

RESENHA

BADARÓ, TATIANA. BEM JURÍDICO-PENAL SUPRAINDIVIDUAL.
BELO HORIZONTE: D'PLÁCIDO, 2016, 314 P.

PAULO NATANAEL VIEIRA LIMA¹

CREDENCIAIS DA AUTORA

Tatiana Maria Badaró Baptista é doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais; pesquisadora visitante na University of Toronto, Canadá; mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2016). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012). Professora universitária. Advogada criminalista em Belo Horizonte.

INTRODUÇÃO

O bem jurídico, desde as primeiras reflexões realizadas no início do curso de Direito, é visto como um elemento puro, pré-existente e autoexplicável.

¹ Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; pós-graduando em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual pela mesma instituição. Pós-graduando em Compliance pela Universidade de Coimbra, em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Telefone: (31) 97337-7717. E-mail: paulonatanael.pn@gmail.com. Endereço: Avenida do Acesso, bloco 3, s/n, apartamento 101 – Conjunto Santa Maria – CEP: 30380-490. Belo Horizonte – MG.

Poucas vezes se discute epistemologicamente o bem jurídico², sendo mais comum abordar os efeitos que ele provoca na teoria do crime, o que leva o leitor a refletir se de fato ele comprehende integralmente um dos elementos mais importantes para a ciência penal, principalmente no tocante à evolução histórica, à (des)aplicação da teoria do bem jurídico no cenário atual e o impacto social que ela provoca.

INTERPRETAÇÃO

Inicialmente, Tatiana Badaró aborda a evolução histórica do conceito de crime, ressaltando que as mudanças de perspectiva acompanham o modelo de Estado e a ideologia político-social vigente em determinado período. Segundo a autora, o crime encontrou embasamento em vieses cosmológicos, mercantilistas, religiosos e absolutistas, antes de receber uma conceituação material derivada do pensamento iluminista, que buscou afastar o direito penal das interferências morais e religiosas, bem como estabelecer um conceito pré-jurídico de crime, orientado pela noção de danosidade social.

Como derivação do pensamento de Birnbaum, crítico da teoria de direito subjetivo de Feuerbach, o direito penal passou a se voltar para a tutela de bens, entendidos como objeto de direitos passíveis de sofrer lesões ou perigo de lesão pelo agente. Este pensamento assumiu um papel importante no desenvolvimento de uma teoria do bem jurídico enquanto limitador do poder punitivo, dado que o positivismo, que encontrou raízes em Augusto Comte e se destacou em Binding, tornou a norma o objeto do Direito e desencadeou a tripla

² O bem jurídico geralmente é conceituado de forma genérica pela maioria dos professores e teóricos do Direito. Não são abordadas as diferentes classificações e muito menos como a adoção de determinado viés por parte do legislador ou intérprete pode provocar um impacto enorme na sociedade. A mera preocupação com a existência de um tipo penal, sem a compreensão da justificativa de sua existência e sem a capacidade de observar o bem jurídico que supostamente lhe ofereceu substrato, não permite críticas construtivas, o que aumenta o pilar do domínio social e econômico de determinados grupos.

ramificação da norma jurídica, de onde partiu o senso de crime de perigo concreto, abstrato e de dano.

Segundo Badaró, foi com base no pensamento de Binding que se passou a acreditar na proteção de bens jurídicos fora da ordem individual, dado que a proteção de valores sociais e princípios diretivos também interessavam ao Direito. No entanto, derivou-se desta teoria, que se contrapunha ao jusnaturalismo e à arbitrariedade do Judiciário, a liberdade de o Poder Legislativo transformar em norma qualquer tipo de situação, o que foi devidamente aproveitado pelo nacional-socialismo alemão nas atrocidades cometidas na primeira metade do século XX.

Passando por Von Liszt, doutrinador do positivismo sociológico que sustentava que a proteção jurídico-penal deveria obedecer ao critério do interesse, Badaró aborda a teoria neokantiana, que, por sua vez, reascendeu os conceitos da metafísica e colocou em uma posição privilegiada a noção de valor.

No tocante ao conceito de bem jurídico desenvolvido pelos regimes totalitários do séc. XX, a partir da explanação de Badaró, percebe-se a compatibilização com o modelo constitucional vigente em cada país³, o que corresponde à expressão do “fator real de poder”⁴ e da “decisão política fundamental”⁵ do Estado.

