



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 390-405
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Bens jurídicos individuais e coletivos: reflexões sobre os critérios de distinção

Individual and collective legal interest: reflections on distinction criteria

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumário: 1. Introdução; 2. A Titularidade do Bem Jurídico; 2.1 Concepção Monista-Individual de Bem Jurídico; 2.2 Concepção Dualista de Bem Jurídico; 3. A Identificação Dos Bens Jurídicos Coletivos; 3.1 Os Critérios de Hefendehl para Identificar os Bens Jurídicos Coletivos; 3.2 Dos Critérios Adicionais de Greco Para a Identificação dos Bens Jurídicos Coletivos; 3.3. Um Caminho para a Identificação dos Bens Jurídicos Coletivos; 3.4. O Caso dos Crimes de Tráfico de Drogas. 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar criticamente os critérios estabelecidos para a identificação dos bens jurídicos coletivos pela doutrina mais moderna, tentando apresentar algumas críticas a eles, bem como buscando apresentar um caminho possível a ser seguido a delimitação dos bens jurídicos coletivos.

Palavras-chave: Bens jurídicos individuais. Bens jurídicos coletivos. Direito Penal.

Abstract: The purpose of this article is to examine the criteria established for the identification of collective legal interest by the most modern doctrine, trying to present some critics, as well as trying to present a possible path to be followed.

Keywords:

Individual legal interest. Collective legal interest. Criminal Law.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide. Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Foi pesquisador-visitante do Max-Planck-Institut para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg. É Professor Colaborador do PPGD (mestrado) da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor Titular do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad San Carlos de Guatemala. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Recibido: 03/07/2023

Aceptado: 12/12/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10391757

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais frutíferos em Direito Penal, apesar de não ser particularmente novo, é o debate sobre o bem jurídico. Desde sua capacidade de rendimento, seus fundamentos, sua conceituação até a identificação de seus possíveis titulares, o tema sempre gera debates interessantes e consequências práticas importantes.

No presente artigo, pretende-se abordar o debate sobre a existência de bens jurídicos coletivos e sobre os critérios para diferenciá-los dos bens jurídicos individuais. A ideia, também, é tentar problematizar essa discussão e apresentar alguma sugestão sobre caminhos possíveis.

Aqui não se debaterá os fundamentos e o conceito de bem jurídico. Essa tarefa tentei realizar em outro artigo². No entanto, gostaria de expor a conceituação que me parece a mais adequada, para poder ter um ponto de partida para estudar os bens jurídicos coletivos.

Assim, de forma simplificada, entendo o bem jurídico como uma legítima (justificada) expectativa intersubjetiva de respeito que o seu titular tem em relação à proibição prevista num tipo penal.

Em outras palavras, todo titular de um bem jurídico tem uma expectativa de que terceiros respeitem seu patrimônio jurídico e não realizem a conduta prevista no tipo penal. Se essa conduta é realizada, há uma violação desse patrimônio jurídico, desse bem jurídico.

Não se deve, porém, confundir o bem jurídico com o direito subjetivo, pois a violação da expectativa criada pela norma penal não importa na perda do direito. A constatação da violação ao bem jurídico (da expectativa) não esvazia o direito do seu titular.

Essa violação, ademais, não é fática. O bem jurídico não ocupa lugar no espaço, não faz parte do mobiliário físico do mundo. Uma norma jurídica e uma expectativa de respeito têm fundamento e significado, mas não existem no mundo, salvo que, como diz VIVES ANTÓN, se esteja falando de um uso bastante incomum da palavra existir^{3 4}.

É claro que essa expectativa de respeito, o bem jurídico, muitas vezes protege substratos materiais. O tipo penal pode impor que não se toque, distúrbe, menoscabe ou destrua determinados objetos, substratos, animados ou inanimados, conscientes ou inconscientes, assim como pode proibir condutas que obstruam o desenvolvimento orgânico de seres vivos, que prejudiquem sua integridade sistêmica ou mesmo que interfiram na realização de atividades ou funções, orgânicas ou culturais, individuais ou coletivas. Mas isso não significa que o bem jurídico seja um objeto do mundo.

Isso significa apenas que a frustração das expectativas normativas legítimas, derivadas de tipos penais, pode muitas vezes se dar com a proibição ou imposição de determinadas atividades que têm reflexos na configuração física do mundo. Nada mais que isso.

²Os fundamentos materiais dessa proposta e o seu desenvolvimento podem ser encontrados. In: CABRAL, R.L.F. "Bem Jurídico como Expectativa Legítima de Respeito: Uma reflexão à luz da Filosofia da Linguagem", in: PERUZZO JÚNIOR, L. & BUSATO, P.C. (Org.). *Direito Penal e Filosofia da Linguagem*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 27-39.

³VIVES ANTÓN, T.S. "Estudio preliminar", in: RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 50.

⁴Uma dessas formas não usuais da palavra existir é empregada por ROXIN, que assevera que o bem jurídico não é constituído por um substrato material, mas é uma realidade social que pode ser lesionada, de modo que não se trata de uma construção simplesmente imaginária, mas sim uma disponibilidade jurídico-social que pode muito bem ser lesionada, de modo que se deve rechaçar um conceito puramente abstrato ou ideal de bem jurídico. In: ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 50 ed., vol. 1, De Gruyter, Berlim, 2020, p. 67.

Essa expectativa – é importante ressaltar – não é um sentimento subjetivo. Na verdade, as normas intersubjetivas legítimas (institucionais ou práticas) criam essa expectativa de determinado comportamento. Quando a conduta vedada é realizada, frustra-se a expectativa gerada intersubjetivamente e viola-se o bem jurídico.

2. A TITULARIDADE DO BEM JURÍDICO

Um ponto fundamental no estudo do bem jurídico é saber se ele pode ser titularizado apenas por uma pessoa individual ou se também pode ter, como titular, uma coletividade. Nesse sentido, surgiu o importante debate sobre a legitimidade ou não da tutela, pelo Direito penal, de bens jurídicos coletivos.

Nessa disputa, de um lado, encontram-se partidários de uma posição monista-individualista, para quem só existem bens jurídicos individuais, e, de outro, há os defensores de uma concepção dualista, para quem existem tanto bens jurídicos individuais, quanto coletivos^{5 6}.

2.1 CONCEPÇÃO MONISTA-INDIVIDUAL DE BEM JURÍDICO

A concepção monista-individual ou monista-pessoal foi preconizada especialmente por HASSEMER e outros professores da denominada Escola de Frankfurt e propugna que o Direito Penal deve somente proteger bens jurídicos fundamentalmente individuais⁷.

