

O bem jurídico-penal e sua proteção diante do expansionismo da sociedade de risco: a tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais

The criminal legal good and it's protection in face of the expansion of risk society: the criminal protection of supra-individual legal goods

Maria Manuela Chaves de Mendonça Galvão Reis¹

262

Resumo: O presente trabalho apresenta aspectos das diversas influências da pós-modernidade do Direito Penal e no fenômeno de sua expansão, o qual passa a ser visto não mais como instrumento de defesa dos cidadãos, mas como meio de intervenção coativa do Estado diante da sensação de insegurança coletiva. Para tanto, analisa o bem jurídico e seu o critério de legitimidade da intervenção penal, bem como o seu posicionamento diante do expansionismo, especialmente no que diz respeito aos bens jurídicos coletivos.

Palavras-chave: direito penal; bem jurídico; expansionismo.

Abstract: The present work shows aspects of the many influences of the postmodernity of the Criminal Law and in the phenomenon of it's expansion, which starts to be seen not as an instrument of defense of the citizens, but as a way of coercive State intervention against the feeling of collective insecurity. Therefore, it analyzes the legal good and it's criteria of legitimacy of criminal intervention, as well as it's stance on expansionism, especially regarding the collective legal goods.

Keywords: criminal law; legal good; expansionism.

1 Introdução

Diante da relevância alcançada dentro do espaço de discussão jurídico-penal nas últimas décadas, nomeadamente em face das significativas mudanças que a sociedade experimentou ao longo do século passado, torna-se imprescindível discorrer sobre a capacidade de rendimento

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã - FADIC. Advogada Criminal e sócia do GCTMA Advogados. Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-5685-9577>. E-mail de contato: manuela@gctm.adv.br

Recebido em: 04/09/2024

Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



da teoria do bem jurídico especificamente no que diz respeito ao potencial crítico do bem jurídico supraindividual.

Com efeito, ao longo do século passado, a sociedade presenciou mudanças drásticas, fruto das duas Guerras Mundiais que trouxeram a incerteza como característica inerente ao mundo atual. Os pilares da modernidade foram sendo derrocados (Santos, 2010), revelando uma época à qual não se sabe dar nome (Morin, 2010, p. 14). A humanidade denuncia-se, então, numa era planetária: os riscos agora são percebidos e sentidos globalmente e a criminalidade não hesita em constantemente ultrapassar barreiras nacionais e físicas (Dias, 2003, p. 45-58).

Diante desse panorama, passa-se a refletir sobre os novos e concretos riscos que agora se apresentam de maneira manifesta. No Direito Penal, especificamente, discute-se cada vez mais sobre a proteção de novos bens jurídicos – muitos deles supraindividuais – e sobre a técnica de tutela mais adequada para fazer frente a novos tipos de criminalidade.

Dentre outras coisas, questiona-se sobre a legitimidade dos bens jurídicos que agora figuram no eixo de novos crimes e, paralelamente, se o Direito Penal é, de fato, o meio mais adequado para proceder à proteção desses mesmos bens, ou se, ao contrário, haveria formas mais eficazes e menos custosas ao indivíduo e ao conjunto social para fazê-lo de maneira satisfatória (Giuliani, 2014, p. 101-120).

Nesse contexto, portanto, é preciso questionar: é possível manter a função crítica do bem jurídico também quando se fala em bens supraindividuais?

2 Sociedade Pós-Industrial e o Direito Penal: risco, insegurança social e intervenção penal

A mundialização, com tudo o que ela engloba, progride rapidamente no século XIX e toma ares desenfreados em virtude das duas Grandes Guerras. Com efeito, a sociedade contemporânea tecnológica trouxe consigo novos riscos que, pela sua imprevisibilidade e incontrollabilidade, são distintos daqueles do passado: o desenvolvimento de armas nucleares, a destruição de ecossistemas em grande escala, a produção maciça de produtos perigosos, a instabilidade dos mercados econômicos e financeiros, a criminalidade organizada, o terrorismo...

Estes novos riscos ficaram conhecidos por riscos da segunda modernidade na linha do sociólogo Ulrich Beck (1998), em contraposição aos riscos residuais próprios da sociedade industrial desenvolvida a partir do século XIX (Dias, 2008, p. 228). Se as teorias sociais do século XIX vislumbravam a natureza como algo previamente dado, o próprio processo histórico modificou essa suposição, analisando-se as condições ambientais, no fim do século XX, como

produto do contexto social. É exatamente essa transformação das ameaças à natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas do sistema que fundamentam a ideia de sociedade de risco (Beck, 1998, p. 89).

