



BEM JURÍDICO
PENAL
SUPRAINDIVIDUAL

TATIANA BADARÓ

D'PLÁCIDO
EDITORA

**BEM JURÍDICO
PENAL
SUPRAINDIVIDUAL**

TATIANA BADARÓ



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Tatiana Badaró.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Bárbara Rodrigues da Silva

Diagramação
Christiane Moraes de Oliveira

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

BADARÓ, Tatiana
Bem jurídico-penal supraindividual -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia
ISBN: 978-85-8425-256-5

1. Direito . 2. Direito Penal I. Título. II. Direito

CDU343

CDD341.5

Para Vintão e Sinhana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Sheila Jorge Selim de Sales, pela zelosa orientação, pela paciência e solicitude. Ao Professor Hermes Vilchez Guerrero, pelo incentivo ao ingresso no Mestrado e pelo exemplo profissional. Aos professores Luís Augusto Sanzo Brodt e Frederico Gomes de Almeida Horta, pelas preciosas críticas, observações e ponderações feitas durante a banca de defesa da dissertação que contribuíram para o aprimoramento do trabalho.

Aos queridos amigos abolicionistas e demais companheiros da Linha de Pesquisa que tornaram a jornada da pós-graduação mais feliz, sobretudo a Amanda, Éder, Flávia, Júlia, Alessandra, Marcela e Isabella. Aos colegas do Hermes V. Guerrero Advogados, pelo dia a dia de aprendizagem e crescimento. Um agradecimento especial ao amigo-irmão Victor Rodrigues pelo apoio à publicação desta obra.

A meus amosos pais, a quem dedico este trabalho, por serem meu porto seguro. A meus irmãos, pela convivência e cumplicidade. Ao Lucas, pelo afeto e por nossas aventuras pelo mundo.

Por fim, agradeço à Editora D'Plácido pela confiança depositada no trabalho.

“Na parede de um botequim de Madri, um cartaz avisa: ‘Proibido cantar’. Na parede do aeroporto do Rio de Janeiro, um aviso informa: ‘É proibido brincar com os carrinhos porta-bagagem’. Ou seja: Ainda existe gente que canta, ainda existe gente que brinca.”
(GALEANO, *Eduardo. O Livro dos Abraços*)

SUMÁRIO

Prefácio	15
Apresentação	17
1. Introdução	19
2. Evolução histórica da teoria do bem jurídico: Panorama geral	23
2.1. Marco inicial: o Iluminismo	23
2.2. A tutela de direitos subjetivos em Feuerbach	26
2.3. A contribuição de Birnbaum: a noção de bem.....	30
2.4. Binding, a expressão “bem jurídico” e o positivismo legal.....	36
2.5. O positivismo sociológico de Liszt e os interesses juridicamente protegidos.....	44
2.6. Neokantismo e a concepção metodológico-teleológica de bem jurídico.....	48
2.7. A teoria do bem jurídico nos regimes totalitários do século XX.....	54
2.8. A proteção de valores ético-sociais em Welzel.....	60
2.9. Hassemer e a teoria pessoal do bem jurídico-penal.....	67
2.10. Teorias funcionalistas-sistêmicas: Jakobs e Amelung.....	76
2.11. As teorias constitucionais do bem jurídico-penal.....	86
3. A crise da teoria do bem jurídico no direito penal contemporâneo.....	97
3.1. Sociedade de risco, criminalidade moderna e modernização do Direito Penal.....	97

3.1.1. Expansão e “administrativização” do Direito Penal.....	103
3.1.2. Consequências da modernização para a teoria do bem jurídico.....	110
3.1.3. O papel protetivo do Direito Penal em xeque: a teoria “negativa” do bem jurídico	115
3.2. O esgotamento das teorias constitucionalmente orientadas	122
3.2.1. A questão da “obrigação” constitucional de criminalizar.....	124
3.2.2. A questão da (in)constitucionalidade da norma penal sem bem jurídico.....	134
3.3. “Crimes sem bem jurídico”: exceções ao dogma do bem jurídico?	144
4. O debate a respeito da sobrevivência da teoria do bem jurídico	155
4.1. Oposições à teoria do bem jurídico	155
4.2. Em defesa da teoria do bem jurídico.....	166
5. Bem jurídico-penal supraindividual: Questões controversas.....	179
5.1. Classificação dos bens jurídicos quanto à titularidade	179
5.2. As perspectivas monistas e dualistas	184
5.3. Bem, interesse ou valor supraindividual?.....	188
5.4. Bem jurídico-penal supraindividual, tipicidade e princípio da insignificância	195
5.5. Bem jurídico-penal supraindividual e causas de exclusão da ilicitude	204
5.6. “Falsos” bens jurídicos supraindividuais	211
5.7. Bens jurídicos imediatos e intermediários	218
5.8. Bem jurídico-penal supraindividual e funções.....	224
5.9. Bem jurídico-penal supraindividual e objeto material do delito	232
6. Bem jurídico-penal supraindividual e crimes de perigo abstrato	241
6.1. Crimes de dano e crimes de perigo	241
6.1.1. Crimes de perigo concreto.....	242
6.1.2. Crimes de perigo abstrato	244