HASSEMER afirma que, na tensão entre indivíduo, Estado e sociedade, o Direito Penal deve optar por amarrar a compreensão de bem jurídico à pessoa humana (teoria pessoal do bem jurídico). Portanto, a subordinação inafastável aos interesses dos seres humanos é condição de possibilidade desse conceito de bem jurídico⁸.

Sustenta que apenas uma concepção monista-pessoal atende aos reclamos de um Direito Penal liberal, porquanto a legitimidade da atuação estatal somente é possível quando os bens jurídicos da sociedade substanciem interesses da pessoa, ainda que indiretamente^{9 10 11}.

⁵Existe, também, uma concepção monista-estatal ou monista-coletivista. Conforme GRECO, ela propugna que *"todos os bens jurídicos serão um reflexo de um interesse do estado ou da coletividade. Bens jurídicos individuais não seriam reconhecíveis enquanto tais, porque o indivíduo só seria protegido na medida em que isso interessasse ao estado ou ao coletivo."* Ainda sobre essa concepção, GRECO consigna: *"essa posição, pelo seu evidente autoritarismo, não é mais praticamente sustentada. Ela foi apaixonadamente propugnada por Binding e, na atualidade, vejo em Weigend seu único defensor na Alemanha"*. In: GRECO, L. "Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito", in: *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 86.

⁶Sobre as distinções entre as concepções monistas e dualistas, cf.: HASSEMER, W. & NEUMANN, U. "Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch", in: KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U. & PAEFFGEN, H.U.U. (org.), 3ª ed., Nomos-Verl.-Ges, Baden-Baden, 2010, pp. 113-114.

⁷HASSEMER não nega a existência de bens jurídicos coletivos, apenas sustenta que eles não devem ser tutelados pelo Direito Penal, cf.: HASSEMER, W. "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in *Strafen im Rechtsstaat*, Nommos, Baden-Baden, 2000, p. 167.

⁸HASSEMER, W. "Grundlinien einer (...)", Ob. Cit., pp. 166-167.

⁹HASSEMER, W. & NEUMANN, U. "Nomos-Kommentar zum (...)" Ob. Cit., p. 114.

¹⁰HASSEMER admite possível a existência de um bem jurídico que tenha uma referência indireta ao ser humano, como é o caso da tutela do meio ambiente, que, na verdade, não protegeria a pureza do meio ambiente, mas saúde e a vida humana. In: HASSEMER, W. & NEUMANN, U. "Nomos-Kommentar zum (...)", Ob. Cit., p. 115.

¹¹Existe, também, uma concepção que se pode chamar de personalista radical, que defende que o bem jurídico é legítimo apenas quando relação entre ele e o indivíduo for direta. Essa tese é defendida por autores como ZAFFARONI, FERRAJOLI e TAVARES. Cf.: GRECO, L.

Desse modo, propõe que a tutela penal estatal deve ser reduzida a um direito penal nuclear (*Kernstrafrecht*), que compreende tão somente a proteção contra violações dos bens jurídicos individuais clássicos, sugerindo que os problemas mais recentes da sociedade moderna devem ser resolvidos por um Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*), que deve constituir um novo ramo do Direito, que se situa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo ou direito de polícia (*Recht der Ordnungswidrigkeiten*), entre o Direito Civil e o Direito Público. Um Direito que oferece menos garantias que o Direito penal, mas que, em contrapartida, impõe sanções menos severas^{12 13 14}.

2.2 CONCEPÇÃO DUALISTA DE BEM JURÍDICO

A concepção dualista de bem jurídico, amplamente majoritária, concebe que o Direito penal deve defender tanto bens jurídicos individuais, quanto bens jurídicos coletivos¹⁵.

Os partidários da concepção dualista afirmam que a tutela de bens jurídicos coletivos é imprescindível para o livre desenvolvimento dos indivíduos¹⁶.

Deixar de lado a intervenção penal em temas tão centrais para a vida social e do próprio cidadão - como a punição do peculato, dos crimes ambientais, dos delitos contra a ordem tributária - importa na inviabilização de uma vida adequada em sociedade, um desmonte do Estado social. Seria permitir as violações aos bens jurídicos cometidas pelos mais fortes e poderosos, reservando o Direito penal somente aos "clássicos" delitos, o que, na prática, faz com que a intervenção penal mire sua artilharia apenas em direção aos mais fracos e pobres. Isso erosionaria ainda mais a legitimidade e credibilidade do Direito Penal e consagraria uma

"Existem Critérios para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos?", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, nº 7/8, 2012, p. 354.

¹²HASSEMER, W. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 25, Jahrg., Heft., 10, Oktober, 1992, p. 383.

¹³Para referências a respeito da posição dos integrantes da denominada Escola de Frankfurt, cf.: ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5º ed., vol. 1, De Gruyter, Berlim, 2020, pp. 69-71.

¹⁴Em sentido semelhante, é a proposta de SILVA SÁNCHEZ, que propugna um Direito Penal de segunda velocidade para os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, bem como para condutas que se encontram distantes de um perigo real para um bem jurídico individual ou mesmo supraindividual. Nessa modalidade de Direito Penal, haveria um afastamento da aplicação das penas de prisão, aproximando-se mais de um Direito Administrativo sancionador, com penas privativas de direitos, multas e sanções aplicáveis a pessoas jurídicas. Por outro lado, nele também haveria uma flexibilização dos critérios de imputação e das garantias político-criminais. SILVA SÁNCHEZ admite, porém, eventualmente, a aplicação do Direito Penal tradicional (de primeira velocidade) aos ilícitos contra bens jurídicos supraindividuais quando exista uma lesão ou perigo real a esses bens. In: SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 159-162.

¹⁵A nomenclatura para os bens jurídicos coletivos é bastante ampla. É possível encontrar o emprego das seguintes expressões sinônimas: bens jurídicos supraindividuais, coletivos, comunitários, universais, sociais, difusos, difundidos e interesses gerais. Sobre o tema, cf.: PERÉZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 50-52.

¹⁶ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner (...)*, Ob. Cit., p. 28.

verdadeira plutocracia penal^{17 18}.

Por essas razões, atualmente, existe um grande domínio das teorias dualistas, mesmo porque nenhum país de nossa tradição jurídica – pelo menos até onde se tem notícia – abandonou a incriminação de delitos que atingem bens jurídicos coletivos¹⁹.