Contudo, vale a pena observar que a ideia de que a industrialização ou o avanço do conhecimento comporta riscos não é nova: basta pensar nos riscos que, no século XVI, as descobertas acarretaram não somente para as populações nativas como para aquelas que chegavam, ambas expostas a condições ambientais, físicas e culturais novas e desconhecidas. E até mesmo mais recentemente, pode-se lembrar dos diversos riscos associados à industrialização que acompanharam a sociedade a partir do século XIX (Schünemann, 1996, p. 31-33) e que obrigariam à própria socialização do risco pelo Estado social através da generalização de institutos jurídicos como o seguro, a responsabilidade objetiva pelo risco ou até mesmo a ideia de risco permitido, por exemplo (Sousa, 2010, p. 232).

O que se percebe, portanto, é que a aceitação do risco e o seu desafio constituíram desde sempre uma condição necessária ao desenvolvimento da humanidade. Em que medida, então, se diferenciam os riscos próprios da sociedade pós-moderna que atribuíram à sociedade contemporânea o nome de “sociedade de risco”?

Em primeiro lugar, tem-se que, em consequência do desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e econômico, realiza-se na atualidade uma pluralidade de atividades a originar múltiplos novos riscos. Tais riscos são geralmente tidos como consequências ou efeitos secundários não desejados, não se podendo concluir que sejam naturais na medida em que são decorrentes de decisões e atividades relativas à tecnologia humana (Bechara, 2014, p. 210).

Segundo Beck (1998), grande parte desses novos riscos não são passíveis de percepção humana imediata, caracterizando-se, assim, a sociedade de risco, diferenciando-se da sociedade de épocas anteriores pela existência de riscos artificiais, aptos a atingir grandes dimensões e alcançar um número indeterminado de pessoas. Afirma o autor ser o estado de emergência antecipado não mais nacional, mas cosmopolita. A crença de que os riscos que a humanidade enfrenta podem ser evitados pela ação política tomada em nome da humanidade ameaçada torna-se um recurso sem precedentes para o consenso e a legitimação, nacional e internacionalmente. Neste sentido, afirma Beck (2008) que “[...] os princípios fundamentais da modernidade, incluindo o princípio do livre mercado e a ordem própria da Estado-nação, tornam-se sujeitos à mudança, à existência das alternativas e à contingência”.

Para Beck (2008, p. 2), a teoria da sociedade de risco discorre que as sociedades modernas são moldadas por novos tipos de riscos e que suas fundações são agitadas pela

antecipação global de catástrofes globais. Tais percepções do risco global, segundo o autor, são caracterizadas por três características:

1. *Des-localização*: suas causas e consequências não são limitadas a uma posição ou espaço geográfico, eles são, em princípio, onipresentes.
2. *Incalculabilidade*: suas consequências são, em princípio, incalculáveis; na base é uma questão de riscos "hipotéticos", que não são menos baseados na falta de conhecimento induzida pela ciência e dissidência normativa.
3. *Não-compensabilidade*: o sonho da segurança da primeira modernidade foi baseado na utopia científica de tornar as consequências inseguras e os perigos das decisões sempre mais controláveis; acidentes poderiam ocorrer, contanto que, e porque, fossem considerados compensáveis. Uma vez que o sistema global de finanças desmoronou, uma vez que o clima irrevogavelmente mudou; uma vez que os grupos terroristas possuem armas da destruição em massa – então é tarde demais. Dada essa nova qualidade de “ameaças à humanidade” – argumenta Francois Ewald – a lógica da compensação sucumbe e é substituída pelo princípio da precaução pela prevenção. Não somente a prevenção está ganhando prioridade sobre a compensação, mas estamos igualmente tentando antecipar e impedir os riscos cuja existência não foi provada.

Com efeito, a sociedade de risco é conceituada por Beck (1998) como estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, levando à necessidade de redefinição dos padrões de controle formal e de responsabilidade, haja vista que tais ameaças não apenas escapam à percepção sensorial, como também podem ser determinadas pela ciência.

A sociedade pós-industrial caracterizada, portanto, pela insegurança objetiva combinada com a insegurança subjetiva (sentimento dos cidadãos), gera uma sensação geral de insegurança (Díez Ripollés, 2007, p. 73-74) que determinará a demanda ao Estado - através do Direito Penal, a fim de assegurar não mais apenas a proteção objetiva diante dos riscos, como também a garantia da confiança social (Silva Sánchez, 1999, p. 24).

Isso porque, nas últimas décadas, tem-se assistido ao aumento quantitativo e qualitativo da criminalidade, levando a opinião pública a reclamar uma postura mais firme do Estado (Bechara, 2008, p. 411) e, em contrapartida, aumentou-se a procura por mecanismos de segurança, de prevenção e, sobretudo, de precaução (Costa, 2001). Grande engano foi pensar que a ciência ofereceria todas as respostas e que os órgãos de fiscalização cumpririam bem o seu papel.

