica a tutela do Direito Penal contemporâneo. Mas qual bem? Como conceituá-lo? Em outros termos, o conceito de tipo material, idealizado como primeiro elemento do conceito analítico de crime desde o século XIX até os dias atuais, atende às questões do Direito Penal na contemporaneidade ou carece de adequação, considerando, sobretudo, os valores, interesses e bens da sociedade atual?

Prepondera na doutrina o conceito analítico e tripartido de crime, compreendido como um fato típico, ilícito e culpável. Como o objeto de concentração deste capítulo é demonstrar o tratamento contemporâneo da teoria do bem jurídico na dogmática penal, há, portanto, a necessidade *sine qua non* de se incrementar o tipo objetivo material com o elemento *bem jurídico relevante para o Direito Penal*.

Em breves retrospectivas históricas, Ernst von Beling, em 1906, foi quem primeiro formulou o conceito de tipicidade. Para este autor, o tipo penal é uma *descrição objetiva* isenta de qualquer juízo de valor. Entretanto, em que pese a importância do conceito formulado por Beling, o que representou à época grande avanço, ainda, no aspecto teórico, entretanto, carecia do elemento valorativo, o que só foi possível em 1915, a partir dos estudos Max Ernst Mayer.

Assim, apesar de haver, à época, outros autores questionando a proposta de Mayer – quanto ao liame existente entre a tipicidade como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade –, não é possível pensar o tipo sem o caráter valorativo proposto por Mayer, ante a presença da ação no âmbito da tipicidade.

Avançando-se nas teorias, foi mérito do finalismo de Hans Welzel atrelar a noção de finalidade ao conceito de ação.

Com efeito, para Welzel, a ação não se esgota na mera transformação causal do mundo exterior, como propunha Beling no sistema causal naturalista, pois, para aquele autor, toda conduta tem uma vontade direcionada a uma finalidade, ou seja, consiste em um

comportamento voltado para um fim.⁸⁰ Dentre outras críticas, o sistema causal naturalista não trouxe solução para os crimes de mera conduta ou omissivos, nos quais resta ausente qualquer comportamento voluntário transformador do mundo exterior.

Sendo o objetivo do Direito Penal a tutela de lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos mais relevantes, o finalismo percebeu, com isso, a necessidade de se pensar um comportamento direcionado a uma finalidade. É de Welzel a famosa frase segundo a qual “*a causalidade é cega e a finalidade é vidente*”⁸¹, pois o finalismo enxergou a finalidade do conteúdo da norma e avançou no conceito de conduta que melhor atendesse aos fins dos interesses do Direito Penal. Para além de desenvolver um modelo de ação voltado para uma finalidade específica, Welzel também avançou na teoria ao propor o deslocamento dos elementos subjetivos (dolo e culpa) para a conduta e, consequentemente, para o tipo, já que este é o primeiro elemento do conceito analítico de crime.

Nesse sentido, se no finalismo a conduta era direcionada a um fim, tal fim deveria levar em consideração a vontade do agente ou os meios utilizados para alcançar um determinado resultado querido ou efetivamente alcançado.

Portanto, não se mostrava logicamente coerente, como no causalismo, manter os elementos subjetivos na culpabilidade, uma vez que esses elementos deveriam pertencer à conduta.

Transportados os elementos subjetivos (dolo e culpa) para a conduta, o tipo se apresenta como o local no qual a conduta é tratada no primeiro elemento conceitual do crime, ou seja, no tipo passa-se à análise da conduta propriamente dita como primeiro elemento do tipo objetivo.

Dessa forma, fica mais claro pensar a tipicidade formal, *descritiva*, e material, *valorativa*, através do seu conteúdo normativo, já que, como *ultima ratio*, a finalidade do Direito Penal deverá ser a de a tutela de bens jurídicos relevantes. Neste sentido, e tratando especificamente da tipicidade, discorre Cláudio Brandão:

Assim, a tipicidade tem um significado sistêmico no Direito Penal, pois, como condição, ela se inter-relaciona com os demais elementos do crime; 2º) a ação, que é a ligação entre as instituições penais do delito, é descrita no tipo; e 3º) o tipo penal encerra o desvalor inicial sob o qual o Direito Penal materialmente se assenta, porque é a partir do tipo penal que se desvela o bem jurídico.⁸²

⁸⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 116.

⁸¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964. p. 59-60.

⁸² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1). p. 117.

Como pode-se observar, não há muitas dificuldades em verificar a presença do bem jurídico no tipo material, mesmo porque a parte especial do Código Penal é dividida por capítulos, cujos títulos, como regra, demonstram o bem jurídico tutelado.

No campo conceitual, entretanto, a teoria do bem jurídico não traz o mesmo atributo de consensualidade quanto ao tipo ou legalidade, defendendo alguns, inclusive, o abandono da referida teoria.

Na doutrina pátria, importante destacar a lição 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 isso é, coisas materiais e objetos imateriais que além de serem o que são, valem.⁸³

Ainda na doutrina nacional, vale mencionar a perspectiva acerca do conceito de bem jurídico proposta por Tavares, que coloca o ser humano como centro da orientação da norma, cujos interesses devem ser relacionados:

Pode-se dizer que o bem jurídico é um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental.⁸⁴

Das concepções até aqui verificadas, é perceptível a diversidade de perspectivas sobre o bem jurídico, variando cada autor de acordo com métodos e visões diferentes. Logo, não é possível traçar um conceito unívoco de bem jurídico, até porque os bens jurídicos, como antecedem à norma, sofrem variações de acordo com as perspectivas políticas, sociológicas e cultural de cada Estado.

Cézar Roberto Bitencourt, por exemplo, identifica diferenças nas perspectivas sobre o Direito Penal, a depender do sistema político vigente à época em que a sociedade é organizada:

O Direito Penal pode ser concebido sob diferentes perspectivas, dependendo do sistema político por meio do qual um Estado soberano organiza as relações entre os indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade, e da forma como exerce o seu poder sobre eles. Nesse sentido, o Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de

⁸³ TODELO, Franscisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 1991. p. 15.

⁸⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 119.

Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade.⁸⁵

Ainda sobre a perspectiva política, e no caso específico do Brasil, que adotou o modelo de Estado Democrático de Direito, Bitencourt esclarece que, neste modelo, a finalidade do Direito Penal será tratada como a tarefa que nada mais é do que a proteção de bens jurídicos fundamentais:

Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.⁸⁶

Arremata o autor ao se posicionar definitivamente sobre a real função do Direito Penal: “Essa postura revela o nosso posicionamento acerca da função do Direito Penal num Estado Democrático de Direito, qual seja, a proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais”.⁸⁷

Ainda em Bitencourt, vale retroceder a um breve aspecto histórico sobre o surgimento da teoria do bem jurídico, que passou pelo século XIX, destacando-se, sobretudo, a doutrina de Binding, o qual, no afã de tentar atrelar a teoria de bem jurídico à vontade do legislador, comprometeu toda sua autonomia conceitual, além de perder o caráter crítico principal da teoria, que é justamente a limitação do poder estatal de incriminar. Nas palavras do autor:

O conceito de bem jurídico somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como estado valorado pelo legislador. von Liszt,

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

concluindo o trabalho iniciado por *Binding*, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do Direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, com uma diferença: enquanto *Binding* ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, *von Liszt* viu nele um conceito central da estrutura do delito. Como afirmou *Mezger*, “existem numerosos delitos nos quais não é possível demonstrar a lesão de um direito subjetivo e, no entanto, se lesiona ou se põe em perigo um bem jurídico.”⁸⁸

Com efeito, apesar das várias acepções conceituais de bem jurídico existentes na doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, não se nega, atualmente, o caráter imprescindível do bem jurídico como crítica ao Direito Penal moderno, com o intuito de fundamentar e limitar a atuação estatal de incriminar:

Atualmente, o conceito de bem jurídico desempenha uma função essencial de crítica do Direito Penal: por um lado, funciona como fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais; por outro lado, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte Especial, orientando a sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade.⁸⁹

A questão que se coloca, entretanto, é se a versão conceitual dominante de bem jurídico é capaz de trazer respostas ao que Bitencourt chamou de expansão do Direito Penal⁹⁰ ou ao que, atualmente, Beck denominou sociedade de risco⁹¹. Nesse ambiente, ganha terreno a criminalização de ofensas a bens jurídicos declarados coletivos ou supraindividuais, sem que haja uma delimitação conceitual adequada do interesse juridicamente protegido. Em muitos casos, o que se protege, inclusive, são apenas meras funções estatais ou os chamados falsos bens jurídicos. A tensão se coloca, então, quando se discute se, na modernidade, é legítima a antecipação da tutela penal ou a punição a partir da mera colocação em perigo abstrato de bens jurídicos.

Aqui, como antecipado, entende-se possível a adoção de uma teoria crítica e comprometida com o modelo de Estado Democrático de Direito, no sentido de limitar e auxiliar

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁹¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

a tarefa do Direito Penal com base na ofensa ou ameaça de ofensa a bens jurídicos fundamentais da pessoa.

Em outros termos, mas acreditando na concepção conceitual e funcional de bem jurídico como limitador do poder de punir do Estado, Bitencourt leciona:

Com efeito, uma compreensão classificatória do conceito de bem jurídico, delimitadora *a priori* do que pode ou não ser conceituado como bem jurídico penal, vem fracassando na doutrina, porque se revela incapaz de abarcar a compreensão do fenômeno delitivo que se vem impondo ultimamente por meio das linhas do pensamento funcionalista. Não significa, contudo, sentenciar de morte o conceito de bem jurídico, nem o abandono de sua função crítica, pelo contrário, ainda hoje é possível sustentar que o conceito de bem jurídico “desempenha um papel produtivo importante já no nível primário de averiguação da estrutura do delito, e, num segundo plano (no segundo nível), na determinação do marco de ações compreendidas no tipo como ‘de menosprezo do bem jurídico’”. Em outros termos, o conceito de bem jurídico continua sendo determinante no processo exegético de determinação da matéria proibida e da própria estrutura do delito.⁹²

Bitencourt apresenta, portanto, na contemporaneidade, propostas adequadas para uma concepção de bem jurídico ainda comprometida com uma perspectiva crítica, limitadora do poder de punir do Estado e que passa pelo aspecto funcional do modelo atual.

Neste sentido, com base no Iluminismo e partindo da percepção de contrato social, Bitencourt apresenta a formulação de Schünemann, segundo a qual, através da filosofia da linguagem, é possível demonstrar que o Estado está autorizado a proteger ou não por meio do Direito Penal. Nas palavras do autor:

Uma proposta interessante é a formulada por Schünemann, para quem o bem jurídico penal deve ser conceituado e compreendido como uma “diretriz normativa” que pode ser deduzida com apoio no raciocínio desenvolvido pela moderna filosofia da linguagem. Com efeito, para esse autor, se partirmos do conceito de contrato social e da ideia de que o Estado deve assegurar possibilidade de livre desenvolvimento dos indivíduos, é possível deduzir, por meio do método analítico da filosofia da linguagem, as coordenadas do que o Estado pode proteger por meio do Direito Penal, e do que não está legitimado a protege.⁹³

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22. E-book. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

Com isso, é possível rechaçar a tese segundo a qual, em um modelo de sociedade funcional ou de risco, a complexidade desse modelo retiraria do Direito Penal a função de proteger bens jurídicos.

Ora, primeiro, está-se diante do Estado Democrático de Direito, cujo centro das normas penais deve ser sempre, nas palavras de Hassemer, a pessoa como indivíduo. Segundo, partindo-se dessa premissa, ou seja, da pessoa como centro de atenção normativa, qualquer legislação sobre ameaça de pena deve ter como foco os valores e interesses da pessoa, e não das instituições, até porque, no aspecto final, quem cumpre a pena é a pessoa, nunca a instituição. Terceiro, os chamados bens jurídicos coletivos ou supraindividuais somente são tutelados se tiverem como finalidade a tutela dos interesses e valores da pessoa como ser humano.

Finalmente, mas não menos importante, ainda no aspecto da contemporaneidade da teoria do bem jurídico, é importante destacar a doutrina de Juarez Cirino dos Santos, que apresentou a correlação e contradição entre capital/trabalho assalariado e a necessidade de um conceito de bem jurídico que, ao mesmo tempo em que fundamenta a criminalização, protege o Direito Penal na sociedade moderna:

Enquanto isso, o conceito de bem jurídico continua essencial para o Estado Democrático de Direito das formações sociais fundadas na relação capital/trabalho assalariado do capitalismo neoliberal, como critério de criminalização e como objeto de proteção do Direito Penal, conforme reconhecem as teorias jurídica e criminológica modernas.⁹⁴

Portanto, também se enxerga um papel limitador no bem jurídico quando se comprehende o Direito Penal a partir da relação capital/trabalho assalariado, conforme conclui Juarez Cirino dos Santos:

Desse ponto de vista, consideradas todas as limitações e críticas, o conceito de bem jurídico, como critério de criminalização e como objeto de proteção, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação capital/trabalho assalariado, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo.⁹⁵

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 15.

⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 18.

3.1 Legalidade e bem jurídico

É importante, desde já, traçar um paralelo com base no princípio da legalidade, que é a base do Direito Penal, pois somente a lei, no sentido formal e material, poderá prever comportamentos com consequências por meio da pena. Essa lei, no aspecto material, tem como objeto de proteção o bem jurídico tutelado, uma vez que a efetividade do garantismo penal pressupõe, *ex ante*, uma lei certa, previa, substancial e cujo objeto de tutela seja bens jurídicos não insignificantes.

Ricardo Freitas, na obra “As razões do positivismo penal no Brasil”, relaciona o conceito de Estado formal de direito com a análise das noções de legalidade formal e substancial:

A primeira noção de legalidade correspondente ao que se denomina legalidade em sentido lato ou formal. A segunda é denominada de legalidade em sentido estrito ou substancial. A legalidade em sentido lato relaciona-se ao conceito formal de Estado de direito, sendo aquela que exige somente que sejam predeterminados por lei os sujeitos titulares e as formas de exercício de todo poder. Por sua vez, a legalidade em sentido estrito é aquela que além da predeterminação característica da legalidade em sentido lato, implica exigir que sejam legalmente pré-ordenadas e circunscritas, mediante obrigações e proibições, as matérias de competência e os critérios de decisão.⁹⁶

Com efeito, o Estado de Direito substancial é sinônimo de garantismo, cuja base é o princípio da legalidade em ambos os aspectos, *lato* e *estrito*. Neste sentido, adverte o mesmo autor, citando Ferrajoli:

O garantismo, conforme frisei anteriormente, é sinônimo de Estado de direito substancial, pautado em sua atuação pelo princípio da legalidade em sentido amplo. Como afirma a doutrina, o Estado de direito corresponde ao garantismo não designa simplesmente um “estado legal” ou “regulado pela lei”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) em um plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público-legislativo, judiciário, e administrativo – está subordinado a leis gerais e abstrata, que disciplina as suas formas de exercício e cuja observância se acha submetida a controle de juízes separados do mesmo e independentes ...; b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, ou seja, das proibições de lesionar os direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos direitos sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial.⁹⁷

⁹⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 10.

⁹⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 10.

No âmbito do Estado Democrático Moderno, prevalece o princípio segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.⁹⁸ No âmbito da legalidade formal, a norma que busca prever comportamentos típicos, ou seja, merecedores de pena, deve passar pelo crivo da competência legislativa, validade e eficácia normativa, para fins de tutelar comportamentos típicos. No âmbito material, contudo, não basta apenas o cumprimento dos requisitos de competência, validade e eficácia, ou seja, formais, mas deve-se passar, sobretudo, pelo crivo do conteúdo constitucional, com especial atenção aos valores e princípios que fundam os direitos e garantias fundamentais.

Assim, no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal, comprometido formal e materialmente com os direitos e garantias fundamentais, não pode tomar como crime uma conduta sem efetiva lesão ou ofensa a bens jurídicos tuteláveis penalmente, em observância aos princípios da lesividade ou ofensividade.⁹⁹

Portanto, a mesma lei que prevê o tipo de comportamento proibido também prevê a consequência consubstanciada em uma pena.

A doutrina apresenta dois conceitos de bens jurídicos: um de ordem dogmática e outro de política criminal. Ambos serão abordados em síntese, apenas para delimitar o objeto de pesquisa.

Segundo Luís Greco, na perspectiva dogmática, “toda norma terá seu bem jurídico, ou seja, nada mais seria, portanto, o interesse protegido por determinada norma e onde houver norma haverá um interesse”.¹⁰⁰ Porém, o mesmo autor complementa que este conceito dogmático de bem jurídico transfere ao legislador o poder de determinar qual seria o bem jurídico tutelado, sem, no entanto, delimitar o âmbito de poder do legislador, o que somente seria possível a partir do conceito político-criminal de bem jurídico. Assim, neste trabalho, o escopo será limitado ao âmbito do conceito político-criminal de bem jurídico.

Para os adeptos do conceito político-criminal de bem jurídico, ele deriva da Constituição, que vincula o legislador por um critério de hierarquia constitucional.¹⁰¹ Bens

⁹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 14.

¹⁰⁰ NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 77.

¹⁰¹ NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 82.

jurídicos seriam, portanto, aqueles “dados fundamentais para realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência social, nos limites de uma ordem constitucional”.¹⁰²

Em um contexto de Estado Democrático de Direito, não é qualquer ofensa a bem jurídico que legitimará a intervenção penal, mas apenas aquelas ofensas não insignificantes, relevantes e que ofenderem ou colocarem em perigo de lesão bens jurídicos relevantes de outrem.

Com efeito, é importante elucidar, entretanto, que o bem jurídico não é o principal fator de limitação do poder estatal de incriminar, devendo, assim, ser analisado com critérios e em diálogo com o primeiro elemento conceitual de crime, ou seja, o tipo, já que este sofrerá influência da legalidade formal e material, além da teoria da imputação objetiva, que será analisada sob o aspecto do resultado jurídico.

Neste sentido, Ana Elisa Bechara dispõe:

Em suma, a legalidade é um princípio penal irrenunciável e, portanto, insuscetível de qualquer juízo de balanceamento pragmático, que deve, mesmo no contexto de uma sociedade complexa, poder continuar a condicionar as possibilidades e o alcance da desvalorização dos comportamentos considerados delitivos, a partir do tipo penal, tomando como instrumento material de sua garantia.¹⁰³

Em se tratando de Direito Penal, o princípio da legalidade é, portanto, irrenunciável. Mesmo na sociedade contemporânea – ou, para alguns, de risco ou pós-industrial – não se deve tolerar a existência de leis penais meramente formais, pois, na perspectiva do tipo, é necessário o preenchimento do aspecto material consubstanciado na ofensa ou ameaça de ofensa a bem jurídico relevante para justificar a existência, validade e eficácia da norma incriminadora. Somente após preenchidas as elementares do tipo, sobretudo no aspecto valorativo da conduta e do resultado, e quando estiver no âmbito da proteção da norma com a presença efetiva da ofensa a bens jurídicos, é que ela passa a ser eficaz para produzir efeitos no mundo jurídico.

¹⁰² NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89.

¹⁰³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal:** considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. (Ciência Criminal Contemporânea, 10). p. 157.

3.2 Bem jurídico individual

A teoria do bem jurídico é indispensável à legitimação de condutas merecedoras de pena, porém, o bem jurídico, a nível dogmático, adquire sentido e completude quando analisado desde uma perspectiva sistemática, devendo ser acoplado à teoria do delito.

O comportamento, para passar a ser considerado típico, deve passar pela perspectiva típica formal e material. Sob a perspectiva formal, considera-se quando ele infringe uma norma proibitiva ou mandamental, enquanto, sob a perspectiva material, verifica-se se ele atinge o objeto protegido pela norma, ou seja, o bem jurídico:

O injusto penal comprehende a conduta culpável e ilícita (“*un acto culpable contrario al derecho*”). Em sentido formal, é ilícita quando significa transgressão de uma norma estatal (mandato ou dever), e, em sentido material, quando opera uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma – bem jurídico.¹⁰⁴

A tipicidade formal é a descrição do fato (comportamento), ação ou omissão na lei. Já a tipicidade material carece de aprofundada análise que envolve os institutos da teoria do delito, tais como a ofensividade, a teoria do resultado e a imputação objetiva à luz da valoração do resultado. É justamente neste contexto, ou seja, da lesividade e do resultado valorado pela norma, que reside a necessidade de verificar a possível lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado.

Com isso, busca-se afirmar que, em um Estado constitucionalmente declarado Democrático e Social de Direito, toda conduta típica deve passar por este critério dogmático e analítico, a fim verificar se houve lesão ou ameaça de lesão a interesses juridicamente relevantes, ou seja, ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido. Luiz Regis Prado leciona:

Pode-se afirmar que, “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”.¹⁰⁵

Os bens jurídicos podem ser classificados em individuais, coletivos e/ou supraindividuais. Neste capítulo, restringiremos a abordagem aos bens jurídicos individuais, considerando que os demais serão tratados nos capítulos seguintes.

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 27. *E-book*.

¹⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 15. *E-book*.

No campo doutrinário, desde Birnbaum, já foi possível verificar a dimensão individual do bem como objeto de tutela:

Em momento posterior, Birnbaum (1792-1877) – que introduz o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo – observa ser decisivo para a tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade, e que possa ser lesionado pela ação delitiva.¹⁰⁶

Já no campo normativo, por bens jurídicos individuais (ou, para alguns, bens jurídicos clássicos), têm-se aqueles indispensáveis à existência digna e que proporcionam vida com dignidade da pessoa humana na sociedade, entre os quais se destacam, mas não se restringem: a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, a honra, além de outros, com previsão expressa na Constituição Federal, na parte especial do Código Penal e em legislações penais extravagantes.

3.3 Bem jurídico coletivo

A doutrina, quando introduziu no contexto penal o conceito de bem, já também o idealizava na concepção coletiva. Apesar da proximidade entre as categorias de bens jurídicos coletivos e os bens supraindividuais, existe uma certa relação entre eles que permite a tutela destes, abarcando, também, aqueles. Contudo, no aspecto normativo, é possível a diferenciação entre eles.

Isso porque os direitos difusos carregam uma certa indeterminabilidade dos seus titulares, ao passo que os direitos coletivos guardam uma certa determinabilidade quanto aos sujeitos, notadamente em razão da posição de seus titulares.

Portanto, os bens jurídicos coletivos são aqueles bens jurídicos não insignificantes, fundamentais e cuja ofensa pressupõe uma concreta causação de um dano ou ameaça de dano uma certa coletividade, grupo, categoria ou classe de pessoas titulares desses direitos.

3.4 Bem jurídico supraindividual

Os bens jurídicos supraindividuais diferenciam-se da categoria dos bens coletivos quanto ao aspecto, sobretudo, da indeterminabilidade dos seus titulares.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 23. *E-book*.

Para Tatiana Badaró, a definição de bem jurídico-penal supraindividual será:

[...] aquele com o qual pessoas indetermináveis ou de difícil determinação estabelecem, ao mesmo tempo, uma relação de disponibilidade limitada para a satisfação, ainda que indireta, de necessidades humanas essenciais.¹⁰⁷

Portanto, tanto os bens jurídicos coletivos quanto os supraindividuais têm, como principal função, diferenciar-se dos bens jurídicos individuais. No geral, sem ingressar na polêmica doutrinária sobre se o Estado é titular ou mero gestor de bens jurídicos, já que não é este o foco do trabalho e o espaço é exíguo para tanto, os bens jurídicos supraindividuais podem ser classificados, quanto à titularidade, como sendo bens da sociedade ou do Estado.

Vale ressaltar, outra vez, o fato notório de que a principal diferença entre os bens jurídicos coletivos e supraindividuais reside no campo da determinabilidade daquele e indeterminabilidade destes, considerando o seu caráter difuso.

3.5 Imputação objetiva e bem jurídico

A teoria da imputação objetiva tem seu marco principal na conduta (ação ou omissão) que efetivamente contribui para um resultado típico. Em suma, ela insere um filtro axiológico complementar à análise da causalidade para afirmar a imputação do tipo objetivo.

A melhor doutrina sintetizada por Luís Greco traz com clareza lapidar o aspecto histórico e doutrinário da teoria:

A doutrina da primeira metade do séc. XX reduzia o tipo à causalidade: para ela, “matar alguém” (art. 121, CP) era sinônimo de “causar a morte de alguém”. E como causar algo é ser *condicto sine qua non* de um resultado típico seria uma ação típica.¹⁰⁸

O autor, então, expõe sinteticamente o que é a moderna teoria da imputação objetiva:

O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Este tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causalidade de um resultado – é necessário algo mais para fazer desta causação uma causação objetivamente típica. Este algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas ideias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.¹⁰⁹

¹⁰⁷ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

¹⁰⁸ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 6.

¹⁰⁹ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 9.