6.2. A polêmica envolvendo os crimes de perigo abstrato.....	246
6.3. Definindo perigo abstrato e perigo concreto: os juízos <i>ex post</i> e <i>ex ante</i>	251
6.4. Bem jurídico-penal supraindividual e estruturas delitivas de perigo abstrato	259
6.4.1. Crimes de ação concretamente perigosa	262
6.4.2. Crimes de preparação.....	267
6.4.3. Crimes de acumulação	275
7. Conclusões	287
Referências.....	297

PREFÁCIO

Recebi com muita alegria o convite para prefaciar este livro. Em especial porque acompanhei o crescimento intelectual e a dedicação de sua autora, Tatiana Maria Badaró Baptista, durante o seu curso de mestrado na Faculdade de Direito da UFMG como orientadora.

Me recordo que, ao entregar sua dissertação já escrita para que eu fizesse a leitura, tive a oportunidade de me encontrar com um maravilhoso estudo sobre o bem jurídico-penal supraindividual, por ela realizado. Estudo que abrange aspectos filosóficos e jurídicos. O tema, para além de ser um dos mais árduos e difíceis, ainda está em elaboração. Muitos apontam para uma crise da função crítico-garantista do conceito.

Com efeito, a história dos inúmeros esvaziamentos sofridos pelo conceito de bem jurídico, como também o alargamento de sua compreensão e as manipulações de sua função político garantista, com inegável prejuízo para a liberdade individual, é bem conhecida por todos aqueles que se dedicam ao estudo do direito penal.

Ainda assim, a autora conseguiu realizar uma exposição com a profundidade e a simplicidade próprias daqueles que se dedicam à pesquisa e ao magistério superior.

O tema por ela escolhido e brilhantemente tratado é de extrema importância. Com efeito, é necessário estabelecer os limites do conceito, seja como forma de colocar limites de tutela para o direito penal, seja para evitar o seu processo de expansão e, enfim, como pressuposto de garantia e de defesa dos direitos de liberdade, no momento em que se faz a construção dos tipos penais, na fase legislativa.

Para tanto, a autora cuidou de realizar um completo histórico da teoria do bem jurídico. Realizou profunda incursão na crise atu-

almente enfrentada pelo conceito, expondo com propriedade sobre a expansão e a administrativização do direito penal, a crise das teorias constitucionais sobre o conceito e, apenas então, cuidou da matéria relativa ao que ela compreende como bem jurídico supraindividual. Em seguida, cuidou dos crimes de perigo abstrato em cotejo com o tema por ela escolhido, sem deixar de lado o bem jurídico penal supraindividual e as estruturas delitivas de perigo abstrato, a saber, crimes de ação concretamente perigosa, crimes de preparação e crimes de acumulação.

Em todo o livro perpassa, de forma profunda, clara e didática, a preocupação de construir uma noção de “bem jurídico supraindividual”, compatível com o Estado Democrático e a imprescindível dignidade da pessoa. Com essa concepção, a autora busca fazer frente a alguns dos principais desafios dogmáticos e político-criminais envolvendo os crimes próprios do direito penal moderno (crimes ambientais, econômicos, financeiros, tributários, genéticos, etc.).

Eis a atualidade do livro escrito pela autora, que embora jovem escreve com a maturidade dos grandes estudiosos, discorrendo sobre o tema escolhido com segurança e autoridade.

Cumprê-me dizer, a este ponto, que o melhor prefácio a ser feito é a recomendação desta leitura, que é técnica, mas também humanista. Com efeito, a autora demonstra imensa sensibilidade para com os direitos de liberdade e com os limites a serem postos para o direito penal, que geram imediata consequência na seara da dignidade da pessoa no Estado Democrático.

Também por isto, esta publicação é de imprescindível leitura para pesquisadores do Direito penal, apresentando especial interesse para alunos, professores, magistrados, advogados, promotores de justiça e todos os profissionais que lidam com a matéria.

Belo Horizonte, 13 de Outubro de 2016.

Sheila Jorge Selim de Sales

APRESENTAÇÃO

Conheci a autora em 2011 quando ela se candidatou à vaga de monitoria na disciplina de Direito Penal III por mim ministrada na Faculdade de Direito da UFMG. Impressionou-me sua agilidade de raciocínio e seu aguçado tino para as questões do Direito Penal.

