

“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito

Luís Greco

Mestre pela Universidade Ludwig Maximilian, de
Munique, e doutorando na mesma instituição.

Sumário: I – Considerações introdutórias – II – O primeiro grupo de dúvidas: o conceito de bem jurídico: 1. Conceito dogmático e conceito político-criminal de bem jurídico; 2. O primeiro problema: é possível um conceito político-criminal de bem jurídico?; 3. O segundo problema: esse conceito político-criminal de bem jurídico pode ser condição necessária para a incriminação?; 4. O terceiro problema: como distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de falsos bens jurídicos coletivos?; 5. Síntese das considerações sobre o bem jurídico – III – O segundo grupo de dúvidas: a estrutura do delito: 1. Introdução; 2. A primeira dúvida: o que se deve entender por perigo concreto?; 3. A segunda dúvida: crimes de perigo abstrato e falsos bens jurídicos coletivos; 4. O caminho promissor: abandono de soluções globais em favor de um detalhado desenvolvimento das diversas estruturas do delito; 5. Síntese das considerações sobre o bem jurídico; 6. Síntese das considerações sobre a estrutura do delito – IV – Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O autor toma a cada vez difundida tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato como ponto de partida para uma análise da teoria do bem jurídico e das estruturas do delito (isto é, dos problemas relativos aos crimes de perigo concreto e abstrato). Suas conclusões caminham no sentido da

impossibilidade de critérios simples e globais, fazendo-se necessária uma abordagem tão diferenciada quanto os problemas que ela se propõe a resolver.

Palavras-chave: Princípio da lesividade; bem jurídico; crimes de perigo; perigo abstrato; fins do direito penal.

I – Considerações introdutórias

Adoramos estar na moda. Isso vale para o que o vestimos, comemos, para os lugares que frequentamos – por que não valeria para as teorias que defendemos? Pois bem, não existe nada mais *in*, nada mais *fashion* atualmente do que dizer que os crimes de perigo abstrato seriam *in totum* inconstitucionais, por violarem um certo princípio da lesividade ou ofensividade.¹ Afinal, segundo esse princípio, não haveria crimes sem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico.² E como os crimes de perigo abstrato são justamente aqueles cujo tipo se conside-

1. O primeiro a defender esta tese entre nós, segundo vejo, foi Luiz Flávio Gomes, “A contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido)”, *RBCCrim* 8/69 et seq. Depois, seguiram-se Paulo Queiroz, *Do caráter subsidiário do direito penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 112 e 150; Damásio de Jesus, *Crimes de trânsito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2 et seq.; *Lei antitóxicos*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15 et seq.; Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 30; Mariângela Magalhães Gomes, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 120 et seq.; Alice Bianchini, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 67 et seq. Mais contido, Ângelo Roberto Ilha da Silva, *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 95 et seq., que admite a legitimidade destes crimes, desde que respeitados certos princípios.

A doutrina italiana, que é a mais importante fonte de inspiração dos críticos nacionais do perigo abstrato, parece já há muito ter abandonado a atitude meramente negativa em favor de uma análise mais diferenciada (cf. Fiancaca e Musco, *Diritto penale*. Parte generale, 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995, p. 176 et seq.; Fiore, *Diritto penale*. Parte generale, Torino: Utet, 1999, vol. I., p. 183 et seq.; Mantovani, *Diritto penale*, 3. ed., Padova: Cedam, 1999, p. 232, n. 70a; Marinucci e Dolcini, *Corso di diritto penale*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1999, p. 416 et seq.; Padovani, *Diritto penale*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1995, p. 172; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, 8. ed., Milano: Giuffrè, 2003, p. 246 et seq.). Radical, ainda, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, 5. ed., Roma/Bari: Laterza, 1996, p. 482 e 739.

2. Por exemplo, Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade no direito penal*, São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 14.

ra preenchido sem que o bem jurídico seja sequer exposto a um perigo concreto, neles o dito princípio da lesividade estaria violado. Uma vez que este princípio teria hierarquia constitucional,³ os crimes de perigo abstrato seriam simplesmente contrários à Constituição. Estariam já fulminados de inconstitucionalidade, não podendo mais ser aplicados, apenas se passíveis de reinterpretação em termos condizentes com o princípio. Não raro se complementa essa argumentação com algumas fórmulas também da moda: os crimes de perigo abstrato não seriam condizentes com um direito penal garantista, com um direito penal mínimo.⁴ Violariam a presunção de inocência, por presumirem um perigo, e o princípio da culpabilidade. Não examinaremos essa segunda bateria de argumentos. Objeto das seguintes reflexões será unicamente a primeira linha argumentativa, a saber, a da medida em que o princípio da lesividade pode levar a que se reconheça a inconstitucionalidade de todos os crimes de perigo abstrato.

O que mais impressiona em toda essa argumentação é, ao lado de sua evidente coesão lógica, o grau de convicção daqueles que a desenvolvem. Por trás dessa atitude está o justificado descontentamento com um legislador que não pára de criar novos crimes – para citar um exemplo recente, a nova Lei sobre Armas de Fogo define como crime inafiançável a conduta de “disparo de arma de fogo”, cominando-lhe pena superior à das lesões corporais (art. 15, Lei 10.826/2003).⁵ O que me pergunto é se este tipo de postura não é quase tão descuidada e apressada quanto as normas que a motivam, porque tal juízo global de condenação dos crimes de perigo abstrato repousa sobre uma série de

3. Cf. *idem*, *ibidem*, p. 58 et seq.; Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 30, quer extraí-lo do art. 98, I, da CF, que fala em infrações de menor potencial “ofensivo”.

4. Cf., quanto ao impreciso conceito de “direito penal mínimo”, Greco, “Princípio da subsidiariedade no direito penal”, *Dicionário de princípios jurídicos*, no prelo.

5. O dispositivo reza: “Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime. Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável”. Esta conduta era, até então, mera contravenção penal.

premissas que não são de maneira alguma tão seguras como parecem supor os defensores deste posicionamento.

II – O primeiro grupo de dúvidas: o conceito de bem jurídico

1. *Conceito dogmático e conceito político-criminal de bem jurídico*

Se o princípio da lesividade ou ofensividade (usaremos as duas expressões indistintamente) significa a exigência de lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico, o conceito de bem jurídico torna-se uma das questões centrais. E aqui, justamente, se apontarão as primeiras dúvidas. Antes de prosseguirmos, é necessário fazer uma distinção entre dois conceitos de bem jurídico. Quando afirmamos que toda incriminação visa a defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido, aqui, tanto de uma perspectiva dogmática, quanto de uma perspectiva político-criminal, ou, para usar a famosa terminologia de Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema, quanto transcendente ao sistema.⁶

De uma *perspectiva dogmática*, toda norma terá seu bem jurídico. O crime de casa de prostituição, por exemplo, (CP, art. 229) terá por bem jurídico a “moralidade pública sexual”,⁷ a bigamia (CP art. 235) o “interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico”.⁸ Alguns autores consideravam que a revogada incriminação do homossexualismo, na legislação alemã, protegia o bem jurídico “interesse so-

6. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Vebrechens*, Frankfurt a. M.: Europäische Verlagsanstalt, 1980, p. 19. Na doutrina italiana, fala Ferrando Mantovani, op. cit., p. 213, em concepção “juspositivista” e “metapositivista” de bem jurídico.

7. Cf. César Bitencourt, *Código Penal comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 912.

8. Idem, *ibidem*, p. 926.

cial na normalidade da vida sexual".⁹ Quanto a este conceito, não há qualquer dúvida ou problema. Ele nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá um tal interesse.

Mas quando discutimos os limites do poder legal de incriminar, não é esse o conceito de bem jurídico que nos interessa. Afinal, este conceito está à completa disposição do legislador. Com base neste conceito, só se poderá dizer se algo é um bem jurídico se o legislador assim houver decidido. O que precisamos saber é se é possível trabalhar com um conceito não mais dogmático, e sim *político-criminal* de bem jurídico; noutras palavras, se se pode esperar do conceito de bem jurídico alguma eficácia no sentido de limitar o poder de punir do Estado.

Neste trabalho, não trataremos do conceito dogmático de bem jurídico, mas unicamente do político-criminal. Tal não implica separar dogmática de política-criminal,¹⁰ nem desconhecer em que medida o conceito dogmático dependerá do conceito político-criminal. A rigor, penso que o conceito dogmático deverá ser construído nos moldes que lhe sejam fornecidos pelo conceito político-criminal, e alguns apontamentos nesse sentido serão feitos no correr do estudo. Ocorre que, por razões de espaço, concentrarei as atenções no exame do conceito político-criminal de bem jurídico, fazendo só observações pontuais a respeito da relevância dogmática dessa categoria político-criminal.

2. O primeiro problema: é possível um conceito político-criminal de bem jurídico?

a) O panorama: entre defensores e céticos

Primeiramente, um curto panorama sobre a discussão no Brasil e na Alemanha. No *Brasil*, a doutrina tradicional, a rigor, nem sempre utilizar as palavras

9. Maurach, *Deutsches Strafrecht – Besonderer Teil*, 4. ed., Karlsruhe: C. F. Müller, 1964, p. 411.

10. O que não se mostra mais possível desde o fundamental estudo de Roxin, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, 2. ed., trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002 (1.ª edição publicada originalmente em 1970). Mais detalhes sobre essa abordagem, chamada "funcional", em Greco, "Introdução à dogmática funcionalista do delito", *RBCCrim* 32/120 et seq., 2000.

“bem jurídico”, preferindo por vezes o termo objeto ou objetividade jurídica. Como esta diferença é apenas terminológica, pode-se dizer que ela já conhecia o conceito de bem jurídico, mas em sua dimensão exclusivamente dogmática. Ou seja, a nossa doutrina majoritária, acostuada exclusivamente com o conceito dogmático de bem jurídico, não costuma reconhecer qualquer função crítica ou político-criminal à idéia.¹¹ Em geral, só a partir de investigações mais recentes se começou a propor um conceito de bem jurídico como diretriz para o legislador.¹² Segundo vejo, pioneiro aqui foi Juarez Tavares.¹³

Na *Alemanha*, ao contrário do que talvez se pense, a situação não é tão diversa. Ao lado de alguns defensores do conceito político-criminal de bem jurídico,¹⁴ há uma vasta doutrina majoritária que ou a rejeita de modo expres-

11. Cf. Hungria, in: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. II, vol. I, p. 10 et seq.; Bruno, *Direito penal*. Parte geral, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 212; Magalhães Noronha, *Direito penal*, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, vol. I, p. 115; Fragoso, *Lições de direito penal*. Parte geral, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 268 et seq.

12. Uma pequena amostra, ordenada alfabeticamente, sem qualquer pretensão de ser completa: Nilo Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 94 et seq.; Fernando Capez, *Consentimento do ofendido e violência desportiva*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114; Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, passim; Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico...*, cit.; Ilha da Silva, op. cit., p. 29 et seq.; Magalhães Gomes, op. cit., p. 90 et seq.; Luís Régis Prado, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2003, passim; Juarez Tavares, *Teoria do injusto penal*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 197 et seq.

13. Com o estudo “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”, *RBCCrim*, São Paulo, número especial de lançamento, p. 78 et seq., 1992.

14. Por exemplo, Freund, in: HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Ed.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. München: Beck, 2003. vor §§ 13 ff./42 et seq.; Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, in: PHILIPS; SCHOLLER (Ed.). *Jenseits des Funktionalismus*. Heidelberg: Decker u. Müller, 1989. p. 91-92; “Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 64, para o qual proibições penais sem bem jurídico seriam “terrorismo estatal”; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln: Heymanns etc., 2002, p. 18 et seq.; “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 119 et seq.; “Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsbefürworters”, in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die*

so,¹⁵ ou se mantém numa cética reserva.¹⁶ E a Corte Constitucional alemã, que teve em 1994 a oportunidade de aplicar a teoria do bem jurídico ao exa-

Rechtsgutstheorie. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 386 et seq.; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, 6. ed., Berlin/New York: DeGruyter, 2000, § 1/40; Roxin, "Wandlung der Strafrechtswissenschaft", *JA*, p. 223, 1980; "Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen", *JA*, p. 546, 1980; Rudolphi, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", *Festschrift für Honig*, Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1970, p. 163 et seq.; *Systematischer Kommentar*, 6. ed., Neuwied: Luchterhand etc., 1997, vor § 1/8; Schünemann, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", in: SCHÜNEMANN et al. (Eds.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: DeGruyter, 2001. p. 26 et seq.; "Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 133 et seq.; Stächel, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 80 et seq.

15. Amelung, "Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 154 et seq. (a tradução deste estudo para o português, feita por mim, encontra-se no prelo); Appel, *Verfassung und Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 206; "Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?", *KritV*, p. 278 et seq., 1999; Bockelmann e Volk, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. ed., München: Beck, 1987, p. 11; Frisch, "An den Grenzen des Strafrechts", in: KÜPER; WELP (Eds.). *Festschrift für Stree und Wessels*. Heidelberg: C. F. Müller, p. 71 et seq.; "Wesentliche Voraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung", in: ESER (Ed.). *Vom totalitären zum rechtsstaatlichen Strafrecht*. Freiburg: Max Planck Institut, 1993. p. 203 et seq.; "Straftat und Straftatsystem", in: WOLTER; FREUND (Eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 136 et seq.; "Rechtsgut, Recht, Deliktstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafs", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 216 et seq.; Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *ZStW* 97/752, 1985; *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlin: DeGruyter, 1991, § 2/1 et seq.; Michael Köhler, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer etc., 1997, p. 24 et seq.; Kuhlen, "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff", in: WOLTER; FREUND (Eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 89 e 96; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 1996, p. 144; Naucke, "Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant", *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafs*, Baden Baden: Nomos, 2000, p. 81; Stratenwerth, "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts", *ZStW* 105/692, 1993; *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 17; "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'", in: ESER et al. (Eds.). *Festschrift für Theodor Lenckner*. München: Beck, 1998. p. 391; "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 255 et seq.; Vogel, "Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *StV*, p. 112, 1996; Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, p. 279.