No aspecto material da teoria da imputação objetiva, é importante se atentar para as diferenças normativas no que tange ao desvalor objetivo da ação e ao desvalor do resultado:

Podemos nos valer, complementarmente, de uma outra perspectiva, não só formal, mas material: enfocando em primeira linha não na distinção naturalista entre objetivo e subjetivo, e sim a distinção normativa entre desvalor da ação e desvalor do resultado. Estes dois conceitos se referem às dimensões de desvalor do injusto penal. Isso é aquilo que o direito valoriza negativamente na realização antijurídica de um tipo penal. O primeiro analisa-se segundo uma perspectiva *ex ante*, ou seja, levando-se em conta os dados conhecidos e cognoscíveis ao momento da prática da ação; o segundo, segundo uma perspectiva *ex post*, levando-se em conta os dados realmente existentes, mesmo aqueles de que só se ganha conhecimento após a ocorrência do resultado.¹¹⁰

Assim, a teoria da imputação objetiva, ao correlacionar a conduta no resultado através do aspecto valorativo da ação e do resultado, torna objetivamente verificável se um comportamento *ex ante* valorado negativamente trouxe efetiva ameaça ou lesão, no aspecto *ex post*, ao bem jurídico tutelado, a justificar, portanto, o injusto penal.

Dito de outra forma, quando se analisa a criação não permitida de um risco e a realização desse risco no resultado, a referência para esse critério valorativo é o bem jurídico.

A questão penal, partindo desta retrospectiva, deverá ser tratada com critério e crítica, sempre buscando uma compreensão que fundamente o Direito Penal para um futuro que melhor harmonize com o Direito Penal comprometido com a liberdade e com a tutela dos bens, valores e interesses fundamentalmente garantidos.

O conceito de tipo material, idealizado como primeiro elemento do conceito analítico de crime desde o século XIX, atende às questões do Direito Penal na contemporaneidade ou carece de adequação, considerando, sobretudo, os valores, interesses e bens da sociedade atual?

Nesta segunda indagação, não menos importante que a primeira, após breves considerações sobre a teoria do tipo, imputação objetiva e bem jurídico, foi possível perceber que o conceito de tipo, inicialmente idealizado, foi importante para discussão e evolução da teoria, mas precisou, acertadamente, passar por mudanças no decorrer da sua idealização até os dias de hoje.

Neste aspecto, é curioso demonstrar que, muito embora ocupando o *status* de primeiro elemento analítico do conceito de crime, a tipicidade foi, todavia, idealizada posteriormente aos outros dois elementos do crime, antijuridicidade e culpabilidade, e a justificativa decorreu do próprio conceito de ação idealizada por Beling.

¹¹⁰ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 9-10.

É importante recordar que, desde o conceito trazido por Beling em sua obra “A doutrina do crime”, em 1906, o autor reduziu o âmbito de abrangência do tipo ou, em suas palavras, *Tatbestand*, que teria, assim, no método penal, uma função meramente descritiva, separada, portanto, da antijuridicidade e da culpabilidade¹¹¹, já que a tipicidade foi desprovida de valor.

Para o autor, a principal função do conceito de ação é negativa, ou seja, excluir do Direito Penal qualquer manifestação que não possua vontade ligada à modificação do mundo exterior por meio da causalidade¹¹².

Assim, o conceito de tipo material, idealizado como primeiro elemento do conceito analítico de crime desde o século XIX, não atende, na contemporaneidade, o conceito de crime, tendo em vista sua função à época, que era exclusivamente descritiva e extraída da lei. Foi necessário avançar para introduzir o conceito de ação na tipicidade, o que somente foi possível pela doutrina de Mayer, enriquecendo, assim, a função da dogmática penal e permitindo a congregação, em um único elemento da estrutura do crime, de questões já discutidas desde o século XIX, tais como o nexo de causalidade, o sujeito do crime, o objeto material e o objeto jurídico de proteção, o que, repita-se, somente foi possível a partir de Mayer.¹¹³

Portanto, o conceito de tipo idealizado no século XIX é importante para o contexto histórico e a compreensão do tema, mas, pelas razões acima demonstradas, não atende ao modelo conceitual necessário para responder às questões penais da contemporaneidade. Daí a importância da evolução do conceito e, nesse sentido, o objeto de proteção do bem jurídico, juntamente com a moderna teoria da imputação objetiva, que correlaciona o nexo de causalidade com a valoração da conduta e do resultado, será imprescindível para a construção de uma teoria que atenda às exigências metodológicas e garantistas do delito, comprometida com o modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

De forma pragmática, só foi possível alcançar o modelo de dogmática com os métodos típico, ilícito e culpável, comprometido com a análise conjunta do nexo de causalidade, da valoração da conduta e do resultado – isto é, da imputação objetiva e do bem jurídico penalmente tutelável –, após toda evolução retro mencionada da teoria do delito. Esse avanço garante, nos dias de hoje, critérios indispensáveis para um Direito Penal contemporâneo que

¹¹¹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. (Ciência Criminal Contemporânea, 20). p. 94.

¹¹² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. (Ciência Criminal Contemporânea, 20). p. 95.

¹¹³ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. (Ciência Criminal Contemporânea, 20). p. 103.

efetivamente esteja comprometido com o Estado Social e Democrático de Direito na defesa dos bens fundamentais.

No Estado Social e Democrático de Direito da modernidade, o legislador está constitucionalmente autorizado a legislar em matéria penal, desde que respeitados os critérios de competência, validade e eficácia (legalidade formal), além dos valores e princípios fundamentais da Constituição Federal (legalidade material). A Constituição Federal vigente prevê que: “não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem previsão cominação legal” (princípio da legalidade)¹¹⁴. A norma, que necessariamente deverá passar pelo crivo da legalidade tanto no aspecto formal quanto no material, somente poderá tutelar condutas cujo objeto de proteção seja bem jurídico relevante e que esteja no âmbito de proteção da norma, pois não será qualquer bem jurídico tutelável pelo Direito Penal, em obséquio aos princípios da lesividade, da ofensividade e da *ultima ratio* do Direito Penal.

Dentre os vários valores, interesses e princípios tutelados pela Constituição Federal, o Direito Penal, como *ultima ratio*, deverá se valer do critério extraído do conceito de bem jurídico para limitar a atuação do estado no poder penal de incriminar. Neste sentido, e por esta principal razão, o bem jurídico, entendido como “dados fundamentais para realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência social, nos limites de uma ordem constitucional” possui a função de limitar a atuação do estado no que tange ao poder penal de incriminar.

Com isso, busca-se demonstrar que a limitação do poder de incriminar possui correlação desde a legalidade, passando pela substância da Constituição, até o próprio conceito de crime acima demonstrado.

No aspecto do conceito material de crime, partindo-se desde o causalismo de Beling/Liszt, passando pelo finalismo de Welzel, até os dias de hoje, o modelo analítico pode ser aplicado na contemporaneidade, porém, deve sofrer alterações para alcançar o verdadeiro sentido e alcance dos valores constitucionais na contemporaneidade.

A par disso, a teoria da imputação objetiva, pelo critério de valorização da conduta e do resultado, exige uma adequação no aspecto da tipicidade objetiva material, a fim de incrementar o âmbito de incidência do Direito Penal à efetiva ofensa ou ameaça de ofensa ao bem jurídico penal relevante, já que, nas palavras de Welzel, todo comportamento é direcionado a um fim que se materializa nos bens, valores e interesses da sociedade contemporânea, ou seja, os bens jurídicos.

¹¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.

Portanto, no modelo de Estado Democrático e Social de Direito, no qual preponderam os princípios da legalidade e da taxatividade como condição de validade e eficácia da norma jurídico-penal para o tratamento das questões penais contemporâneas, será necessário, no plano teórico, avançar na perspectiva do tipo penal objetivo-material, de modo a fazer constar nele como elemento integrante o bem jurídico penal, a fim de atender ao modelo atual de fato punível, comprometido com uma ciência penal teórica e metodologicamente constitucional.

3.6 Alternativas ao Direito Penal

Hassemer possui uma concepção pessoal de bem jurídico segundo a qual, para um fato ser efetivamente considerado típico, deve haver necessariamente uma ameaça de ofensa ou lesão a bens jurídicos, de forma a comprometer o âmbito da pessoa assim considerada.

Dessa forma, na concepção pessoal de Hassemer, estão excluídos da incidência da norma fatos que tentam elastecer essa concepção para o âmbito coletivo ou supraindividual e que não impliquem uma efetiva lesão no âmbito da pessoa humana.

A teoria pessoal proposta por Hassemer justifica-se pelo fato de que não será qualquer comportamento que será considerado crime pelo legislador, devendo haver, na perspectiva do bem jurídico, uma efetiva lesão a interesses da pessoa propriamente dita. Dessa forma, a proposta pessoal de bem jurídico é crítica ao sistema penal porque, ao mesmo tempo em que delimita o âmbito do que pode ser tutelado, também rechaça o que não pode ser protegido pela norma penal, afastando do ordenamento jurídico aqueles comportamentos que, embora mereçam atenção do direito, não trazem uma efetiva ofensa grave no âmbito da pessoa e podem ser solucionados por outros ramos do direito.

Nesse sentido, Hassemer, por meio de um projeto alternativo ao Direito Penal, propõe, exemplificadamente, algumas situações que podem ser resolvidas fora do campo penal:

Com a espécie de conflito relacionam-se também novas perspectivas substanciais. Se não é suficiente no futuro considerar o Direito Penal de modo “puramente” teórico e se, ao contrário, é necessário à Política Criminal uma atitude positiva-prospectiva (*supra* III.1.), então uma tarefa dos penalistas que atuam teoricamente será preocupar-se com alternativas ao Direito Penal¹¹⁵

¹¹⁵ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 43, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44239>. Acesso em: 29 maio. 2025.

Com efeito, uma política criminal racional e integralmente comprometida com o moderno Estado Democrático de Direito não deve tratar sistematicamente todos os problemas sociais no campo do Direito Penal, mas sim traçar objetivos e alternativas menos severas e mais racionais para tratar, no campo empírico, as questões sociais.

Nesse sentido, apresentam-se, segundo Hassemer, as seguintes alternativas mediante direito de intervenção alternativo ao Direito Penal:

Eu denomino os instrumentos que podem responder – melhor que o Direito Penal – à pressão de solução dos problemas atuais e futuros (*supra I.*) com o conceito genérico de “Direito de Intervenção”. Estes instrumentos existem apenas em suas bases, eles ainda devem ser amplamente desenvolvidos – inclusive teoricamente¹¹⁶

No campo pragmático, a proposta de Hassemer apresenta as seguintes características:

- aptidão para a solução de problemas antes de ocorrerem danos (capacidade preventiva);
- dispor *de* e atuar *com* meios de controle e fiscalização, e não somente com meios de intervenção;
- cooperar ao máximo com diferentes âmbitos de competência como, por exemplo, o Direito Administrativo e dos ilícitos administrativos; o Direito das Contravenções; o Direito da Saúde e dos Recursos Médicos; o Direito Fiscal e do Trabalho; dos Serviços Públicos;
- um ordenamento processual cujas garantias sejam empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção.¹¹⁷

Com isso, fica desde já cumprida a finalidade preventiva e não repressiva frente ao objetivo da norma, evitando tipos penais genéricos e firmando o caráter subsidiário, fragmentário e de *ultima ratio* do Direito Penal.

¹¹⁶ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 43-44, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44239>. Acesso em: 29 maio. 2025.

¹¹⁷ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 44, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44239>. Acesso em: 29 maio. 2025.

4 A CRISE DO BEM JURÍDICO: A CRÍTICA DE JAKOBS

É de extrema importância trazer aqui, como convém, o porquê da crise do bem jurídico em Jakobs. Não que não haja outros autores que tenham criticado a teoria do bem jurídico, mas Jakobs é, na contemporaneidade, uma referência crítica que tem apresentado certa originalidade e coerência lógica sistêmica em sua teoria, o que justifica, portanto, a manutenção do debate em torno da discussão do bem jurídico.¹¹⁸

Neste contexto, o presente capítulo tem relevância sobretudo em relação a Jakobs, porque esse autor, apesar de minoritário, não se limitou apenas a afirmar que o Direito Penal não protege bens jurídicos, mas foi o único a sustentar a tese de que o objeto de tutela do Direito Penal é a vigência da norma, e o fez de forma original, crítica e coerente com suas ideias.

Com isso, busca-se destacar as principais ideias do autor¹¹⁹, segundo as quais: nem toda perda de um bem deve ser valorada pelo Direito como uma perda juridicamente relevante – a exemplo do óbito de um idoso em decorrência de falência múltipla dos órgãos; e a tese subjacente de que não é correto aceitar que a valoração feita no contexto penal siga no sentido oposto ao entendimento de que a sociedade e o Estado devem ser funcionalizados a partir do sujeito, sendo este reconhecido como tal apenas a partir do processo de socialização, ou seja, é inadmissível que se realize uma análise do Direito Penal com base em uma visão normativa dissociada da realidade social.