Ao longo dos dois anos em que exerceu a monitoria, diga-se com extrema competência e dedicação, assistiu a minhas aulas como aluna ouvinte, participando ativamente das atividades acadêmicas. A respeito de seu curso universitário merece registro seu excelente aproveitamento em todas as disciplinas do curso e, especificamente, sua atuação no Grupo de Estudos *Casa Verde*, dedicado ao estudo da criminologia.

Durante seu curso acadêmico aliou ao estágio no Ministério Público estadual, na área criminal, sua participação no *Programa Polos de Cidadania*, importante projeto de pesquisa e extensão em Direitos Humanos da nossa Faculdade. Em razão de suas muitas qualidades acadêmicas a convidei a fazer estágio profissional em meu escritório de advocacia, onde rapidamente demonstrou grande talento para as questões forenses e o qual, depois de formada, passou a integrar como sócia.

A autora, depois de sua graduação, cursou o Mestrado na própria Faculdade de Direito da UFMG, onde também se destacou como pesquisadora e dedicada estudiosa de Direito Penal. O trabalho que agora vem a público é sua dissertação de mestrado fruto de exaustiva pesquisa e apurado estudo no que há de mais importante a respeito do tema *Bem Jurídico Supraindividual*.

Após brilhante defesa perante banca formada pelos professores Sheila Jorge Selim de Sales, Luís Augusto Sanzo Brodt e Frederico

Gomes Horta e cumprida a primeira etapa dos cursos de pós-graduação, Tatiana iniciou sua carreira profissional no magistério, passando a lecionar Direito e Processo Penal.

Em continuidade a seus estudos, Tatiana se apresentou como candidata ao Curso de Doutorado na mesma Faculdade em que foi aprovada e onde pretende aperfeiçoar ainda mais seus estudos.

Ao lado de todas essas qualidades, a autora da presente obra possui excelente formação humanística, cultural e ética próprias daquelas pessoas provenientes do Vale do Jequitinhonha.

A autora pertence a uma geração de jovens penalistas que vem demonstrando que nossa Faculdade manterá a tradição de formar grandes estudiosos em Ciências Penais.

Por tudo isso, é com grande satisfação que, na condição de ex-professor e colega de escritório, apresento a autora deste importante trabalho que aborda o ponto de partida e de chegada no estudo do Direito Penal.

Hermes Vilchez Guerrero

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG

INTRODUÇÃO

1

Conquanto o conceito de bem jurídico não possua relevância no debate dogmático-penal na França e no sistema anglo-americano¹, fato é que, na maioria dos países da tradição romano-germânica, a questão filosófica fundamental a respeito dos limites da criminalização legítima ainda é respondida, bem ou mal, com base na teoria do bem jurídico.

No entanto, a trajetória centenária da teoria do bem jurídico é marcada, inclusive nos sistemas jurídico-penais que a acolheram, por uma série de altos e baixos. Assim, se, por um lado, a teoria tocou o “fundo do poço” durante o regime totalitário nazista na Alemanha, por outro, alcançou seu auge no período pós-Segunda Guerra Mundial, logrando significativo sucesso na reforma do Direito Penal sexual alemão.

Na atualidade, a teoria do bem jurídico é tida, por alguns, como uma teoria “fora da moda” ou em seu “leito de morte”, sendo lugar-comum falar em crise da teoria do bem jurídico. Com efeito, é inegável que a noção de bem jurídico enfrenta uma crise no que diz respeito a sua função de controle crítico da atividade de incriminação do legislador penal. Apesar disso, a intensa produção doutrinária dos últimos anos, impulsionada pelos próprios opositores da teoria, constitui indicativo de que ela está mais viva do que nunca.

¹ Nos países do *Common Law*, o debate sobre a legitimidade das proibições penais se estrutura com base, principalmente, em princípio que desempenha, de forma paralela, uma função bastante próxima à da teoria do bem jurídico: o *harm principle* ou, na tradução, princípio do dano. Cf. FEINBERG, Joel. *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1.

"Em todo o livro perpassa, de forma profunda, clara e didática, a preocupação de construir uma noção de 'bem jurídico supraindividual', compatível com o Estado Democrático e a imprescindível dignidade da pessoa. (...)

Eis a atualidade do livro escrito pela autora, que embora jovem escreve com a maturidade dos grandes estudiosos, discorrendo sobre o tema escolhido com segurança e autoridade."

(Sheila Jorge Selim de Sales, Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG).

"A autora pertence a uma geração de jovens penalistas que vem demonstrando que nossa Faculdade manterá a tradição de formar grandes estudiosos em Ciências Penais."

(Hermes Vilchez Guerrero, Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG).



D' PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-256-5



9 788584 252565