



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ESGOTAMENTO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO NA TUTELA DOS CRIMES
SUPRAINDIVIDUAIS DECORRENTES DA SOCIEDADE DE RISCO

Lucas Guimarães Rocha

Rio de Janeiro

2017

LUCAS GUIMARÃES ROCHA

O ESGOTAMENTO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO NA TUTELA DOS CRIMES
SUPRAINDIVIDUAIS DECORRENTES DA SOCIEDADE DE RISCO

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor orientador: Ana Lucia da Costa Barros.

Rio de Janeiro

2017

O ESGOTAMENTO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO NA TUTELA DOS CRIMES SUPRAINDIVIDUAIS DECORRENTES DA SOCIEDADE DE RISCO

Lucas Guimarães Rocha

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – o presente artigo tem o fito de investigar a atualidade do conceito de bem jurídico nos crimes inerentes à sociedade de risco, os quais se revestem de grande abstração, tornando, por conseguinte, inviável a verificação da lesividade. Em decorrência da verificada inadequação teórica, envida-se esforços para aquilatar os efeitos da elasticidade argumentativa empregada para a retórica configuração da tipicidade no caso concreto, bem como investigar se há alternativas ao modelo ora vigente.

Palavras-chave – Direito Penal Econômico. Sociedade de risco. Bem jurídico. Crimes supraindividuais. Princípio da lesividade. Funcionalismo.

Sumário – Introdução. 1. Da ordem à desordem: a (má) adaptação do conceito de bem jurídico à criminalidade contemporânea. 2. Interpretação elástica: a fuga da boa técnica jurídica como fenômeno. 3. Em busca de alternativas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade a avaliação sobre a pertinência/eficácia do conceito de bem jurídico, tal qual erigido no âmbito do Estado de Direito moderno, para a tutela dos crimes supraindividuais, decorrentes da sociedade de risco contemporânea, notadamente os afetos ao denominado Direito Penal Econômico, tendo em vista a característica imaterial dos bens jurídicos que visam a proteger e o fato de se tratar os tipos penais em tela de crimes de perigo abstrato e de normas penais em branco, aspectos que distanciam o Direito Penal dos inoidáveis princípios da taxatividade e da lesividade, efetivamente garantias individuais contra o *ius puniendi* estatal.

Por conseguinte, busca-se examinar, a partir de escoreço histórico sobre o conceito de bem jurídico vis-à-vis teorias jurídicas mais avançadas, especialmente o funcionalismo penal alemão, ponderando-se, ademais, os direitos e garantias fundamentais petrificados na Constituição da República, e diante da problemática decorrente da ausência de lesividade nos delitos econômicos, se chegado o momento de superação teleológica do conceito de bem jurídico.

Isto porque se verifica, em tempos hodiernos, o distanciamento da boa técnica jurídica quando da aplicação da lei penal, circunstância que ocasiona conflitos tanto no que

tange à teoria da pena quanto aos direitos fundamentais, como o da isonomia, e princípios gerais do Direito Penal, subvertendo todo o sistema jurídico pátrio e a segurança jurídica.

Para além do estudo sobre os tipos penais que visam à tutela dos bens jurídicos supraindividuais, a análise volta suas luzes para o próprio bem jurídico, cujo conceito remonta ao iluminismo, tendo em mente ser o Direito, e especificamente o Direito Penal, superestrutura social, da qual a economia é a estrutura fundante, e, portanto, acompanha as mudanças nas relações econômicas para a elas se readequar, razão pela qual não pode ser estudado separadamente do estudo da própria sociedade de risco.

Com este norte, o primeiro capítulo responde à questão conceitual do bem jurídico, desde seu nascedouro enquanto significado juridicamente relevante para o Direito Penal até sua acepção contemporânea, bem como avalia sua adequação aos princípios gerais do Direito Penal, quais sejam o da taxatividade e o da lesividade, considerando, para tanto, a técnica legislativa adotada no Direito Penal Econômico de normas penais em branco e de crimes de perigo abstrato.

Diante desta definição, expõem-se, no segundo capítulo, os conflitos existentes na aplicação da norma penal aos casos concretos, que demandam uma fuga da boa técnica jurídica para adequar a proteção de bens jurídicos imateriais/abstratos aos conceitos inerentes ao Direito Penal, fundamentalmente aqueles afetos às garantias e direitos fundamentais que servem como escudo do indivíduo contra a força cogente do Estado.