O autor trabalha com a ideia de deveres negativos e positivos. Com efeito, segundo Jakobs:

Deve-se compreender a vida jurídica integral em sentido mais amplo como um meio de criação e preservação de bens jurídicos, enquanto situações positivamente valorada, mas, precisamente de bens com os quais o direito, dentro dos seus limites, deve-se ocupar, o que não significa que uma falha (imputável) nos “fins operacionais” sempre deva ser punido.¹²⁰

A ideia subjacente aos deveres negativos, portanto, está no papel do Direito Penal de determinar que cada pessoa seja responsável por orientar sua própria liberdade de organização sem, no entanto, afetar bens alheios. Esses são os chamados deveres negativos. Exemplo: não se deve matar.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther: **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 15.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther: **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 15-16.

¹²⁰ JAKOBS, Günther: **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 42.

Por outro lado, existe a ideia de que o Direito Penal também pode atuar por meio de uma ordenação positiva, ou seja, determinando que certo sujeito faça algo conforme mandamento da norma. Esses são os chamados deveres positivos. Exemplo: que os pais cuidem dos filhos necessitados de cuidados.

Dessa forma, a principal crítica de Jakobs – protagonista deste capítulo – parte do reconhecimento da importância de sua teoria, que se desenvolve desde a concepção de deveres positivos e negativos até a formulação das expectativas normativas, como forma de manter um certo grau de previsibilidade no comportamento das pessoas, em obséquio ao pacto social. A pena, nesse contexto, configura-se como o instrumento destinado a corrigir eventuais frustrações dessas expectativas, tema que se propõe analisar no presente capítulo.

Com efeito, Jakobs, com base na teoria sociológica de Niklas Luhmann, fundamenta sua teoria nas expectativas comportamentais dos indivíduos como meio de mitigar as complexidades da vida social e tornar a convivência menos instável. Nas palavras do autor:

Já Jakobs funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro de uma teoria funcionalista-sistêmica da sociedade, baseada nos estudos sociológicos de NIKLAS LUHMANN. Simplificadamente, é isto o que diz o sociólogo de Bielefeld: o mundo em que vivemos os homens é um mundo pleno de sentido. As possibilidades do agir humano são inúmeras, e aumentam com o grau de complexidade da sociedade em questão. O homem não está só, mas integrante, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um “elemento de perturbação” não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós. Este conceito, o de *expectativa*, desempenha um valor central na teoria de LUHMANN: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.¹²¹

O capítulo, portanto, abordará a doutrina que, no aspecto do funcionalismo sistêmico, não pensa o Direito Penal como instrumento subsidiário de proteção de bens jurídicos, mas como agente garantidor das expectativas normativas.

Ainda recorrendo à teoria sociológica de Luhmann, Jakobs trabalha o sistema social a partir das expectativas e, considerando que nem sempre será possível satisfazê-las, o sociólogo propõe duas formas de expectativas: normativas e cognitivas. Sobre elas, destaca o autor:

E é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais. Eles fornecem aos homens modelos de conduta indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros. LUHMANN prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o

¹²¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, [S. l.], p. 211-283, 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 28 fev. 2025.

expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já expectativa normativa mantém-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos, (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa.¹²²

4.1 Sociedade, norma e pessoa

Jakobs, a partir da teoria funcionalista, demonstra a necessária correlação entre sociedade, norma e pessoa como forma de firmar seu compromisso teórico e sistemático com a finalidade do Direito Penal de proteção da vigência das expectativas normativas.

Para o autor, o conceito de norma tem origem justamente na segunda espécie de expectativa, ou seja, a normativa, pois espera-se um comportamento previsível da pessoa que, caso frustrado, demanda reações por parte da sociedade. Com isso, apresenta a concepção de norma e suas consequências:

Daí surge o conceito de norma: “norma são expectativa de comportamento estabilizadas contrafaticamente”. Mas as expectativas normativas não se podem decepcionar sempre, pois, acabam perdendo a credibilidade. Daí porque a necessidade de um “processamento das decepções”: a decepção deve gerar alguma reação, que reafirma a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção.¹²³

Segundo o autor, ainda, no campo do Direito Penal, este se forma, como parte da sociedade, em um sistema social. O crime, nesse contexto social, funciona como um sistema comunicativo de contradição à norma, e a pena, portanto, compreende-se como uma resposta que confirma a vigência da norma.¹²⁴ Desse modo, o Direito Penal confirma o sistema social, e o crime demonstra, de certa forma, defeitos nesse sistema, os quais a pena busca corrigir e, assim, reafirmar a validade normativa. Veja-se:

O direito também é um sistema social, composto de normas, que, quando violadas, geram decepções, as quais por sua vez tornam patente a necessidade de reafirmação das expectativas. No Direito Penal, isto ocorre através da pena, que é definida por JAKOBS como “demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente”.¹²⁵

¹²² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, [S. l.], p. 211-283, 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 28 fev. 2025.

¹²³ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, [S. l.], p. 211-283, 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 28 fev. 2025.

¹²⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. p. 17-18.

¹²⁵ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, [S. l.], p. 211-283, 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 28 fev. 2025.

O sistema funcionalista, dessa forma, demonstra que o resultado advindo do fato punível é sempre uma questão social; portanto, sociedade e Direito Penal são indissociáveis um do outro.

Por que a proteção das expectativas normativas? Para Jakobs, porque a constituição da sociedade (da mesma forma que a das pessoas ou mesmo de sujeitos) ocorre por meio de normas.¹²⁶

Para o autor, a sociedade é concebida por configurações e determinados padrões, e não por estados ou bens, embora possa haver referência normativa sobre estes bens¹²⁷, o que Jakobs denominou de normas mistas.

Fato é que, para Jakobs, a sociedade é um sistema comunicativo. O indivíduo isolado pode até existir em uma espécie de subjetividade, mas esta não funciona sem estar correlacionada com um mundo objetivo, vinculativo, e vice-versa¹²⁸. Neste sentido, arremata o autor dizendo que a subjetividade não é apenas um pressuposto, mas também uma consequência da sociedade.

Voltando ao campo penal, percebe-se, no crime, uma reação a uma perturbação social.

Para o autor:

[...] esta não pode (precisamente, por ser uma perturbação social) dissolver-se de modo adequado nos conceitos de um sujeito isolado, de suas faculdades e de uma norma imaginada em termos imperativos (como corresponderia, especialmente, ao programa de Armin KAUFMANN). Pelo contrário, é necessário partir dos correspondentes conceitos sociais: dos conceitos de sujeito mediado pelo social, ou seja, da pessoa; do âmbito de funções atribuídas, ou seja, da competência; e da norma enquanto expectativa social institucionalizada (tradução própria¹²⁹).¹³⁰

A maior prova de que o sistema funcional deve operar a partir da sociedade, e não do sujeito isolado, portanto, é o desenvolvimento do Direito Penal em torno da teoria da imputação objetiva, uma vez que, para a análise do fato típico, é necessário considerar o comportamento

¹²⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. p. 25.

¹²⁷ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. p. 26.

¹²⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. p. 34.

¹²⁹ [...] ésta no puede (precisamente, al ser una perturbación social) disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas (como se correspondería, especialmente, con el programa de Armin KAUFMANN "O- Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales: de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada.

¹³⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. p. 34.

que passa pelo crivo do risco permitido, do princípio da confiança, entre outros, e que, necessariamente, pressupõe um sistema social funcionalizado.

Ana Elisa Bechara, na obra intitulada “Valor, Norma e Injusto Penal”, destaca a importância normativa do Direito Penal com a função disciplinadora no âmbito social, a fim de garantir as expectativas comportamentais das pessoas diante dos interesses fundamentais do Estado, nos seguintes termos:

Tomada como ciência notmativa, o Direito Penal possui a função de disciplina da convivência social (ainda que de modo limitado e subisidiário em relação ao Direito considerado como um todo), por meio da garantia de expectativas de condutas derivadas de determinada ordem social e diretamente relacionadas à tutela de interesses fundamentais.¹³¹

Neste sentido, e assim como propõe a teoria de Jakobs, arremata Bechara ao demonstrar a necessidade de superar os estados de instabilidade a partir de parâmetros do comportamento individual que estejam aptos a produzir efeitos concretos no seio da sociedade, por meio de parâmetros valorativos, através do sujeito responsável, o que, portanto, legitima a intervenção do Estado por meio do Direito Penal.¹³²

Bechara também recorre aos deveres comportamentais, positivos e negativos, no contexto do que propõe Jakobs, para diferenciar a compreensão do injusto, que não deveria residir exclusivamente nas coisas, mas em uma determinada correlação entre estas, enquanto pressuposto, e o comportamento humano assim considerado no âmbito social. Veja-se:

A compreensão do injusto penal não deriva, assim, da natureza das coisas, tampoco exclusivamente da lei, mas sim da coordenação de sentido entre esta e os comportamentos humanos concretamente praticados. Sob tal perspectiva, estabelesem-se os limites da fronteira entre o lícito e o ilícito a partir de um processo de criação do próprio delito, por meio da atribuição de determinado sentido (positivo ou negativo) ao conteúdo do comportamento sob a perspetiva do significado atribuído ao texto legal.¹³³

Assim, a concepção de Jakobs quanto ao sistema social tem como premissa básica o sujeito diante de outro sujeito, isto é, no meio social. Pois, só assim, ou seja, no perfil social, é

¹³¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. (Ciência Criminal Contemporânea, 10). p. 35.

¹³² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. (Ciência Criminal Contemporânea, 10). p. 35.

¹³³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. (Ciência Criminal Contemporânea, 10). p. 36.

possível definir as normas de comportamento entre os sujeitos, o que se denomina de mundo objetivo, porque é a partir dele que se determina a comunicação comum, independente das preferências de cada sujeito isolado. Neste sentido, arremata o autor:

O sujeito concebe-se, portanto, ao conceber, de forma normativa-mediada, para o outro, mas sua a autorreferência em si permanece algo particular: diante do outro o sujeito se constitui através o link para o padrão e requer auto-referência do outro para que ele, por sua vez, se torne no assunto. O mundo da ligação é sempre restringido à força ao escopo do padrão oupadrões concebidos. Os sujeitos aparecem com tal limitação apenas na socialidade (e, embora aqui não interessados, eles aparecem com essa limitação diante deles também eles próprios), ou seja, como portadores de papéis ou pessoas. Portanto, a comunicação não instrumental é uma comunicação pessoal (tradução própria¹³⁴).¹³⁵

Com efeito, do ponto de vista aqui defendido, a concepção de sociedade, portanto, não se resume às pessoas em comunicação consigo mesmas, mas, sobretudo, exige que haja uma comunicação que defina o indivíduo como pessoa no contexto social.

4.2 Direito Penal e garantia da vigência da norma

Até aqui, tratou-se do bem jurídico sob a perspectiva de sua origem, conceito e impescindibilidade no âmbito normativo do tipo, ou seja, suas finalidades e funções. Neste capítulo, todavia, será feita uma abordagem da doutrina que, no aspecto do funcionalismo sistemático, não entende o Direito Penal como instrumento subsidiário de proteção de bens jurídicos, mas como agente garantidor da vigência da norma. Nesse sentido, destaca-se a doutrina de Jakobs, segundo a qual a tarefa do Direito Penal não é proteger bens jurídicos, mas, sim, a inibição de um dano à validade da norma.¹³⁶

Para a teoria funcionalista de Jakobs, a função do Direito Penal é proteger a vigência e a validade da norma. Com isso, o autor se convenceu de que o comportamento contrário ao disposto na norma, ou seja, o antinormativo, deve ser punido com pena, a qual tem a função de

¹³⁴ El sujeto se concibe a sí mismo, pues, al concebir, de modo mediado por lo normativo, al otro, pero su propia autorreferencia se mantiene como algo particular: ante el otro se constituye el sujeto a través de la vinculación a la norma y necesita la propia autorreferencia del otro para que éste, a su vez, se convierta en sujeto. El mundo vinculante está siempre restringido forzosamente al alcance de la norma o normas concebidas. Los sujetos aparecen con tal limitación sólo en la socialidad (y, aunque aquí no interesa, aparecen con esa limitación también ante sí mismos), es decir, como portadores de roles o personas. Por ello la comunicación no instrumental es una comunicación personal.

¹³⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. p. 80.