16. Cf. principalmente os manuais e comentários: Lenckner, em Schöneke e Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. ed., München: Beck, 2001, vor §§ 13 et seq./10; Gropp, *Strafrecht – Allgemeiner*

minar a problemática da proibição do porte de haxixe para uso pessoal, fez questão de não o fazer.¹⁷ Desde essa decisão pode-se afirmar que os defensores do conceito político-criminal de bem jurídico se encontram na defensiva, havendo mesmo quem brinque com a metáfora de estar o conceito de bem jurídico moribundo, no leito de morte, ou declarado morto por seus opositores.¹⁸

Ainda assim, o conceito político-criminal de bem jurídico teve, ao menos historicamente, uma *grande conquista*: orientou amplas descriminalizações no *direito penal sexual alemão*. Para lembrar unicamente o exemplo mais significativo: na Alemanha, o homossexualismo masculino era uma conduta punível até a década de 70. Alguns autores valeram-se de um conceito crítico, político-criminal de bem jurídico para dizer que tais incriminações de condutas meramente imorais não tutelavam bem jurídico algum, sendo, portanto, ilegítimas.¹⁹ Essa argumentação acabou por convencer o legislador, que aboliu o referido dispositivo, ao lado de muitos outros. Mas mesmo essa conquista é atualmente questionada por muitos. Para Frisch²⁰ e Stratenwerth,²¹ por exemplo, o conceito de bem jurídico aqui pouco fez; a descriminalização do homossexualismo masculino decorreria de mudanças culturais, elas sim decisivas.

Mais: alguns autores não vêem no bem jurídico qualquer conteúdo liberalizante, no sentido que lhe é atribuído por muitos, e sim um mecanismo que

Teil, Berlin: Springer etc., 1998, § 3/27 et seq.; Jescheck e Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 7 et seq.; Wessels e Beulke, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 33. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2003, n. 9.

17. BVerfG em NJW 1994, p. 1.577 et seq.

18. Cf. os dois defensores do conceito político-criminal de bem jurídico Hefendehl, “Das Rechtsgut als materialer...”, cit., p. 119; e Schünemann, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, cit., p. 133.

19. Em especial Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957, p. 6 et seq.; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg: Cram de Gruyter, 1963, p. 413 et seq.; Hanack, “Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?”, *Gutachten Afür den 47*, München: Deutschen Juristentag, Beck, 1968, n. 29 et seq.

20. Frisch, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur...”, cit., p. 218.

21. Stratenwerth, “Zum Begriff...”, cit., p. 389 et seq.

mais e mais serve de base para legitimar a expansão do direito penal.²² Podemos mencionar aqui Jakobs, para o qual a idéia de bem jurídico pode no máximo chegar a um direito penal de inimigo, oposto ao direito penal cidadão, sendo a finalidade deste não a proteção de bens jurídicos, e sim a maximização de esferas de liberdade,²³ e Volk, que verifica que o conceito de bem jurídico mudou completamente de função, abandonando a função crítica para passar a fundamentar as novas incriminações do direito penal econômico e ambiental.²⁴

Enfim, o conceito de bem jurídico pode ser tudo, menos amplamente aceito. Pelo contrário, tanto no Brasil, como na Alemanha, ele é defendido por uma doutrina minoritária. A única diferença entre nós e os alemães parece ser que aqui está na moda falar de bem jurídico, enquanto lá a moda agora é recusá-lo. Tais observações não significam, porém, que essa doutrina minoritária não possa ter razão; elas valem, ainda assim, como primeiro sinal de cuidado, no sentido de que é melhor parar e refletir a respeito de nossas certezas. É o que faremos a seguir.

b) A problemática do conceito político-criminal de bem jurídico: onde fundamentá-lo?

Queremos um conceito de bem jurídico capaz de restringir o poder de incriminar do legislador.²⁵ O problema é, assim, de onde extraí-lo. Na Alema-

22. Este perigo, em especial no que se refere a bens jurídicos coletivos, é apontado mesmo por defensores do conceito político-criminal de bem jurídico, como repetidamente faz Hassemer, "Grundlinien einer personalen...", cit., p. 89; "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterchutz", *NSStZ*, p. 557, 1989; *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. ed., München: Beck, 1990, p. 275; "Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland", in: SIMON (Ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994. p. 299 e 307; "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", *StV*, p. 484, 1995.

23. Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld...", cit., p. 756.

24. Volk, "Strafrecht und Wirtschaftskriminalität", *JZ*, p. 88, 1982.

25. Estamos abstraindo da pergunta, também relevante, quanto a se esta limitação ao poder do legislador tem necessariamente de ser prestada pelo conceito de bem jurídico, e não por alternativas. Uma alternativa que vem ganhando cada vez mais adeptos é a teoria da lesão a direitos, que remonta a Feuerbach (cf. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt: Henningsche Buchhandlung, 1799, reimp. Aalen, 1966, vol. I, p. 65; *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Tasche: Chemnitz, 1800, reimp. Aalen, 1966, vol.

nha, as propostas são as mais variadas. Existem autores que buscam inspiração na filosofia de Kant e Fichte,²⁶ como outros que a procuram na filosofia da linguagem anglo-saxônica.²⁷ Pode-se observar, contudo, que a maior parte destas propostas ficou sem continuidade. Uma única delas parece de algum modo prosperar: a de definir o bem jurídico com *arrimo na Constituição*.²⁸ Estar-se-ia, assim, diante de um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante para o legislador, porque ele seria extraído diretamente da Constituição, sendo portanto dotado de hierarquia constitucional. Esse parece ser igualmente o caminho preferido pelos defensores brasileiros do conceito político-criminal de bem jurídico.²⁹

c) A problemática do conceito constitucional de bem jurídico (I): o caráter aberto e impreciso das Constituições

O problema que tal *conceito constitucional de bem jurídico* coloca salta aos olhos já à primeira vista. Se a Constituição é necessariamente aberta, se inúmeros valores, mesmo conflitantes, encontram acolhida em seu seio, como se pode falar numa limitação ao poder do legislador? Tais dúvidas, que são colocadas mesmo

II, p. 12 et seq.; *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. ed., Giessen: Heyer, 1847, § 21); entre os autores atuais, defende posicionamento bastante similar à teoria da lesão a direito Naucke, "Zu Feuerbachs Straftatbegriff", *Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts*, Baden Baden: Nomos, 2000, p. 191 et seq.; mais decididos, Klaus Günther, "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", in: JUNG et al. (Eds.). *Recht und Moral*. Baden Baden: Nomos, 1991. p. 210; "Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein 'Paradigmawechsel' im Strafrecht?", in: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M. (Ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt a. M.: Peter Lang etc., 1995. p. 445 et seq.; Kargl, "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", in: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M. (Ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt a. M. usw.: Peter Lang, 1995. p. 62.

26. Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 128 et seq.

27. Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a. M.: Klostermann, 1989, p. 137 et seq.

28. Cf., entre outros, Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 3. ed., München: Beck, 1997, vol. I, § 2/9; Merkel, *Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus*, Baden Baden: Nomos, 1994, p. 297 et seq.; Rudolphi, "Die verschiedenen Aspekte...", cit., p. 158; *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 1/5; Stächelín, op. cit., p. 80 et seq.

29. Batista, op. cit., p. 96; Carneiro Coelho, op. cit., p. 130; Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico...*, cit., p. 86 et seq.; Ilha da Silva, op. cit., p. 83 et seq.; Magalhães Gomes, op. cit., p. 90 et seq.; Régis Prado, op. cit., p. 90 et seq.

em face da Lei Fundamental alemã,³⁰ aplicam-se com muito mais razão diante de uma Constituição analítica como a do Brasil. Exemplificando: nem mesmo a incriminação do homossexualismo poderia ser deslegitimada com base exclusiva na Constituição, porque esta tem dispositivos tutelando a família (art. 226 et seq.) e a moralidade (art. 221, IV). Foi similar, aliás, a argumentação da Corte Constitucional alemã, quando, em 1957, se viu obrigada a examinar a constitucionalidade da proibição, que foi decidida em sentido afirmativo.³¹ *A pergunta é, portanto, se a Constituição, aberta como ela reconhecidamente é, pode excluir algum interesse, algum valor, para considerá-lo impassível de tutela por meio do direito penal.*

Parece-me que, apesar das considerações acima tecidas, a resposta deve recair em *sentido positivo*, porque, por exemplo, uma norma como a Lei de Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã, de 15.09.1935, que, em seus §§ 1.º e 2.º, proibia a "maculação da raça" (*Rassenschande*) pelo casamento ou pelo coito entre alemães e judeus,³² seria manifestamente ilegítima em face da ordem constitucional tanto alemã, como brasileira, vez que ambas vedam discriminações por motivos de raça ou origem.³³ Mais: mesmo a norma que proíbe o homossexualismo poderia ser criticada com argumentos de direito constitucional, atinentes a direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade e a intimidade, que teriam de prevalecer sobre a tutela constitucional da família e da moralidade.

Mas, uma vez que se responda a essa pergunta desta maneira, em sentido afirmativo, cai-se imediatamente em um novo problema: a argumentação crítica acima tecida aparentemente dispensa o conceito de bem jurídico. O que se utilizaram foram valores e princípios constitucionais, e só – se o leitor duvidar, releia

30. Cf., levando em conta a doutrina do direito constitucional, Appel, *Verfassung und Strafe*, cit., p. 476; de acordo também Frisch, "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur...", cit., p. 217.

31. BVerfGE 6 (1957), p. 389 et seq.

32. A respeito, cf. Sigg, *Das Rassestrafrecht in Deutschland in den Jahren 1935-1945 unter besonderer Berücksichtigung des Blutschutzgesetzes*, Aarau: Sauerländer, 1951, p. 49 et seq.

33. Nesse sentido também Roxin, *Strafrecht*, cit., § 2/11 (sem, é claro, falar da Constituição brasileira).

o parágrafo anterior. Não seria o conceito de bem jurídico algo dispensável? Não bastaria afirmar que o direito penal só pode tutelar *valores acolhidos, ou ao menos não-vedados, pela Constituição*? Com isso estamos diante do próximo problema, que diz respeito à necessidade ou não de um conceito constitucional de bem jurídico ao lado da Constituição de que já dispomos.

d) A problemática do conceito constitucional de bem jurídico (II): imprescindível ou mera duplicação conceitual?

O conceito de bem jurídico teria alguma função ao lado do conjunto de valores constitucionais? Não se poderia dizer que o fim do direito penal é proteger valores constitucionais, sem precisar propor um novo termo, tornando sem razão de ser as intermináveis discussões a seu respeito? Parece-me que grande parte dos defensores do conceito de bem jurídico, especialmente entre nós, o utiliza como sinônimo desta descrição “valor acolhido ou não vedado pela Constituição”, apesar de isso fazer do conceito algo dispensável. Não seria, portanto, mais adequado renunciar ao conceito de bem jurídico, falar unicamente em tutela de valores constitucionais, e com isso simplificar consideravelmente a teoria geral do direito penal?

Creio que a resposta deve recair em sentido negativo, porque o bem jurídico-penal, apesar de ter de ser arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal.³⁴ A nossa Constituição protege até mesmo os interesses do Colégio

34. Observe-se que não trabalhei aqui com as tradicionais formulações do princípio, segundo as quais a pena seria a mais grave das sanções, à qual portanto só se poderia recorrer uma vez que o legislador não dispusesse de nenhum outro meio menos grave, como o direito administrativo

Pedro II, ao qual dedica dispositivo próprio, em que declara: "O Colégio Pedro II, localizado na Cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal" (art. 242, § 2.º). É necessário, muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que se possa justificar a gravidade da sanção que a sua violação em regra acarreta. Daí por que precisamos de uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais.

e) A problemática do conceito constitucional de bem jurídico (III): como defini-lo?

Com o que estamos diante do seguinte desafio: se o conceito de bem jurídico não pode servir de mero espelho da Constituição, mas tem de necessariamente excluir algo, como defini-lo? Aqui, as propostas doutrinárias realmente abundam, e ao contrário do que declara o conhecido brocardo latino, esta abundância de fato prejudica, porque ela implica em confusão, em desorientação, quando o que se quer é justamente um parâmetro para orientar o legislador. Já se propuseram as mais diversas definições de bem jurídico, que vão desde "interesse juridicamente protegido"³⁵ a "valor objetivo que a lei reconhece como necessita-

ou o direito civil. É de se dar razão a Tiedemann, que aponta que, muitas vezes, estes outros ramos do direito podem ser bem mais limitadores da liberdade do que o direito penal (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 1969, p. 145, n. 22; "Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung", In: TIEDEMANN, Klaus (Ed.). *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2. Aufl. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972, p. 9 et seq., SS. 16-17; "Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht", *JuS*, p. 690, 1989; "Strafrecht in der Marktwirtschaft". In: KÜPER; WELP (Eds.). *Festschrift für Stree und Wessels*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 530-531; de acordo também Schünemann, "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität", in: DORNSEIFER et al. (Eds.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Heymanns etc., 1989, p. 632; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 234). Parece-me, portanto, que uma tarefa urgente diante da qual a moderna doutrina do direito penal se encontra é reestudar o princípio da subsidiariedade, levando em consideração este problema. Para mais reflexões, cf. Greco, "Princípio da subsidiariedade...", cit.

35. Principalmente Liszt, "Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft", *ZStW* 8/133 et seq., 1888; Liszt e Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26. ed., Berlin/Leipzig: DeGruyter, 1932, p. 4. Similar, Figueiredo Dias, "A questão

do de proteção”,³⁶ “valor elementar da vida em comunidade”,³⁷ “unidade funcional social”,³⁸ “pretensão de respeito”,³⁹ “relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade”⁴⁰ etc.