3. A IDENTIFICAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

As críticas mais importantes que se têm apontado contra a concepção dos bens jurídico coletivos não são propriamente contra a sua existência, mas sim contra o uso abusivo desse conceito. A denominada hipostasia dos bens jurídicos coletivos. Uma fraude de etiquetas, com o objetivo de incriminar condutas que só falsamente protegem bens jurídicos coletivos, pois, ao fim e ao cabo, examinando-se esses tipos penais com um olhar mais atento e crítico, conclui-se que, na verdade, não protegem bem jurídico algum ou, quando muito, protegem apenas bens jurídicos individuais²⁰.

Essa é uma discussão muito importante, pois pode ter consequências práticas relevantes, uma vez que: (i) a identificação de crimes sem uma efetiva proteção a bens jurídicos levaria ao esvaziamento da legitimidade de sua incriminação²¹; (ii) saber se um bem jurídico é individual ou coletivo permite realizar um exame sobre a proporcionalidade da resposta penal, pois, muitas vezes, um falso bem jurídico coletivo protege, na verdade, um bem jurídico individual, por meio de delitos de perigo, de modo que nada recomenda que a punição do delito de perigo seja mais severa do que a do crime de lesão²²; (iii) nos bens jurídicos individuais o consentimento pode afastar a tipicidade, o que não ocorre se o bem jurídico for coletivo^{23 24}, (iv) a prática de delitos que tutelam bens jurídicos coletivos não

¹⁷Nessa toada, é a dura e acertada crítica de SCHÜNEMANN à concepção do monista-individual defendida por HASSEMER: "(...) a teoria pessoal do bem jurídico caiu na armadilha desta sociedade pós-moderna, tomou seus mundos ficcionais e suas técnicas de ocultação como seu núcleo essencial e a elevou à categoria de objeto de proteção de nível superior do Direito Penal, para o desperdício de recursos das gerações futuras, pelo hedonismo sem sentido de um pseudo-individualismo fabricado industrialmente, um desperdício que na verdade está em sintonia com um conceito primitivo de delito". SCHÜNEMANN, B. "Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal alemana", in: Obras, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 225.

¹⁸Criticamente à teoria monista-individual, veja-se também: GRECO, L. "Existem Critérios para a Postulação de Bens Jurídicos (...)", Ob. Cit., p. 354-357.

¹⁹Sobre o tema, HEFENDEHL, com razão, afirma que: "Tampouco é necessário ocupar-se de modo mais detido na afirmação – aliás, nunca formulada de modo muito consequente – segundo a qual os bens jurídicos coletivos seriam ilegítimos. A esta ideia deve-se objetar não apenas que ela se trata de um mero postulado político-criminal, mas sim, e em primeira linha, que, apesar de sua coerência interna e das virtudes estéticas daí decorrentes, trata-se de uma exigência aberrante. Ninguém até hoje ousou conceber um Direito Penal sem delitos de funcionários, de delitos contra a Administração da Justiça e de falsificação de moeda. As concepções focadas em bens jurídicos individuais desenvolvem suas críticas com base em certos adversários 'peso-leve' escolhidos sob medida, isto é, com base em certos tipos penais que, ao serem corretamente analisados, em geral sequer protegem bens jurídicos coletivos, e sim se referem a uma ulterior e, na verdade, desnecessária proteção de bens individuais". HEFENDEHL, R. "O bem jurídico como pedra angular da norma penal", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 73.

²⁰ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner (...)*, Ob. Cit., pp. 27-28.

²¹GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 352-353.

²²GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 352.

²³O delito de tráfico de drogas, por exemplo, que, para alguns autores, como GRECO não protegem bem jurídico coletivo, mas individual. Nessas hipóteses, haveria eventualmente a possibilidade do afastamento da tipicidade pelo consentimento. Cf.: GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 352.

²⁴No sentido de que o delito de tráfico de drogas protege bem jurídico intermediário, cf.: SCHÜNEMANN, B. "O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 63.

autoriza o uso da legítima defesa pelo agredido, enquanto que no caso dos bens jurídicos individuais seu uso é possível; dentre outros aspectos dogmáticos relevantes que podem ser levados em consideração com um escrutínio crítico dos tipos penais que abusam na invocação de bens jurídicos coletivos.

Por essas e outras razões é que se tem debatido quais são os critérios para a identificação dos bens jurídicos coletivos.

O mais óbvio desses critérios é observar a sua titularidade. Existindo um bem jurídico de titularidade de uma pessoa física (ou mesmo jurídica privada) se estaria diante de um bem jurídico individual. Quando a titularidade do bem é da sociedade, da comunidade, do Estado ou de outros entes públicos, haveria um bem jurídico coletivo²⁵.

Sem embargo, essa diferenciação, muitas vezes, resulta insuficiente. Por isso, é importante desenvolver-se critérios mais precisos para saber se estamos diante de um bem jurídico individual ou coletivo²⁶.

3.1 OS CRITÉRIOS DE HEFENDEHL PARA IDENTIFICAR OS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Com o objetivo de identificar os verdadeiros bens jurídicos coletivos, HEFENDEHL²⁷, com base em Robert ALEXY^{28 29}, propõe que devem estar presentes os seguintes critérios:

(i) o da não exclusividade do seu gozo (*Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung*), que significa que o bem jurídico, para ser coletivo, deve viabilizar que mais de uma pessoa goze dele ao mesmo tempo;

(ii) o da não rivalidade do consumo (*Nicht-Rivalität des Konsums*) (ou não consumibilidade) que estabelece que o consumo do bem coletivo por um indivíduo não impede, nem dificulta, que outros indivíduos dele também gozem; e

(iii) o da não distributividade (*Nicht-Distributivität*), que assenta que o bem coletivo não pode ser dividido em parcelas destacáveis para determinados indivíduos. Assim, não é possível indicar de forma individualizada os eventuais

²⁵PERÉZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53-54.

²⁶GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", *Ob. Cit.*, p. 353.

²⁷Importante registrar, com PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, que: "A pesar de la importancia de Hefendehl en la exposición sistemática y desarrollo de estas características, es preciso aclarar que algunas de ellas ya se deducían —de manera expresa o tácita— de la exposición anterior sobre determinados bienes jurídicos efectuada por algunos penalistas, a los que podría calificarse entonces de precursores de la concepción restringida: sería el caso de Kuhlen, Schünemann o Koriath en Alemania". In: PERÉZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 113.

²⁸ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 239 e ss.

²⁹ALEXY, por sua vez, desenvolve sua proposta a partir do conceito econômico de bem coletivo, em que são utilizados os critérios da não exclusividade do gozo (*Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung*) e da não rivalidade do consumo (*Nicht-Rivalität des Konsums*). Esses dois critérios, segundo ALEXY, devem ser auxiliados pelo conceito de não distributividade (*Nicht-Distributivität*), que se faz presente quando "for conceitualmente, factual ou legalmente, impossível dividir o bem em partes e atribuí-las separadamente aos indivíduos." E arremata: "bens coletivos são bens não distributivos". In: ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs: (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 239-240.

titulares dos bens jurídicos, ainda que seja um elevado número de pessoas^{30 31 32 33}.