Foi com Welzel e Stratenwerth, no entanto, que se encontrou bases para a reprovabilidade da ação enquanto estrutura da proteção ético-social do bem jurídico, o que impactou no expansionismo penal, principalmente em relação aos crimes ambientais e econômicos. Lado outro, embora reconheça a existência de bens jurídicos supraindividuais, Hassemer traz a pessoalidade como requisito indispensável para a proteção jurídica, ao argumento de que a abstração dos

³ Pode-se citar como exemplo a Rússia, que estabeleceu um conceito de crime pautado no finalismo dos atos estatais de caráter socialista e tinha como modelo constitucional o que Flávio Martins considera como “Constituição Balanço” (reconhecimento das conquistas anteriores e projeção de novas finalidades no texto constitucional). (NELSON JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação.2019.p.219).

⁴ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Belo Horizonte: Editora Líder. 2001.p.37.

⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1980.p.11.

bens jurídicos e a liberdade criativa do legislador podem colocar em risco a integralidade do indivíduo.

Adquire relevância no momento atual, de acordo com Badaró, as teorias constitucionais, que são aquelas que entendem que a ordem de proteção do bem jurídico está contida na Lei Fundamental. Essas teorias, que pairam entre a concepção estrita e ampla do texto normativo (bloco de constitucionalidade⁶), podem assumir papéis antagônicos: prudência para delimitar os bens jurídicos em normas infraconstitucionais ou enfraquecimento da noção desses bens ante a abstração do mandamento constitucional – ou mesmo da má-fé criativa do Legislador.

Encerrada a abordagem da evolução histórica, a autora dissertou sobre a crise da teoria do bem jurídico no direito penal contemporâneo, trazendo reflexões doutrinárias acerca da sociedade de risco, expansionismo penal⁷ e (re)invenção de práticas delitivas e de persecução penal⁸, que foram objeto de

⁶ É o resultado da soma de três elementos que irão atestar a constitucionalidade de uma norma – e consequentemente de uma previsão legal que cria e protege determinado bem jurídico; quais sejam: Texto Constitucional, Princípios que decorrem da Constituição e Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos. (NELSON JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação.2019.p.166-167).

⁷ “Um dos principais fenômenos do ordenamento jurídico das sociedades contemporâneas é o denominado expansionismo penal, considerado um marco da globalização, fruto de uma sensação de insegurança coletiva, derivado de políticas criminais simbólicas e punitivistas e que engendra uma reflexão quanto à existência de uma sociedade de riscos. A constante sensação de insegurança, aliada à dependência de respostas estatais imediatas, retiram a potencialidade de solução de conflitos e a garantia da ordem de outros meios existentes – sejam eles jurisdicionais ou não – e transferem ao Direito penal, externalizando uma confiança na eficácia desse âmbito jurídico e também o crescimento do viés punitivista da sociedade. O expansionismo penal tem como principais características a instrumentalização do direito penal – bem como sua inoperatividade, seletividade e simbolismo –, excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo), descodificação, flexibilização das garantias penais e processuais e caos normativo”. (LIMA, Paulo Natanael Vieira. *Aproximação do Direito Processual e Material Penal ao sistema jurisdicional administrativo como hipótese à obscuridade existente entre os dois âmbitos jurídicos*. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 7, n. 2, p. 60-100, 2019.p.79-80).

Nas palavras de Ana Carolina Carlos de Oliveira, citando Hassemer: “Nesse sentido, Hassemer menciona que o Estado não é mais o *Leviathan*, mas um parceiro no combate à criminalidade e aos riscos da sociedade moderna; e os direitos fundamentais, objeto de proteção constitucional, já não são direitos de proteção contra o Estado, mas um obstáculo à eficiência do Direito penal. Tais mudanças estariam relacionadas a todos os âmbitos da intervenção penal: o Direito penal material, o processo penal, e o discurso político-criminal em geral, fazendo com que o Direito penal adotasse como objetivo primordial o alcance da segurança social. (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em:<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>>. Acesso 19 mai. 2020. p. 43-44).