Sob esse enfoque (Bechara, 2014, p. 213), o Direito Penal assume, a partir de então, características marcantes, tais como:

- (i) protagonismo da delinquência clássica;
- (ii) prevalência do sentimento coletivo de insegurança;
- (iii) valorização ou prevalência dos interesses da vítima;
- (iv) populismo

e politização; (v) revalorização do componente aflitivo da pena; e (vi) ausência de receio social ante o amplo poder sancionador estatal.

E é nesse contexto que referido modelo punitivo, também chamado de “Direito Penal do risco”, revelar-se-á expansivo na medida em que reconhecerá novos bens jurídicos e tipificará comportamentos que não são considerados previamente como socialmente inadequados, criminalizando-se condutas com o intuito muitas vezes de torná-las socialmente desvaloradas, a exemplo do que vem acontecendo nas esferas ambiental e econômica.

Diante disso, imprescindível se faz, nesse momento, trazer à tona a dicotomia existente dentro da doutrina jurídica acerca do referido movimento expansionista do Direito Penal, que de um lado resiste veementemente à tutela de certos bens jurídicos – ou melhor, discorda da própria definição de certas condutas como bens jurídicos aptos a serem ou não tutelados pelo Direito Penal, mas que, na verdade, não deveriam sequer serem tidos como bens jurídicos – e que, de outra banda, não só concorda com referida expansão, mas luta por uma criminalização cada vez maior como uma resposta a várias das ausências estatais.

3 A expansão do Direito Penal: um discurso de resistência

Diante de uma maior percepção dos riscos e, por conseguinte, de uma íntima e crescente sensação de insegurança (Silveira, 2010, p. 48) – potencializada pelos meios de comunicação –, há uma pretensão social cada vez mais crescente no sentido de que o Estado, por meio do Direito Penal, forneça uma resposta.

Essa pretensão de uma resposta imediata do Estado à sociedade que clama por segurança fez surgir o chamado Direito Penal de Emergência ou Direito Penal do Risco ou, ainda, Direito Penal de Prevenção, “caracterizado pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela nítida assunção da missão de instrumento político de segurança” (Bechara, 2008, p. 411-413), ou seja, pela expansão do Direito Penal.

Nesse sentido, ensina Bechara (2008, p. 412) que em que pese a existência de movimentos clássicos restritivos do Direito Penal, é cada vez mais frequente, na atualidade, demandas de uma ampliação da intervenção penal que, em tese, colocaria fim à angústia da insegurança coletiva. Isso porque a coletividade se autocompreende como vítima e distorce a função do Direito Penal, o qual perde a visão de instrumento de defesa dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado. E, nesse sentido, conclui:

A concepção clássica da lei penal como “magna carta” do agente, conforme expunha Von Liszt, cede seu lugar a uma compreensão do Direito Penal como “magna carta”

da vítima, causando reviravolta em seus pressupostos científicos, a começar pela própria legalidade.

Acerca da identificação da maioria social como a vítima do delito, vale a pena observar o que afirma Silva Sánchez (1999). Segundo o autor, a expansão do sistema de Direito Penal responde a um fenômeno geral de identificação social com a vítima (sujeito passivo) do delito antes de com o autor (sujeito ativo). Tal fenômeno vem sendo favorecido pela conjuntura aqui tratada, qual seja a configuração de uma sociedade majoritariamente de ordem passiva, que reclama uma atitude frente ao Direito Penal diante da crise do Estado-providência.

Nesse contexto, importante observar que o paradigma das sociedades democráticas atuais, construído a partir das ideias iluministas, baseia-se, em tese, na tutela subsidiária de bens jurídicos. Todavia, as mudanças sociais e tecnológicas trazidas pela transição do milênio questionam a constância de tal paradigma (Sousa, 2010, p. 231-232). O que se percebe, segundo parte da doutrina que rechaça referido movimento expansionista, é a crise do Direito Penal fundado na proteção de bens jurídicos, evidenciando-se alguns “sintomas” desta crise do paradigma penal.

Entre esses indícios, observa-se a referida expansão do Direito Penal, determinada pelo aparecimento destes novos riscos e pelo conseqüente aumento da sensação de insegurança, ou seja, pela subjetivização do risco e da maior sensibilidade da comunidade à sua existência. Mas não é só.

Como nos alerta Sousa (2010), tem-se, também, o reforço de deveres jurídicos de natureza econômica ou social, implicando numa crescente utilização de conceitos indeterminados e de cláusulas penais em branco em desfavor do princípio da legalidade criminal, além da incriminação de novos comportamentos – no âmbito, por exemplo, do consumo, do ambiente e da economia -, em obediência a uma *extending principle*, - um princípio ampliador da punição, perdendo-se, assim, a verdadeira referência ao conceito e à função de bem jurídico-penal.