Creio que este cansativo debate é, em grande medida, terminológico, e talvez seja por isso que se observa um crescente desinteresse da doutrina a seu respeito. Tem-se a impressão de estarem todos a dizer aproximadamente a mesma coisa, mas valendo-se de palavras distintas. Na verdade, parece-me que o essencial é, de fato, compreender que existem nada mais do que três questões fundamentais no momento de definir o conceito de bem jurídico. A primeira delas diz respeito a que este interesse, valor, unidade funcional, pretensão de respeito etc. seja de *importância fundamental* para alguém, de modo que a existência ou o bem-estar deste alguém estariam severamente ameaçados caso a incriminação inexistisse. Aqui, não há problema algum, parece haver grande acordo ou ao menos possibilidade de acordo na doutrina. A segunda questão diz respeito a este mencionado “alguém”: para quem o bem jurídico deve ter importância fundamental? Para os indivíduos, para a coletividade ou para os dois?

Este tópico é calorosamente debatido atualmente na Alemanha. São imagináveis três posições, apesar de, na prática, serem defendidas unicamente duas. De um lado, encontram-se os adeptos da chamada *concepção dualista de*

do conteúdo material do conceito de crime (ou fato punível)”, in: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 63.

36. Mezger, *Strafrecht* – Ein Lehrbuch, 3. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1949, p. 201. Similar, Bitencourt, *Tratado de direito penal*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 204; Carneiro Coelho, op. cit., p. 130.

37. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin: DeGruyter, 1969, p. 1-2.

38. Rudolphi, “Die verschiedenen Aspekte...”, cit., p. 163; de acordo, Fiandaca e Musco, op. cit., p. 5.

39. Schmidhäuser, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 2. ed., Tübingen: Mohr, 1984, § 5/27. De acordo, Gropp, op. cit., § 3/28.

40. Otto, op. cit., § 1/32.

bem jurídico, entre os quais se encontram Tiedemann,⁴¹ Kuhlen,⁴² Schünemann,⁴³ Hefendehl⁴⁴ e, em Portugal, Figueiredo Dias,⁴⁵ e que parece ser a posição dominante: para esta concepção, há bens jurídicos tanto individuais, quanto coletivos, e não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo e nem vice-versa os bens jurídicos coletivos à sua dimensão de interesse individual. Bens jurídicos individuais e coletivos seriam ambos igualmente legítimos e admissíveis. Do outro lado, encontram-se os que pugnam por uma *concepção monista-pessoal de bem jurídico*. Para estes autores, atualmente encabeçados por Hassemer, ponto de partida são os interesses individuais.⁴⁶ Bens jurídicos da coletividade só podem ser reconhecidos na medida em que referíveis a indivíduos concretos. A coletividade por si só não é objeto de proteção do direito penal. A terceira posição seria *monista-estatal ou monista-coletivista*, para a qual todos os bens jurídicos serão reflexo de um interesse do Estado ou da coletividade. Bens jurídicos individuais não seriam reconhecíveis enquanto tais, porque o indivíduo só seria protegido na medida em que isso interessasse ao Estado ou ao coletivo. Como dissemos, esta posição, pelo seu evidente autoritarismo, não é mais praticamente sustentada. Ela foi apaiço-

41. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen...*, cit., p. 119 et seq.; *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, Berlin/New York: DeGruyter, 1980, p. 28; *Wirtschaftsstrafrecht...*, cit., p. 691; *Wirtschaftsbetrug*, Berlin/New York: DeGruyter, 1999, p. XII.

42. Kuhlen, "Umweltstrafrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", *ZStW* 105/704, 1993.

43. Schünemann, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA*, p. 208 et seq., 1994, em áspera polémica contra o conceito monista-pessoal de bem jurídico.

44. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 73.

45. Figueiredo Dias, op. cit., p. 63 e 74.

46. Hassemer, "Grundlinien einer personalen...", cit., p. 91-92; "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *ZRP*, p. 379, 1992; de acordo, também, Hohmann, "Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht", *GA*, p. 76 et seq., 1992; Stächelín, op. cit., p. 100. Entre nós, decidido e enfático, Tavares, *Teoria do injusto...*, cit., p. 216 et seq.; próximos, ademais, Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro*, São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 464 et seq., n. 236.

nadamente propugnada por Binding⁴⁷ e, na atualidade, vejo em Weigend seu único defensor na Alemanha.⁴⁸⁻⁴⁹

Para se utilizar um exemplo concreto: uma teoria dualista não terá qualquer dificuldade em reconhecer o *meio ambiente* como um bem jurídico coletivo, nem sempre redutível a bens jurídicos individuais.⁵⁰ Já uma teoria monista-pessoal poderá ter problemas com este conceito, havendo mesmo quem negue a existência de um bem jurídico coletivo meio ambiente, considerando todas as infrações ambientais meros crimes de perigo abstrato contra a vida ou a integridade física de pessoas concretas.⁵¹

Creio que a teoria monista-pessoal do bem jurídico, por interessante que seja, não pode ser aceita, porque ela lança sobre os bens jurídicos coletivos um estigma que não lhes faz verdadeira justiça. Bens jurídicos coletivos não são uma novidade no direito penal. Eles não foram introduzidos com o moderno direito penal ambiental e econômico. Os crimes de falsidade de moeda e de corrupção, existentes em toda e qualquer legislação penal desde tempos esquecidos, tutelam bens jurídicos coletivos, e nada há de errado com isso. O problema dos bens jurídicos coletivos não está em referi-los a indivíduos, e sim, como veremos abaixo, em distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de meras retificações de bens

47. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4. ed., Leipzig: Felix Meiner, 1922, vol. I, p. 358.

48. Weigend, "Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen", *ZStW* 98/59, 1986.

49. Próximos, também, Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Jr., "A finalidade da sanção penal", *Pena e Constituição*, São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 44: "a função da pena é a de proteger os bens jurídicos para garantir a sobrevivência do Estado".

50. Nesse sentido, enfaticamente Schünemann, "Kritische Anmerkungen...", cit., p. 209; "Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts", in: SCHMOLLER (Ed.). *Festschrift für Otto Triffterer*. Wien/New York: Springer, 1996. p. 437 et seq.; "Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?", in: KÜHNE; MIYAZAWA (Ed.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 27; e Tiedemann, *Die Neuordnung des...*, cit., p. 10, 18 e 28; "Wirtschaftsstrafrecht...", cit., p. 693; Kuhlen, "Umweltstrafrecht...", cit., p. 705; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 307.

51. Assim, especialmente, Hohmann, op. cit., p. 82.

jurídicos individuais. Veremos que, ao contrário do que defende a teoria monista-pessoal, quanto menos um bem jurídico coletivo se deixar referir a indivíduos, menos problemático ele será. Além do mais, nem sempre será possível referir o bem jurídico coletivo aos interesses de indivíduos concretos. Para dar um exemplo:⁵² a pretensão de arrecadar os impostos devidos continua a ser um bem jurídico, ainda que o dinheiro obtido seja utilizado para comprar tanques de guerra e não para a construção de jardins de infância. Da mesma forma, e agora o exemplo é meu, pouco importa que nenhum interesse individual seja afetado pela conduta do particular que em segredo gratifica o funcionário público para que este realize, já depois do expediente, um ato vinculado a que o particular tinha de qualquer forma direito, mas que só seria praticado bem depois. Se ainda assim, apesar de ausente qualquer referência a interesses individuais, os defensores da teoria pessoal-monista quiserem admitir a punibilidade nestes dois casos (alegando que, por exemplo, a arrecadação de impostos ou a honestidade da Administração afetada, bastante indiretamente, interesses individuais), então acabam por trabalhar com uma noção de “referência indireta ao indivíduo” tão ampla, que só parecem diferir da concepção dualista no que se refere à terminologia. Ou seja: *temos de partir de uma teoria dualista do bem jurídico*.

Resolvidas estas duas questões, a da fundamental relevância daquilo que se entenda por bem jurídico e a do titular do bem jurídico como os indivíduos e a coletividade, resta uma terceira: a de se o bem jurídico deve ser entendido como *realidade fática* ou como uma *entidade meramente ideal*. Entre as definições acima mencionadas, algumas há que com bastante clareza consideram o bem jurídico um ideal: em especial as que se referem a “valores” ou à “pretensão de respeito”. Já as que se referem a uma “unidade social funcional” ou a uma “relação real” buscam fixar o bem jurídico na realidade.⁵³ Muitas vezes, porém, não é da definição do conceito de

52. Retirado de Amelung, op. cit., p. 162.

53. Detalhes sobre a discussão em Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 27 et seq.

bem jurídico, e sim da explicação que dá o autor sobre as relações entre bem jurídico e objeto da ação que veremos se defende ele um conceito realista ou idealista de bem jurídico. Assim, por exemplo, Liszt, que definia bem jurídico como interesse juridicamente protegido, parece à primeira vista trabalhar com um conceito realista, mas, ao diferenciar bem jurídico e objeto da ação, diz que só o objeto da ação pode ser lesionado, enquanto o bem jurídico, encontrando-se além do mundo fenomênico, ou seja, além do domínio da lei causal, é impassível de qualquer agressão.⁵⁴ Esta questão não é, ao contrário do que possa parecer, meramente terminológica, porque ela está estreitamente ligada ao problema dos bens jurídicos aparentes ou falsos, de que abaixo trataremos. Sem adiantar o que logo além se irá dizer, declare-se unicamente que definições de bem jurídico que o transformem em uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se deseje.⁵⁵ Ordem pública, segurança pública, incolumidade pública, confiança, tudo isso pode ser mais facilmente entendido como bem jurídico se o conceito deste se referir a meras entidades ideais, e não a dados concretos. Por isso, parece-me mais desejável trabalhar com um conceito de bem jurídico como realidade, posição que entre nós defende Juarez Tavares.⁵⁶ Note-se que realidade não é o mesmo que realidade empírica, porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio da investigação das ciências naturais:⁵⁷ a honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico.

Resolvidas estas três questões, aí sim o resto torna-se problema terminológico. Podemos falar em interesses, funções, dados, elementos, no que quisermos. Prefiro

54. Liszt, "Der Begriff des Rechtsguts...", cit., p. 153.

55. Assim, apontando a proximidade entre a concepção ideal de bem jurídico e bens jurídicos falsos, Amelung, op. cit., p. 173 et seq., e Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 33.

56. Cf. Tavares, "Critérios de seleção de crimes...", cit., p. 79. Cf. ademais Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 28; Amelung, op. cit., p. 166.

57. Por exemplo, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 28.

usar o termo “dados”, pela sua maior conotação fática:⁵⁸ 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*. Por isso é que o fato de o Colégio Pedro II ser mantido na órbita federal não é um bem jurídico, enquanto a vida, a liberdade, a autenticidade da moeda e a probidade da Administração⁵⁹ o são.

3. *O segundo problema: esse conceito político-criminal de bem jurídico pode ser condição necessária para a incriminação?*

Agora tocaremos numa das questões mais delicadas em torno da teoria do bem jurídico. Definimos bem jurídico como dado necessário para a realização pessoal e para a subsistência de um sistema social. Mas estará o direito penal adstrito à exclusiva proteção de bens jurídicos? Ser-lhe-á realmente vedado incriminar uma conduta para proteger algo que não um bem jurídico?

Em regra, especialmente no Brasil, quem se vale de um conceito político-criminal de bem jurídico não duvida desta vedação. Lembremos unicamente a afirmação de Hassemer, segundo a qual incriminações sem bens jurídicos não passariam de “terrorismo estatal”.⁶⁰ Afinal, de que valeria a idéia de bem jurídico, se o legislador não estivesse adstrito a ela? Já na Alemanha, a situação começa a modificar-se. Poucos, mas cada vez mais autores, mesmo entre os defensores da teoria político-criminal do bem jurídico, começam a aceitar, ainda que em caráter excepcional, incriminações sem bem jurídico, por alguns chamadas de *delitos de comportamento*.⁶¹

58. Não se ignoram as críticas à utilização deste termo (por exemplo, Stratenwerth, “Zum Begriff...”, cit., p. 381), mas, como dissemos, elas não atingem o cerne da questão, uma vez que ao falar em dados quero apenas sugerir que o bem jurídico é uma realidade, e que não pode ser fruto da simples fantasia do legislador (ou do intérprete).

59. Quanto a estes dois últimos bens jurídicos coletivos, há porém séria controvérsia doutrinária a respeito da formulação adequada. Cf. a nota 143, sobre o segundo deles, por exemplo.

60. Hassemer, “Darf es Straftaten geben...”, cit., p. 64.

61. Entre os defensores do conceito de bem jurídico, mencionem-se Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 52 et seq. (em especial p. 64 e p. 73); “Das Rechtsgut als materialer...”, cit., p.

Coloquemos um exemplo. O art. 32 da Lei 9.605/1998 erige em crime a conduta de “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”. Se alguém pega seu cão e o tortura, para depois abandoná-lo mutilado, deixando-o agonizar por horas, não consigo duvidar do caráter criminoso desta conduta. Contudo, tampouco consigo vislumbrar aqui qualquer bem jurídico afetado, porque definimos bem jurídico como dado fundamental de titularidade ou do indivíduo, ou da coletividade. Causar horríveis sofrimentos a um cão não afeta de modo algum qualquer esfera individual. E tampouco se pode dizer que este comportamento fira bens jurídicos da coletividade.

Talvez o leitor objete: como não? A revolta que sentimos diante de tal comportamento dá indícios da existência de um bem jurídico, sim. Ele poderia formular-se como o sentimento de solidariedade para com certos animais superiores. Este sentimento tratar-se-ia, obviamente, de um bem jurídico coletivo.