Avança-se, pois, com o quadro delineado, para o terceiro capítulo, no qual é analisada a teoria jurídica contemporânea do funcionalismo penal alemão, capitaneada pelo jurista alemão Claus Roxin, em busca de alternativas para a solução da problemática inerente ao caso em análise.

Como a temática em tela é profundamente teórica, com reflexos concretos na efetiva prestação jurisdicional, adotou-se a pesquisa bibliográfica parcialmente exploratória e qualitativa como forma de conferir embasamento à presente investigação, somando-se ao método científico dedutivo para declinar, afinal, possíveis alternativas ao modelo estabelecido.

1. DA ORDEM À DESORDEM: A (MÁ) ADAPTAÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO À CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA

Conforme já preconizava Baratta¹, o Direito Penal enquanto mecanismo de controle social não pode ser interpretado à distância da leitura do atual estágio de desenvolvimento da sociedade, porque decorrente de um “sistema dinâmico de funções” atinentes aos processos de criminalização (primário e secundário) e que, por sua natureza, subvertem a crença na igualdade entre os indivíduos, para desvelar a desigualdade material da incidência da Lei Penal, a desvinculação entre a efetiva lesividade ao meio social da conduta reputada como criminosa e a imputação da pecha criminalizante, e, especialmente, a falaciosa relação entre a criminalização e a essencialidade dos bens (*ultima ratio*).

É, a rigor, a evolução da sociedade capitalista, com a qual advém a evolução tecnológica que dá azo à mecanização da produção, à dinamização das relações entre mercados e modificação das interações sociais, tudo na exata medida do encurtamento das distâncias provocado pelo fenômeno da globalização, que emerge à luz a expansão do risco, fator de definição da sociedade capitalista contemporânea².

Isso porque, na esteira do que conceitua Beck³ como modernização, ao tempo em que a evolução do processo técnico-econômico das relações de produção atinge patamares nunca dantes testemunhados, tanto no que diz respeito à força produtiva humana quanto à tecnológica, agudizam-se os riscos inerentes a tais atividades, que deixam de ser limitados à esfera pessoal de quem os assume, mas passam a ser, ante a grandeza da engenhosidade humana, ameaças universalizadas.

Deságua referido processo em cinco diferentes vertentes de riscos autorreferenciais das modernização das forças produtivas, a saber: (i) riscos de primeira linha, inerentes a catástrofes produtivas incontroláveis ou, em sua maioria, irreversíveis; (ii) riscos humanos, porque as consequências de sua assunção podem desencadear perigo à saúde e ao meio ambiente, cujos efeitos ultrapassam os limites dos Estados Nacionais e dependem de esforços internacionais para evitá-los/combate-los; (iii) risco de retroalimentação, pois, tratando-se a elevação de risco de fator negocial, cujas vantagens podem representar oportunidades de negócios/lucro, tendem a ser cada vez mais potencializados; (iv) risco político, já que o

¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 161-162.

² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: 34, 2011, p. 23.

³ *Ibid.*, p. 23-25.

conhecimento do risco passa a ser condição de existência tanto do indivíduo quanto da sociedade; e, por fim, (iv) risco social, relevado a partir da reorganização da superestrutura do capital, na forma de organização do estado burguês e, por conseguinte, do Direito⁴, como forma de redimensionar, combater e evitar a propagação do risco, seja na esfera social, seja na esfera política, seja, ainda, na esfera econômica, passando as esferas pública e política a “reger na intimidade do gerenciamento empresarial”⁵.

Daí porque o conceito de bem jurídico, em seus primórdios iluministas erigido sob a definição de fórmula viabilizadora da acusação e, hodiernamente, igualmente de jeito massivamente difundido, reputado como verdadeira garantia contra o *ius puniendi* estatal, revela-se incapaz de explicar fenômenos da criminalização primária de maneira satisfatória, mormente quando confrontado com normas penais em branco e crimes de perigo abstrato, notadamente sob o enfoque do Direito Penal Econômico, no qual são reputados como bens jurídicos tutelados elementos absolutamente abstratos e que se revelam de difícil constatação de lesão/risco de lesão.