Por crescimento do Direito Penal, entenda-se, ainda, o incremento da produção legislativa em matéria penal verificado nos últimos anos na América Latina e especificamente no Brasil. Com efeito, a pena criminal é cada vez mais lembrada pelas instâncias de decisão política a pretexto de resolver problemas sociais, provocando um caos legislativo, representando, um dos capítulos mais negativos da história do Direito Penal, segundo Bechara

(2014). Parece estar-se diante da utilização da legislação penal com objetivos meramente políticos, distanciando-se por completo da verdadeira finalidade protetiva do Direito Penal.

É preciso observar desde já a completa incongruência ao se adotar este modelo de intervenção sem limites e até certo ponto irracional e autoritário concomitantemente em que se cria e fomenta iniciativas liberais dirigidas a modalidades delituosas muito específicas, gerando uma ausência de credibilidade social em relação ao Direito Penal, que se mostra cada vez mais desmoralizado e sem capacidade de motivar a sociedade a agir conforme os seus ditames.

A abordagem crítica sustenta, portanto, que o Direito Penal moderno foi se afastando de um modelo que visa a proteção altamente exclusiva de bens pessoais, tais como a vida, a integridade física, a liberdade, etc. para se tornar uma grande intervenção do Direito Penal na esfera dos cidadãos (Hassemer, 1992, p. 241-242), que se manifesta no aumento das condutas penalmente tipificadas, a fim de proteger os bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, que são nada mais que objetos fictícios de tutela (Silva Sánchez, 1997, p. 116), desprovidos de materialização, porque são demasiado amplos e indeterminados.

É dizer: seriam interesses de configuração vaga (Hassemer, 1998, p. 37), razão pela qual para sua proteção penal, especificamente para determinar seu injuto, emprega-se, recorrentemente, a técnica dos delitos de perigo, especialmente de perigo abstrato.

Segundo Silva Sánchez (1999), são variadas as causas da provável existência de novos bens jurídicos-penais. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência - e em cujo contexto passa a viver a pessoa agora influenciada por tais alterações, como, por exemplo, as instituições econômicas.

Por outro lado, deve-se fazer alusão ao desaparecimento de realidades tradicionalmente abundantes e que nos dias atuais passam a manifestar-se como bens escassos, atribuindo-se, agora, um valor que anteriormente não detinha, ao menos de modo expresso, como, por exemplo, o meio ambiente.

Em terceiro lugar, é preciso observar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da mudança social e cultural, certas realidades que sempre estiveram presentes, sem que fossem reparadas, como, por exemplo, o patrimônio histórico-artístico.

Do ponto de vista político-criminal, novos bens jurídicos são abraçados e o Direito Penal (em expansão) se transforma na instância mais avançada de controle de riscos, de punição preventiva de comportamentos arriscados, mas não ainda danosos e, na teoria da pena, ganha força a ideia de prevenção geral positiva (Roxin, 1972), isto é, a pena se volta para a educação

e fidelidade dos não desviantes. Por fim, na dogmática, desenvolvem-se critérios mais flexíveis de imputação, tendo em vista a necessidade de antecipação de tutela (Silveira, 2010, p. 49).

De acordo com a teoria monista-pessoal (antropocêntrica) dos bens jurídicos-penais, o Direito Penal não deve nem pode, pelas suas especificidades, arvorar-se em instrumento de proteção dos novos e grandes riscos próprios da sociedade contemporânea e, ainda mais, dos riscos que ameaçam a sociedade do futuro (Sousa, 2010, p. 235). Este é o pensamento dos autores que integram a Escola de Frankfurt, os quais consideram que os novos riscos tecnológicos se situam fora do alcance de princípios fundamentais de Direito Penal, convictos de que “[...] é impossível a este ramo do direito desempenhar qualquer papel da contenção de fenômenos globais e de massa” (Dias, 2003, p. 1.126).

Para essa corrente, ainda, o emprego do Direito Penal para minimizar os perigos científicos e tecnológicos teria exclusivamente um caráter simbólico e meramente preventivo (Herzog, 1999, p. 56). Para Hassemer (1989), um dos principais representantes desta escola, as tendências do Direito Penal moderno questionam a função tradicionalmente reconhecida ao bem jurídico de impor ao legislador penal uma barreira de modo a evitar ou dificultar uma fuga precipitada da normatividade penal para os interesses da política criminal. Ora, os bens de caráter ou titularidade difusa como o ambiente, a economia, o funcionamento dos sistemas subvencionais, colocariam em causa essa função crítica reconhecida do bem jurídico (Sousa, 2010, p. 236).

Assim, segundo a doutrina crítica contrária a esta nova tendência, o Direito Penal moderno - especificamente sua inclinação expansionista no âmbito preventivo -, e seu avanço marcante no âmbito de proteção, não passa de uma forma de atuação ilegítima porque não respeita os limites impostos pelo princípio da ofensividade: se espera uma intervenção criminal contra condutas que não representam um ataque com suficiente entidade objetiva para o bem jurídico protegido.

Por razões óbvias, essa, contudo, não é a única opinião existente acerca da tutela de novos riscos, isto é, da criação de novos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal e, conseqüentemente, da ascendente criminalização.