⁸ O aumento da criminalização, principal aspecto do expansionismo, para Eugênio Raúl Zaffaroni, indica que o sistema penal está sendo montado para que a legalidade processual seja utilizada com alto grau de arbitrariedade seletiva, que seria aplicada aos setores mais vulneráveis da sociedade. Essa seletividade

estudo de autores referência, tais como Silva Sánchez, Ulrich Beck e Winfried Hassemer.

O direito penal, a partir desta análise, se descaracteriza, perde a função de *ultima ratio* e se contamina com as características do direito administrativo⁹, gerando uma verdadeira administrativização do direito penal, pois começa a atingir áreas que antes não ocupava, como, por exemplo, na criminalização de condutas contra o meio ambiente e contra o Sistema Financeiro Nacional, previstas nas leis nº 9.605/98 e 7.492/86, respectivamente.

Nessa perspectiva, como bem explicita Badaró, o Direito Penal passa a prevenir eventos futuros em uma escala maior do que busca oferecer respostas a fatos pretéritos. Além disso, passa a comportar bens jurídicos despersonalizados e abstratos¹⁰, que têm por consequência a confusão entre os conceitos de bem jurídico e funções estatais, o resgate de teorias metodológicas, a transformação do crime de perigo abstrato em técnica de tipificação primária e a reafirmação normativa, derivada da ideia de funcionalismo sistêmico de Jakobs.

Importante a observação feita pela autora em relação ao cenário da América Latina e dos demais países que não superaram o problema da desigualdade social. Segundo Badaró, a doutrina sustenta que a mudança de perspectiva do bem jurídico e a implementação da espécie supraindividual é medida necessária em razão da evolução da sociedade para um contexto de divisão de riscos, e não mais de distribuição de riquezas - como era no período

provoca uma reação imediata desses grupos vulneráveis, pois passam a enxergar a criminalização de condutas praticadas pelos grupos economicamente superiores uma possibilidade de vingança, o que irradia o punitivismo. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 27).

⁹ Nos dizeres de Hassemer: "o direito penal e a pena foram promovidos à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos e uma "demanda urgente de ação" se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções. Eu os escolho indiscriminadamente: abuso de benefícios sociais, poluição ambiental, terrorismo, estruturas mafiosas no interior e no exterior, drogas, corrupção, distribuição de produtos perigosos, tráfico de produtos, sonegação de impostos. Em todo lugar deve o direito penal julgar os andares superiores dos bancos e as direções das empresas, as mansões e os prédios do governo e, consciente de si, o direito penal deve abandonar seu nicho impregnado da sujeira da violência cotidiana". (HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.83).

¹⁰ O bem jurídico passa a ser supraindividual, ou seja, não toma como referência o indivíduo e não está condicionado à possibilidade de existir um titular.

pós-industrial, mas não se atentam ao fato de que a legislação penal em países como o Brasil ainda se ajusta àquele modelo, pois apresenta como características a seletividade penal e a classificação dos crimes como sendo “de rico” e “de pobre”¹¹.

Nesses países, em regra, o enfraquecimento ou a perda total da ideia de bem jurídico como delimitador do poder punitivo estatal se torna instrumento de práticas subversivas amparadas por interesses econômicos, políticos e sociais; ou seja, o bem jurídico sai do campo de proteção da norma e passa a ser um meio – ou justificativa – de obtenção de uma finalidade extrínseca à razão de existir do direito penal, se vinculando diretamente à finalidade de determinado grupo social.

Mesmo em países desenvolvidos, como a Alemanha – que também é o berço da teoria do bem jurídico –, nota-se a insensatez no tocante à delimitação do direito penal. O Tribunal Constitucional Alemão, como bem assevera Badaró, não enxerga o bem jurídico como pressuposto do poder punitivo estatal e a limitação deste, e sim como um obstáculo à efetividade do sistema. Segundo aquele Tribunal, a única baliza para criar tipos penais a ser observada pelo legislador é a Constituição, e não a ideia de bem jurídico. Tal concepção ganhou força no Brasil, pois o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da ADPF 54, reforçou o entendimento no sentido de que o Legislador possui ampla discricionariedade na elaboração de tipos penais, sendo vedada apenas as produções legislativas que contrariam a Constituição, o conhecimento científico e racional.