Examinando-se a proposta apresentada por HEFENDEHL, verifica-se a existência de alguns problemas.

Primeiro. HEFENDEHL toma emprestado um conceito econômico de bem coletivo (usado também por ALEXY) realizando, portanto, uma troca categorial: utilizou um conceito de bem coletivo para conceituar bem jurídico (coletivo), que é algo bastante distinto.

O conceito de bem para a economia (ou mesmo para o direito civil) não é idêntico e não pertence à mesma categoria conceitual do bem jurídico. Essa confusão somente acentua as dificuldades já existentes para a definição penal de bem jurídico coletivo.

Segundo. Os critérios da não exclusividade do gozo e da não rivalidade do consumo, com asseverado por GRECO, não são muito claros³⁴.

Além disso, o gozo e o consumo são faculdades inerentes ao direito de propriedade (CC, art. 1.228). Gozar para o Direito Civil é fruir, utilizar os frutos de um bem (*ius fruendi*). Consumir é o ato de usar bens móveis consumíveis, que são aqueles cujo uso importa na imediata destruição da própria substância - *primo usu consumuntur* (CC, art. 88).

Não é difícil concluir que esses atributos não são aplicáveis à maioria dos bens jurídicos. O titular do bem jurídico vida não a consome. O titular do bem jurídico honra não tira os frutos desse bem.

Falar em consumo e gozo dos bens jurídicos não parece fazer muito sentido. O que o titular tem – como aqui defendido – é uma expectativa de respeito a esse bem jurídico.

Terceiro. Mesmo quando se fala em bens jurídicos coletivos esses critérios não parecem funcionar. Um bem público (patrimônio público), por exemplo, que é um bem jurídico coletivo, pode ter seu uso e gozo limitados, sem desvirtuar sua natureza coletiva³⁵.

Uma escola pública tem um número limitado de alunos matriculados que gozarão das suas instalações, dos materiais e dos serviços ali prestados. Uma sofisticada garrafa de vinho adquirida pelo governo federal para servir em um jantar de Estado será consumida por um número bastante reduzido de pessoas. Isso não afasta a titularidade coletiva desses bens.

Por isso, a tese de HEFENDEHL não pode ser adotada de forma integral, merecendo, portanto, alguns reparos e complementações.

3.2 DOS CRITÉRIOS ADICIONAIS DE GRECO PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

ROXIN e GRECO sustentam que a diferença entre os critérios apresentados

³⁰HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, Münche, Carl Heymanns Verlag, 2002, pp. 111-112;

³¹GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 353-354.

³²HEFENDEHL faz uma advertência com relação ao critério da não rivalidade do consumo. Afirma que há hipóteses em que "o bem coletivo é vulnerável a um consumo irregular e, por isso, passível de redução e destruição". Nesses casos de consumo irregular, existe uma rivalidade do consumo (é dizer, o consumo de alguns prejudica o consumo dos demais). Assim, o meio ambiente, por exemplo, não pode ser colocado para o consumo ilimitado de toda a coletividade. Sustenta, sem embargo, que remanesce a possibilidade de o bem coletivo ser consumido de forma regular, mantendo-o, portanto, intocado. Cf.: HEFENDEHL, R. "O bem jurídico como pedra angular da norma penal", in *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 84.

³³Assim também em: HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter (...)*, Ob. Cit., p. 113.

³⁴ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., vol. 1, De Gruyer, Berlim, 2020, p. 25.

³⁵O mesmo ocorre com os bens ambientais, cujo uso e gozo podem ser restringidos, como, inclusive, parece reconhecer o autor, em: HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter (...)*, Ob. Cit., p. 113.

por HEFENDEHL não é tão clara. Defendem, portanto, que o requisito da não distributividade (ou da indivisibilidade^{36 37}) é suficiente para a identificação dos bens jurídicos coletivos^{38 39}(também conhecido como critério da indivisibilidade⁴⁰).

Para eles, caso seja possível indicar de forma destacada os eventuais titulares dos bens jurídicos se estará diante de um bem jurídico individual e não coletivo.

Desenvolvendo sua posição sobre o tema, GRECO apresenta critérios adicionais ao da indivisibilidade. Oferece, nesse sentido, três regras básicas para afastar a existência de um bem jurídico coletivo.

A primeira regra (denominada de teste da circularidade) estabelece que: "o fato de que um dispositivo penal não seria legitimável sem um bem coletivo não fornece qualquer razão para postular um tal bem". Com isso, busca evitar que se "inventem" bens coletivos como forma de tentar legitimar tipos penais que são ilegítimos, que não têm verdadeiros bens jurídicos, pois "o problema dos bens jurídicos coletivos está em que eles solucionam todos os problemas". Com essa criação fictícia de um bem jurídico coletivo, se busca dar um verniz de legitimidade a um tipo penal ilegítimo. Aceitar essa manobra de multiplicação de bens coletivos inexistentes seria acabar com a crítica e o controle sobre a racionalidade do legislador penal que a teoria do bem jurídico permite realizar⁴¹.

A segunda regra (teste da divisibilidade) assenta que: "O fato de que um número indeterminado de indivíduos tem interesse em um bem não é uma razão para postular um bem coletivo". Isso porque, o bem jurídico coletivo é indivisível. Ele não deve ser composto pela mera soma de bens jurídicos individuais, ainda que envolva um número indeterminado de pessoas. Se isso ocorre, não é possível simplesmente negar a existência de um bem jurídico individual invocando a presença de uma instituição social, como um corpo coletivo, como forma de assentar a presença de um bem jurídico coletivo⁴².

A terceira regra (teste da não-especificidade) propugna que "não é

³⁶GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)" Ob. Cit., p. 354.

³⁷No âmbito da tutela coletiva não penal do direito brasileiro, o critério da indivisibilidade também é utilizado pelo Código de Defesa do consumidor para conceituar os interesses ou direitos difusos, que são: "os *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*". In: BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor - art. 91, parágrafo único, I*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em: 20 nov. 2023.

³⁸ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, (...)* Ob. Cit., p. 25.