Assim sendo, é indispensável, sob o paradigma do conceito de bem jurídico, analisar a expansão do Direito Penal ao longo da história, porquanto em seus primórdios, tomando-se a definição emprestada por Von Liszt, a qual se resume à noção de interesses juridicamente protegidos, ainda que contraditório, como apontado por Stratenwerth⁶, atende aos tipos penais que almejam a tutela de bens elementares como a vida, a integridade física e às questões patrimoniais em pequena e individualizada escala⁷; isto porque referidos bens jurídicos, ainda que abarquem interesses, que não se podem confundir com o bem particularmente tutelado, mas, sim, a ele dirigido, têm viés material que sofre lesão observável.

Em sentido oposto, por conseguinte, estão os tipos penais cujos apontados bens jurídicos têm natureza imaterial, porquanto sobre eles não se pode verificar efetiva lesão ou lesão juridicamente relevante, ou, mais ainda, risco de lesão juridicamente relevante

⁴ Nesse sentido, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p.125-126.

⁵ BECK. Op. cit., p. 27-28.

⁶ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132-133.

⁷ E prossegue: “Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidade. El ordem jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico (...). Los intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada em Estado e vice-versa (...). el ordem jurídico delimita las esferas e acción de cada um (...). La protección jurídica que presta el ordem del Derecho a los intereses de la vida es la protección por llas normas. ‘Bien jurídico’ y ‘norma’ son los dos concetos fundamentales del Derecho” LISZT. apud CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 23-24.

considerada a conduta imediatamente anterior⁸. Sobreleva-se a problemática, ademais, face à constatação de que os tipos penais que detêm maior relevo social hodiernamente são, em sua maioria, como é o caso dos crimes afetos à senda do Direito Penal Econômico, crimes de perigo abstrato, para os quais a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado é irrelevante penal, mas justamente a potencial exposição do bem jurídico ao risco que se revela apenada⁹.

Também nesta esteira, imprestável a adoção dos conceitos de “estados de coisas”, “objetos” e “dados”, porque, embora possam em muitas oportunidades se confundir com o próprio bem jurídico, especialmente nos crimes cujos bens jurídicos são de obviedade manifesta, como apontado anteriormente, no mais das vezes o objeto material da ação criminosa não se traduz no bem jurídico tutelado pelo tipo penal porquanto detentor de natureza abstrata; é o caso, por exemplo, dos crimes de falso ou nos de formação da personalidade¹⁰.

Ainda que bens jurídicos como honra, liberdade, paz pública etc., possam se inserir no conceito de “estado de coisas”, preocupa a indiscriminada abstração inserida nesta demasiadamente ampla definição de bem jurídico que acolhe absolutamente qualquer coisa, mas que não oferece ao intérprete qualquer baliza ulterior de significação¹¹.

Como patentado por Castellar¹², parcela da doutrina defendeu, ainda, prosseguindo no rumo da abstração do conceito de bem jurídico, de modo que se pudesse englobar, teoreticamente, tanto bens cujas lesões são materialmente observáveis quanto aqueles que pairam na imaterialidade, dissociado, portanto, o alvo sobre o qual recai a ação criminosa daquilo que se objetiva tutelar com o Direito Penal, a definição de que bem jurídico se traduz em valor, enquanto substrato normativo do *ethos* da comunidade¹³.

Ocorre, no entanto, que esta formulação acaba por confundir significante e significado, na medida em que o valor se consubstancia em característica do bem jurídico e com ele não se mistura, especialmente porque o valor não pode padecer de lesão¹⁴.

⁸ STRATENWERTH. Op. cit., p. 134-135.

⁹ Conquanto tenham tomado grande proporção hodiernamente os crimes de perigo abstrato, especialmente aqueles atinentes à senda Penal Econômica, indisputável pontuar a flagrante irrazoabilidade e desproporcionalidade observadas atualmente na aplicação da legislação pertinente; a título exemplificativo, enquanto o homicídio triplamente qualificado do caso “Matsunaga”, crime que ganhou os noticiários nacionais ante as barbaridades que lhe são inerentes, foi apenado com 19 anos e 11 meses de reclusão, referida pena foi infinitamente menor do que a aplicada ao ex-ministro José Dirceu, no âmbito da operação Lava-Jato, pela prática de corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa, somando um total de 30 anos e 9 meses de reclusão.