Tal formulação, não o nego, seria possível e defensável. Ela aliás fora proposta por Roxin na terceira edição de seu tratado.⁶² Ocorre que ela cria um grande problema, talvez maior do que aquele que ela pretende solucionar, porque a partir do momento em que sentimentos de revolta pela prática de dado comportamento servem de base para legitimar a sua punição, pode-se até mesmo declarar o homossexualismo uma conduta punível, vez que há muitíssimas pessoas que manifestam similar revolta diante de tal comportamento. Ou, para usar um exemplo de Jakobs, até a violação de normas de etiqueta à mesa poderia ser considerada um crime:⁶³ imagine-se a revolta que não decorria do fato de alguém liberar sonoramente gases malvindos num jantar oficial. Noutras palavras: o preço de se

128; Andrew v. Hirsch, “Der Rechtsgutsbegriff und das *harm principle*”, in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 21 et seq. (em especial p. 25); Roxin, Nova versão § 2 para a 4. ed. de *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, ago. 2003, inédito, n. 52 et seq.; Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 1/11.

62. Roxin, *Strafrecht*, cit., § 2/21.

63. Jakobs, *Strafrecht*, cit., § 2/19.

dilatar o conceito de bem jurídico para compreender também sentimentos superiores implica num abandono de qualquer função crítica. E é por isso que, na ainda não publicada quarta edição de seu manual, propõe Roxin que se reconheça que, na tutela penal de animais, está-se diante de incriminações sem bem jurídico.⁶⁴

Roxin fala ainda em mais duas exceções à idéia de bem jurídico como condição necessária da punição. Além da proteção de animais e plantas,⁶⁵ menciona ele a proteção ao embrião⁶⁶ e aos interesses de gerações futuras,⁶⁷ porque, se é verdade que nenhum destes dois interesses é passível de referência aos indivíduos hoje concretamente existentes, nem às condições de subsistência do atual sistema social, também é verdade que a sua excepcional fragilidade justifica uma intervenção do direito penal. Ou seja, seria necessário reconhecerem-se três exceções à necessidade de um bem jurídico para justificar uma punição. Deixemos porém de lado estas duas outras exceções, e concentremo-nos unicamente no delito de maus-tratos a animais, porque tanto o embrião, como as gerações futuras ainda se referem a interesses de seres humanos, enquanto no caso da tortura imposta a um cão, nem mediatamente se pode falar em qualquer referência a um interesse humano.

Diante deste estado de coisas, são possíveis *três posturas*. A *primeira* delas, radical e conseqüente, seria declarar que de fato os interesses envolvidos no tipo de maus tratos a animais não são bens jurídicos e por isso não podem ser objeto de tutela penal.⁶⁸ Creio que este posicionamento, louvável por sua consistência e

64. Roxin, *Nova versão* § 2..., cit., n. 52 et seq.; assim também Jakobs, *Strafrecht*, cit., § 2/19, e Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 1/11. Para um curto e não muito atualizado panorama das discussões em torno do objeto tutelado pelo delito de maus tratos a animais, cf. Wiegand, *Die Tierquälerei*, Lübeck: Schmidt-Römhild, 1979, p. 125 et seq.

65. Roxin, *Nova versão* § 2..., cit., n. 55 et seq.

66. Idem, *ibidem*, n. 52 et seq.

67. Idem, n. 57 et seq.

68. Nesse sentido, pouquíssimos autores, como, por exemplo, Dulce Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 58.

coragem – porque a maioria dos defensores intransigentes da proteção de um bem jurídico como princípio absoluto prefere nem dizer como resolvem este problema –, é impraticável e indesejável. Em especial a crescente preocupação com o meio ambiente, com a biodiversidade, com a subsistência não só da fauna, como mesmo da flora, obrigará a que se tutele penalmente interesses não necessariamente referidos ao bem-estar do homem.

A *segunda saída* seria a continuação da proposta acima feita por meu hipotético leitor. Ela consistiria em expandir o conceito de bem jurídico para compreender também o bem-estar animal. Com isso, salvar-se-ia a idéia de bem jurídico como necessário para qualquer incriminação. Mas o conceito de bem jurídico seria de tal maneira dilatado que sequer se poderia imaginar alguma incriminação que o dispensasse. Cair-se-ia ou numa teoria que legitima a incriminação do homossexualismo ou, caso nos referíssemos à idéia de valores constitucionais, a incriminação de tentativas de retirar o Colégio Pedro II da esfera federal.

A *terceira proposta* é nas linhas de Roxin e Hefendehl. Ela implica em reconhecer exceções à idéia de bem jurídico como condição necessária para a incriminação. Claro que ela teria a desvantagem de enfraquecer, à primeira vista, o potencial crítico da categoria do bem jurídico, uma vez que agora se pode proibir mesmo sem bem jurídico. Ocorre que tal enfraquecimento é, em verdade, um fortalecimento, porque a recusa de diluir o conceito de bem jurídico permite demarcar com precisão em que ponto se está utilizando o direito penal para tutelar interesses que já não são referíveis ao homem e ao sistema social existentes, impondo àquele que defende uma tal incriminação um forte ônus de fundamentação. Além disso, abre-se um horizonte completamente novo para a investigação científica, a saber, o da formulação de critérios para a legitimação de incriminações sem bem jurídico. Hefendehl, por exemplo, esforça-se no sentido de formular tais critérios, afirmando que é necessária uma convicção enraizada no sentido da necessidade de respeitar determinada norma de

comportamento.⁶⁹ É verdade que esse critério tampouco parece convincente, mas a necessidade de se pensar a respeito nunca teria sido vista, caso insistíssemos em remendar a definição inicial de bem jurídico. Muito pelo contrário, muitas incriminações já estariam de antemão justificadas, porque sempre se poderia alegar defenderem elas bens jurídicos, segundo o conceito dilatado do segundo caminho. A terceira proposta merece, assim, nossa acolhida, porque ela mostra as coisas com maior clareza, impede que, por meio de uma modificação *ad hoc* das premissas iniciais, se jogue a poeira para debaixo do tapete, o que é a única maneira de evitar que depois nos deparemos com surpresas desagráveis. Ela está longe de ser ideal, é verdade. O problema diante do qual nos encontramos não é passível de uma solução perfeita, e o que interessa é saber qual entre as possíveis soluções é a menos ruim. Parece-me que a terceira o é, porque, para usar uma imagem, ela ao menos evita que o cavalo de tróia atravesse as muralhas do bem jurídico e acabe por derrubá-las de dentro para fora.

Ou seja: o bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social. Se há outras exceções, se elas são as três apontadas por Roxin, ou se também outras, qual o seu fundamento, tais são problemas relativamente recentes e que no âmbito deste sucinto trabalho têm de ficar em aberto. Eles marcam porém pontos nevrálgicos para futuras investigações.

4. *O terceiro problema: como distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de falsos bens jurídicos coletivos?*

Por fim, o terceiro e último problema a respeito do conceito político-criminal de bem jurídico. Optamos por uma concepção dualista do bem jurídico,

69. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 56.

isto é, reconhecemos bens jurídicos coletivos em seu pleno direito, ao lado de bens jurídicos individuais. Mas um rápido apanhado de bens jurídicos coletivos já demonstra que nem todos apresentam o mesmo *pedigree*. De um lado, temos bens jurídicos coletivos como o meio ambiente, a fé pública (crimes de falso), a Administração Pública e sua probidade (crimes de corrupção). De outro, a incolumidade pública (chamados crimes de perigo comum⁷⁰), a saúde pública (crimes de tóxico),⁷¹ a segurança no trânsito (crimes de trânsito),⁷² as relações de consumo (crimes contra o consumidor).⁷³ O curioso é que este segundo grupo de bens jurídicos coletivos é proposto e defendido pela generalidade de nossa doutrina, em alguns casos (crimes de perigo comum) sem maiores questionamentos, em outros, como nos crimes de tóxico e de trânsito, justamente como alternativa à construção de crimes de perigo abstrato. Ou seja, eles são propostos pelos defensores garantistas do direito penal dito mínimo, que repudia crimes de perigo abstrato. O que não parece ser visto é que, no final das contas, *acabou-se por legitimar, da mesma forma, a antecipação do direito penal*.⁷⁴ Só que no caso dos crimes de perigo abstrato, antecipa-se a proibição; no bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria

70. Criticamente quanto a este conceito de perigo comum, cf. Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 1/9a, e Heine, em Schönke e Schröder, op. cit., vor §§ 306 ff./19, que acertadamente relevam que o perigo comum não se refere a um bem jurídico supra-individual, e sim a bens jurídicos individuais de várias pessoas.

71. Rudolf Schmitt, "Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?", in: SCHROEDER, F. C.; ZIPF (Eds.). *Festschrift für Maurach*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 125; Endriß e Malek, *Betäubungsmittelstrafrecht*, 2. ed., München: Beck, 2000, n. 30; Klaus Weber, *Betäubungsmittelgesetz Kommentar*, 2. ed., München: Beck, 2003, § 1/3 et seq.; Borja Jiménez, *Curso de política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 199; Jesus, *Lei antitóxicos*, cit., p. 12; Celso Delmanto, *Tóxicos*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 16.

72. Kühl, in: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch*. 24. ed. München: Beck, 2001. § 315/1; Wessels e Hettinger, *Strafrecht – Besonderer Teil*, 27. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2003, n. 978; Rengier, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 2. ed., München: Beck, 1999, § 43/1; Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 11, p. 13.

73. Jesus, "Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo", *RBCCrim* 4/81 et seq., 1993.

74. Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 25, chega a antever esta crítica, e responde com pouca clareza.

lesão. E mais: como agora haveria verdadeira lesão, e não mais mero perigo abstrato, como a saúde pública seria lesionada, e não somente posta em perigo abstrato pelo porte de entorpecentes (art. 16 da Lei de Tóxicos), desaparecem todos e quaisquer problemas de legitimidade. Afinal, o tal princípio da lesividade, que exige lesão (ou perigo concreto) a um bem jurídico, estaria atendido – com o que surgem dúvidas a respeito de se não demos uma grande volta para acabar em situação pior daquela da qual saímos, *pois ao menos os crimes de perigo abstrato tinham a virtude de não ocultar o fato de que o direito penal está realmente se antecipando*. Já certos bens jurídicos coletivos resolvem tudo, acabam com todos os problemas, e é nisto, justamente, que está o maior problema.

Pois bem, este artifício não é uma construção nacional. Já há décadas empenham-se vários autores em inventar bens jurídicos coletivos a todo momento que necessitam de um fundamento para legitimar uma proibição um tanto estranha.⁷⁵ E isso não tem interesse meramente teórico, porque a postulação de um bem jurídico coletivo acaba tendo um segundo efeito prático, além da já apontada legitimação da criminalização antecipada por meio de sua ocultação: *uma legitimação da sanção exasperada*. Vejamos alguns exemplos.

O art. 311 da Lei de Trânsito define como crime a conduta de "velocidade incompatível", definida nos seguintes termos: "trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano. Pena – detenção, de seis meses a um ano, ou multa". Já a lesão corporal culposa (art. 121, § 6.º, do CP) é punida com detenção de dois meses a um ano. Damásio de Jesus considera o referido crime um delito de lesão ao bem jurídico coletivo incolumidade públi-

75. Cf., além dos autores citados nas notas anteriores, principalmente Tiedemann, por exemplo, *Wirtschaftsbetrug*, cit., § 265/6, onde argumenta ser necessário postular um bem jurídico coletivo no crime de fraude contra seguro, pois doutro modo não se conseguiria "explicar" (isto é, justificar) a elevada cominação penal. Também admitindo um bem jurídico coletivo neste crime, Lackner e Kühl, op. cit., § 265/1.

ca;⁷⁶ por isso, sequer se vê diante do problema da sanção absurda. Já quem considere tal crime um crime de perigo⁷⁷ terá em suas mãos o instrumentário adequado para criticar a cominação legal. Afinal, puniu-se a mera exposição a perigo com pena mais grave do que a própria lesão ao bem jurídico individual integridade física.

Outro exemplo ainda mais gritante, aliás um dos mais gritantes de todos, é a Lei de Tóxicos, que pune o tráfico de entorpecente com pena de 3 a 15 anos de reclusão e multa (art. 12). Se temos um bem jurídico saúde pública, é mais fácil tentar explicar o porquê de tal sanção draconiana.⁷⁸ O crime passa a ser, afinal, crime de lesão!⁷⁹ Se dispensarmos, porém, esse bem jurídico coletivo e trabalharmos unicamente com bens jurídicos individuais, em especial com a integridade física de quem recebe o tóxico, transformando estes crimes em crimes de perigo abstrato, ganhamos duas coisas. Primeiramente, vemos a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. E com isso *abrimos as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo*: este tipo só deverá aplicar-se caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada de erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo.⁸⁰ O segundo problema deste bem jurídico coletivo é legitimar a *sanção absurda*, pois se o tráfico de tóxico nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, esta conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de

76. *Crimes de trânsito*, cit., p. 227.

77. Observe-se que a norma fala em “gerar perigo de dano”, o que é indicação clara de perigo concreto, e não só abstrato. Mas até a interpretação deste tipo como de perigo abstrato seria mais benéfica do que a postulação do bem jurídico coletivo.

78. Se bem que nem assim isso seja de todo possível, como apontei em *meu* estudo “Tipos de autor e Lei de Tóxicos”, *RBCCrim* 43/226.

79. Assim Jesus, *Lei antitóxicos*, cit., p. 16.

80. Conclusão próxima em Frisch, “An den Grenzen...”, cit., p. 95; “Wesentliche Voraussetzungen...”, cit., p. 218; e Queiroz, op. cit., p. 116. Isso independentemente de outras considerações restritivas, tais como as que propus em meu estudo citado na penúltima nota.

lesão, no caso as lesões corporais. Estas são punidas em sua forma simples com detenção, de três meses a, no máximo, um ano.