Interessante, também, o posicionamento de Luís Greco, citado por Badaró, em relação à possível “falência” da teoria do bem jurídico. Segundo o penalista carioca, a exceção ao dogma do bem jurídico, embora provoque desconfiança em um primeiro momento, pode ser de grande valia para a teoria, pois a ampliação significativa da ideia de bem jurídico permitiria o englobamento

¹¹ Importante mencionar que esta seletividade tem impactado em todas as classes sociais, pois o aumento de representatividade no Congresso da classe historicamente oprimida torna a criminalização da classe contrária uma medida de vingança. Acerca do punitivismo reverso das classes brasileiras, sugere-se a leitura do seguinte artigo: KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. Discursos Sediciosos, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, p. 79-92, jan.-jun. 1996.

de todo e qualquer tipo de conduta lesiva, provocando, consequentemente, o fortalecimento deste conceito.

Ao longo da explanação de Badaró, percebe-se que o trabalho tem por escopo discutir três grandes questões: a) é – ou foi em algum momento – essencial abordar o bem jurídico de forma epistêmica para delimitar o campo de aplicação da norma penal?; b) o bem jurídico é realmente um pressuposto de realização de proteção jurídica?; c) quais são os efeitos da restrição ou da ampliação do conceito de bem jurídico?¹²

Em que pese a prevalência da autora pela classificação monista-pessoal do bem jurídico, ela não deixa de ressaltar que todas as classificações são cientificamente falhas, pois não conseguem abordar integralmente os tipos penais e muito menos solucionar o conflito individual-social da ideia de bem jurídico. Segundo Badaró, as teorias se limitam à discussão binária (há ou não há bem jurídico), sendo que o dogmatismo penal exige muito mais que isso para assentar os tipos penais.

Interessante, também, a reflexão trazida por Badaró a respeito da possibilidade de ser aplicado o princípio da insignificância aos tipos penais de bem jurídico supraindividual, dada a abstração do mesmo. Apresentando jurisprudências nos dois sentidos – permissivo e proibitivo –, a autora permite que o leitor tire as suas próprios conclusões, mas deixa implícita a informação de que, independentemente do viés adotado, esta “espécie” de bem jurídico jamais permitirá uma constatação concreta do grau de lesividade¹³, ou seja, a mensuração dependerá da interpretação do jurista.

¹² Em um primeiro momento estas questões parecem inúteis, pois se voltam para um elemento considerado saturado pelos estudiosos do Direito. Os juristas geralmente têm a convicção de que existem expressões ou institutos jurídicos que não merecem mais respaldo acadêmico ante a repetição diária no âmbito prático, como, por exemplo a definição de processo, o significado de relação de emprego, a distinção entre princípios e regras, as propriedades dos sistemas processuais penais. Inclusive, em relação a este último exemplo, recomenda-se a leitura do artigo ”LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas Processuais Penais*: ainda precisamos falar a respeito? In: Ricardo Jacobsen Gloeckner. (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, v. 1, p. 31-56”, pois o autor aborda a problemática do sistema processual penal utilizando o mesmo raciocínio que Badaró adota em sua dissertação, qual seja: refletir se uma questão tão vivenciada pelo profissional do Direito realmente está superada no âmbito acadêmico.

¹³ Ao contrário dos bens jurídicos individuais, que permitem constatar a intensidade da lesão, o bem jurídico supraindividual depende de uma construção subjetiva.

No tocante à relação do bem jurídico supraindividual com as cláusulas de exclusão da ilicitude, a autora afirma que a doutrina reconhece a aplicabilidade ampla do artigo 23 do Código Penal, exceto no tocante à legítima defesa¹⁴. Como bem apontou Badaró, a doutrina alemã entende que a legítima defesa se aplica a todos os bens jurídicos igualmente; ao contrário do que prega os países latinos, que entendem que a legítima defesa deve perpassar um juízo comparativo entre o bem lesado e o bem defendido.

Quando à tipificação de condutas com base no bem jurídico supraindividual, Badaró, acertadamente, desmitifica a relação de proteção estatal com a elevação de certas ações à condição de violação possível do bem jurídico. Segundo a autora, citando Hefendehl, para que um bem adquira a condição de supraindividual é necessário o preenchimento de três requisitos: não exclusividade, não distributividade e não rivalidade; sendo que determinadas legislações conferem essa condição sem que haja este preenchimento, com a única pretensão de aumentar o punitivismo. Pode-se citar, como exemplo, a Lei 11.343/06, que se vale de um falso bem supraindividual (saúde pública¹⁵) para punir severamente autolesões com penas desproporcionais (paternalismo jurídico).