¹⁰ Ibid., p. 134.

¹¹ Ibid., p. 135.

¹² CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 35.

¹³ STRATENWERTH. Op. cit., p. 136-138.

¹⁴ Ibid., p. 138.

Sofre da mesma crítica a ideia de que bem jurídico se desvela como “a relação (valorada) entre um ser humano e um interesse”, isto é, com o já explicitado objetivo de separação entre o objeto da conduta (que pode ou não se confundir, caso-a-caso, com o bem jurídico) e o efetivo bem jurídico tutelado, propõe-se seja sua acepção voltada à relação normativa entre o bem (material ou imaterial) e o indivíduo ao qual está vinculado. Isto porque a aludida relação igualmente não é violável, porquanto não há desvinculação com o ato criminoso.

Não obstante referida concepção, verifica-se, na prática, que os tipos penais que pretendem tutelar a relação valorada de interesse vis-à-vis o detentor do “bem” em questão, cuidam-se de crimes de perigo abstrato, para os quais frequentemente são designados bens jurídicos imateriais, como a paz pública, a administração pública, a administração da justiça etc.. Assim sendo, as condutas praticadas por aqueles sobre quem incidirá a criminalização não têm o condão de violar os citados bens jurídicos, sendo, portanto, a eventual violação uma consequência secundária à ação desvalorada pelo Direito Penal, que objetiva, em primeiro lugar, a proteção da própria norma penal.¹⁵

É o que se observa como o recurso retórico ainda muito utilizado na jurisprudência brasileira, no qual a violação ao bem jurídico se confunde com a violação à própria norma criminalizante.

Nas palavras de Roxin¹⁶:

tales reflexiones podrían conducir a la perspectiva del denominado concepto “metodológico” de bien jurídico, que entiende por bien jurídico sólo una forma sintética de pensamiento respecto del “sentido y fin delas concretas normal del Derecho penal”, uma “abreviatura de la idea del fin” y com ello la “ratio legis” de los diversos tipos. Pero de esse modo se habría renunciado totalmente al significado del bien jurídico para el concepto material de delito, puesto que, dado que naturalmente el legislador persigue con cada precepto um fin cualquiera, siempre se daría *eo ipso* um bien jurídico y los esfuerzos descritos em los nm. 2-4 sólo habrían valido para solucionar um problema aparente. Dicho concepto solo sigue teniendo una función como medio de interpretación sistemática de la Parte especial, pero políticocriminalmente carece de importancia.

Neste sentido, a indiscutível divergência no que tange à conceituação do bem jurídico, com o fito de emprestar significado geral ao referido instituto, na medida em que sua especial proteção é apontada pela doutrina como norte indeclinável do Direito Penal¹⁷, perfazendo-se, doutro lado, como instrumento de controle do aparelho repressor estatal, acaba por esvaziá-lo

¹⁵ Ibid., p. 138-144.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general, tomo I: fundamentos; la estructura de la teoria del delito*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 54-55.

¹⁷ Ibid., p. 70.

ante a criminalidade contemporânea, já que, por seu intermédio, não se pode amoldar a conduta criminosa aos princípios limitadores do direito penal, como lesividade, fragmentariedade, taxatividade e subsidiariedade.

É o que observará a seguir, no que tange aos delitos atinentes à criminalidade econômica.

2. INTERPRETAÇÃO ELÁSTICA: A FUGA DA BOA TÉCNICA JURÍDICA COMO FENÔMENO.

Com efeito, a inadequação do conceito de bem jurídico não pode ser observada isoladamente, mas, senão, como parte de novo desenho institucional o qual, embora seja demasiadamente antidemocrático como se verá adiante, verifica-se, plenamente, não só nas cortes brasileiras, como, também, em escala mundial.

Não por outro motivo, desenvolveu-se, no Direito norte-americano, na corredeira do realismo jurídico, a teoria da decisão, segundo a qual o Direito não seria plenamente determinado e encontraria nas leis a fonte de sua *ratio*, como postulado pelo positivismo, construindo-se, portanto, uma leitura cética quanto ao fundamento de cada provimento judicial, que não encontra base na lei escrita, mas considerada a discricionariedade judicial, buscava-se atender a objetivos internos (legais) e externos (políticos) ou, ainda a fatores psicológicos e pessoais.