³⁹A esse respeito, GRECO consigna que: "A relação destes três critérios entre si não é tão clara. Ainda assim, parece plausível recorrer apenas ao terceiro critério, o da não-distributividade ou indivisibilidade: a não-rivalidade do consumo não consegue dar conta dos bens não-consumíveis. Já a não-exclusividade do gozo parece decorrer da indivisibilidade ou mesmo não passar de uma redescritção dela. Entendemos, portanto, como bem coletivo aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos. A administração da Justiça é, assim, um bem coletivo, porque uma boa Justiça é algo que pertence a todos os cidadãos de igual maneira. O mesmo se diga da pureza do ar: não existe uma parcela do ar destinada A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar. Já o espólio é um bem individual, porque a parte de cada herdeiro é identificável". GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 354.

⁴⁰Conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, indivisível é aquele bem jurídico em que "não é conceitualmente (nem fática, nem juridicamente) possível sua divisão em partes, de tal maneira que se possa atribuir de forma individual em porções", de modo que não é possível decompor-se o bem em uma pluralidade de interesses individuais. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico: Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 160.

⁴¹GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 358-359.

⁴²GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 359-362.

permitido postular um bem coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal, se a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual". Assim, se o bem jurídico precisa de uma concomitante violação a um bem individual, não é um bem coletivo. Ademais, não é possível invocar-se um objeto "por trás" da norma jurídica, como, por exemplo, a segurança pública ou a confiança, pois essa violação indireta permite fundamentar a existência de bens jurídicos coletivos em quase todos os crimes. Ao buscar tal objeto, seria possível dizer, por exemplo, que o crime de furto – além de violar o patrimônio – também viola indiretamente a segurança pública. Assim, GRECO defende que deve existir uma relação direta entre a conduta e violação do bem jurídico coletivo. Ademais, deve existir um desvalor adicional do bem jurídico coletivo em relação ao bem jurídico individual⁴³.

Examinando-se esses critérios defendidos por GRECO, expostos aqui de forma bastante simplificada⁴⁴, é possível afirmar que:

(i) A primeira regra (teste da circularidade), na verdade, não constitui um critério para identificar os bens jurídicos coletivos. Ela expõe um problema relevante (criação artificial de bens jurídicos coletivos como forma de justificar tipos penais ilegítimos ou desproporcionais). É um bom alerta para que o intérprete não se engane no exame da tutela do tipo penal, mas não ajuda a identificar o que é o bem jurídico coletivo.

(ii) A segunda regra (teste da divisibilidade), em última análise, reafirma o critério de HEFENDEHL da não distributividade dos bens jurídicos coletivos, assentando que não basta a mera soma de bens jurídicos individuais para a caracterização do bem jurídico coletivo (mais uma vez um critério negativo, como reconhece o próprio GRECO⁴⁵). Não há, pois, grande novidade para o debate já existente.

O critério da indivisibilidade também não funciona sempre. Por exemplo, no crime de poluição do ar ou de um rio, é possível destacar eventuais pessoas diretamente atingidas, como a específica família que vive em uma propriedade rural atingida por nuvens negras em virtude de queimadas ilegais ou os confrontantes de um pequeno lago poluído em decorrência do descarte ilegal de dejetos animais^{46 47}. A possibilidade de destacar essas pessoas não desnatura a existência de um bem jurídico coletivo^{48 49}.

(iii) A terceira regra (teste da não-especificidade) efetivamente constitui um critério novo para a compreensão dos bens jurídicos coletivos, tentando separá-los

⁴³GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 362-364.

⁴⁴A exposição aqui feita não faz juz à clareza e à força da explicação realizada por GRECO. Assim, para uma visão mais justa das suas argumentações, o mais correto é examiná-las diretamente no artigo citado.

⁴⁵GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 365.

⁴⁶Em uma outra perspectiva, se todos os proprietários privados de terras banhadas por um lago, por meio do seu condomínio, promovem o despejo ilegal de dejetos que podem causar dano potencial a saúde humana (daqueles mesmos moradores), ainda assim há a violação do bem jurídico meio ambiente, mesmo que os poluidores sejam os diretamente prejudicados pelo crime ambiental (art. 54, Lei dos Crimes Ambientais). GRECO argumenta que: "não existe uma parcela do ar destinada a A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar". In: GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 354.

⁴⁷O argumento acima (nota 46) não convence, pois, em inúmeros casos, inclusive na poluição atmosférica, é possível identificar pessoas diretamente prejudicadas.

⁴⁸Aliás, nesse caso, o consentimento e o concurso de agentes (uma espécie de autolesão) não afastariam a violação a esse bem jurídico. Em sentido contrário, GRECO argumenta que: "não existe uma parcela do ar destinada a A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar". In: GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 354.

⁴⁹O argumento acima (nota 48) não convence, pois, em inúmeros casos, inclusive na poluição atmosférica, é possível identificar pessoas diretamente prejudicadas.

dos bens jurídicos meramente individuais ou mesmo dos tipos penais irracionais ou ilegítimos.

A proposta de exigir a presença de uma relação direta entre a incriminação e a afetação do bem jurídico coletivo e que essa violação deva ser autônoma do bem individual é interessante, na medida em que busca evitar uma espécie de busca por uma progressão ao infinito das consequências dos delitos, com a finalidade de identificar bens jurídicos coletivos.

Nessa perspectiva, como corretamente critica GRECO, caso se admitisse uma relação indireta entre a conduta e as suas consequências, seria possível afirmar que o crime de furto viola o patrimônio individual (diretamente), mas também indiretamente a segurança pública. Indo mais além, poderia atingir a administração da justiça (com as entidades do Sistema Penal tendo que agir para a repressão do delito), o patrimônio público (com a necessidade de gastos do aparato estatal e penitenciário), e assim sucessivamente.

Obviamente, admitir essa progressão levaria à conclusão de que, ao fim e ao cabo, todos os crimes lesionam bens jurídicos coletivos (mais ou menos na esteira do monismo coletivista de matriz autoritária).

Portanto, o critério parece ser produtivo.

Sem embargo, a primeira dificuldade dessa proposta é que, em alguns casos, não é muito fácil precisar a existência dessa relação direta, mesmo porque ela é normativa e não ontológica.

Nos crimes de lesão e de perigo concreto geralmente não é tão difícil identificar essa relação entre ação delitativa e uma consequência que importa na violação a um bem jurídico. Porém, nos crimes de perigo abstrato observar essa relação já torna a tarefa muito mais complexa e, arrisco dizer, as vezes até mais imaginativa. Existe, portanto, uma dificuldade de falta de precisão do critério em determinados casos.

O segundo problema é que o critério proposto não admite a existência de uma relação indireta entre a ação e um bem jurídico coletivo, mas permite que se busque essa relação indireta (e muitas vezes imaginária) entre uma conduta criminosa e um bem jurídico individual.