¹³⁶ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 164.

confirmar a validade da norma. Portanto, nesta concepção de Jakobs, o crime nada mais é do que a negação do dever normativo e, como tal, deve ser sancionado com pena, a fim de salvaguardar a vigência e a validade da norma, sendo a vigência de seu conteúdo o verdadeiro bem jurídico.¹³⁷

Para o autor, a execução da pena confirma, assim, a validade da norma penal, uma vez que conforma a composição social. Ou seja, por meio da reação penal, manifesta-se que a norma deve ser observada. Essa reação demonstrativa ocorre às custas daquele que infringiu a norma. A pena “é a mostra da vigência da norma às custas de um responsável. Daí surge um mal, mas a pena ainda não cumpriu seu propósito com tal efeito, senão apenas com a estabilização da norma lesada.”¹³⁸

Para Jakobs, nas relações sociais, o homem possui expectativas; do contrário, cada contato social se converteria em um risco imprevisível. No entanto, nos contatos sociais, podem surgir decepções, isto é, quebras de expectativas derivadas da pretensão de que a outra parte respeitará um determinado padrão de comportamento. Se, porém, essa expectativa for normativa – ou seja, de observância a uma norma jurídica –, ela não poderá ser renunciada, mesmo em casos de decepção; nesses casos, ela poderá ser mantida contrafaticamente.¹³⁹

O crime e a pena, nesse contexto, não são relevantes por sua dimensão externa. Além de muitas infrações normativas se completarem antes da produção do dano externo (como a tentativa), mesmo quando o dano se produz, o Direito Penal já não pode mais sanar as consequências de um crime com uma pena, porque, por exemplo, a vida já estará lesionada no crime de homicídio. Dito de outra forma, a pena não determina uma reparação do dano. Por isso, o comportamento apenas é penalmente relevante pelo significado que representa. O crime comunica em que medida a pessoa domina ou pode dominar seu comportamento, a partir de determinados motivos, ou seja, ele significa algo. Ao comportamento de um autor que atua de determinado modo e que poderia ao menos conhecer os elementos de seu comportamento, imputa-se um sentido; se ele for criminoso, então, a conduta significa/expresa que o autor não se importa com a norma. Uma infração normativa é, portanto, uma desautorização da norma, fragilizando-a como modelo geral de orientação e gerando, assim, um conflito social. Diante disso, a pena – que também significa algo – expressa o seguinte: não é o significado do

¹³⁷ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral:** fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 164.

¹³⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal - parte general:** fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 8-9.

¹³⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal - parte general:** fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 9-10.

comportamento infrator que deve prevalecer, pois o que é determinante é a norma. Portanto, a pena reafirma a vigência da norma, reestabelecendo sua confiança, a qual é indispensável, porque, na vida social, não se pode renunciar a orientações estabilizadas. Curto: “A missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. O conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar às custas do infrator, frente ao questionamento da norma”. Jakobs aloca, então, tanto a infração à norma quanto a pena na esfera do significado.¹⁴⁰

Para Jakobs, entender que o Direito Penal protege bens jurídicos o deixa em uma situação desconfortável: como explicar a não punição em casos em que o bem é realmente afetado, mas a pena é dispensada? E quando se sacrificam bens para possibilitar o contato social? Além disso, Jakobs aponta, citando Welzel, que a atual noção de bem jurídico se converteu em um “verdadeiro Proteu, que nas próprias mãos que acreditam segurá-lo se transforma imediatamente em algo distinto”.¹⁴¹

Em suma, se o fim das normas é a proteção de bens jurídicos, como se explica a não punição do prejuízo patrimonial sofrido pela vítima sem ânimo de lucro ou de apropriação? O bem jurídico “patrimônio” foi afetado. Igualmente, nos crimes especiais, caso um sujeito “comum” afete o bem jurídico (exemplo: prevaricação), como explicar a punição se a finalidade do Direito é proteger o bem jurídico? E como se atribui legitimidade quando se constata a existência de muitas normas que não são explicáveis se se busca no fim da norma somente a proteção de bens jurídicos? Jakobs aponta alguns tipos penais, como maltratar animais, blasfêmia, incesto e provocação de escândalo público. A configuração da ordem que o Direito Penal há de proteger não vem definida por todos os bens e nem sempre somente por bens.¹⁴²

Assim, para Jakobs, é mais coerente concluir que a lesão ao bem jurídico-penal não consiste na causação de uma morte (lesão de um bem), mas na oposição à norma subjacente ao homicídio evitável. Isso também é coerente com a ideia de que o que importa para o Direito Penal é a significação da conduta (negação do significado da norma), o que justifica a imposição da pena para comunicar que a norma persevera. Na verdade, distinguindo-se objeto de ação de bem jurídico-penal, conclui-se que este, no sentido indicado por Jakobs, “não pode ser atacado

¹⁴⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal - parte general:** fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 12-14.

¹⁴¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal - parte general:** fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 8-9.

¹⁴² JAKOBS, Günther. **Derecho Penal - parte general:** fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 52-56.

por um comportamento como fato externo, mas somente por um comportamento na medida em que é um evento significativo”.¹⁴³

No aspecto crítico, o conceito de bem jurídico, ademais, também não teria um “conteúdo genuinamente liberal”.¹⁴⁴ Para este autor, além de não representar uma validade jusnaturalista a ideia de bem jurídico, encontra-se, na modernidade, obsoleto, sendo que, para um Estado de Direito atual, a vigência da norma seria o pano de fundo, ou seja, verdadeiro bem jurídico-penal:

Não importa que se possa usar essa tese audaciosa para eleger que, em um passado distante, os dispositivos mencionados tenham protegido algum bem jurídico. Bens jurídicos não possuem uma validade jusnaturalista eterna, estando, antes, sujeitos à mudança dos fundamentos constitucionais das relações sociais. Hoje em dia, eles certamente não são mais bens jurídicos, como Jakobs também admite ao dizer que esses “bens estão obsoletos”.¹⁴⁵

Ainda no aspecto crítico, vale destacar, mas sem limitar, que Jakobs não foi o único a rechaçar a ideia de bem jurídico. A teoria foi rechaçada também por outras concepções teóricas, como a de Michael Pawlik, discípulo de Jakobs, que propôs a substituição do conceito de bem jurídico pela ideia de pessoa como categoria diretiva.

Nesse sentido, Pawlik recusa a teoria do bem jurídico, defendendo uma “substituição do conceito de bem jurídico por um conceito de pessoa como categoria diretiva”. Simultaneamente, ele distancia-se das premissas baseadas na teoria dos sistemas sociais a que recorria o seu professor Jakobs, buscando um recurso em uma interpretação autônoma da filosofia jurídica de Hegel. O seu aspecto crucial seria a percepção de que a liberdade real sempre depende de instituições. A liberdade institucionalizada, portanto, nunca pode ser atribuída ao indivíduo isolado, sendo sempre à liberdade da pessoa de direito, isto é, do cidadão:

Pessoas de direito derivam seus status da condição de pertencerem a uma comunidade jurídica não existem por si sós, tendo, antes, de ser estabelecidas e mantidas. O delito

¹⁴³ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal - parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 45-47.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 166.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 166.

seria, então, a lesão do dever, imposto a cada cidadão, de contribuir para essas instituições e, desse modo, para a existência da liberdade real.¹⁴⁶

Voltando a Jakobs, vê-se que o autor recorre à teoria jurídica da pena para demonstrar o seu papel de confirmar a validade e vigência da norma. Nestes termos:

Como resultado disso, tem-se que a pena possui a tarefa de preservar a força efetiva e cotidianamente orientadora da norma, cuja vigência é colocada em questão por meio da violação da norma pelo autor, de tal modo que se deve oferecer uma “resposta” a fim de que a sua vigência não seja mitigada. A pena constitui tanto um símbolo para a preservação da norma como um suporte para a sua cimentação cognitiva. Como se fosse esboço de “resposta”! E a partir dai devem se desdobrar as particularidades da “comunicação”, isso é, do fato delitivo.¹⁴⁷

O autor traz a crítica, ainda, dos crimes de perigo abstrato. Nesses casos, não há ofensa a bens jurídicos nem resultado danoso; ainda assim, defende-se uma punição com o objetivo de garantir o funcionamento do sistema social.¹⁴⁸ A ausência de tutela efetiva ao bem “tutelado” neste ponto se veria tanto no âmbito da consumação quanto na tentativa.

No âmbito dos interesses supraindividuais ou coletivos, a importância de se ter a proteção dos deveres normativos é ainda maior, pois é esperado pela sociedade, por exemplo, que cada pessoa respeite a integridade do meio ambiente e que haja uma atividade econômica funcionando com equilíbrio. Ou seja, o que explica melhor a proibição, nestes casos, é a degradação de uma expectativa. Neste sentido, pode-se concluir que a pena funciona, pois, como eliminação da lesão às expectativas normativas. Nas palavras do autor: “A teoria do Direito Penal como proteção da vigência da norma confirma-se especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é lesão à vigência da norma; a pena é a eliminação dessa lesão.”¹⁴⁹

Em síntese, nas relações sociais, o homem possui expectativas de observância de padrões de comportamento (redução da imprevisibilidade), porém, podem surgir decepções (quebras de expectativas). Se a expectativa for normativa, há estabilização para redução da imprevisibilidade, mas, havendo decepção, a expectativa poderá ser mantida de modo contrafáctico.

¹⁴⁶ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 166-167.

¹⁴⁷ JAKOBS, Günther. **Sistema de imputação penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2024. p. 22-23.

¹⁴⁸ NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 85.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther. **O que é protegido pelo Direito Penal**: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 177.

No âmbito da América Latina, Zaffaroni, na obra “Direito Penal Humano e Poder no Século XXI”, também critica a ideia de bem jurídico como função do Direito Penal. Para o autor, se a proteção de bens jurídicos realmente funcionasse, quanto mais tipos penais existissem, mais bens jurídicos seriam protegidos. Nas palavras do autor:

Se isto fosse verdade, quanto mais tipos penais houver, mais bens seriam protegidos e, portanto, a sociedade ideal seria aquela em que todas as condutas são típicas, já que não há ação que, se generalizada exclusivamente, não seja potencialmente perigosa para algum bem jurídico, mesmo o mais inofensivo.¹⁵⁰

O autor argentino admite que a única coisa verificável, quando ocorre um fato punível, é a ofensa a um bem jurídico. Entretanto, não é possível precisar se essa ofensa pode ser averiguada no âmbito da realidade social. Zaffaroni arremata sua crítica dizendo, portanto, que não é possível a tutela de tais bens, pois, na concepção do autor, toda vez que o poder punitivo é chamado a atuar para tentar conter a ameaça ou lesão a bens jurídicos, a vítima já terá sofrido o dano. Dessa forma, o bem jurídico seria, então, geral ou abstrato, ou seja, o interesse do Estado:

A única coisa que pode ser verificada no nível normativo toda vez que há uma ofensa criminal injusta é a existência de um bem jurídico afetado por dano ou perigo, entretanto ninguém pode saber se com isso se tutela ou protege, uma questão que deve ser averiguada no nível da realidade social.

Quanto a esse último, é bastante óbvio que o bem jurídico afetado pelo crime específico não pode ser protegido, pois o poder punitivo sempre vem quando a vítima já sofreu o dano. Portanto, deve-se entender que o bem jurídico não é o do sujeito passivo do crime, e sim um bem jurídico geral e abstrato. Não seria a vida da pessoa morta, que não existe mais, mas a vida em geral que se torna um interesse do estado.¹⁵¹

Portanto, pode-se perceber, de certa forma, que Zaffaroni, por meio do “Direito Penal Humano e Poder no Século XXI”, demonstra a falha na teoria do bem jurídico, bem como evidencia que o objetivo do Direito Penal é a tutela dos interesses do Estado, e não da vítima propriamente dita.

Nesse contexto, o Direito Penal tende a atender aos interesses do Estado, que se resumem, portanto, às expectativas normativas. Zaffaroni arremata: “por outro lado, a expressão ‘bem jurídico protegido’ é tautológica, pois a proteção legal é exatamente o que faz

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal humano e poder no século XXI**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 38.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal humano e poder no século XXI**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 39.

de qualquer entidade um bem jurídico, e todos os bens jurídicos chegam ao Direito Penal sendo tais, assim dizendo, já protegidos pela lei.”¹⁵²

As quebras das expectativas podem se dar: (i) nos chamados delitos de domínio ou delitos em virtude da responsabilidade por organização (quebra da confiança de manutenção do círculo em ordem); e (ii) nos chamados delitos de infração de dever ou delitos em virtude da responsabilidade institucional (quebra da confiança depositada em certas instituições ou desempenho de papéis).

Portanto, para Jakobs, o crime e a pena não são relevantes por sua dimensão externa, ou seja, pela proteção a bens jurídicos, mas pelo que comunicam simbolicamente. Isso significa que o crime desautoriza a norma, enquanto a pena, que reafirma a vigência da norma, estabelece que não é o significado do comportamento infrator que deve prevalecer, pois o que é determinante é a norma.