4 Bens jurídicos supraindividuais: tutela, natureza, ofensividade e legitimidade para proteção

Nesse contexto, no que diz respeito especificamente à figura do bem jurídico, o que se percebe é que há, na atualidade, uma dissolução, passando-se dos já conhecidos e bem

delineados bens jurídicos individuais aos não tão bem delineados, e até mesmo vagos e intangíveis, bens jurídicos coletivos. O Direito Penal deixa seu núcleo clássico – bens jurídicos nomeadamente pessoais – para incidir na proteção de bens jurídicos supraindividuais, amplos e indeterminados, como consequência da maior complexidade social atual, criando-se, como já dito, novas hipóteses de intervenção penal e de antecipação de tutela penal.

Certamente, um dos novos âmbitos trazidos com os novos risos sociais se refere a esses novos bens jurídicos, sendo certo que o ponto central da discussão sobre a expansão do Direito Penal reside nestes denominados bens jurídicos coletivos, “[...] atualmente considerados objetos de destacada preocupação no que tange à intervenção estatal” (Bechara, 2014, p. 230).

Contudo, é preciso deixar claro que a noção de bem jurídico coletivo já existia, não se podendo afirmar que estes surgiram com o advento da sociedade pós-industrial, mas tão somente é permitido dizer que os bens jurídicos coletivos vieram à tona, ou seja, ganharam nova importância e ênfase com o surgimento destes novos riscos.

É dizer: parte da doutrina acredita que a proteção dos bens coletivos não é algo novo para o Direito Penal, motivo pelo qual não se pode considerar que sua proteção seja consequência apenas de um sintoma da ampliação do Direito Penal. Na medida em que as posições que defendem a proteção dos bens coletivos estão completamente alienadas dos interesses morais ou religiosos, pode-se argumentar que o que acontece agora é apenas uma crescente atenção aos bens coletivos, fruto não somente de uma visão penalista de controle político-social por parte da doutrina e do legislador, mas principalmente das transformações econômico-institucionais, que trouxeram o surgimento de novos institutos mercedores de pena, o que vem aumentando a importância dos bens coletivos.

E é em meio ao contexto que se discute, que ganha força um dos debates dogmáticos e político-criminais mais intensos dos últimos anos, qual seja, a discussão acerca da admissibilidade de que os bens coletivos já tutelados juridicamente o sejam também pelo Direito Penal.

O que se percebe, portanto, é que a ampliação do âmbito de intervenção penal nos últimos tempos tem incorporado novos bens jurídicos, agora de ordem supraindividual que, a princípio, pode ter potencializado a relativização do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, questionando, em certa medida, seu pretendido caráter fragmentário e secundário (Mata Barranco, 2004).

Trata-se de um debate confuso, inclusive no que diz respeito à terminologia jurídica que muitas vezes se refere indistintamente (Mancuso, 2000, p. 75) a bens jurídicos supraindividuais,

universais, coletivos, institucionais, gerais, difusos, sociais, plurisubjetivos, etc., denominações estas que, em todo caso, apresentam em comum a referência a interesses que não podem se referir com exclusividade a um sujeito individual – tampouco um sujeito com faculdade de disposição sobre tais interesses (Santana Vega, 2000, p. 174).

Nesse contexto, é preciso observar que referidos bens jurídicos supraindividuais não se referem a algo superior ao indivíduo enquanto sujeito, como se tem sucedido historicamente em regimes de caráter totalitário (Bustos Ramírez¹⁹⁸⁶). Ao contrário, estes bens de caráter supraindividual se vinculam a um novo Estado social, de caráter expansivo, que visa, em primeiro lugar, atender às necessidades de todos e de cada um dos membros da sociedade.

E é precisamente esta a origem da discussão político-criminal sobre a idoneidade de tais realidades como bens jurídicos a serem protegidos penalmente, já que se abre a possibilidade de que o Direito Penal seja utilizado por um Estado excessivamente intervencionista como medida de apoio a uma concreta política de governo e, com isso, como instrumento meramente sancionador e de reforço a normas de caráter extrapenal, esvaziando de conteúdo os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade (Mata Barranco, 2004, p. 486).

Não parece, contudo, que se possa rechaçar a tutela penal de interesses coletivos simplesmente desconhecendo ou ignorando as novas necessidades que derivam da evolução social. Em realidade, modelos e teorias contrárias ao fundamento teórico e natural dos bens jurídicos coletivos – que questionam a necessidade de proteção dos interesses que excedam os valores exclusivamente individuais – vão de encontro ao modelo de Estado social que lhes serve de suporte.

Segundo Gracia Martín (2011), nenhuma época pode tomar como válido o conjunto de bens jurídicos adequado na época anterior como único, fechado e válido também para esta nova época, mas sim como um sistema aberto à reconfiguração e reordenação que sejam necessárias de acordo com a realidade social e com o norte do programa ético-político de seu tempo.