Em outras palavras, a proposta de GRECO recomenda que não se deve invocar uma relação indireta da ação delitativa com bens jurídicos coletivos, mas acaba buscando essa mesma relação indireta para afirmar a existência de um bem jurídico individual.

Levando a sério esse critério da relação direta praticamente se acaba com a categoria dos bens jurídicos coletivos (consequência essa que nem sequer os monistas conseguiram alcançar). É que apenas em raros exemplos, como o da corrupção citado por GRECO⁵⁰, não haverá uma consequência indireta entre a conduta e um bem jurídico individual.

Por exemplo, com relação ao crime de tráfico, tido por GRECO como protetor do bem jurídico individual saúde humana, pode-se citar o seguinte exemplo, bastante cotidiano. Um motorista de caminhão é preso por tráfico de drogas, ao ser surpreendido pela polícia rodoviária, na estrada vindo do Paraguai, transportando uma tonelada de maconha.

Na verdade, não é possível estabelecer concretamente uma relação direta entre essa conduta (transportar droga) e a saúde individual de uma pessoa determinada. Muito provavelmente não será o caminhoneiro que venderá a droga

⁵⁰ O exemplo citado é o seguinte: *"Imagine-se o caso do funcionário atolado em seu trabalho que recebe dinheiro para realizar um ato vinculado que já deveria ter praticado, mas pratica esse ato depois do expediente, não gerando, assim, qualquer desvantagem aos demais que aguardam a prática desse ato. O particular, que é beneficiário, não é vítima, mas provavelmente até autor do delito de corrupção ativa (art. 333, CP brasileiro). Os demais particulares que também estão aguardando a prática do ato pelo funcionário não foram passados para trás e portanto não sofreram qualquer dano".* In: GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 356.

para o consumidor final. É muito provável que existam ainda alguns elos na cadeia de distribuição da droga, com outros agentes intervenientes, até chegar à pessoa que fará o uso da maconha. Portanto, não existe uma relação direta entre a ação (conduzir caminhão carregado com droga) e a saúde humana individual.

No caso do tráfico, a mesma crítica que se faz ao dizer que a violação ao bem jurídico saúde pública é meramente indireta, também pode ser feita ao afirmar que o tráfico de drogas viola um bem jurídico individual. A relação entre a conduta e a consequência é hipotética, bastante distante e depende de outros desdobramentos causais. Portanto, em casos como esse, exigir uma relação direta entre a ação e o bem jurídico não ajuda a identificar se ele é individual ou coletivo.

O terceiro problema é que existem muitos crimes que violam bens jurídicos coletivos em que não é possível – como propõe GRECO – identificar uma violação do bem coletivo de forma autônoma ao bem individual.

Por exemplo, no crime de falso testemunho, GRECO afirma que: “A administração da Justiça é (...) um bem coletivo, porque uma boa Justiça é algo que pertence a todos os cidadãos de igual maneira”⁵¹.

O argumento também não convence. No falso testemunho a violação do bem jurídico coletivo pressupõe a simultânea afetação do bem individual. É que a relação direta entre infração penal e bem jurídico é com o bem individual da parte prejudicada e não com a coletividade. Só indireta e abstratamente é possível falar em violação a um bem jurídico coletivo. Sem a violação ao direito da parte, não existe um desvalor direto adicional, não existe crime contra a administração da justiça. Um falso testemunho em um processo penal na Justiça Estadual de Laranjal do Jari/AP não tem transcendência direta alguma para os jurisdicionados de Curitiba/PR. Portanto, de acordo com o critério de GRECO, o falso testemunho tutelaria um mero bem jurídico individual.

Por fim, talvez, o principal problema dessa proposta do professor GRECO é que ela acaba por – salvo pequenas exceções – não reconhecer como bens jurídicos coletivos legítimos a proteção contra o ataque e o embaraço ao bom funcionamento de instituições públicas ou de interesse público, o que esvazia a importância delas para a vida moderna, especialmente para a concretização de direitos fundamentais, individuais e coletivos, previstos na Constituição. Vamos tentar retomar esse assunto mais adiante.

Para encerrar, é certo que – apesar das críticas aqui lançadas – os critérios apresentados por HEFENDEHL e GRECO, em muitos casos, podem sim servir como ferramenta bastante útil para deixar às claras a ausência de um bem jurídico coletivo e podem ser utilizadas como boas razões para apontar a falta de legitimidade de determinados tipos penais ou mesmo a sua irracionalidade.

Portanto, como conclusão intermediária é possível afirmar que os critérios podem ser úteis, mas nem o são.

3.3. UM CAMINHO PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Aqui, se defende que o bem jurídico coletivo é substanciado por uma legítima expectativa de respeito que transcende a mera esfera individual, uma vez que ela é compartilhada pelos integrantes de determinada sociedade.

A primeira manifestação em que se pode identificar essa transcendência ocorre quando o bem jurídico envolve a satisfação de necessidades absolutas da espécie humana.

Essa hipótese inclui os casos em que está em jogo a preservação da própria existência coletiva da vida e saúde humanas, por exemplo, desde uma perspectiva: (i) biológica permitindo a sua preservação e desenvolvimento e (ii) ambiental, assegurando as condições materiais para a existência da vida humana e seu desenvolvimento saudável.

⁵¹GRECO, L. “Existem Critérios para a (...)”, Ob. Cit., p. 354.

O crime de manipulação genética de células germinais humanas coloca em perigo abstrato a existência biológica do ser humano (art. 13 da Lei n. 8.974/95). Os crimes ambientais colocam em perigo as condições materiais de existência da vida e saúde humanas.

Ademais, a existência do ser humano como espécie coletiva não se restringe às necessidades biológicas, pois também não se pode prescindir das necessidades sociais⁵², que garantam as condições para a existência interpessoal, o desenvolvimento e aperfeiçoamento da sociedade, inclusive a partir de uma visão política, educacional, econômica, cultural, etc.

Aqui, entram em jogo, por exemplo, os crimes de racismo (v.g. art. 20 da Lei n. 7.716/89), que afeta o reconhecimento interpessoal das pessoas de determinada raça, e também os crimes contra o patrimônio paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental (v.g. art. 63 da Lei n. 9.605/98), que colocam em perigo esse patrimônio social imaterial.

Em suma, em uma primeira perspectiva, substanciam bens jurídicos coletivos aqueles que geram a expectativa de respeito às condições de uma existência humana plena, vinculada às próprias condições de vida, saúde, meio ambiente e desenvolvimento social.

Ademais, e esse é um ponto bastante importante, para a preservação e desenvolvimento do ser humano como espécie, desde uma perspectiva biológica, ambiental ou social, foram criadas em nossas sociedades instituições, com o objetivo de concretizar finalidades públicas e direitos individuais ou coletivos.