E 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,⁸¹ Schünemann,⁸² Hefendehl⁸³ e Amelung,⁸⁴ 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 individuais.⁸⁵ A soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pela elementar da não-distributividade, isto é, ele é indivisível entre diversas pessoas.⁸⁶ 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 meio ambiente ou da probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou a 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.

81. Roxin, *Nova versão* § 2..., cit., n. 79.

82. Schünemann, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", cit., p. 149; cf. também "Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht...", cit., p. 26, 28.

83. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 139 et seq.

84. Amelung, op. cit., p. 171 et seq.

85. Cf. as passagens citadas nas notas anteriores. Só Amelung trabalha com considerações um pouco diversas: para ele, estaremos diante de um bem jurídico aparente quando o suposto bem jurídico não passar de uma descrição substantivada do próprio comportamento em conformidade à norma, tal como seria o caso no suposto bem jurídico "moralidade".

86. Cf. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 112 e 123.

Este empenho no sentido de desconstruir pseudo-bens jurídicos coletivos é extremamente recente e tem sido levado adiante de modo ainda muito intuitivo. Não está claro se e em que medida o critério da não-distributividade é realmente capaz de efetivar aquilo que ele promete, a separação entre o joio e o trigo, porque os defensores de tais bens coletivos não se cansam de afirmar que eles são mais do que a soma dos diversos bens individuais.⁸⁷ É o momento, a meu ver, de se pensar *em critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos*, para impedir que se legitimem leis absurdas com construções *ad hoc*, sem qualquer fundamento, mantendo a consciência dos penalistas limpa e imperturbada, em razão de estarem respeitando o tal princípio da lesividade – ao menos da boca para fora. Mas esta necessidade de se formularem critérios para postulação de bens jurídicos coletivos não foi vista nem mesmo na Alemanha. Aqui se abre todo um campo para um trabalho pioneiro.

5. *Síntese das considerações sobre o bem jurídico*

Em síntese, podemos observar três aspectos:

– *O conceito político-criminal de bem jurídico é possível.* Ele tem de estar arrimado na Constituição, mas não se limita a meramente refletir os valores que a Constituição consagra, uma vez que somente valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal (princípio da subsidiariedade). Estes valores podem ser tanto do indivíduo, como da coletividade, merecendo acolhida a concepção dualista de bem jurídico. Assim sendo, definimos bem jurídico como dado fundamental para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social.

– *A tutela de um bem jurídico não é, porém, condição necessária para a legitimidade de uma incriminação.* Em casos excepcionais, como o dos maus tratos a

87. Tiedemann, *Die Verbrechen...*, cit., p. 10 et seq.; “Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?”, *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, München: Beck, 1972, p. C 19 et seq.; Jesus, *Lei antitóxicos*, cit., p. 11.

animais, não será possível falar em bem jurídico no sentido acima proposto. Para evitar uma total diluição do conceito de bem jurídico, com sacrifício de seu caráter crítico, é melhor admitir exceções – ainda que com enorme cautela. Abre-se, com isso, todo um novo campo para a investigação científica, que diz respeito aos critérios com base nos quais se podem reconhecer tais exceções.

– Por fim, *é preciso cuidado com pseudo-bens jurídicos coletivos*. Falar em saúde ou incolumidade pública, por exemplo, esconde os déficits de legitimidade de antecipações da tutela penal. A categoria dos crimes de perigo abstrato, referida a um bem jurídico individual, é muito mais crítica, porque expõe estes problemas com toda clareza. É necessário, porém, formular critérios para a distinção entre bens jurídicos coletivos autênticos e aparentes, algo que nem mesmo na Alemanha se viu ser necessário.

III – O segundo grupo de dúvidas: a estrutura do delito

1. Introdução

Demos início a nossas considerações ao examinarmos a assertiva segundo a qual crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais, em razão do tal princípio da lesividade. Ocorre que, após a análise do bem jurídico acima realizada, ainda não começamos a falar verdadeiramente da problemática dos crimes de perigo abstrato, porque, como foi só recentemente visto na Alemanha, mas não ainda entre nós,⁸⁸ o problema dos crimes de perigo abstrato pouco tem a ver com a questão do bem jurídico. A legitimação dos crimes de perigo abstrato não deve ser discutida à luz de considerações sobre o bem jurídico, e sim sobre outro tópico, que alguns autores começam a chamar de "estrutura do delito" (*Deliktstruktur*). Ao tratar

88. Uma aparente exceção seria Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade...*, cit., p. 43, em suas considerações a respeito da relação entre o que ele chama de "princípio da ofensividade" e o "princípio da proteção de bens jurídicos". Mas a leitura do resto do trabalho demonstra que ele de fato não diferencia suficientemente as duas questões.

do bem jurídico, está-se diante da pergunta: o que proteger? Ao tratar da estrutura do delito, o problema já não é mais o que proteger, e sim: como proteger?

É neste “como”, na questão da estrutura do delito, que devemos examinar a problemática do crime de perigo abstrato. Explicitemos a questão por meio de um exemplo, a saber, o bem jurídico individual *vida*. Aqui, a primeira pergunta, quanto à existência de bem jurídico, se responde facilmente em sentido afirmativo, porque a vida é dado necessário para a realização pessoal, subsumindo-se, portanto, à definição acima proposta. A segunda ordem de considerações diz respeito à estrutura dos delitos que protegem a vida. Esta proteção pode ser efetivada por meio de *delitos de lesão*: pensemos no homicídio culposo e no homicídio doloso, sem falar em vários outros crimes em que a destruição da vida figura como qualificadora (lesão corporal seguida de morte, estupro com resultado morte). Outra estrutura de proteção é a dos *delitos de perigo concreto*: a vida é protegida por meio desta estrutura nos crimes de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132, CP), no abandono de incapaz (art. 133),⁸⁹ no incêndio (art. 250).⁹⁰ Aqui, é necessário que de uma perspectiva *ex post* resulte efetivamente uma situação de fragilidade para o bem jurídico tutelado, que só se salva por obra do acaso.⁹¹ Por fim, o bem jurídico vida pode ser protegido também por meio de crimes de perigo abstrato: por exemplo, o legislador proíbe a rixa (art. 137) não só no interesse da incolumidade pública,⁹² como, principalmente, porque essa conduta pode provocar mortes.

Como vimos, entre nós tornou-se costumeiro declarar inconstitucionais *in totum* os crimes de perigo abstrato. Diz-se que isso resultaria do princípio da

89. Apesar de parte da doutrina falar em um bem jurídico “segurança” (Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 482).

90. Apesar de parte da doutrina falar no pseudo-bem jurídico coletivo “incolumidade pública” (Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 954).

91. Mais detalhes a respeito deste conceito normativo de perigo concreto abaixo, 2.

92. Para alguns autores, este bem jurídico figura ao lado do bem jurídico individual como objeto de tutela penal (Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 511). Para a posição aqui defendida, trata-se de um falso bem jurídico.

lesividade, da necessária referência a um bem jurídico. Podemos afirmar, já de agora, que tal colocação do problema é falha, por tratar-se de um *erro categorial*. Nos crimes de perigo abstrato, o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão, a respeito de cuja legitimidade muitas vezes não se pode duvidar. O que se está afirmando, a rigor, é que *as estruturas do delito legítimas* se restringem a unicamente duas formas: à do delito de lesão e à do delito de perigo concreto. Essa afirmativa já pouco tem a ver com o problema do bem jurídico, previamente tratado. O próprio termo “princípio da lesividade” ou “ofensividade” convida a que se confunda a questão do bem jurídico com a questão da estrutura do delito. São estas as duas questões verdadeiramente decisivas, e é por isso que parece melhor não trabalharmos mais com a denominação princípio da ofensividade ou lesividade, e sim com a distinção entre proteção de bens jurídicos e estrutura do delito. Já tratamos acima do primeiro destes tópicos, atinente ao bem jurídico. Resta-nos o segundo, referente às estruturas do delito, com o que surge toda uma série de questionamentos, a que agora daremos voz.

2. *A primeira dúvida: o que se deve entender por perigo concreto?*

A linha divisória entre o legítimo e o ilegítimo, segundo a tese da ilegitimidade do perigo abstrato que agora examinamos, seria dada pelo caráter concreto ou abstrato do perigo criado. Ou seja, defender esta tese erige ao *status* de problema fundamental a definição do que seja perigo concreto, uma vez que ela demarcará os limites do ainda punível. Mas, curiosamente, todo o esforço de discussão da doutrina moderna sobre o conceito de perigo parece ser soberanamente ignorado pelos inimigos dos crimes de perigo abstrato, porque eles raramente se referem a esta discussão, e muito menos tomam partido em favor de uma ou outra das posições nela defendidas.

Ponto comum à grande maioria dos que se importam em definir o que seja *perigo concreto* é a perspectiva com base na qual ele deve ser ajuizado: trata-se da *perspectiva ex post*, isto é, levam-se em conta todas as circunstâncias reais, mesmo as somente conhecidas e cognoscíveis após a realização do fato.⁹³ Quanto a isto, não parece haver dúvida na doutrina alemã. Ainda assim, os críticos do perigo abstrato só raramente esclarecem se partem de uma perspectiva *ex ante* ou *ex post*.⁹⁴ E mais: a principal fonte de inspiração dos críticos nacionais do perigo abstrato, a doutrina italiana, considera amplamente que o juízo de perigo concreto deve formular-se segundo uma perspectiva *ex ante*, isto é, levando em conta unicamente as circunstâncias conhecidas e cognoscíveis no momento da prática do fato.⁹⁵ Com isso, os autores italianos acabam tendo um conceito de perigo concreto que é muito mais amplo do que o dos alemães, um conceito que compreende grande parte daquilo que os alemães chamam de perigo abstrato.⁹⁶

Continuemos, porém, a nossa exposição, para depois tirarmos conclusões. Há, fundamentalmente, duas posturas a respeito do que seja perigo concreto. Uma, de *natureza ontológica*, proposta sobretudo por Horn e que acabou por encontrar pouquíssimos seguidores, afirma existir perigo concreto quando a não-ocorrência do resultado não é cientificamente explicável por meio de uma lei natural.⁹⁷ Segundo Horn, se não fosse possível afirmar em razão de qual lei natural o resul-

93. Hirsch, "Gefahr und Gefährlichkeit", in: HAFT et al. (Ed.). *Festschrift für Arthur Kaufmann*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 557 et seq.; Roxin, *Strafrecht*, cit., § 11/121; contra, pela perspectiva *ex ante*, Koriath, "Zum Streit um die Gefährdungsdelikte", *GA*, p. 52, p. 60 et seq., 2001.

94. Uma aparente exceção é Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 6, que fala em perspectiva *ex post*; digo aparente, porque, como veremos, este autor logo introduz mecanismos que compensam a restrição de punibilidade resultante da adoção desta perspectiva ("perigo comum, difuso ou coletivo").

95. Cf. Fiore, op. cit., p. 183; Mantovani, op. cit., p. 223 et seq.; Padovani, op. cit., p. 170.

96. Ao leitor que ainda não estiver familiarizado com os termos *ex ante* e *ex post*, peço que tenha a paciência de prosseguir na leitura, pois logo adiante, em dois parágrafos, trarei um exemplo que deve esclarecer o teor da argumentação.

97. Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln: Otto Schmidt, 1973, p. 159.

tado danoso deixou de ocorrer, se as leis naturais de que dispomos levassem-nos a diagnosticar a ocorrência de um resultado o qual, na verdade, não se sucedeu, então estaríamos diante de uma verdadeira situação de perigo concreto. Já a segunda concepção, de *caráter normativo*, rechaça a possibilidade de que se possa recorrer a dados ônticos, inerentes ao mundo do ser, para definir quando há perigo concreto. Para este conceito normativo de perigo, na formulação que ele recebe de Schünemann,⁹⁸ estaremos diante de um perigo concreto somente quando não se pudesse ter confiado na não-ocorrência do resultado. Noutras palavras: o bem jurídico terá passado por perigo concreto quando a inoccorrência da lesão parece mera obra do acaso, quando um homem racional não pudesse contar com um final feliz para os acontecimentos. Este conceito normativo de perigo parte de longa tradição, tradição essa tanto doutrinária, podendo encontrar-se formulações similares ao menos desde Binding, que falava em "abalo da certeza existencial de um bem jurídico",⁹⁹ como jurisprudencial, havendo vários julgados em que aparece a idéia da não-ocorrência do resultado por mero acaso.¹⁰⁰ É este o conceito de perigo concreto hoje majoritário.¹⁰¹

Agora surge a seguinte indagação: será esta a compreensão de perigo concreto acolhida por aqueles que consideram ilegítimos os crimes de perigo abstrato? Para dar um exemplo: digamos que alguém, em estado de embriaguez, ultrapasse um motociclista pela direita, além disso saindo de sua faixa e avançando bastante sobre a do motociclista. Ocorre que este motociclista compete em *motocross* e não tem a menor dificuldade em recuar um pouco a própria

98. Schünemann, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", *JA*, p. 796, 1975.

99. Binding, op. cit., p. 372-373.

100. Por último, BGH NStZ 1996, p. 83 et seq.

101. Por exemplo, Roxin, *Strafrecht*, cit., § 11/125; Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 223 et seq.; Ostendorf, "Grundzüge des konkreten Gefährungsdelikts", *JuS*, p. 430, 1982. Entre nós, Damásio de Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 6.

motocicleta, evitando, assim, um acidente. Será que aqui a doutrina brasileira consideraria inaplicável o dispositivo do art. 306 do Código de Trânsito, o qual incrimina a conduta de “conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou de substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”? Se realmente o entender como crime de perigo concreto, a resposta só pode ser afirmativa, uma vez que, aqui, o resultado não deixou de ocorrer por acaso, e sim pelas superiores capacidades do motociclista. De um ponto de vista *ex post*, essas superiores capacidades devem ser levadas em conta, e elas refutam a suspeita de que haveria perigo. Mas Luiz Flávio Gomes, por exemplo, insiste que o tipo “não exige perigo concreto para pessoa determinada, ao contrário, trata-se de perigo a um número indeterminado de pessoas (perigo indireto ou comum), que entraram no raio de ação da conduta causadora de riscos”.¹⁰² Da mesma forma, Damásio de Jesus, que, apesar de adotar o conceito de perigo concreto da moderna doutrina dominante,¹⁰³ o faz só nominalmente, uma vez que se limita a exigir um “perigo comum (difuso ou coletivo)”, declarando que, no crime de embriaguez ao volante, “ainda que nenhum indivíduo da coletividade venha a ser exposto a perigo, há crime, desde que ocorra rebaixamento do nível de segurança do tráfego”.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ E quem entender, na esteira da doutrina italiana, que o juízo de perigo se formula de uma perspectiva *ex ante*, não poderá levar em conta o fato de que o motociclista é competidor de *motocross* – algo de que só se pode saber depois da prática do fato, ou seja, *ex post* – para excluir a existência do perigo concreto.