Portanto, o desenvolvimento cultural e tecnológico, as transformações materiais das relações sociais na sociedade moderna e os fins sociais e de democratização atribuídos ao Estado social têm que proporcionar argumentos suficientemente válidos para o reconhecimento da qualidade de bens jurídicos a determinados substratos coletivos da realidade social do presente.

O que se percebe, portanto, como assinala Fernandez Carrasquilla (1991) é que passam a existir novas realidades ou novas valorações de realidade preexistentes que necessitam – ao menos em tese – de uma proteção penal efetiva, resultando numa racional necessidade de

expansão do Direito Penal, devido às transformações que a sociedade vai experimentando, já que o Direito Penal não é estático, mas sim um fenômeno histórico-cultural, sujeito, portanto, às transformações humanas.

Este é o posicionamento da teoria pessoal dualista dos bens jurídicos (supraindividuais), a qual, não afastada de modo absoluto da já referida escola de Frankfurt, reconhece que nem toda a intervenção do Direito Penal no domínio dos novos e grandes riscos é ilegítima (Sousa, 2006, p. 210). Os defensores desta teoria reconhecem a necessidade de expandir a matéria penal face aos problemas da modernidade, desde que esse alargamento se encontre confinado aos limites impostos pelas matrizes referenciais do Direito Penal.

Assim, é de reconhecer a irrupção de bens jurídicos pessoais e patrimoniais, por vezes com características novas, que apesar de difusos e fluidos nos limites, permitem ainda a identificação de um núcleo essencial e continuam a fornecer um padrão crítico ao legislador para selecionar as condutas puníveis. Todavia, o reconhecimento de novos bens jurídicos há de ter por alicerces o princípio da respectiva proteção subsidiária e a categoria do dano. Só assim se cumprirá a ofensividade típica dos comportamentos geradores de grandes riscos.

O Direito como um todo, e não seria diferente com o Direito Penal, acompanha a evolução da sociedade, oferecendo ou buscando oferecer respostas aos problemas que surgem com as mudanças que sucedem de maneira incessante na sociedade, de maneira, frise-se, que este é chamado a atuar quando os demais meios de controle social falham ou não são suficientes (Sousa, 2010, p. 239).

Villegas Paiva (2010) afirma, ainda, serem o merecimento e a necessidade da pena os pressupostos para a tutela penal de bens jurídicos coletivos, sob o argumento de que é preciso observar que não basta verificar se o bem jurídico que se pretende proteger é valioso e imprescindível para a vida em comunidade (merecimento de pena), já que este juízo de danosidade social somente permite determinar quais bens mereçam uma valoração penal positiva, mas não assinala quais comportamentos devam ser criminalizados por ser oportuna ou útil a intervenção punitiva (o que se obtém mediante o juízo sobre a necessidade de pena), extremos que devem ser enfrentados por uma teoria do bem jurídico penal que aspira exercer uma função crítica e correta acerca dos processos de criminalização e descriminalização.

Como se sabe, os bens jurídicos penais são os interesses humanos que necessitam de proteção da norma penal, seja em caráter coletivo ou individual, mas que, em qualquer caso, são constituídos de bens jurídicos individuais e supraindividuais, considerados estes últimos como direitos humanos fundamentais e inalienáveis (Benedetti, 2014, p. 31).

Nesse sentido, deve-se observar a existência, ainda, da teoria dos bens jurídicos coletivos (autônomos) que reconhece, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, autênticos bens jurídicos sociais ou coletivos capazes de continuar a exercer a função de padrão crítica da incriminação, exigida por um Direito Penal democrático e liberal (Sousa, 2010, p. 242).

Este é o entendimento de Dias (2001), para quem o Direito Penal serve à tutela subsidiária, a par de bens jurídicos individuais, de bens jurídicos coletivos como tais, que podem reconduzir-se, em último termo, a interesses legítimos da pessoa. A característica essencial deste novo bem jurídico coletivo ou universal reside no fato de poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído, sendo certo que nessa possibilidade de usufruto reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico coletivo.

Pois bem. O que se deve exigir, na verdade, segundo este entendimento, é uma valoração de cada caso para determinar se realmente se está diante de um objeto dotado de autêntico conteúdo material que justifique ser digno de tutela penal. Ademais, no que concerne à configuração típica de proteção, estes interesses denominados de segunda geração exigem formas específicas de tutela que não correspondem aos tradicionais mecanismos de proteção individual-patrimonialista (Mata Barranco, 2004, p. 487).

As diversas influências trazidas pela sociedade contemporânea fizeram introduzir, portanto, novos interesses dignos de proteção, em geral, com enfoque coletivo ou supraindividual. Tais interesses, uma vez reconhecidos como merecedores de tutela jurídico-penal, fazem reconhecer a existência de uma superestrutura que vai além do Direito Penal Clássico Liberal.