Assim, as infrações penais que punem as condutas que afetam as condições materiais para a existência de instituições públicas (v.g. crimes contra a ordem tributária) ou que proíbem o ataque ao adequado funcionamento de instituições com finalidades públicas, também podem tutelar bens jurídicos coletivos (v.g. crimes contra as instituições democráticas – art. 359-L, CP).

Em outras palavras, a proteção às condições de existência e à funcionalidade (em deveres prestacionais ou de proteção) de instituições com finalidades públicas pode substanciar a tutela de bens jurídicos coletivos.

Com essa perspectiva, parece ser possível assegurar um mínimo de legitimidade à afirmação de que determinados tipos penais tutelam efetivamente bens jurídicos coletivos.

Sem embargo, a tarefa de delimitação entre os bens jurídicos individuais e coletivos e a sua concretização deverá ser feita em cada ordenamento jurídico⁵³, de acordo com a específica configuração dos seus tipos penais.

Resta à doutrina penal e à jurisprudência avaliar se essa divisão não é arbitrária e se está amparada por boas razões. Lembrando, porém, que o conceito de bem jurídico não serve para criticar as más escolhas político-criminais do legislador, mas para exigir que essas construções sejam dotadas de legitimidade e racionalidade, com a finalidade de evitar-se a realização de injustiças.

Em suma, é possível afirmar a presença de um bem jurídico coletivo, quando o tipo penal traga subjacentes boas razões, potencializando a aceitabilidade racional

⁵²HACKER, P.M.S. *Human Nature: The Categorical Framework*, Wiley-Blackwell, Sussex, 2010.

⁵³A Constituição da República brasileira, por exemplo, faz referência expressa a bens jurídicos coletivos, tais como os crimes políticos, os contra bens, serviços e interesses da União (art. 109, I), os crimes contra a organização do trabalho, os que afetam sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (art. 109, VI), os crimes militares (art. 124, I). Tais referências, porém, podem ser objeto de crítica pontual, para receberem uma interpretação conjunta com o princípio da proporcionalidade.

dos tipos penais e dotando-a de legitimidade^{54 55}.

Portanto, aqui se defende que para diferenciar os bens jurídicos individuais dos coletivos é possível observar alguns passos (bastante simples e evidentes), não exaustivos e que podem ser problematizados e complementados caso a caso, inclusive com a possível invocação, quando fizer sentido, das regras trazidas por HEFENDEHL e GRECO.

1º Passo. Deverá o intérprete examinar a incriminação específica, verificando se descrição típica faz uma vinculação a determinada ou determinadas vítimas privadas (pessoa natural ou jurídica). Se o tipo penal claramente delimita a expectativa de respeito a uma pessoa individual (ainda que seja possível a existência de várias vítimas), sem nenhuma transcendência de expectativa compartilhada, o bem jurídico é individual.

Além dos casos evidentes (como homicídio, furto, roubo, estupro, etc.), pode-se citar, por exemplo, o crime de redução à condição análoga à de escravo (CP, art. 149).

Muito embora a sua prática envolva a violação a direitos coletivos de trabalho (v.g. que proíbem a jornada exaustiva de trabalho em condições degradantes), o crime é praticado contra uma ou várias pessoas determinadas. Trata-se, portanto, de crime que tutela um bem jurídico individual e não coletivo.

Da mesma forma, o crime do art. 168 da Lei de Falências, que expressamente prevê o prejuízo aos credores, não tutela um bem jurídico economia ou de afetação ao crédito, mas tão somente um bem jurídico patrimonial individual⁵⁶.

Essa ideia vale, inclusive, para os casos em que há diversas vítimas sob uma mesma relação jurídica base ou decorrentes de uma origem comum, em que a doutrina cível denomina de direitos coletivos e direitos individuais homogêneos (CDC, art. 82, II e III).

Nesses casos, sendo possível delimitar claramente a vítima, mesmo que sejam várias, o crime tutela bem jurídico individual (v.g. inúmeras vítimas de estelionato decorrente do uso de uma página falsa na internet), desde que o tipo penal não transcenda à esfera individual, substanciando uma expectativa de respeito coletivamente compartilhada.

2º Passo. Caso o tipo penal não esteja vinculado a uma vítima privada, caberá ao intérprete verificar se o legislador realizou uma tentativa arbitrária ou artificial de criação de bem jurídico coletivo, em que não existe uma expectativa de respeito que transcenda as expectativas individuais. Em caso positivo, ainda que não exista vinculação explícita a uma vítima privada determinada, o bem jurídico será individual.

Exemplo. O crime de manutenção de casa de prostituição (CP, art. 229). Apesar de historicamente estar vinculado a um "bem jurídico coletivo" da moralidade pública (o que não passa em qualquer teste de legitimidade sobre o bem jurídico), sua redação atual exige "exploração sexual". Portanto, o tipo penal tutela o bem jurídico individual da vítima ou vítimas de exploração sexual. A coletividade aqui não é a ofendida, pois não há uma expectativa compartilhada de respeito.

Esse exame, também, deve levar em conta eventuais justificativas circulares, em que se pretende justificar a norma a partir de uma mera desobediência (o mero descumprimento da norma serve para justificar a existência

⁵⁴ "A pretensão de que uma norma atenda de forma igualitária a todos possui, sobretudo, o sentido da aceitabilidade racional: todos os possíveis afetados por uma norma teriam de poder dar a ela seu consentimento fundado em boas razões. E isso, por sua vez, só pode ser alcançado sob condições pragmáticas de discursos nos quais, baseado nas informações relevantes, impõe-se tão somente a coerção do melhor argumento". In: HABERMAS, J. *Facticidade e Validade*, Unesp, São Paulo, 2020, pp. 150-151.

⁵⁵ Assim, também, VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 489-490.

⁵⁶ Nesse mesmo sentido, em relação aos crimes falimentares na Alemanha, é a argumentação de HEFENDEHL, com a qual se está de acordo Cf.: HEFENDEHL, R. *O bem jurídico como (...)*, Ob. Cit., pp. 75-78.

de um bem jurídico coletivo).

3º Passo. Se não houver no tipo penal vinculação a determinada vítima privada, se não houver uma tentativa arbitrária ou artificial de criar um bem jurídico coletivo, mas sim boas razões a justificar a existência de uma violação a uma expectativa coletiva compartilhada de respeito, que transcende a individual, podemos estar diante de um bem jurídico coletivo, caso o bem jurídico envolva a preservação da própria existência coletiva da vida e saúde humanas (em uma perspectiva biológica, ambiental ou social) ou caso se tutele a existência, o desenvolvimento ou o bom funcionamento de instituições, com finalidades públicas legítimas.