A rigor, nossos críticos do perigo abstrato só conseguem ser tão radicais porque trabalham com um conceito de perigo concreto bem mais amplo, bem

102. Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade...*, cit., p. 105.

103. Como observei em nota anterior, de número 101.

104. Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 8.

105. Substancialmente idêntica também Bianchini, op. cit., p. 69.

menos severo, do que o proposto pela doutrina alemã, porque se até “perigo comum”, perigo para número indeterminado de pessoas, é perigo concreto, se existe uma “teoria do perigo concreto indireto”,¹⁰⁶ então grande parte daquilo que a doutrina dominante pode, no máximo, considerar crime de perigo abstrato acabou sendo elevado à categoria dos crimes de perigo concreto e tornada legítima.

Ou seja: o primeiro problema da crítica global aos crimes de perigo abstrato é não explicitar o conceito de perigo concreto do qual ela parte. Esta indeterminação acaba por flexibilizar e atenuar a radicalidade da tese analisada, porque muito do que costumamos compreender por crimes de perigo abstrato já passará a ser, segundo a imprecisa concepção examinada, perigo concreto — e escapará facilmente do juízo de ilegitimidade.

3. *A segunda dúvida: crimes de perigo abstrato e falsos bens jurídicos coletivos*

A radicalidade da tese defendida pelos inimigos do crime de perigo abstrato levaria, se fosse ela real, à inconstitucionalidade de muitos mais dispositivos do que eles parecem imaginar. Isso porque é muito fácil recusar globalmente estes crimes, se se continua a trabalhar com aqueles bens jurídicos “coletivos” que acima criticamos, como a paz pública, a incolumidade pública, a saúde pública etc. Mas, uma vez que se recusem tais bens jurídicos, que devem ser decompostos em bens jurídicos individuais que na verdade são, ver-se-á que muitíssimas incriminações antes incontroversas não passam de crimes de perigo abstrato — e que nada há de errado com isso.

Vejamos, por exemplo, o *crime de envenenamento de água potável* ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270): “envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo”. A doutrina dominante ainda trabalha com um bem jurídico cole-

106. Assim, Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade...*, cit., p. 105.

tivo: a incolumidade pública.¹⁰⁷ Se compreendermos este delito como um delito para a proteção de bens jurídicos individuais, como a vida e a integridade física, será ele transformado em um crime de perigo abstrato.¹⁰⁸ Duvidará alguém da legitimidade desta incriminação? Aliás, uma vez que se recuse tanto o bem jurídico incolumidade pública, quanto a saúde pública, quase todos os crimes do Título VIII (“Dos crimes de perigo comum”), Capítulo III (“Dos crimes contra a saúde pública”), passarão a ser crimes de perigo abstrato contra bens jurídicos individuais.

E isso com o ganho acima explicitado: primeiramente, *abre-se todo um novo campo para interpretar restritivamente o alcance da proibição nos referidos tipos*. Por exemplo, o crime de charlatanismo (art. 283), que pune o ato de “inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível”, uma vez entendido como crime de perigo abstrato em defesa especialmente da integridade física, mas em casos limite também da vida da pessoa enganada, tem seus alicerces profundamente abalados, pois, em princípio, a vítima pode autocolocar-se em perigo, sem que isto gere qualquer responsabilidade para terceiros que venham a participar de tal ação perigosa.¹⁰⁹ Quem acredita em “cura por meio secreto ou infalível” o faz, em regra, a próprio risco, porque, nos dias de hoje, é amplamente sabido que tais meios não existem. A exceção a esta regra será o caso em que a vítima padece de algum déficit de responsabilidade: por exemplo, ela sofre de um mal grave, que turva a sua capacidade de compreensão ou de autodeterminação, em termos análogos aos do art. 26 do CP (que trata da inimputabilidade), ou é menor, ou doente mental, ou está laborando em erro não imputável a ela mesma. Outro exemplo acima examinado foi o dos crimes de tóxicos.

107. Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 991.

108. Cf. Lackner e Kühl, op. cit., § 314/1; Heine, em Schönke e Schröder, op. cit., § 314/2. No sentido do crime de perigo abstrato, também, Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 992, se bem que o autor dirija este perigo à incolumidade pública e não a bens jurídicos individuais.

109. Cf. a respeito Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva*, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, § 11/91 et seq.

Em segundo lugar, como acima já apontamos, *a desmistificação de bens jurídicos coletivos faz penas desproporcionadas saltarem aos olhos*. Não precisamos citar outra vez os exemplos acima dados; daremos unicamente mais um, o do art. 270, o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal. Acabamos de dizer que ninguém pode duvidar da legitimidade desta incriminação. É verdade; mas pode-se e deve-se duvidar da legitimidade da pena de reclusão, de dez a quinze anos, porque, por mais perigosa que seja a presente ação, ela não deixa de ser um mero crime de perigo abstrato, que jamais pode ser punido com pena mais alta que a do próprio delito de lesão. E os respectivos crimes de lesão, aqui, são punidos ou com reclusão, de dois a oito anos (tomemos unicamente a lesão corporal gravíssima), ou com reclusão, de seis a vinte anos (homicídio simples). O único ponto de vista que poderia justificar penas relativamente mais elevadas seria, aqui, o fato de que o perigo é gerado para um número indeterminado de pessoas. Mas ainda assim esse ponto de vista não poderia fazer a pena mínima começar acima da do crime de homicídio.

As vantagens de se recusarem bens jurídicos pseudo-coletivos são, portanto, muitas. O que perguntamos, assim, é o seguinte: como se posicionam os críticos do crime de perigo abstrato em relação a este problema, já que eles têm, a rigor, duas opções? A primeira é acolherem as críticas aqui formuladas a tais bens jurídicos falsamente coletivos e com isso terem de declarar inconstitucionais quase todos os chamados crimes contra a saúde pública, por exemplo. E a segunda é, para salvarem a constitucionalidade de tais proibições, terem de admitir a postulação de bens jurídicos coletivos a gosto, aqui e toda vez que se queira resgatar a legitimidade de alguma incriminação. É infelizmente esta segunda postura a mais difundida entre os críticos brasileiros do crime de perigo abstrato. Alguns chegam mesmo a declarar que o bem jurídico coletivo é desejável, justamente por resolver todos os problemas,¹¹⁰ deixando de ver que é exatamente nesta aparente simplificação que está o problema.

110. Assim, especialmente, Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 23; Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade...*, cit., p. 103, que fala na necessidade de "descobrir" o bem supra-individual afetado,

Ou seja: a radicalidade da tese examinada, segundo a qual os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais, sofre uma segunda atenuação, porque seus defensores não hesitam em postular falsos bens jurídicos coletivos toda vez que se vêem diante de um tipo que querem imunizar contra a crítica.

4. *O caminho promissor: abandono de soluções globais em favor de um detalhado desenvolvimento das diversas estruturas do delito*

E é por isso que um setor da doutrina moderna vem propondo uma terceira via, que renuncia às pretensões das quais parte um vasto setor de penalistas não só brasileiros, no sentido de que seja possível uma solução global. Propõe-se, muito mais, uma *solução diferenciada*: da mesma forma que, na questão do bem jurídico, tentou-se separar o joio do trigo, excluindo bens jurídicos só aparentemente coletivos, agora, em face do problema da estrutura do delito, tentar-se-á formular *critérios para distinguir os crimes de perigo abstrato legítimos dos ilegítimos*, porque, se por um lado temos delitos de perigo abstrato indubitavelmente legítimos, de outro temos crimes como o disparo de armas de fogo, recentemente introduzido pela nova Lei de Armas de Fogo, acima mencionado. Ou seja, é preciso formular critérios de distinção um pouco mais complexos do que um mero tudo ou nada, numa postura que não pode ser nem de aceitação global, nem de obstinada recusa, mas de busca de um sadio meio termo, ciente da heterogeneidade dos problemas com que se está lidando, o que faz da procura de uma solução unitária algo no mínimo ingênuo. Um vasto grupo de autores subscreve esta linha de pensamento, entre eles se encontrando Roxin,¹¹¹

para que, com isso, o tipo seja posto em consonância com a idéia de ofensividade, o que é uma clara transformação do conceito dogmático de bem jurídico em conceito político-criminal.

111. Roxin, "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad", trad. Carmem Gómez Rivero, in: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 91 et seq.; "Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal", trad. Luís Greco, *RBCCrim* 35/16, 2001.

Schünemann,¹¹² Frisch¹¹³ e Jakobs.¹¹⁴ Mas os dois mais importantes trabalhos nesta linha são as recentes teses de livre-docência de Wohlers e de Hefendehl. Tentarei fazer uma apertada síntese do que dizem os dois jovens professores, para depois formular algumas conclusões.

Após criticar os instrumentos teóricos com que até agora se vem tentando restringir o poder do legislador de incriminar,¹¹⁵ declara Wohlers que o caminho correto está em construir grupos de crimes de perigo abstrato e enunciar os requisitos de legitimidade que cada qual tem de atender.¹¹⁶ Distingue ele três espécies de delitos de perigo abstrato: primeiramente, os por ele chamados delitos de ação concretamente perigosa; depois, os delitos de cumulação; e, por último, os delitos de preparação.

O primeiro destes grupos de delitos, o dos *delitos de ação concretamente perigosa* – minha tradução de *konkrete Gefährlichkeitsdelikte* –, refere-se àqueles tipos que proíbem uma ação que leva, tipicamente, a uma situação não mais controlável pelo agente e, portanto, perigosa para o bem jurídico.¹¹⁷ Um exemplo seria, no direito alemão, a conduta de embriaguez ao volante.¹¹⁸ Aqui, a proibição só é

112. Schünemann, “Kritische Anmerkungen...”, cit., p. 213 et seq.; “Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht...”, cit., p. 27 et seq.

113. Frisch, “An den Grenzen...”, cit., p. 91 et seq.; “Wesentliche Voraussetzungen...”, cit., p. 214 et seq.

114. Jakobs, “Kriminalisierung im Vorfeld...”, cit., p. 768 et seq.

115. Inclusive a teoria do bem jurídico, diante da qual ele adota postura declaradamente cética: Wohlers, op. cit., p. 279; Hefendehl, “Die Tagung aus der Perspektive...”, cit., p. 282.

116. Wohlers, op. cit., p. 278; Hefendehl, Wohlers e v. Hirsch, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden Baden: Nomos, 2003, p. 282.

117. Wohlers, op. cit., p. 311; Wohlers e v. Hirsch, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, in: *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003, p. 199.

118. No direito alemão, este crime se realiza com a mera conduta de dirigir embriagado, sem que seja necessário um requisito adicional, como a lesão ou o perigo concreto para determinado bem jurídico protegido (cf. Lackner e Kühl, op. cit., § 316/1). Já no nosso direito, entretanto, a redação do mesmo crime leva a crer tratar-se de crime de perigo concreto para um bem jurídico individual, vez que o tipo exige que o autor “exponha a dano potencial a incolumidade de outrem” (art. 306 do Código de Trânsito). Jesus, entretanto, postula o bem jurídico coletivo para

legitimável diante de uma ponderação de interesses que se assemelha bastante àquela que se costuma realizar em sede de delito culposos, ao concretizar o dever objetivo de cuidado, o risco permitido.¹¹⁹ Enquanto o perigo ainda for dominável e compensável pelo autor, não se pode legitimar uma incriminação.¹²⁰

O segundo grupo de casos proposto por Wohlers é o dos *delitos de cumulação* – uma figura proposta por Kuhlen, em 1986, e muitíssimo controversa na literatura alemã.¹²¹ Delitos de cumulação proibiriam condutas que, tomadas em si mesmas, não se mostram perigosas, mas que começam a sê-lo a partir do momento em que a sua prática passe a ser repetida por um número maior de pessoas.¹²² Esta estrutura de delito seria especialmente própria para delitos ambientais, vez que a pureza das águas, por exemplo, sequer seria ameaçada com a prática de uma única ação poluidora, sendo porém necessário impedi-la, pela possibilidade de sua generalização. Aqui só haverá criminalização legítima caso os efeitos de cumulação sejam fundados em expectativas realistas,¹²³ devendo o bem jurídico protegido ser dotado de especial relevância, de modo a fundamentar um dever de cooperação.¹²⁴

Por último, refere-se Wohlers ao grupo dos *delitos de preparação*. Estes seriam proibições de comportamentos que não se mostram diretamente lesivos a um bem jurídico, mas se limitam a criar um perigo de que o próprio agente ou

considerar tal crime de lesão e de mera conduta, dispensando a comprovação do perigo a pessoa concreta (*Crimes de trânsito*, p. 166).

119. Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 213.

120. Wohlers, op. cit., p. 314.

121. Kuhlen, "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung", *GA*, p. 716 et seq., 1986.

122. Wohlers, op. cit., p. 218; Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 199.

123. Wohlers, op. cit., p. 322 et seq.; Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 208-209.

124. Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 210.

um terceiro futuramente cometam uma ação lesiva.¹²⁵ Tais proibições só são legitimáveis, se existirem especiais fundamentos que justifiquem o dever antecipado de responsabilizar-se pela integridade do bem jurídico ou pelo comportamento de terceiros,¹²⁶ como é o caso em hipóteses de entrega de objetos perigosos¹²⁷ ou de existência de sentido delitivo unívoco da contribuição.¹²⁸

Hefendehl, por sua vez, raciocina de maneira um pouco diversa. Para ele, o problema da estrutura do delito está ligado à espécie de bem jurídico que se deseja tutelar. Ele constrói uma detalhada sistematização dos delitos contra bens jurídicos coletivos, que nesta sede não podemos descrever,¹²⁹ e afirma que a cada grupo de bens jurídicos coletivos corresponde uma determinada estrutura do delito.¹³⁰

De todas as estruturas de delito, a do *delito de lesão* se mostra a menos problemática, uma vez que proibições de lesionar são em regra idôneas para proteger o bem jurídico em questão. Exemplo de delito de lesão seria o crime de sonegação fiscal.¹³¹ Se o legislador, contudo, recorrer a um *crime de perigo*, e não mais a um crime de lesão, deverão ser atendidos certos pressupostos de legitimidade mais extensos para que a proibição possa considerar-se justificada. Primeiramente, será necessário encontrar um equivalente material para a ausência de causalidade real nos crimes de perigo: uma vez que neles o bem jurídico não é causalmente lesionado, surge a pergunta quanto ao que poderá legitimar a proibição.¹³² Este equivalente material poderá ser, nos delitos ambientais e nos delitos de corrupção,

125. Wohlers, op. cit., p. 328; Wohlers e v. Hirsch, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, p. 198.

126. Wohlers e v. Hirsch, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, cit., p. 200-201.

127. Idem, ibidem, p. 205.

128. Wohlers, op. cit., p. 335.

129. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 113 et seq.

130. Idem, ibidem, p. 148; “Das Rechtsgut als materialer...”, cit., p. 129.

131. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 200; “Das Rechtsgut als materialer...”, cit., p. 131.

132. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 182 et seq.; “Das Rechtsgut als materialer...”, cit., p. 131.

a idéia da cumulação, que acabamos de ver em Wohlers,¹³³ e que também tem em Hefendehl um de seus mais importantes defensores. Já ao direito penal de alimentos (*Lebensmittelstrafrecht*), em que se trata de proteção de bens jurídicos individuais (integridade física dos consumidores, e não saúde pública!), a estrutura do delito de potencial lesivo será a mais adequada.¹³⁴ Esta figura, a do delito de potencial lesivo, é uma modalidade de crime de perigo abstrato defendida por alguns autores, cujo tipo objetivo é limitado pela idéia de criação de um risco, nos moldes da moderna teoria da imputação objetiva.¹³⁵ Assim, não havendo criação de risco *ex ante* para os bens jurídicos individuais, deverá ser excluída a tipicidade dos delitos no direito penal de alimentos.

Mas Hefendehl não se contenta em analisar a questão da estrutura do delito. Ele prossegue, perguntando, numa próxima etapa, a respeito dos *limites da proibição*: aqui entrarão considerações referidas a alternativas ao direito penal (princípio da subsidiariedade)¹³⁶ e ao princípio da proporcionalidade.¹³⁷ Mas o principal mérito de Hefendehl, a meu ver, é ter construído a sua sistemática levando em conta não somente delitos tradicionalmente considerados questionáveis (em geral pertencentes à legislação penal extravagante), mas também incriminações tradicionais, presentes no seio do Código Penal, cuja legitimidade pouco se discute,

133. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 183 et seq., sobre os delitos de corrupção, ademais p. 321 et seq.; “Das Rechtsgut als materialer...”, cit., p. 131.

134. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 170 et seq. Apesar de não me parecer claro se os delitos de potencial lesivo devem ser realmente entendidos como equivalentes materiais à causalidade, porque Hefendehl trata deles antes de chegar a esta questão.

135. A respeito, detalhadamente, Hoyer, *Die Eignungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p. 18 et seq. Cf. ademais Frisch, “An den Grenzen...”, cit., p. 93; “Wesentliche Voraussetzungen...”, cit., p. 215, o qual propõe uma substituição global dos crimes de perigo abstrato por crimes de potencial lesivo.

136. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 213 et seq. Observe-se que Hefendehl, na esteira de Tiedemann, não trabalha com a formulação tradicional do princípio da subsidiariedade, vez que não lhe parece que a sanção penal seja sempre a mais grave (idem, ibidem, p. 234).

137. Idem, ibidem, p. 83 et seq.

como a falsificação de moeda,¹³⁸ ou a corrupção. Com isso, acabou ele por elevar a discussão a um outro nível de complexidade, porque após seu trabalho não me parece mais possível avançar teses radicais, sem que se comprove chegarem elas a resultados desejáveis também nos tipos que o propositor da tese não tinha em mente.

A presente exposição, um tanto apertada, das formulações de Wohlers e Hefendehl teve por objetivo demonstrar em que situação se encontra o atual debate. Não nos cabe, nos limites estreitos deste trabalho, avaliar se os sistemas de delitos de perigo propostos por cada qual se mostram acertados. O que podemos e devemos observar é apenas que se tratam de propostas consistentes, que merecem uma reflexão muito mais detida e cuidadosa do que aquelas com que estamos acostumados. Enfim: *Wohlers e Hefendehl, de fato, não resolveram tudo, mas ao menos demonstraram que caminho se deve seguir, um caminho muito mais árduo, muito mais tortuoso, do aquele em que ainda nos encontramos, um caminho em que não existem fórmulas mágicas, nem soluções globais, mas que consiste na determinação cuidadosa dos limites entre o perigo abstrato legítimo e o ilegítimo.* Aliás, também a doutrina italiana, que na década de 70 formulou crítica acirrada aos crimes de perigo abstrato, parece hoje favorecer uma solução diferenciadora.¹³⁹

Uma vez que se reconheça, portanto, que não é correto condenar a totalidade dos crimes de perigo abstrato, fazendo-se necessário, isso sim, distinguir os crimes de perigo abstrato legítimos dos ilegítimos, ter-se-á aberto todo um novo campo de investigação, em que Wohlers e Hefendehl não deram senão os primeiros passos. Longe de apresentar uma tipologia própria, o que seria pretensão demais, limitar-me-ei a colocar uma série de questões que terão de ser resolvidas já logo de início, para que as futuras investigações possam trazer bons resultados.

138. Objeto também de um estudo anterior, "Zur Vorverlagerung des Rechtsgutschutzes am Beispiel der Geldfälschungstatbestände", *JR*, p. 353 et seq., 1996.

139. Cf. as diferentes tipologias e critérios em Fiandaca e Musco, op. cit., p. 176 et seq.; Fiore, op. cit., p. 183 et seq.; Marinucci e Dolcini, op. cit., p. 416 et seq.

Primeiramente, é preciso perguntar se o conceito crime de perigo abstrato é um referencial suficiente para a discussão, ou se é necessário ser mais preciso. Tem-se de refletir, assim, se por trás da denominação única “crime de perigo abstrato” não se esconde uma gama de fenômenos bastante heterogêneos, fazendo necessário distinguir grupos de crimes de perigo abstrato, para que se possa dar início a uma análise separada da legitimidade de cada qual destes grupos.

Caso se considere necessário dissecar o conceito de perigo abstrato, ter-se-á, em seguida, de discutir quais seriam as novas estruturas. A doutrina fala atualmente numa variedade de espécies de crime de perigo abstrato, que vão desde as já vistas, ao expormos Wohlers e Hefendehl, até algumas outras, como a do delito de perigo abstrato-concreto. Quais destas serão necessárias, quais dispensáveis? É este o *segundo problema* que se coloca.

Um terceiro problema diz respeito à possibilidade de aplicar as categorias lesão, perigo concreto, perigo abstrato a bens jurídicos coletivos, para caracterizar com precisão de que estrutura de delito se trata. De um lado, há autores que declaram ser os crimes de perigo abstrato a técnica de proteção adequada aos bens jurídicos coletivos.¹⁴⁰ No outro extremo estão os que afirmam tratar-se todos os delitos para a proteção de bens jurídicos supra-individuais de crimes de lesão.¹⁴¹ Um terceiro grupo de autores diz que a distinção entre lesão e perigo perde seu sentido no caso de bens jurídicos coletivos, de modo que os delitos para a sua tutela são crimes de mera conduta.¹⁴² E um último grupo de autores, entre os quais se encontra, como vimos, Hefendehl, considera que a cada espécie de bem jurídico coletivo corresponde uma certa estrutura do delito. A questão preliminar será, certamente, determinar com clareza o que se entenderia por lesão no caso de bens

140. Por exemplo, Hassemer, “Grundlinien einer personalen...”, cit., p. 89. Entre nós, Mello Jorge Silveira, *Direito penal supra-individual*, p. 66.

141. Jesus, “Nova visão da natureza dos crimes...”, cit., p. 86; *Crimes de trânsito*, cit., p. 18 et seq.; *Lei antitóxicos*, cit., p. 16.

142. Tiedemann, *Wirtschaftsbetrug*, cit., § 264/17, § 264a/16.

jurídicos coletivos – algo que de modo algum se pode considerar resolvido. Afinal, o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), por exemplo, será de lesão, de perigo concreto ou perigo abstrato em relação ao bem jurídico protegido?¹⁴³ Essa pergunta só poderá ser respondida quando se tiver um critério com base no qual se diferencie a lesão do mero perigo em tais bens jurídicos coletivos.

Em *quarto lugar*, e aqui se situa a questão decisiva, cumpre enunciar se e sob quais condições as diferentes espécies de crime de perigo abstrato¹⁴⁴ se mostram legítimas. Parece-me especialmente problemática a categoria dos delitos de cumulação, pela tendência de criminalizar bagatelas que lhe é ínsita: como vimos, nos delitos de cumulação já seria punível aquele comportamento em si inócuo, mas que se torna perigoso caso praticado em grande número.¹⁴⁵ Por outro lado, parece-me bastante promissora a proposta de transformar alguns crimes de perigo abstrato em crimes de potencial lesivo,¹⁴⁶ restringindo o tipo à proibição daquelas condutas *ex ante* perigosas. Estes meus juízos, porém, não passam de meras suspeitas, que apenas indicam a necessidade de estudar mais a fundo o tema antes de sair pregando soluções.

143. Isso sem falar que o próprio bem jurídico protegido é aqui objeto de controvérsias. Na doutrina brasileira, costuma-se dizer que os tipos de corrupção tutelam o bem jurídico Administração Pública, pura e simplesmente (cf. Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 1086). Já na doutrina alemã, faz-se um esforço no sentido de concretizar um pouco mais que aspecto da Administração Pública é afetado, falando alguns autores na proibidade no exercício do cargo (Arthur Kaufmann, "Comentário a BGH JZ, n. 59, p. 375 et seq.", JZ, p. 376 et seq.), outros na confiança da população nesta probidade (Lackner e Kühl, op. cit., § 331/1; Cramer, em Schönke e Schröder, op. cit., § 331/3), outros na capacidade de funcionamento da Administração Pública e da justiça (Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 331/7), outros combinam alguns destes aspectos (Kargl, "Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität", ZStW 114/787, 2002).

144. Ou o próprio crime de perigo abstrato, caso se tenha dado resposta negativa à primeira questão.

145. Cf. o mais atualizado trabalho sobre o delito de cumulação, detalhada e criticamente, Ioanna Anastasopolou, *Deliktstypen zum Schutze kollektiver Rechtsgüter und der Kumulationsgedanke*, Dissertation, München, 2003, p. 199 et seq., ainda em fase de publicação.

146. Como querem Frisch, cf. acima, nota 135, e Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 167; já Roxin, *Strafrecht*, cit., § 11/129, propõe uma tal restrição para um grupo de crimes de perigo abstrato.

Algo, porém, parece certo: que somente analisando cuidadosamente a multiplicidade de crimes de perigo abstrato, mesmo os mais esquecidos, poderemos começar a pensar em critérios realmente fundados para solucionar o problema da legitimidade destas incriminações. A solução a que chegaremos será necessariamente diferenciada, porque assim é a realidade que se está a examinar. E aqui, mais uma vez, mostra-se correto o postulado metodológico básico do sistema de Roxin, segundo o qual é sempre necessário analisar o material empírico, os problemas concretos, que têm de poder influir na formulação da teoria genérica e abstrata,¹⁴⁷ pois do contrário esta será inadequada. O problema que temos diante de nós é especialmente complexo, não podendo sequer ser enfrentado com os olhos de cultor da parte geral. Ele situa-se num ponto de cruzamento entre a parte geral e a especial, e qualquer solução que deixe de levar em conta a riqueza e a multiplicidade presentes na parte especial terá prontamente de atenuar a sua inicial radicalidade, ou modificando o declarado ou inventando mecanismos *ad hoc* para salvá-lo – o que, como vimos, é expediente comum entre os críticos do perigo abstrato.