Relevante, também, a abordagem da autora no tocante aos bens jurídicos mediados e imediatos, que podem explicar a alta gama de tipos penais dos últimos anos. De acordo com Badaró, os primeiros estão ligados à finalidade da norma, a sua violação independe da vontade do agente, não se vinculam diretamente à classificação objetivo-subjetivo do tipo e são violados com a provação do perigo; enquanto os últimos se fundam na teoria clássica do delito. Interessantíssima esta indagação, pois explica muito bem o porquê de os crimes considerados abstratos não serem tão abstratos assim. A lesividade, como se evidencia a partir da exposição de Badaró, vai muito além da captação sensorial do dano, pois pode se prender à finalidade protetiva da norma, como,

¹⁴ A doutrina majoritária entende que a legítima defesa é um instituto jurídico privativo dos bens jurídicos individuais. A doutrina minoritária, por sua vez, divide-se em duas: uma reconhece a legítima defesa dos bens jurídicos supraindividualis indistintamente, e outra entende que não se aplica aos casos de agressão à soberania da Pátria.

¹⁵ A saúde pública, como explicita Badaró, na verdade é a soma de várias integridades físicas individuais, não preenchendo, desta forma, o requisito da indivisibilidade.

por exemplo, a Ordem Tributária (bem jurídico mediato) ante a sonegação fiscal que provoca um rombo no ativo do Estado (bem imediato).

Os crimes de perigo abstrato, principal estrutura delitiva dos bens jurídicos supraindividuais, se tornam instrumento de garantia das funções do Estado, pois se esgotam na realização de uma conduta contrária à previsão normativa, não sendo objeto da discussão o grau de lesividade. Assim, o bem jurídico se torna a justificação da medida legal, mas não condiciona a antijuridicidade pelo fato de não haver interesse na análise do dano, ou seja, o objeto de análise da conduta delitiva é tão somente o preenchimento dos requisitos normativos, mais precisamente a desobediência do agente ao preceito normativo.

Discorda-se da autora no tocante à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois um modelo de Estado Democrático exige que a ofensividade do dano esteja presente em todo e qualquer tipo, sob pena de fazer do direito penal um instrumento de fixação de interesses do legislador.

Sabe-se que o direito penal reproduz os interesses de uma classe dominante, o que impacta diretamente nos crimes de perigo concreto e de dano. Conceder legitimidade para os crimes de perigo abstrato abre caminho para que um novo instrumento de perpetuação de poder se instaure. Além disso, é impossível determinar se o pressuposto de existência daquela norma de fato é um bem jurídico.

Uma das poucas omissões do trabalho é no tocante a existência ou não da possibilidade de se realizar um juízo interpretativo capaz de constatar bens jurídicos supraindividuais em tipos penais que já possuem bens jurídicos individuais ou coletivos¹⁶. Por exemplo, seria possível considerar, em relação ao crime de homicídio, a existência de um bem jurídico supraindividual além do bem jurídico vida?

Em que pese a referida omissão, a obra é brilhante. A autora explicita um dos temas mais controversos do direito penal contemporâneo, apresenta

¹⁶ Vale ressaltar que existem os bens coletivos e os bens que se utilizam deste pretexto apenas para antecipar punições de bens jurídicos individuais. Como exemplo, pode-se citar a falsidade documental, que sob pretexto de defender a fé pública, pune condutas que colocam em risco apenas a relação entre particulares.

diversos vieses doutrinários, aborda com perfeição todos os assuntos a que se propôs. A escrita é um pouco densa, o que impossibilita a leitura dinâmica.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, 314 p.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. Discursos Sediciosos, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, p. 79-92, jan.-jun. 1996.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Belo Horizonte: Editora Líder. 2001.
- LIMA, Paulo Natanael Vieira. *Aproximação do Direito Processual e Material Penal ao sistema jurisdicional administrativo como hipótese à obscuridade existente entre os dois âmbitos jurídicos*. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 7, n. 2, p. 60-100, 2019.
- NELSON JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação.2019.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em:<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>>. Acesso 19 mai. 2020.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1980.p.11.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.