Assim, para Jakobs, a finalidade da pena não é a dissuasão de comportamentos, mas o reforço da confiança/vigência do Direito (prevenção geral positiva). O “bem jurídico-penal” a ser protegido, para Jakobs, é, então, a firmeza das expectativas normativas essenciais (a valoração em si) diante da decepção.

4.3 A controvérsia em torno de alguns tipos penais

No campo empírico, vale destacar – mas sem se limitar – alguns casos que, apesar de controversos, reforçam a concepção aqui defendida por Jakobs no que tange à necessidade de proteção da norma como função do Direito Penal.

Partindo-se da concepção de que o indivíduo social não age apenas por vontade própria, mas em consonância com seu dever para com todos, ou seja, com a sociedade, conclui-se que o indivíduo não se baseia exclusivamente em suas próprias preferências, mas é definido por, pelo menos, uma regra independente dessas preferências, de tal forma que o outro pode invocar essa regra. Tal regra constitui uma norma social no sentido estrito.¹⁵³

No campo do meio ambiente, fica evidente a incidência da teoria defendida por Jakobs, pois o indivíduo inserido na sociedade, independentemente de suas vontades próprias, possui

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal humano e poder no século XXI**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 39-40.

¹⁵³ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. p. 79.

um dever não só para com a sociedade atual, mas também para com as novas e futuras gerações, no sentido de manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com isso, cabe ao indivíduo social, funcionalmente falando, a tarefa de cumprimento tanto no aspecto negativo – ou seja, não poluir os rios, o ar, a atmosfera etc. – como também no aspecto positivo, de criar e incentivar formas corretas, por si e por seus descendentes, de manter o meio ambiente saudável, seja por meio de práticas efetivas ou da educação ambiental, evitando qualquer forma de comprometimento ambiental.

Independentemente da indiferença que se possa ter em relação ao meio ambiente, mantê-lo intacto para garantir a qualidade de vida saudável das pessoas é um dever (positivo e negativo) inerente à norma de convivência para as presentes e futuras gerações. A quebra dessa regra, inerente ao sistema social que depende de um meio ambiente protegido contra qualquer tipo de ameaça, justifica, portanto, no campo do Direito Penal, a legitimidade para fins de salvaguarda das expectativas normativas por meio da pena.

Ainda na esfera ambiental, é possível citar a proteção dos animais, considerando-a um dever para com a própria pessoa. Isso porque os animais, sejam aqueles domesticáveis que possuem um lar próprio, sejam aqueles que vivem na natureza, fazem parte do meio ambiente em que o homem está inserido na sociedade, contribuindo para a qualidade de vida saudável das pessoas. Além disso, os maus-tratos a animais demonstram uma ausência de compaixão para com as pessoas que possuem carinho e admiração por eles.

Igualmente, Jakobs cita o ultraje à crença religiosa, pois, embora se viva em um Estado laico, as pessoas devem respeitar a crença religiosa de cada membro da sociedade como forma de preservar a liberdade de crença, evitando a quebra dessas expectativas, sob pena de comprometer a regra moral que todos devem observar para contribuir com uma comunidade social funcional.

5 A DEFESA: OS ARGUMENTOS DE ROXIN

Em Claus Roxin, encontra-se o grande legado de sua contribuição para o Direito Penal moderno, a partir da década de 1970. Roxin teve contribuições relevantes no Direito Penal, com destaque para a teoria funcionalista teleológica. Para o autor, a construção do sistema penal deve, necessariamente, ser guiada pela política criminal. Em sua proposta, há um certo impasse na dogmática, que deve ser resolvido pelo caso concreto, por meio de uma terceira via, que seria, então, a política criminal, a qual adentra na finalidade, estando, portanto, aberta às finalidades da política criminal.

Como a política criminal está aberta para trazer soluções com base no caso concreto, a proposta de proteção subsidiária do bem jurídico, como função do Direito Penal, contribui com o presente capítulo a partir do momento em que delimita o objeto de tutela do Direito Penal dentro do tipo objetivo, através de uma perspectiva funcionalista teleológica, com base no caso concreto.

Destaca-se, no presente capítulo, sem, contudo, limitar o legado de Roxin, a sua contribuição, a partir de 1970, para o Direito Penal atual, ao romper com o finalismo e passar a defender um sistema aberto às políticas criminais, sobretudo com ênfase na perspectiva da tarefa do Direito Penal de proteção subsidiária dos bens jurídicos, contribuindo sobremaneira para um Direito Penal mais comprometido com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, na medida em que o autor contribui para um sistema mais aberto à política criminal e defende a tarefa do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos, ele, assim, também contribui para a presente dissertação, o que justifica este capítulo.

5.1 O bem jurídico e a sua definição

Desde o início, é importante destacar que Roxin defende a ideia de que a finalidade do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. O autor parte da noção de função social do Direito Penal¹⁵⁴, segundo a qual esse ramo do Direito deve garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre que outras medidas menos severas não forem suficientes¹⁵⁵, o que remete à ideia de subsidiariedade.

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomelli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 16.

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomelli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 16-17.

Roxin recorre à perspectiva histórica, a qual, embora situada no passado, ainda se aplica ao atual Estado Democrático de Direito. Trata-se da base do contrato social, segundo a qual o povo, enquanto titular do poder, transfere ao legislador a atribuição de intervir na sociedade por meio do Direito Penal, mas apenas no mínimo necessário para assegurar a função social dessa intervenção e desde que outros ramos do Direito, menos gravosos, não sejam capazes de atuar com igual eficácia.¹⁵⁶

Na concepção do autor, portanto, essa proposta decorre da dupla função do bem jurídico, que, ao mesmo tempo em que limita o poder estatal de incriminar, também delimita o âmbito dos comportamentos merecedores de pena, a partir da gravidade da ofensa ou lesão ao bem jurídico tutelado.

Neste contexto, o autor apresenta uma definição própria de bem jurídico, distinta de outras concepções, nos seguintes termos:

Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias 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.¹⁵⁷

A definição proposta por Roxin traz algumas reflexões que merecem destaque, mas não se limitam a elas: diferentemente da proposta de Hassemer, o bem jurídico aqui defendido não se restringe à perspectiva pessoal, abrangendo também os interesses coletivos e gerais, desde que haja, de fato, um reflexo no cidadão capaz de garantir-lhe qualidade de vida. Além disso, é possível perceber na proposta de Roxin uma função crítica ao legislador, que, ao mesmo tempo em que tem sua atuação limitada, recebe diretrizes sobre quais comportamentos devem ser legitimados por meio da ameaça de pena.

5.2 Limites ao legislador

A função do Direito Penal moderno como proteção subsidiária de bens jurídicos é crítica ao legislador e contribui para uma seleção dos tipos penais, restringindo a incidência da norma penal quando não houver efetiva lesão a bens jurídicos relevantes.

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomelli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomelli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-19.

Com efeito, normas penais meramente morais não justificam a intervenção do Direito Penal. Tampouco fundamentam a punibilidade comportamentos que não ultrapassam o âmbito do próprio autor. Além disso, estão afastados da incidência do Direito Penal os comportamentos que não ofendem bens jurídicos relevantes.

No moderno Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal orienta o legislador por meio dos objetivos almejados pelo Estado, especialmente no que se refere à garantia dos direitos fundamentais e à concretização de uma vida comprometida com esse modelo de Estado.

Com isso, busca-se destacar que normas penais ideológicas ou que atentem contra os direitos e garantias fundamentais não tutelam bens jurídicos¹⁵⁸. Normas penais que punem o comportamento de consumo pessoal de pequena quantidade de drogas, como por exemplo o artigo 28 da Lei 11.343/06, além de não tutelarem bem jurídico – uma vez que o consumo de pequena quantidade de droga não abala o bem jurídico saúde pública a ponto de justificar a incidência normativa –, também tentam limitar a liberdade do cidadão, uma vez que a conduta não passa de um comportamento do próprio autor, sem transcendência para outrem, o que afasta a incidência do Direito Penal, em obséquio ao princípio da transcendência do Direito Penal.

Ainda no aspecto da ausência de bem jurídico, a saúde pública é um objetivo do Estado liberal de direito e não um bem jurídico propriamente dito a justificar a incidência do Direito Penal.

No contexto do Estado Democrático de Direito, não se justifica norma penal para tutelar a simples moralidade diante da liberdade das pessoas. Também normas penais meramente simbólicas não tutelam bens jurídicos diante da liberdade.

A grande crítica ao legislador reside no fato de que, no âmbito do pacto social (contrato social), o poder emana do povo, que transfere ao legislador a função de regramento da sociedade por meio de normas que garantam a liberdade. Somente quando há um comprometimento da qualidade de vida do indivíduo é que se justifica a intervenção do Direito Penal, por meio de normas que, de forma proporcional entre liberdade e restrição, visem à garantia de uma vida digna.

Portanto, no moderno Estado liberal comprometido com a democracia dos povos, a função do Direito Penal, à luz de bens jurídicos subsidiários, é o meio, desde sempre crítico, de orientar o legislador quanto ao que deve ou não ser tutelado mediante normas que preveem pena.

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomelli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20.

5.3 A proteção subsidiária de bens jurídicos

Em resposta a dois pontos de Jakobs (autorização do Direito Penal para lesar bens jurídicos em certos cenários e proteção parcial apenas a depender das qualidades do ofensor), Roxin aponta que o fato de o Direito Penal proteger bens jurídicos não quer dizer que deva castigar toda lesão a esses bens jurídicos sem levar em conta o *caráter subsidiário* do Direito Penal. Quanto aos crimes especiais, entende que há bem jurídico protegido, mas que as características da *pessoa* que o lesiona são relevantes para a tutela penal.¹⁵⁹

Posto isso, este trabalho anuncia que rejeita as críticas de Jakobs e se mantém na senda trilhada por Roxin, ainda que com os ajustes de Hassemer. Entende-se aqui que, além do potencial sistemático, a teoria do bem jurídico oferece possibilidades para uma crítica legislativa fundamentada e indica caminhos para que se possa falar na existência de um conceito material de crime, oponível contra a atividade legiferante. Entender isso também é político-criminalmente recomendável, caso se tome por referência os efeitos de um Direito Penal que se legitima somente “por dentro”, em uma espécie de autopoiese ou autorreferência perigosa, pouco aberto à crítica extrassistêmica. Portanto, o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito parece estar em melhores condições quando se assume que a sua finalidade é a defesa de bens jurídicos. Dito isso, a seguir, prossegue-se com a análise de alguns pontos importantes da compreensão de Roxin, um dos marcos bibliográficos deste trabalho.

Roxin traz a contribuição de bem jurídico a partir da tarefa do Direito Penal. Para o autor: “entende-se por bem jurídico os dados ou finalidades necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização de seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal orientado à realização desses objetivos”¹⁶⁰. Neste sentido, o bem jurídico não se limita a dados preexistentes, mas também irradia sobre os deveres e a observância das normas:

Na medida em que essa descrição, conceito acima, se funda em “dados e finalidade” o conceito de bem jurídico, portanto, não se limita a dados pré-existentes ao Direito, mas também a deveres e observância às normas por eles (deveres) criadas.¹⁶¹

¹⁵⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 69-70.

¹⁶⁰ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 90.

¹⁶¹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 90.

Com efeito, Roxin tenta demonstrar, através do conceito de bem jurídico proposto acima, algumas consequências relevantes, tais como: a exclusão da tentativa de punir meras imoralidades, uma vez que estas, por si só, não lesionam o livre desenvolvimento de ninguém; a exclusão da autolesão, como, por exemplo, o uso de drogas para o consumo próprio; e a impossibilidade de punir contribuições para a autocolocação em perigo, notadamente quando se trata de ação própria da vítima¹⁶². Além disso, são afastadas as chamadas leis penais simbólicas, assim consideradas aquelas que não tutelam danos, não tendo efeitos protetivos concretos.

Ainda dentro das consequências advindas do conceito, é importante destacar os bens jurídicos aparentes ou falsos, que, por sua generalidade, não podem constituir objeto de tutela do Direito Penal:

Também os chamados bens jurídicos aparentes são inaptos a fundamentar dispositivos penais. Trata-se aqui de conceitos gerais, como a “saúde pública” ou a “capacidade de funcionamento do sistema de seguros, a que se chega por uma adição de várias lesões a bens jurídicos concretos e que são usados para fundamentar uma punibilidade que não poderia ser fundamentada se só se tivessem em conta as ações lesivas concretas.¹⁶³

Também é tido como consequência o impacto da teoria na dogmática penal, como, por exemplo, a interpretação teleológica da norma, considerando sua finalidade normativa como a busca pela tutela contra a ameaça ou lesão a bens jurídicos relevantes. Roxin destaca, ainda, a imputação objetiva:

Se a tarefa do legislador é a proteção de bens jurídicos, essa proteção só pode ser legislativamente operada, se se comina uma pena à criação de um risco não permitido a um bem penalmente protegido e se impõe a realização de tal risco ao autor como ação típica. [...] O princípio da imputação objetiva, derivado da ideia de bem jurídico, tem ademais, extensas implicações não apenas sobre a delimitação da conduta típica, mas também sobre o consentimento real e o consentimento hipotético, sobre as causas de justificação e sobre um tratamento adequado da tentativa inidônea, de maneira que é enorme a faculdade dogmática de um sistema jurídico-penal fundado na proteção de bens jurídicos.¹⁶⁴

¹⁶² ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 181.