A interpretação, *in casu*, leva à conclusão de que juízes, ao decidirem, debruçam-se e formam opinião sobre fatos, para posteriormente buscarem sua classificação (ou legitimação) por intermédio das regras positivadas do Direito, de modo que as decisões tenham substratos jurídicos, sem, contudo, neles residirem os verdadeiros fundamentos do *decisum*, nem mesmo sendo possível atribuir pela jurisprudência um significado uniforme a este ou àquele dispositivo legal, uma vez que sua interpretação variaria caso a caso.

Neste sentido, subverte-se, na esteira da lição de Lênio Streck, a autonomia do Direito para dar lugar ao solipsismo, fenômeno pelo qual a decisão judicial nada mais se trata do que o protagonismo da individualidade, da opinião pessoal, do “livre convencimento”, em detrimento das fontes do Direito¹⁸.

¹⁸ STRECK, Lênio. *Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>. Acesso em: 25 out 2017.

É precisamente neste sentido que se desenvolveu o modelo atitudinal na teoria da decisão, como forma de aprofundamento do estudo do fenômeno observado pelo realismo jurídico acerca dos reais fundamentos de uma decisão judicial, seus aspectos internos ao julgado e aspectos que oferecem limites à irrestrita discricionariedade judicial, estes tanto internos como externos, compondo todos os matizes não declarados da decisão judicial.

Como estabelecem Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes¹⁹, o estudo sobre a decisão judicial propõe seja ela composta por fatores psico-sócio-políticos estranhos ao Direito. Observe-se:

essa área de estudos sobre o comportamento judicial incorpora um debate teórico mais amplo, encontrado na teoria social, sobre a importância que “fatores internos” aos agentes sociais, como suas preferências e crenças, interagem com as variáveis externas que configuram os “conjuntos de oportunidade” do contexto de tomada de decisão (Elster, 1994). Entendido dessa maneira, o comportamento social pode ser sintetizado como a conjugação da tentativa de maximização de *preferências* de atores relevantes (seus “desejos”), em interação com suas *crenças* a respeito das limitações impostas pelas preferências de outros atores e restrições externas, somadas às *restrições* externas objetivas (o que inclui todo tipo de coerção física, econômica, legal etc, independentemente das crenças que os atores possam ter sobre tais coerções).

Neste passo, divergem os modelos teóricos atitudinal²⁰ e estratégico no que tange às sólidas barreiras impostas por “conjuntos de oportunidade” internos e externos, neste último, em detrimento da prevalência do livre convencimento do juiz (ou *policies*) nas decisões judiciais, enquanto naquéloutro referidos limites se mostram insuficientes à primazia do solipsismo.

A teoria da decisão busca explicar a tomada de decisão com base nos seguintes fatores: (i) as preferências pessoais dos juízes, que refletem nada mais do que sua opinião pessoal sobre o assunto, ou *policies*, no sentido de maximização da ideologia particularmente adotada, (ii) a aceção que o juiz detém sobre o seu papel/dever no processo judicial, enquanto autoridade responsável por seu deslinde, figurando este fator como obstáculo interno à preponderância de sua avaliação pessoal sobre os fatos *sub judice* e, por fim, (iii) entraves observáveis a partir de uma perspectiva objetiva, que funcionam como limitadores externos à opinião do magistrado, tais quais disputas institucionais entre os poderes

¹⁹ RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. “Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro”, *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, 2013, p. 90. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/7503/6366>. Acesso em: 25 out 2017.