6. *Síntese das considerações sobre a estrutura do delito*

Resumindo esta segunda parte, podemos afirmar que:

– o problema da proteção ao bem jurídico não se confunde com o problema da estrutura desta proteção (*estrutura do delito*). Perguntar sobre a legitimidade de crimes de perigo abstrato é formular uma pergunta que, em princípio, nada

147. Roxin, *Funcionalismo e imputação...*, cit., § 7/82 et seq.; “Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts”, in: KAUFMANN, Arthur (Ed.). *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968. p. 260 et seq.; e, detalhadamente, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. ed., Berlin/New York: DeGruyter, 2000, p. 528 et seq. Mais explicações sobre este método em Greco, “Introdução à dogmática funcionalista...”, cit., p. 136 et seq., e “Imputação objetiva: uma introdução”, in: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 69 et seq.

tem a ver com a idéia de bem jurídico, mas tão-só com a estrutura dos delitos de que se vale o legislador para protegê-lo;

– a *radicalidade da recusa total* aos crimes de perigo abstrato é *meramente aparente*, porque, em primeiro lugar, trabalha-se com um conceito obscuro de perigo concreto, que transforma muitas condutas criadoras de perigo meramente abstrato em condutas criadoras de perigo concreto, e, em segundo lugar, porque se recorre a bens jurídicos falsamente coletivos, que automaticamente legitimam proibições e sanções abusivas;

– o caminho correto para a solução do problema está numa *detalhada análise dos crimes de perigo abstrato e no desenvolvimento de critérios específicos de legitimidade*. Talvez seja necessário inclusive distinguir alguns grupos de casos, segundo um critério diferenciador que ainda há de ser formulado. A utopia das soluções globais deve ser abandonada.

IV – Conclusão

Com o que concluímos que as certezas dos críticos do perigo abstrato não são, de modo algum, justificadas. Elas derivam de uma simplificação excessiva de questões altamente complexas. Muitos ignoram vários dos problemas atinentes ao conceito de bem jurídico, achando-se que basta ancorá-lo numa Constituição que considera valor relevante até o caráter federal do Colégio Pedro II. O fato de que um conceito mais restrito de bem jurídico seja necessário e as conseqüências que isto gera especialmente para certos crimes ambientais não são discutidos, quando sequer vistos. Trabalha-se com bens jurídicos coletivos sem a menor preocupação, ignorando seu potencial legitimador não só de proibições abusivas, como também de sanções penais draconianas. Confunde-se a questão do bem jurídico (o que proteger?) com a da estrutura do delito (como proteger: por meio de crime de lesão, perigo concreto ou abstrato?). E ainda que reformulássemos a tese dos críticos do perigo abstrato na nova roupagem, dizendo que ela não se refere a um

problema de bem jurídico e sim de redefinição de quais seriam as estruturas do delito legítimas (só o delito de lesão e de perigo concreto), ainda assim há uma série de problemas que sequer são vistos. Além do amplo recurso a bens jurídicos falsamente coletivos, opta-se por um conceito de perigo concreto que transforma muitos perigos meramente abstratos em perigos concretos. E ignora-se de todo que parte da doutrina moderna tenha acabado de reconhecer como sua futura tarefa vasculhar os diversos tipos e formular critérios de legitimidade tanto de bens jurídicos coletivos como, principalmente, de crimes de perigo abstrato.

O principal erro dos inimigos do perigo abstrato é achar que, criticando esta figura, resolveram todos os problemas. A rigor, os problemas apenas começaram a aparecer.

Bibliografia

- AMELUNG, Knut. "Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 154 et seq.
- ANASTASOPOLOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutze kollektiver Rechtsgüter und der Kumulationsgedanke*. Dissertation. München, 2003.
- APPEL, Ivo. "Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?". *KritV*, p. 278 et seq., 1999.
- _____. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker & Humblooy, 1998
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BLANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 4. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1922. vol. I.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOCKELMANN, Paulo; VOLK, Klaus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 1987.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II.

CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNEIROCOELHO, Yuri. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DELMANTO, Celso. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982.

ENDRIß, Rainer; MALEK, Klaus. *Betäubungsmittelstrafrecht*. 2. ed. München: Beck, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. 5. ed. Roma/Bari: Laterza, 1996.

FEUERBACH, Paul Johan Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed. Giessen: Heyer, 1847.

_____. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Erfurt: Henningsche Buchhandlung, 1799, reimp. Aalen, 1966. vol. I.

_____. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Tasche: Chemnitz, 1800, reimp. Aalen, 1966. vol. II.

FIANDACA; MUSCO. *Diritto penale*. Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "A questão do conteúdo material do conceito de crime (ou fato punível)". In: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 53 et seq.

IORE, Carlo. *Diritto penale*. Parte generale. Torino: Utet, 1999. vol. I.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRISCH, Wolfgang. "An den Grenzen des Strafrechts". In: KÜPER; WELP (Eds.). *Festschrift für Stree und Wessels*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 69 et seq.

_____. "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 215 et seq.

_____. "Straftat und Straftatsystem". In: WOLTER; FREUND (Eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 135 et seq.

_____. "Wesentliche Voraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung". In: ESER (Ed.). *Vom totalitären zum rechtstaatlichen Strafrecht*. Freiburg: Max Planck Institut, 1993. p. 201 et seq.

GOMES, Luiz Flávio. "A contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido)". *RBCCrim*, São Paulo, n. 8, p. 69 et seq., 1994.

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRECO, Luís. "Imputação objetiva: uma introdução". In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1 et seq.

_____. "Introdução à dogmática funcionalista do delito". *RBCCrim*, São Paulo, n. 32, p. 120 et seq., 2000.

_____. "Princípio da subsidiariedade no direito penal". *Dicionário de princípios jurídicos*, no prelo.

_____. "Tipos de autor e Lei de Tóxicos". *RBCCrim*, São Paulo, n. 43, p. 226 et seq., 2003.

GROPP, Walther. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer etc., 1998.

GÜNTHER, Klaus. "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts". In: JUNG et al. (Eds.). *Recht und Moral*. Baden Baden: Nomos, 1991. p. 205 et seq.

_____. "Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein 'Paradigmawechsel' im Strafrecht?". In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M. (Ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt a. M.: Peter Lang etc., 1995. p. 445 et seq.

HANACK, Ernst Walther. "Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?". *Gutachten A für den 47. München: Deutschen Juristentag*, Beck, 1968. p. A7 et seq.

HASSEMER, Winfried. "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 57 et seq.

_____. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München: Beck, 1990.

_____. "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre". In: PHILIPS; SCHOLLER (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*. Heidelberg: Decker u. Müller, 1989. p. 89 et seq.

_____. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts". *ZRP*, p. 378 et seq., 1992.

_____. "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik". *StV*, p. 483 et seq., 1995.

- _____. "Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland". In: SIMON (Ed.). *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994. p. 259 et seq.
- _____. "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterchutz". *NStZ*, p. 553 et seq., 1989.
- _____. *Theorie und Soziologie des Vebrechens*. Frankfurt a. M.: Europäische Verlagsanstalt, 1980.
- HEFENDEHL, Roland. "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 119 et seq.
- _____. "Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsbefürworters". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 386 et seq.
- _____. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymanns etc., 2002.
- _____. "Zur Vorverlagerung des Rechtsgutsschutzes am Beispiel der Geldfälschungstatbestände". *JR*, p. 353 et seq., 1996.
- _____; WOHLERS, Wolfgang; v. HIRSCH, Andrew (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Ed.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. München: Beck, 2003.
- HIRSCH, Hans-Joachim. "Gefahr und Gefährlichkeit". In: HAFT et al. (Ed.). *Festschrift für Arthur Kaufmann*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 545 et seq.
- v. HIRSCH, Andrew. "Der Rechtsgutsbegriff und das *harm principle*". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 13 et seq.
- HOHMANN, Olaf. "Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht". *GA*, p. 76 et seq., 1992.

HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*. Köln: Otto Schmidt, 1973.

HOYER, Andreas. *Die Eignungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

HUNGRIA, Nelson. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. II, vol. I.

ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957.

JAKOBS, Günther. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung". *ZStW*, n. 97, p. 751 et seq., 1985.

_____. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin: DeGruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lei antitóxicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. "Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo". *RBCCrim*, São Paulo, n. 4, p. 81 et seq., 1993.

KARGL, Walter. "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz". In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M. (Ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt a. M. usw.: Peter Lang, 1995. p. 53 et seq.

_____. "Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität". *ZStW*, n. 114, p. 761 et seq., 2002.

KAUFMANN, Arthur. "Comentário a BGH JZ, n. 59, p. 375 et seq.". *JZ*, p. 376 et seq.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1989.

- KORIATH, Heinz. "Zum Streit um die Gefährungsdelikte". *GA*, p. 51 et seq., 2001.
- KÖHLER, Michael. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer etc., 1997.
- KUHLEN, Lothar. "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung". *GA*, p. 389 et seq., 1986.
- _____. "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?". In: WOLTER; FREUND (Eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 77 et seq.
- _____. "Umweltstrafrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik". *ZStW*, n. 105, p. 697 et seq., 1993.
- LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch*. 24. ed. München: Beck, 2001.
- LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1996.
- LISZT, Franz v. "Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft". *ZStW*, n. 8, p. 133 et seq., 1888.
- _____; SCHMIDT, Eberhardt. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 26. ed. Berlin/Leipzig: DeGruyter, 1932.
- MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. I.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1999.
- MARINUCCI; DOLCINI. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- MAURACH, Reinhardt. *Deutsches Strafrecht – Besonderer Teil*. 4. ed. Karlsruhe: C. F. Müller, 1964.

MERKEL, Reinhard. *Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus*. Baden Baden: Nomos, 1994.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht – Ein Lehrbuch*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.

NAUCKE, Wolfgang. "Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant". *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafens*. Baden Baden: Nomos, 2000. p. 79 et seq.

_____. "Zu Feuerbachs Straftatbegriff". *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Baden Baden: Nomos, 2000, p. 191 et seq.

OSTENDORF, Heribert. "Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts". *JuS*, p. 426 et seq., 1982.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. 6. ed. Berlin/New York: DeGruyter, 2000.

PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RÉGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht – Besonderer Teil II*. 2. ed. München: Beck, 1999.

ROXIN, Claus. "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts". In: KAUFMANN, Arthur (Ed.). *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968. p. 260 et seq.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- _____. "Política criminal y dogmática jurídico-penal em la actualidad". Trad. Carmem Gómez Rivero. In: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- _____. "Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal". Trad. Luís Greco. *RBCCrim*, São Paulo, n. 35, p. 16, 2001.
- _____. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: Beck, 1997. vol. I.
- _____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburg: Cram de Gruyter, 1963.
- _____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 7. ed. Berlin/New York: DeGruyter, 2000.
- _____. "Wandlung der Strafrechtswissenschaft". *JA*, p. 221 et seq., 1980.
- _____. "Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen". *JA*, p. 545 et seq., 1980.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs". *Festschrift für Honig*. Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1970. p. 151 et seq.
- _____. *Systematischer Kommentar*. 6. ed. Neuwied: Luchterhand etc., 1997.
- SANTANA VEGA, Dulce. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.
- SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. "A finalidade da sanção penal". *Pena e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 26. ed. München: Beck, 2001.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1984.
- SCHMITT, Rudolf. "Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?". In: SCHROEDER, F. C.; ZIPF (Eds.). *Festschrift für Maurach*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 113 et seq.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität”.

In: DORNSEIFER et al. (Eds.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Heymanns etc., 1989. p. 629 et seq.

_____. “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”. In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 133 et seq.

_____. “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”. *GA*, p. 201 et seq., 1994.

_____. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. *JA*, p. 787 et seq., 1975.

_____. “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”. In: SCHÜNEMANN et al. (Ed.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: DeGruyter, 2001. p. 1 et seq.

_____. “Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?”. In: KÜHNE; MIYAZAWA (Ed.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 15 et seq.

_____. “Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts”. In: SCHMOLLER (Ed.). *Festschrift für Otto Triffterer*. Wien/New York: Springer, 1996. p. 437 et seq.

SIGG, Marianne. *Das Rassestrafrecht in Deutschland in den Jahren 1935-1945 unter besonderer Berücksichtigung des Blutschutzgesetzes*. Aarau: Sauerländer, 1951.

STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

STRATENWERTH, Günther. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*. Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1993.

- _____. "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 255 et seq.
- _____. "Wahres Strafrecht?". In: PRITTWITZ et al. (Ed.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden Baden: Nomos, 2002. p. 373 et seq.
- _____. "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts". *ZStW*, n. 105, p. 679 et seq., 1993.
- _____. "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'". In: ESER et al. (Ed.). *Festschrift für Theodor Lenckner*. München: Beck, 1998. p. 377 et seq.
- TAVARES, Juarez. "Critérios de seleção de crimes e cominação de penas". *RBCCrim*, São Paulo, número especial de lançamento, p. 75 et seq., 1992.
- _____. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TIEDEMANN, Klaus. *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*. Berlin/New York: DeGruyter, 1980.
- _____. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1969.
- _____. "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?". *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*. München: Beck, 1972. p. C 19 et seq.
- _____. *Wirtschaftsbetrug*. Berlin/New York: DeGruyter, 1999.
- _____. "Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung". In: TIEDEMANN, Klaus (Ed.). *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2. Aufl. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 9 et seq.
- _____. "Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht". *JuS*, p. 689 et seq., 1989.
- VOGEL, Klaus. "Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". *StV*, p. 110 et seq., 1996.

- VOLK, Klaus. “Strafrecht und Wirtschaftskriminalität”. *JZ*, p. 85 et seq., 1982.
- WEBER, Klaus. *Betäubungsmittelgesetz Kommentar*. 2. ed. München: Beck, 2003.
- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: DeGruyter, 1969.
- WEIGEND, Thomas. “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen”. *ZStW*, n. 98, p. 44 et seq., 1986.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 33. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- _____, HETTINGER, Michael. *Strafrecht – Besonderer Teil*. 27. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- WIEGAND, Klaus Dieter. *Die Tierquälerei*. Lübeck: Schmidt-Römhild, 1979.
- WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
- ZACZYK, Rainer. *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1997.