¹⁶³ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 188.

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 196.

No âmbito dos interesses coletivos, Roxin admite uma tutela sobre estes bens, mas, assim como Hassemer, desde que seja demonstrado efetivo interesse pessoal. Com isso, concordamos: o bem jurídico coletivo deve passar pelo crivo da pessoa, sendo a coletividade a consequência.

Dessa forma, pode-se afirmar que Roxin claramente demonstra que o que está por trás da ideia de bem jurídico é justamente a concepção de um indivíduo com seus bens, autônomo e autodeterminado:

Por traz da lógica de bem jurídico, portanto, existe a ideia de um indivíduo que molda sua vida conforme sua respectiva concepção de bem, ou seja, a ideia de autonomia ou autodeterminação. [...] Por compreensão de liberdade ou autonomia consiste numa acepção negativa.¹⁶⁵

A concepção pessoal de bem jurídico de Roxin, além de crítica, traz fortes fundamentos para limitar a atuação do legislador na incriminação de condutas. Veja-se:

O conceito de bem jurídico aqui desenvolvido é “crítico ao sistema” na medida em que ele não representa apenas um instrumento dos tipos penais “imanente ao sistema”, como o conceito metodológico de bem jurídico, mas, também pretende estabelecer limites ao exercício do direito punitivo do legislador.¹⁶⁶

Com isso, é importante frisar que o legislador penal deve observar o critério de proporcionalidade no momento prévio à elaboração da lei, para que não haja ofensa a bens jurídicos fundamentais. Nas palavras de Roxin:

Leis penais arbitrárias, puramente ideológicas ou violadoras de direitos fundamentais não protegem bens jurídicos, exemplo: os contrários ao princípio da igualdade ou às liberdades de opinião e crença.¹⁶⁷

¹⁶⁵ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 90-91.

¹⁶⁶ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 92-93.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 94.

Ainda no aspecto do cuidado na elaboração da lei penal, destaca o autor que a imoralidade, a desconformidade com os costumes ou outra forma de reprovabilidade da conduta não bastam, por si sós, para fundamentar um bem jurídico¹⁶⁸.

Na perspectiva do modelo constitucionalmente adotado, não se pode negar a concepção normativa do bem jurídico, que acompanha, no aspecto empírico, os avanços constitucionais conforme o modelo de Estado de Direito adotado:

A concepção de bem jurídico descrita é, de fato, normativa; contudo, ela não é estática, estando aberta a mudanças históricas e ao progresso de conhecimentos empíricos, dentro do quadro dos propósitos constitucionalmente autorizados.¹⁶⁹

A concepção de bem jurídico aqui defendida, portanto, além de funcionar como elemento integrante da tipicidade penal, tem a tarefa, no aspecto constitucional da proporcionalidade específica no campo penal, de orientar o legislador, a fim de selecionar empiricamente o conteúdo da tutela penal que não conflita com outros bens jurídicos fundamentais de igual ou superior valor.

No sentido de uma proporcionalidade específica para o Direito Penal, isto é, orientada pelo bem jurídico, Roxin conclui:

A teoria do bem jurídico, portanto, encaixa-se sem fricções na proibição de excesso. Nas palavras de Kudlich: a teoria “orienta o direito constitucional sobre como ele deve promover seu exame de proporcionalidade de norma penais” Mesmo acomodada dentro desse princípio, ela não pode ser descartada como supérflua. Pelo contrário, ela pode ser entendida como sua concretização específica para o âmbito penal, nomeadamente como concretização que leve em consideração as singularidades do Direito Penal, sobretudo a circunstância de que ele lida com pena, ou seja, com intervenções naquilo que cabe a uma pessoa enquanto pessoa. Por isso, há importantes diferenças entre um exame geral de proporcionalidade, ao qual não se pode negar um certo caráter de formalidade vazio de conteúdo, e o exame de proporcionalidade específico para o Direito Penal, ou seja, orientado a bens jurídicos.¹⁷⁰

Apesar do posicionamento minoritário da doutrina de Jakobs e seus discípulos, aqui destaca-se Roxin, cujo delineamento e defesa do bem jurídico traça contornos mais reais para o modelo de Direito Penal compreendido como mais adequado, sobretudo considerando o “livre

¹⁶⁸ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 95.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 134.

¹⁷⁰ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 148.

desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal orientado à realização desses objetivos”.¹⁷¹ Além disso, a teoria do bem jurídico potencializa o aspecto subsidiário e de *ultima ratio* do Direito Penal, contribuindo para o modelo de Estado de Direito comprometido com leis penais democraticamente válidas e eficazes, quando sua tarefa se pauta pela subsidiariedade do bem jurídico. Nestes termos:

Do exposto, já é possível depreender que a proteção de bens jurídicos não se promove exclusivamente mediante o Direito Penal, cabendo a todo o instrumental da ordem jurídica contribuir para ela. O Direito Penal, aliás, é apenas a última de todas as medidas protetivas a serem consideradas, ou seja, seu emprego só está autorizado quando falharem os outros meios de solução social de problemas – como uma demanda cível, as disposições de polícia ou administrativas, sanções não-penais etc. A pena é, por isso, chamada de “*ultima ratio* da política social” e sua tarefa é definida como proteção subsidiária de bens jurídicos.¹⁷²

No atual Estado Democrático de Direito, portanto, a teoria do bem jurídico, crítica ao sistema, encontra-se mais viva do que nunca. É inexcusável qualquer tarefa, seja na produção legislativa, na dogmática, na política criminal ou até mesmo no campo do empirismo, ou seja, na atividade jurisdicional, que não considere o bem jurídico como orientação e limitação do poder estatal de incriminar.

5.4 Controvérsia em torno do bem jurídico: a questão do crime de perigo abstrato

Para que se possa questionar a legitimidade do crime de perigo abstrato no que tange à presença ou não de ofensa a bem jurídico, deve-se, inicialmente, apresentar a concepção de bem jurídico proposta por Luís Greco, na vertente da política criminal, segundo a qual:

Bens jurídicos seriam, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional.¹⁷³

A partir desta concepção, notadamente com base nas terminologias “indivíduos” ou “para a subsistência do sistema social”, pode-se perceber que o autor adere à versão dualista de

¹⁷¹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 90.

¹⁷² ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral**: fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 157.

¹⁷³ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, p. 5-25, ago. 2004.

bem jurídico, segundo a qual se admite tanto o bem jurídico individual quanto o coletivo. Essa distinção é importante, pois há quem defenda a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato e utilize o bem jurídico coletivo como pretexto para justificar sua legitimidade.

Conforme mencionado anteriormente, uma das grandes controvérsias em torno dos crimes de perigo abstrato é a alegada constitucionalidade do tipo, sobretudo porque a conduta não passa pelo princípio básico do Direito Penal da *lesividade ou ofensividade*. Por isso, grande parte da doutrina defende que condutas que têm como causa fatos ausentes de lesão são constitucionais.

O fato típico não deve apenas atender ao critério da efetiva lesão em uma perspectiva *ex post*, mas também é importante destacar que nem toda lesão merece tutela penal, e sim apenas aquelas que não sejam insignificantes e que estejam no âmbito de proteção da norma. Dessa forma, busca-se desde já demonstrar que, em uma perspectiva *ex ante*, a concepção político-criminal do bem jurídico adota como pressuposto teórico não todos os valores e interesses constitucionais para fins de tutela penal, mas apenas aqueles mais relevantes, ou seja, relacionados aos direitos e garantias fundamentais, excluindo-se, assim, do campo de incidência penal tipos genéricos e evasivos que possam comprometer o âmbito de liberdade dos indivíduos.

Após esta breve introdução e a exposição acerca da discussão doutrinária sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, ao se adentrar no tema propriamente dito – a correlação entre o bem jurídico e os crimes de perigo abstrato –, é preciso enfatizar que, doravante, para o enfrentamento do referido tema, será adotada a concepção político-criminal dualista de bem jurídico, tal como proposta por Greco no início deste capítulo.

Para o enfrentamento da controvérsia, o autor propõe o desafio de diferenciar bens jurídicos coletivos de falsos bens jurídicos coletivos. Segundo ele, de um lado, estão o meio ambiente, a fé pública e a administração pública, que configuram bens jurídicos coletivos. De outro, encontram-se a incolumidade pública, a saúde pública, a segurança viária e as relações de consumo, considerados falsos bens jurídicos coletivos.¹⁷⁴

No afã de enfrentar e desconstruir bens jurídicos coletivos meramente aparentes, Luís Greco recorre à doutrina de Roxin, Schünemann, Hefendehl e Amelung para analisar a crítica e o núcleo do problema. Por meio da interpretação desses crimes como crimes de perigo abstrato voltados à tutela de bens jurídicos individuais, o autor demonstra que esses supostos bens jurídicos coletivos nada mais são do que a soma de vários bens jurídicos individuais, o que,

¹⁷⁴ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, p. 7-25, ago. 2004.

segundo ele, não representa a coletividade. Isso porque uma das características do bem jurídico coletivo é a sua natureza de não distributividade. Nas palavras do autor:

É por isso que parte da doutrina embarcou num empreendimento que, segundo me parece, será uma das mais fecundas utilizações da teoria do bem jurídico: a desconstrução de bens jurídicos só aparentemente coletivos. Roxin, Shunemann, Hefendehl e Amelung entre outros, esforçam-se por criticar certos bens jurídicos, como os acima apontados, e mais alguns, interpretando os respectivos tipos como crimes de perigo abstrato para um bem jurídico individual. Argumenta-se em especial que os referidos bens jurídicos só são aparentemente coletivos, uma vez que eles não passam da soma de vários bens jurídicos. A soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para construir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pela elementar da não distributividade, isto é, ele é indivisível entre pessoas. Assim cada qual tem a sua vida, a sua propriedade independente das dos demais, mas o meio ambiente ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte do meu ambiente ou probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou B. Já o bem jurídico saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo.¹⁷⁵

Com base no princípio da lesividade ou ofensividade, que é basilar no Direito Penal, é perfeitamente factível propor uma iniciativa dessa magnitude – embora pioneira, ao menos na América do Sul – como a que propõe Greco: distinguir os autênticos dos falsos bens jurídicos coletivos. Tal distinção busca contribuir para a construção de um sistema penal moderno, comprometido com o Estado liberal de direito, ao impor limites ao poder estatal de incriminar. Isso porque não se pode mais admitir, no ordenamento jurídico, leis penais genéricas que não se submetam ao crivo da efetiva lesão a bens jurídicos.

No contexto da constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato e da concepção de bens jurídicos coletivos, conclui-se que a análise da ofensividade ou lesividade dos bens jurídicos coletivos autênticos integra a própria estrutura do delito. Considerando-se, sobretudo, que essa estrutura constitui pressuposto teórico necessário para a filtragem do comportamento punível, não há espaço para tipos penais inconstitucionais, seja por ausência de lesividade ou ofensividade, seja pela inexistência de efetiva lesão a bens jurídicos coletivos autênticos, os quais não se confundem com a simples soma de bens jurídicos individuais e devem atender ao critério da não distributividade.

¹⁷⁵ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, p. 7-25, ago. 2004.

6 TOMADA DE POSIÇÃO

Na seção passada, de alguma forma, a posição à qual este trabalho se filia já foi antecipada. Agora, pretende-se deixar isso mais claro: o Direito Penal protege bens jurídicos ou meras expectativas normativas?

Pelo sistema funcional teleológico de ou Política Criminal de Roxin pode-se vários frutos. O mais importante deles foi o legado proporcionado pelo autor através do profícuo diálogo entre a teoria do delito e o sistema funcional da política criminal que aproximou a teoria dos casos práticos que decorre da sociedade moderna sintetizando Roxin, portanto, o que é um Estado Material de Direito: *um Direito Penal comprometido com uma proteção eficaz e legítima de bens jurídicos “o mais humano de todos os sistemas jurídicos-penais até hoje formulados”*¹⁷⁶

A teoria defendida por Jakobs – segundo a qual a função do Direito Penal é, através da pena, proteger a vigência e validade da norma –, além de não contribuir para uma teoria comprometida com o modelo constitucional de Estado Democrático de Direito Liberal, traz também sérias consequências no que já foi até aqui construído no campo da dogmática penal.