²⁰ Justifica-se o enfoque no modelo atitudinal porquanto, mesmo nos Estados Unidos da América, país onde se originou, o modelo passou a ter proeminência no debate acerca da teoria da decisão, ainda que seja para refutá-lo.

constituídos, possibilidade de autoridade judiciária superior reverter a decisão, modulação da decisão proferida considerada eventual resistência de seus pares em órgãos colegiados etc.²¹

O fenômeno é verificável a partir de alguns critérios, que servem tanto à definição do que seria *policy* adotada pelo magistrado quanto aos fatores internos e externos que têm o condão de refrear aquele prévio entendimento. No que tange ao primeiro elemento, assim como quanto à limitação interna, com o fim de que a análise não seja contaminada pelas próprias decisões objeto de escrutínio e, logo, torne-se um exame circulante, indispensável que ela se dê sobre fatores anteriores à toga, como sabatina no congresso, no caso de ministros, artigos acadêmicos, entrevistas concedidas, palestras etc.²². Quanto ao fator externo, em razão de sua natureza objetiva, pode ser observado por intermédio de questionamentos quanto à vitaliciedade ou não do cargo, garantia contra remoção, existência de graus de jurisdição hierarquicamente superiores, colegialidade do tribunal, controle exercido por outro poder etc.²³.

É precisamente nesta correnteza que o ativismo judicial²⁴ ganha relevo, pois que, embora o Poder Judiciário seja organizado em instâncias que se sobrepõem hierarquicamente, sendo as decisões submetidas, por conseguinte, a um vasto sistema recursal, seus atos estão, em última análise, sob o controle de sua própria autoridade superior, o Supremo Tribunal Federal, existindo (ou, talvez, sendo pouco manejados em razão de correlações de forças políticas) poucos instrumentos externos de controle das decisões judiciais²⁵.

Soma-se a este quadro o fato de os tipos penais referentes ao Direito Penal Econômico serem, em sua maioria, editados sob a vertente do perigo abstrato com bens jurídicos imateriais, circunstância que dificulta a elaboração de um sólido, e prévio, parâmetro para a aferição da lesividade da conduta reputada como criminosa, seja pela indefinição do bem jurídico supostamente tutelado, seja por sua natureza imaterial, sendo impossível mensurar a lesão ou risco de lesão, seja pelo próprio conceito de “perigo abstrato”, que admite a punição da conduta sem qualquer elevação materialmente observável do risco ao bem jurídico.

Assim sendo, à mingua fundamento jurídico para a escorreita aplicação do Direito Penal aos crimes ora *sub examen*, reserva-se ao poder judiciário o preenchimento da lacuna

²¹ RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Op. cit., p. 91.

²² Ibid., p. 94-95.

²³ Ibid., p. 95-96.

²⁴ Vide, sobre o ponto, o paradigmático voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC, oportunidade em que Sua Excelência discorre sobre a importância de guinada na atuação do Supremo Tribunal Federal como sucedâneo da atividade legislativa.

²⁵ Sobre a temática, indisputável fazer referência às questões relativas ao aborto de anencéfalos, legalização de drogas, casamento homoafetivo, dentre outros, tipicamente de cunho legislativo, porém submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, sem qualquer resposta legislativa sobre a temática até o momento.

retroreferida, o que acaba por submeter o conceito de bem jurídico a uma sorte de elasticidade argumentativa, como que tendente a encaixar um quadrado em um círculo, ao conceito de bem jurídico, na tentativa de explicar (legitimar) decisões que não guardam qualquer fundamento jurídico, quanto mais uniformidade, mesmo que se considere serem elas decorrentes de parâmetros provenientes de tribunais superiores, uma vez que estes, também à revelia de qualquer *ratio* jurídica, culminam por decidir por último nos moldes já explanados a respeito do modelo atitudinal.

Bastante uma simplória pesquisa jurisprudencial para observar, a título exemplificativo, a gravidade da divergência do que se interpreta como bem jurídico no crime de gestão temerária e sua efetiva lesividade.

Dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, sem se investigar os demais tribunais do país, já é possível observar a incongruência. Ora o bem jurídico é tratado como “a credibilidade do mercado financeiro e a proteção do investidor”²⁶; ora como “o próprio sistema financeiro nacional, sobretudo no que tocante à sua credibilidade perante aqueles que, eletiva ou potencialmente, destinem seus recursos às operações realizadas pelas instituições financeiras”²⁷; ora como sendo “o sistema econômico”²⁸; ora como “a proteção de Instituições Financeiras e do próprio Sistema Financeiro Nacional, cuja higidez e credibilidade revestem-se de relevância, [...] com vistas à estruturação equilibrada da sociedade e desenvolvimento do País, nos moldes delineados nos arts. 170 e 192 da CR/88”²⁹.