Se for esse o caso, deverá ser respeitada a liberdade de conformação do legislador e a sua competência para definir de forma não arbitrária os tipos penais.

3.4. O CASO DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Para examinar a adequação do critério acima proposto, é importante passar no teste dos casos mais complexos, em que há um sério debate sobre a existência ou não de bens jurídicos coletivos.

Aqui vamos nos limitar a examinar o crime de tráfico de entorpecentes. Muito embora autores como GRECO e HEFENDEHL, dentre outros, venham defendendo que se trata de crimes que tutelam bens jurídicos individuais, afirmando que são crimes de perigo abstrato que tutelam bem jurídico individual, a nosso sentir, essa conclusão não é a mais adequada.

Primeiro que só indiretamente o crime de tráfico tutela a saúde individual das pessoas, o que – como já visto – não é suficiente para justificar a presença de um bem jurídico.

O crime de tráfico de drogas frustra diretamente o dever de controle que o Estado possui em relação a substâncias perigosas.

Ora, desde uma perspectiva de saúde pública, é perfeitamente legítimo que os órgãos estatais realizem o controle sobre substâncias potencialmente lesivas à saúde, como é o caso das drogas⁵⁷. Com isso, o Estado: (i) realiza um exame técnico das substâncias prejudiciais, negando a possibilidade da sua entrega a terceiros ou permitindo que ela seja feita apenas em determinadas condições (v.g. autorização médica); (ii) cumpre a função orientativa da população, para que saibam quais substâncias o Estado tem como prejudiciais à saúde; (iii) restringe o acesso de substâncias prejudiciais a pessoas menores ou sem discernimento e a pessoas viciadas, o que constitui uma das formas mais efetivas de evitar o uso nocivo ou recaídas de usuários adictos.

Todo aquele que promove – nos diversos verbos típicos do art. 33 da Lei de Drogas – a circulação ilícita de drogas está potencialmente (crime de perigo abstrato) embaraçando e prejudicando a capacidade de funcionamento dos órgãos públicos destinados à proteção da saúde pública.

Em suma, ainda que se possa criticar a opção político criminal do Estado, ainda que se possa argumentar que determinadas drogas não deveriam ser proibidas (v.g. maconha) ou que deveriam ser incluídas na proibição, pelo semelhante potencial lesivo, outras substâncias (v.g. cigarro e álcool), é certo que a opção do

⁵⁷SCHÜNEMANN defende que o tráfico de drogas é um bem jurídico intermediário, nomenclatura que desenvolveu para os casos em que o Estado cria uma instituição com finalidades protetivas, que, por sua vez, também necessita de proteção (que se dá pelos bens jurídicos intermediários). Desse modo, considera legítima a tutela de um bem jurídico intermediário consistente no controle estatal sobre o comércio de drogas. Propugna, porém, algumas limitações na incriminação dessa conduta. Cf.: SCHÜNEMANN, B. "O princípio da proteção de bens jurídico (...)", Ob. Cit., pp. 63-64.

legislador em tutelar esse bem jurídico coletivo é perfeitamente legítima.

Aqui, não importa uma hipotética soma dos bens individuais, mas sim o menoscabo à capacidade de funcionamento dos órgãos estatais e o dever de controle desse fluxo de substâncias prejudiciais à saúde.

Em suma, nesse delito pode-se constatar que a opção do legislador em tutelar bens jurídicos coletivos é perfeitamente legítima, pois há boas razões a justificar uma perspectiva que transcenda à mera expectativa individual.

A teoria do bem jurídico não parece possibilitar a diminuição da vontade democrática do legislador em tutelar bens jurídicos que entende como coletivos. A teoria do bem jurídico substancia uma potente guardiã para a legitimidade do Direito Penal, mas ela somente deve ser usada em casos extremos, não se prestando para substituir o legislador pela vontade dos penalistas ou pela sua mera discordância das políticas criminais adotadas pelo Congresso Nacional, salvo quando existam, como já dito, razões muito fortes para questionar a legitimidade dessas escolhas.

4. CONCLUSÃO

Como conclusão, é possível assentar que não existe propriamente um critério definitivo para identificação de bem jurídico coletivo. Os critérios apresentados por HEFENDEHL e por GRECO podem ser úteis no debate específico da legitimidade ou racionalidade de determinados tipos penais. Parece que o caminho deve ser esse, o do debate específico de cada tipo penal para a identificação do bem jurídico tutelado. Aqui, ainda que de forma superficial e sem respostas definitivas, tentou-se apresentar algumas críticas e possibilidades de caminhos a serem seguidos na realização desse debate, que tem bastante importância teórica e prática.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995.
- CABRAL, R.L.F. "Bem Jurídico como Expectativa Legítima de Respeito: Uma reflexão à luz da Filosofia da Linguagem", in: PERUZZO JÚNIOR, L. & BUSATO, P.C. (Org.), *Direito Penal e Filosofia da Linguagem*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- GRECO, L. "Princípio da Ofensividade' e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito", in: *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- GRECO, L. "Existem Critérios para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos?", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, nº 7/8, 2012.
- GROPP, W. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2º ed., Springer, Heidelberg, 2001.
- HABERMAS, J. *Facticidade e Validade*, Unesp, São Paulo, 2020.
- HACKER, P.M.S. *Human Nature: The Categorical Framework*, Wiley-Blackwell, Sussex, 2010.
- HASSEMER, W. & NEUMANN, U. "Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch", in: KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U. & PAEFFGEN, H.U.U (org.), 3ª ed., Nomos-Verl.-Ges, Baden-Baden, 2010.
- HASSEMER, W. "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in: *Strafen im Rechtsstaat*, Nommos, Baden-Baden, 2000.
- HASSEMER, W. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 25. Jahrg., Heft. 10, Oktober, 1992.
- HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 2002.
- HEFENDEHL, R. "O bem jurídico como pedra angular da norma penal", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

- JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G. "O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?", in " *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico: Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- PERÉZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., vol. 1, De Gruyter, Berlin, 2020.
- SCHMIDHÄUSER, E. *Einführung in das Strafrecht*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1984,
- SCHÜNEMANN, B. "Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal alemana", in: *Obras - Tomo I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- SCHÜNEMANN, B. "O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.
- SILVA SANCHÉZ, J.M. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- VIVES ANTÓN, T.S. "Estudio preliminar", in: RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- VIVES ANTÓN, T.S. "Fundamentos del Sistema Penal", 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.