E, como dito anteriormente, a questão fundamental – acerca dessa nova relação entre sociedade e Estado estabelecida de modo que os interesses pessoais passam a ser vistos de forma macrossocial – diz respeito mais à determinação do conteúdo material do dito bem jurídico-penal coletivo, de forma a justificar a necessidade de intervenção penal (Bechara, 2014, p. 221).

Os bens jurídicos supraindividuais se tornam argumento para a expansão do Direito Penal, mas, na verdade, eles não podem ser ou deixar de ser entendidos como um direito individual compreendido como um bem comum. Antes de proteger o direito coletivo, existe – como natureza – uma proteção de bens individuais. Por isso, a fim de que tais bens não se transformem na mera proteção de interesses coletivos próprios de regimes autoritários é preciso

que haja, em seu núcleo, a proteção de um bem jurídico individual (Hormazábal Malarée²⁰⁰⁰, p. 1.419).

Por fim, deve-se observar que, quando se fala em lesividade a fim de verificar a limitação à tutela de determinados bens jurídicos, é preciso ressaltar que o modelo de Direito Penal liberal de proteção de bens jurídicos pessoais e do patrimônio nunca existiu como tal (Silva Sánchez¹⁹⁹⁹, p. 149-157).

De fato, quando se critica a proteção de bens jurídicos supraindividuais, como a ordem econômica e o meio ambiente, esquece-se que os Códigos Penais protegeram historicamente interesses dessa natureza. Portanto, deixa-se claro, como já dito, que o debate não se funda em se deve ou não haver a intervenção penal em determinadas matérias, mas, sim, de que forma deve se dar tal intervenção.

Nesse sentido (Bechara, 2014, p. 228),

[...] não é possível deixar de admitir que nos delitos referidos a bens jurídicos coletivos não se produz em geral um resultado material em sentido estrito. Nesse sentido, parte das dificuldades de reconhecimento da legitimidade de tutela dos bens jurídicos coletivos provém da origem do conceito de bem jurídico, a partir de uma perspectiva causal-naturalista própria do século XIX, a implicar a confusão entre tais bens jurídicos e seu substrato material, bem como entre a ofensa a esses bens e a produção de um dano, entendido como destruição de um objeto quantificável.

Dessa forma, sem esquecer do referente individual, é possível concluir que nos delitos cujos bens jurídicos protegidos são coletivos, a ofensividade deve ser analisada de acordo com critérios relacionados à relevância jurídico-penal do comportamento especificamente no que diz respeito à gravidade de afetação do bem, e não a partir de critérios naturalísticos de gravidade do dano (Bechara, 2014, p. 229). E é justamente por isso que se admite a possibilidade de se afirmar a existência de delitos de lesão em matéria coletiva (Bustos Ramírez¹⁹⁸⁶, p. 160).

Por outro lado, é preciso observar que, diante da ausência de suporte material tangível, a análise acerca da ofensividade dos bens jurídicos coletivos depende particular e especificamente do nível de concretização em um contexto previamente positivado, a fim de evitar a tutela de meros objetos de organização política, social ou econômica, além de viabilizar que referidos bens jurídicos possam seguir na função crítica de limitação da intervenção penal, característica que lhe é (e deve ser) inerente.

5 Conclusões

Independente da corrente conceitual adotada, o que se percebe é a presença marcante da ascendente tutela de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais.

Os interesses supraindividuais são particularmente vulneráveis de modo que merecem uma forte proteção pelo Direito Penal, mas é preciso ter em mente que a proibição de ações somente terá sentido, evidentemente, se essas ações puderem provocar uma lesão ou um perigo concreto de lesão a um bem jurídico e, por conseguinte, a proibição tem como pressuposto que a ação que se quer proibir implique no ato de lesionar ou por em perigo valores concretos referidos como bens jurídicos.

Também, e muito especialmente, no campo da criminalidade econômica, somente os delitos intimamente referidos a bens jurídicos podem acarretar a execução de atos de coação. O bem jurídico, frise-se, deve ter papel preponderante na solidificação dos princípios de identidade e especialidade da matéria, impondo, em primeiro lugar ao legislador, e, também, ao poder judiciário, uma interpretação limitadora do *jus puniendi*.

Nesse contexto, o poder penal em qualquer de suas manifestações está sujeito hoje a limites específicos e sua inobservância torna ilegítimo o exercício de semelhante poder, sendo certo que tais limites derivam especificamente da limitação do poder estatal pela ideia do Estado Democrático de Direito. Estes limites, fixados pelo Direito, operam como garantias para a esfera de liberdade dos cidadãos frente ao poder estatal.

Um dos limites do poder punitivo mais importante representa o conceito material de delito, desenvolvido a partir da ideia de “objeto” do delito, hoje reconhecido como garantia fundamental do cidadão no Estado de Direito.