A indefinição se repete relativamente a outros crimes de mesma natureza e levanta a questão acerca da lesividade das condutas alvo da *persecutio criminis*, porquanto só se pode aquilatar a efetiva lesão ou risco de lesão ao bem jurídico se este for previamente definido; do contrário, dar-se-á lugar à incriminação *pret-à-porter*, casuística e, não raras vezes,

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 64.882. Relator: ministro Jorge Mussi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=64882&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>. Acesso em: 25 out 2017.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.475.677. Decisão monocrática. Relator: ministro Néfi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1475677&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 25 out 2017.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 816.989. Decisão monocrática. Relator o ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201502973651&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 out 2017.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 391.053. Decisão monocrática. Relator o ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700484019&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 out 2017.

justificadas em razão da pessoa que senta no banco dos réus, dando origem ao que Zaffaroni cunhou como Direito Penal do Inimigo³⁰.

Como turvos os supostos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais, modelo ao qual o Direito Penal ainda se mantém arraigado, e na esteira do decisionismo judicial, ou da “íntima convicção”, passa-se a uma retórica argumentação que, ao revés de partir da aplicação do direito previamente estabelecido ao caso concreto, para assim se chegar ao provimento jurisdicional, caminha na contramão, tendo como início o resultado almejado com o *decisum* e, em uma sorte de enviesada fatoração do raciocínio lógico, chega-se ao argumento jurídico que legitime o resultado deitado. Isto é: quando ao menos se tenta argumentar, porque, não raras vezes, observa-se a tautológica afirmação de que houve ofensa ao bem jurídico, sem que sejam declinados quaisquer outros adinículos a justificar a assertiva.

Em síntese, a ausência de limites concretos, sejam legais sejam doutrinários, à antecipação de punibilidade, na fórmula praticamente incontestável do crime de perigo abstrato, dá azo à insegurança jurídica, assim como viola os fundamentos basilares do Direito Penal como *ultima ratio*, notadamente a taxatividade, fragmentariedade e lesividade.

3. EM BUSCA DE ALTERNATIVAS

Já na conceituação emprestada por Roxin³¹ ao bem jurídico desvela-se a dúvida sobre ser possível, com base neste instituto, explicar o crime de perigo abstrato. Veja-se:

tal corresponde amplamente à minha própria definição, segunda a qual “bens jurídicos” seriam “dados ou finalidades necessárias para o libre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades”. Ela leva a um “conceito pessoal de bem jurídico”, como é defendido também por Marx, Hassemer e Hohmann, segundo o qual bens jurídicos da coletividade só devem ser reconhecidos se, em última análise, eles servirem às condições de vida dos indivíduos. E ele converge também com uma teoria liberal da danosidade social, cujos protótipos históricos encontramos em Beccaria, Gommel, W. v. Humboldt e Mill. Apenas ali onde for comprovável um dano real podem estar lesionadas as condições da existência e desenvolvimentos dos seres humanos.

Isso porque, em sua concepção, aqueles bens jurídicos descritos de maneira absolutamente abstrata e que se confundem com valores e políticas inerentes ao

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, passim.

³¹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 245.

funcionamento do Estado, razão pela qual merecem guarida pelo legislador, consubstanciam-se em meros “conceitos gerais”³², cuja acepção se traduz a partir de uma série de microlesões a bens jurídicos materiais, cuja diminuta proporção é insuficiente para, isoladamente, justificar a incidência do *ius puniendi* estatal.

É possível, pois, reconhecer, o esgarçamento do conceito quando se propõe a explicar crimes de perigo abstrato, uma vez que o simples atuar do agente não vulnera o “bem jurídico aparente”. Não obstante, a categoria dos crimes de perigo abstrato, comumente utilizados para aqueles tipos penais inerentes aos comportamentos originados na sociedade de risco, dado seu relativamente novo surgimento (ao menos com maior força), ainda engatinha, havendo, por ora, tendências doutrinárias ainda pouco desenvolvidas ou testadas.