Entre as principais consequências, podemos destacar, de modo não exauriente o seguinte:

(i) Risco de retrocesso ao Direito Penal do autor, pois, pela teoria, o simbolismo de uma conduta que negue ou não cumpra o dever é o núcleo da resposta estatal. Ou seja: está em jogo algo próximo a um dever de fidelidade ao Estado, pendendo a balança mais para a valoração da conduta do que para o resultado jurídico em si, uma vez que, para violar ou transgredir a norma, independe-se do resultado. Neste sentido, o cerne de atenção do Direito Penal seria a pessoa que pratica o ato e não o fato em si considerado, já que quem viola a norma é a pessoa.

(ii) Na dogmática, ainda, é importante destacar que desde o sistema causalista até o funcionalismo, houve evolução no campo da teoria do delito, sendo notáveis os avanços com novas compreensões com o intuito de garantir maior segurança jurídica. Isso é especialmente relevante quando se está diante de um campo no qual há uma forte tensão entre a missão do Direito Penal de garantir a liberdade do cidadão e, simultaneamente, restringir, por meio da pena, os direitos da pessoa. Neste sentido, destaca-se a teoria da imputação objetiva, que, ao

¹⁷⁶ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, [S. l.], p. 266, 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 28 fev. 2025.

promover avanços nos sistemas causal e final, contribuiu sistematicamente ao propor que a realização do tipo objetivo não passa apenas pelo mero acontecimento causal, mas demanda uma valoração normativa adicional da ação e do resultado, tendo o bem jurídico como ponto de fuga. Aplicando-se, entretanto, a premissa de Jakobs, enxerga-se alguma perda do potencial de rendimento da teoria da imputação nos moldes de Roxin.

(iii) Ainda no campo das consequências, a perspectiva de Jakobs concebe o injusto penal como um conceito unívoco baseado apenas na desautorização da vigência da norma. Aqui, opta-se por focar também no desvalor do resultado expressado pelo injusto penal, o que, naturalmente, reconduz a temática à perspectiva da lesão a bens jurídicos.

(iv) Também, como ensaiado, identifica-se um problema político-criminal considerável: a ausência de um critério externo de referência para a correção da atividade legislativa. Ou seja, sem uma perspectiva crítica, o risco é incorrer em uma legitimação acrítica de qualquer tipo de proibição e punição, de modo que qualquer comportamento – ainda que apenas moralmente reprovável ou contra os costumes – poderá justificar a incidência do Direito Penal.

(v) Por fim, sem a noção de bem jurídico, enxergam-se dificuldades para justificar uma fundamentação diferenciadora da punição entre os delitos tentados e consumados. Se o que importa é a comunicação da negação à norma, uma grave tentativa de homicídio, por exemplo, poderia justificar a punição no marco de uma consumação? O simbolismo de uma conduta pode modificar a reprovação mesmo quando, no campo da realidade das coisas, a resposta pareça ser diversa? Nota-se aqui, então, uma perda de densidade do critério de proporcionalidade na punibilidade entre o fato tentado e o consumado, inclusive porque seria dificultada a análise sobre as circunstâncias de quando e como a conduta se aproximou ou não da ofensa ao bem jurídico.

Postas essas críticas, parece correto dizer que, sob a perspectiva de proteção subsidiária de bens jurídicos, entretanto, o Direito Penal cumpre sua tarefa principal ambivalente. Ou seja, ao mesmo tempo em que garante a liberdade das pessoas através da contenção do poder estatal de incriminar, tutela, por outro lado, os bens jurídicos mais relevantes, ao orientar o legislador penal sobre quais aspectos fáticos pode ou não legislar sob ameaça de pena.

Neste sentido, Roxin efetivamente contribuiu para um Direito Penal, que, além de estar comprometido com o Estado Democrático de Direito, propõe, através do bem jurídico, um sistema crítico à legislação penal, a qual deve oferecer direção sobre o que pode ou não ser penalizado de forma legítima.

O ponto de maior tensão dessa compreensão, é verdade, diz respeito à punibilidade dos crimes de perigo abstrato ou quando se legitima uma punição com base na ofensa a bens jurídicos supraindividuais. Quando é mantida uma indústria sem filtro de contenção de poluentes, há ofensa significativa ao bem jurídico quando são expelidos os resultados dos processos produtivos na atmosfera? Isso demanda uma reflexão adicional.

Não se nega a complexidade da sociedade, nem que há uma dinâmica entre os valores e interesses que progressivamente se alteram, a depender do modelo de Estado adotado.

Neste sentido, aqui defende-se que o bem jurídico possui características de preexistência à norma, mas vai ganhando contornos diferentes em cada período. Daí a dinamicidade do bem jurídico, que deve ser valorado conforme o modelo de Estado adotado.

Todavia, aplicando-se a concepção aqui defendida – de que a teoria do bem jurídico que melhor se adequa ao modelo de Estado Democrático de Direito é a capitaneada por Roxin, com os corretivos mais personalistas dados por Hassemer –, toda a proibição deve ter a pessoa por referência.

Assim, por exemplo, a pessoa precisa, de fato, de um bem jurídico equilibrado. Então, a princípio, pode-se conferir legitimidade a uma proibição nesse campo. O recurso à “*ideia de cumulação*” parece poder responder à pergunta quanto ao plano da ofensa. Ou seja, ainda que haja um bem jurídico passível de tutela, é legítimo recorrer à estrutura de delitos dos crimes de perigo abstrato? A resposta será positiva, com base na “*ideia de cumulação*”. Nesse sentido, apesar de ações individuais não afetarem o bem de modo relevante, poderiam ser praticadas em grande número e perturbariam as funções protegidas caso inexistisse proibição penalmente sancionada. Portanto, apesar de haver um ônus de fundamentação maior, pode-se chegar razoavelmente à conclusão de que, sem proteção, não haverá bem jurídico “meio ambiente” futuro para fins de usufruto pelas pessoas. A ideia de cumulação também seria fundamentada a partir da filosofia moral: “[...] se está claro que a violação de uma norma de comportamento por um número suficientemente grande de pessoas lesiona o bem jurídico, não é mais permitido que o indivíduo alegue em sua defesa que a sua contribuição é por si só irrelevante”.¹⁷⁷

Neste contexto, portanto, aqui não se desacredita na existência de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, desde que, partindo da perspectiva de Hassemer, seja possível concluir que, tendo a pessoa como referência, há risco de diminuição de uso e gozo de direitos como a saúde ou o meio ambiente.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 150.

Com isso, busca-se excluir da incidência da tutela penal eventuais “bens jurídicos” ditos coletivos ou supraindividuais, mas que não guardam nenhum vínculo com a vida da pessoa, tratando-se de meras atribuições ou funções estatais que podem ser tutelados por outros ramos do direito menos graves, considerando, sobretudo, o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

Ficam também excluídos deste contexto os chamados “falsos bens jurídicos” e qualquer forma de tentar, em nome do “bem jurídico”, tutelar estados de existência, valores puramente morais ou proibições de autolesão, porque, nestes casos, não há lesão efetiva à esfera da liberdade existencial da pessoa, ou, havendo, não transpõe o âmbito de ofensa do próprio agente, não justificando, portanto, a incidência do Direito Penal.

Ademais, vale ressaltar que, no aspecto teórico defendido até aqui, o bem jurídico, conquanto seja um importante meio para conter o poder estatal de incriminar, não é o único, cabendo auxílio de outros princípios, tais como legalidade, subsidiariedade, respeito à autonomia, fragmentariedade, imputação objetiva, *ultima ratio*, entre outros. Todos esses institutos ofertam possibilidades críticas ao sistema.

7 CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, constatou-se que, na contemporaneidade, o Direito Penal sofreu influências de vários métodos, desde o naturalismo positivista, passando pelo neokantismo, finalismo, até o funcionalismo. Essas mudanças metodológicas não ocorreram por acaso. Modernamente, com as mudanças pelas quais passou a sociedade – seja no aspecto político, social ou cultural –, muitos dos institutos penais se viram desafiados, demandando alguma releitura.

Com efeito, a moderna sociedade capitalista vem se desenvolvendo com sérios riscos à sociedade, conforme o diagnóstico do sociológico Beck e Luhmann. Não por outro motivo, nos últimos cinquenta anos, o Direito Penal passou por um processo de significativa expansão, especialmente com a criminalização de novos interesses que envolvem os falsos bens jurídicos coletivos ou supraindividuais. No entanto, essa expansão gerou uma crise, ao colidir com princípios e institutos clássicos do Direito Penal.

Se por um lado, parte da doutrina defende que não é possível resolver os problemas do Direito Penal moderno apenas com o bem jurídico clássico, diante da mudança dos valores, princípios e interesses da sociedade contemporânea, outra parte, a partir de variados fundamentos, defende que não se pode pensar em uma solução para tais problemas sem antes passar pela teoria do bem jurídico. Esta, além da função dogmática, teria um papel político-criminal de crítica externa à atividade legislativa, conformando o chamado conceito material de crime.

Na doutrina, foram apresentadas duas concepções antagônicas de bem jurídico: uma defendida por Jakobs e outra por Roxin. O primeiro se convenceu de que o fim do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a proteção da vigência das normas, sendo que, nesta concepção, a pena teria uma função restauradora, ou seja, garantir a legitimidade das normas. O segundo, por sua vez, demonstrou a necessidade funcional de uma política criminal, cuja função seria a proteção subsidiária de bens jurídicos.

Passou-se por diversas concepções de bem jurídico e, no aspecto da teoria do delito, foi demonstrada a necessidade de se pensar uma teoria do bem jurídico associada à moderna teoria da norma e ao método penal da imputação objetiva. Isso porque somente um comportamento que passe pelo crivo das valorações da conduta, do resultado e que esteja no âmbito de proteção da norma pode preencher a elementar típica no aspecto substancial.

Ainda no aspecto do bem jurídico, a posição tomada, em consonância com o moderno Estado Democrático de Direito, é a de que a teoria do bem jurídico está viva e em pleno vigor,

de modo que somente poderá haver um fato punível se demonstrada, no campo da teoria pessoal do bem jurídico, a ofensa ou ameaça de ofensa a bens jurídicos fundamentais. Com isso, busca-se afirmar, por meio da teoria pessoal do bem jurídico, que este tem como premissa a pessoa como titular de direitos e garantias fundamentais.

Neste contexto, não se nega, porém, a existência de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, desde que, partindo da perspectiva de Hassemer, seja possível concluir que, tendo a pessoa como referência, há risco de diminuição de uso e gozo de direitos como saúde ou meio ambiente. A ideia de cumulação parece ser um importante instrumento para limitar o tipo de estrutura de delito que será manejada para tutelar um bem jurídico tido como passível de tutela.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- 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. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. (Ciência Criminal Contemporânea, 10).
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia uma nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BIRNBAUM, Johan Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Tradução do alemão e estudo preliminar de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2010.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 3, n. 4, p. 7-45, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Ciência Criminal Contemporânea, 1).
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. (Ciência Criminal Contemporânea, 20).
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 150.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução da 14. ed. alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, [S. l.], p. 211-283, 2000. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf). Acesso em: 28 fev. 2025.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Tradução de Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, p. 1-25, ago. 2004.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 37-46, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44239>. Acesso em: 29 maio. 2025.

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

HINKELAMMERT, Franz Josef. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: HERRERA FLORES, Joaquín (org.). **El vuelo de Anteo**: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbau: Desclée de Brouwer, 2000. p. 79-113. Disponível em: <http://repositorio.uca.edu.sv/jspui/bitstream/11674/1875/1/La%20inversi%c3%b3n%20de%20los%20derechos%20humanos.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal - parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 8-9.

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

JAKOBS, Günther: **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal.** Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. **Sistema de imputação penal.** Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2024.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão.** Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos:** um estudo sobre os fundamentos do delito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2023.

NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 77-100.

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

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal.** Bogotá: Temis, 1978.

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

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal - parte geral:** fundamentos - a estrutura da teoria do crime - tomo I. Tradução da 5. ed. alemã organizada por Luís Greco e Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILENE, Carla Gomes. Bem jurídico e teoria constitucional do Direito Penal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 4, n. 6, p. 232-269, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/96>. Acesso em: 15 mar. 2025.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade de risco.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

SONTAG, Ricardo. “O farol do bom senso”: júri e ciência do Direito Penal em Roberto Lyra. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 213-238, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p213>. Acesso em: 14 mar. 2025.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. *E-book*.

TODELO, Franscisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 1991.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964.

WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1915.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal humano e poder no século XXI**. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.