Este conceito determina as condições (materiais) que se darão necessariamente para que um fato possa ser submetido legitimamente a uma pena estatal e, deste modo, traça o limite a partir do qual não poderá ser possível nenhum exercício legítimo do poder penal, vinculando principalmente e sobretudo ao legislador.

O debate político criminal sobre o tema se desenvolve precisamente em torno de um conceito material de delito como descrito, o qual, em princípio e não obstante, parece ser compartilhado no essencial tanto pelo discurso favorável como pelo resistente ao reconhecimento da legitimidade da proteção penal dos novos bens jurídicos coletivos.

Como visto, para alguns representantes do discurso de resistência, muitos dos objetos protegidos pelos tipos penais modernos – que são, em sua maioria, substratos de um caráter coletivo – careceriam da condição de bens jurídicos porque não estariam constituídos por nenhuma realidade empírica perceptível e suscetível de ser referida a interesses concretos das

peçoas, sendo, na verdade, meras funções e objetivos de organização política, social ou econômica. Enfim, seriam objetos fictícios de tutela, que servem de pretexto para uma ampliação da incriminação.

O que se percebe é o que o discurso de resistência deduz de sua concepção pessoal do bem jurídico que somente estar-se-ia de acordo com o Estado de Direito um Direito Penal “nuclear” constituído por tipos penais orientados para a proteção de um sistema de bens jurídicos individuais, e, embora alguns de seus representantes considerem admissível uma proteção penal de certos substratos coletivos, limitam-na às violações que, ao mesmo tempo, ponham ao menos em perigo bens jurídicos individuais.

Por outro lado, segundo ainda o discurso de resistência, o Direito Penal moderno teria substituído o modelo da lesão e do perigo concreto de bens jurídicos individuais por outro no qual predominaria o perigo abstrato. Com isto, se estaria desviando dos princípios da lesividade, da subsidiariedade e da *ultima ratio*.

Ademais, o Direito Penal moderno, nessa linha, teria somente um caráter simbólico (Hassemer, 1995), de que, com a criminalização de comportamentos conectados a novos riscos, a população adquiriria consciência da necessidade de respeitar determinados valores.

Dessa forma, estas supostas ameaças para as garantias do Estado Democrático de Direito levam a propor um deslocamento de praticamente todos os ilícitos modernos a outros setores jurídicos, restando urgente a necessidade de se buscar novas alternativas ao Direito Penal, a fim de que sejam respeitados seus princípios basilares e fundamentais.

Referências

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

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 411-436, jan./dez. 2008.

BECK, Ulrich. “Momento Cosmopolita” da sociedade do risco. **Com Ciência**, [S. l.], n. 104, 2008, p. 3-4. Disponível em: <http://comciencia.scielo.br/pdf/cci/n104/a09n104.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

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

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos: repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932. Estudios de derecho penal en homenaje al professor Luis Jiménez de Asúa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Complutense**, nº 11 (monografía), 1986.

COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 09-25, abr./jun., 2001.

DIAS, Augusto Silva. **Delicta in se e Delicta mere Prohibita**. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção de gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 75, p. 45-58, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Montivideo: BdeF Editorial, 2007.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. El problema de la enseñanza del Derecho penal. In: **Pensamiento penal moderno**. Bogotá: Universidades Externado y Del Rosario, 1991.

GIULIANI, Emília Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, [S. l.], v. 6, n. 11, p. 101-120, jul./dez. 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis. Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de derecho. **Estudios de derecho penal**: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez / coord. por Hernán Hormazábal Malarée, 2011.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal**: teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 12, 1989.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho trad. de E. Anarte Borralló, **Revista Penal**, [S. l.], n. 1. Barcelona: Praxis, 1998.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Trad. de E. Larrauri. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid: Ministério da Justiça, 1992.

HERZOG, Félix. **Algunos riesgos del derecho penal del riesgo**. Revista Penal, n. 4, 1999.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. El principio de lesividad y el delito ecológico. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). **El nuevo derecho penal español**. Estudios penales en memoria del professor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzadi, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MATA BARRANCO, Noberto J. de La; MATA BARRANCO, Ignacio de La. La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.). **Dogmática y lei penal.** Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona, 1972.

SANTANA VEGA, Dulce María. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.** Madrid: Dykinson, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. Traducción de Manuel Cancio Meliá. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, [S. l.], año II, n. 1-2, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La expansión del derecho penal.** Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Política criminal y nuevo Derecho penal.** Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J.M. Boch, 1997.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A legislação Penal Brasileira em Face da Chamada Sociedade do Risco. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, [S. l.], ano XI, n. 61, p. 47-56, abr./maio 2010.

SOUSA, Susana Aires de. **Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador.** Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 231-246, set./out. 2010.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales, 2010. Disponível em:
www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf. Acesso em: 25 maio 2023.