Com efeito, aponta Roxin, citando Zieschang e Hirsch, com óbvio fundamento no funcionalismo penal, para o advento dos crimes de natureza abstrata que contém potencial lesivo, ou seja, cujas condutas, embora abstratas, detém, materialmente, a possibilidade de elevação real do risco ao bem jurídico. Contudo, reconhece, aqui, que o bem jurídico, *per se*, não tem o condão de conferir fundamentação à incidência do Direito Penal, carecendo de elementos complementares que sirvam não apenas como parâmetros para a aplicação do direito, mas, fundamentalmente, como óbices ao arbitrário exercício do *ius puniendi estatal*³³.

Deixando de lado a posição de Roxin, também há incipiente doutrina que sinaliza para o completo abandono do conceito de bem jurídico.

Stratenwerth aponta como critério de penalização a adoção de comportamentos lesivos a normas fundantes da vida em sociedade³⁴. A crítica a tese recai, em primeiro, no fato de que não há consenso social acerca do que são comportamentos fundantes da sociedade, o que poderia levar à criminalização de condutas que não representassem qualquer lesão a direito de outrem ou coletivo, e, em segundo, o Direito Penal se resumiria ao cumprimento da norma pela norma.

Tal conceito se aproxima bastante do adotado por Jakobs, que afirma, textualmente, ser a própria proteção da norma a finalidade do Direito Penal. Porém, observa-se, nesta conceituação, que a eliminação do conceito de bem jurídico é meramente aparente, porquanto a norma não contém em si mesma seu valor, mas senão com a adoção de bem jurídicos que lhe dêem supedâneo, circunstância posteriormente reconhecida pelo próprio Jakobs³⁵.

³² Ibid., p. 245.

³³ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. *in* Ibid., p. 261-262.

³⁴ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. *in* Ibid., p. 147-148.

³⁵ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?. *in* Ibid., p. 232.

CONCLUSÃO

Conquanto a doutrina e a jurisprudência patricias se demonstrem, ainda hoje, muito afeitas ao conceito de bem jurídico, como fórmula de racionalização da norma penal vis-à-vis o princípio da lesividade, percebe-se, a olhos nus, especialmente na criminalidade inerente e decorrente dos avanços em direção à sociedade de risco, marcadas pela expansão do Direito Penal como forma de controle social, que a adoção de técnicas legislativas despidas de taxatividade e que se resumem a bens jurídicos abstratos culminam na insegurança jurídica quanto à aplicação da lei aos casos concretos.

Isso porque, observa-se na prática jurisdicional, à míngua de conceitos concretos e bem definidos, o incremento do fenômeno do decisionismo, ou solipsismo no verbo de Lênio Streck, por intermédio do qual o provimento judicial acaba por refletir não uma racionalização de preceitos jurídicos fundamentados na legislação vigente, mas, sim, a consequência da justaposição de questões internas, representadas por *policies* dos próprios magistrados, *versus* questões externas, consubstanciadas em barreiras à propagação das *policies*, quer de natureza legal, quer de natureza política; ou seja, são, a rigor, o entendimento previamente esposado pelo julgador, seguido de justificação pseudojurídica a lhe conferir legitimidade.

Embora a temática já venha sendo, há alguns anos, objeto de crítica da doutrina mais avançada, as alternativas propostas ainda se encontram em seu limiar, quer voltadas ao aperfeiçoamento do conceito, tendo em vista que é, ainda, demasiadamente útil à verificação da lesividade em crimes com objetos jurídicos materiais, quer tendentes à total eliminação do conceito de bem jurídico, seja pela adoção da contraposição entre o risco criado e o risco impedido, seja pela ideia de que a norma contém um fim em si mesma.

Longe de se ter uma solução adequada à questão, é premente que se aprofunde o tema, de modo a resguardar a segurança jurídica em matéria penal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 816.989. Decisão monocrática. Relator o ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201502973651&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 out 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 391.053. Decisão monocrática. Relator o ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700484019&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 out 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 64.882. Relator: ministro Jorge Mussi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=64882&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>. Acesso em: 25 out 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.475.677. Decisão monocrática. Relator: ministro Néfi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1475677&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 25 out 2017.

CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2011.

GRECO, Luís Greco; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madri: Editorial Civitas, 1997.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. “Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro”, *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, 2013, p. 90. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/7503/6366>. Acesso em 25/10/2017.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general – Tomo I – Fundamentos*. La estructura de la teoria del delito. Madri: Editorial Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2014.

STRECK, Lênio. *Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>. Acesso em: 25 out 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – volume I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.