

Rodrigo Leite Ferreira Cabral

MANUAL DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

PARTE GERAL E ESPECIAL

2025

CAPÍTULO II

PARTE GERAL –
PARTICULARIDADES DO DIREITO
PENAL ECONÔMICO

1. CONCEITO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Direito Penal Econômico não é um novo ramo do Direito, mas tão somente uma área especializada, um subsistema do Direito Penal¹, de modo que não possui uma parte geral própria, diversa do Direito Penal que já conhecemos.

Ele tem, no entanto, algumas particularidades que exigem um olhar diferenciado quando do estudo da Parte Geral, o que será o foco do estudo da presente obra.

Antes, porém, é necessário delimitar o conceito de Direito Penal Econômico para que se possa saber sobre o que se está falando, especialmente porque não existe um conceito legal no Brasil. A Parte Geral do nosso Código Penal não apresenta nenhuma preocupação específica

1. Como assevera MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *“em termos gerais cabe indicar que, quando a doutrina se utiliza de expressões como ‘Direito Penal Econômico’, ‘Direito Penal Socioeconômico’, ‘Direito Penal da Economia’ e outras similares, não pretende referir-se a um Direito Penal ‘diferente’, mas sim a uma simples qualificação fixada sobre a peculiar natureza do objeto que busca tutelar.”* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 65. Assim, como asseveram ROXIN e GRECO, o Direito Penal Econômico é ramo “horizontal” do Direito, pois envolve temas interdisciplinares, vinculados a uma especial área da vida é o mundo econômico. Assim, deve-se preocupar com inúmeras indagações vinculadas à Parte Geral (como a divisão de trabalho no âmbito empresarial e a responsabilidade pelo produto), além de examinar tanto delitos clássicos do Direito Penal, quanto tipos penais bastante exóticos. ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strasfrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Ed, vol. 1. Berlim: De Gruyter, 2020, p. 05.

sobre o tema, nem há tampouco um microsistema organizado disciplinando sua aplicação.

Na verdade, a regência legislativa do Direito Penal Econômico no Brasil é bastante caótica e é composta por uma série de leis esparsas, que vêm tentando tratar do tema, ao longo de várias décadas.

Ainda que existam outros pontos de partida para a identificação do conceito de Direito Penal Econômico como o conceito criminológico e processual penal², no presente livro nos interessa fundamentalmente examinar tal concepção a partir de uma perspectiva dogmático-penal.

Nesse sentido, para a conceituação do Direito Penal Econômico é possível tomar-se duas perspectivas distintas, de um lado existe o denominado direito penal econômico em sentido estrito e de outro o direito penal econômico em um sentido lato³.

1.1. Conceito em sentido estrito

O Direito Penal Econômico em sentido estrito é aquele que abrange tão somente os delitos que atentam contra a atividade interventora

2. A doutrina costuma explicar que existem três distintas formas de conceituação de Direito Penal Econômico: existe um conceito criminológico; um conceito processual penal e um conceito dogmático penal. Cf.: TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*, mit wichtigen Rechtstexten. 4. ed. Munique: Vahlen, 2014, pp. 27-31. WITTIG, Petra. *Wirtschaftsstrafrecht*. 3. ed. München: Beck, 2014, pp. 05-14. BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. ed. Baden-Baden: Nommos, 2018, pp. 30-37. Como afirmam esses autores, desde uma perspectiva processual, a identificação do conceito de Direito Penal Econômico é feita a partir do exame do rol de delitos previstos no § 74c da Lei de Divisão Judiciária dos Tribunais [GvG – *Gerichtsverfassungsgesetz*], de modo que esses crimes seriam aqueles que constituiriam o objeto do Direito Penal Econômico. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 27-28; WITTIG, pp. 09-10. Já a concepção criminológica, conforme TIEDEMANN, leva em consideração basicamente o critério de SUTHERLAND, utilizado no conceito de *white collar crime*, em que esse delito era visto como uma infração penal cometida no exercício de uma profissão (*occupational crime*), de modo que se trata de um conceito orientado a partir da condição do autor do delito. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 29. De acordo com WITTIG, a partir de pesquisas criminológicas, é possível identificar o autor desses delitos como, normalmente homens, casados, de classe média, com cerca de quarenta anos de idade, dispõe de um bom nível educacional. WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 06.
3. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 88.

e reguladora do Estado na economia. Nessa perspectiva, ele seria uma espécie de Direito Penal Econômico Administrativo⁴.

1.2. Conceito em sentido amplo

Por outro lado, o conceito amplo de Direito Penal Econômico, normalmente, é substanciado pela soma de dois critérios: o bem jurídico supraindividual + abuso dos instrumentos de tráfico econômico⁵.

O bem jurídico tutelado no Direito Penal Econômico representa a especialidade desse ramo, marcado, fundamentalmente, pela tutela de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais⁶.

Além do bem jurídico coletivo, o conceito de Direito Penal Econômico lato sensu exige a presença de uma proteção de instrumentos de tráfico econômico, que são utilizados de forma abusiva na prática de tais delitos⁷.

Nesse passo, como afirma WITTIG, se incluiriam, por exemplo, os delitos que tutelam: (a) a ordem econômica em sua totalidade (como o próprio bem jurídico protegido); (b) o mercado econômico como um todo ou em seus princípios constitutivos; (c) a proteção da ordem

4. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico, Parte Especial. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 88.
5. Esse conceito amplo de Direito Penal Econômico tem como ponto de influência o Projeto Alternativo de Código Penal alemão de 1977, que tinha como um dos seus autores – dentre outros expoentes – o professor TIEDEMANN. CF.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico, Parte Especial. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 91-92. Não é surpresa que o próprio professor TIEDEMANN adote esse critério: TIEDEMANN, Klaus. Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil, mit wichtigen Rechtstexten. 4a ed. Munique: Vahlen, 2014, p. 29 e ss.
6. TIEDEMANN, Klaus. Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil, mit wichtigen Rechtstexten. 4ª ed. Munique: Vahlen, 2014, p. 29. WITTIG, Petra. Wirtschaftsstrafrecht. 3ª ed. München: Beck, 2014, p. 11. BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. Wirtschaftsstrafrecht, 2a ed. Baden-Baden: Nommos, 2018, p. 31. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ inclui aqui também a ideia de que é possível que o delito proteja diretamente um bem jurídico individual, mas mediatamente um bem jurídico coletivo. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico, Parte Especial. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 112.
7. TIEDEMANN, Klaus. Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil, mit wichtigen Rechtstexten. 4a ed. Munique: Vahlen, 2014, pp. 30-31. WITTIG, Petra. Wirtschaftsstrafrecht. 3ª ed. München: Beck, 2014, p. 13. BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. Wirtschaftsstrafrecht, 2a ed. Baden-Baden: Nommos, 2018, p. 31.

econômica em sentido amplo, como por exemplo, a tutela dos instrumentos individuais de proteção e controle do sistema econômico⁸.

Em complementação, TIEDEMANN cita, como exemplos de crimes que se inserem no Direito Penal Econômico em sentido amplo, dentre outros, os delitos que buscam a proteção penal do comércio exterior, a proteção da livre concorrência, a tutela penal tributária, assim como a proteção do sistema de crédito, dos títulos de crédito e da bolsa de valores e toda a tutela do direito comercial e dos consumidores⁹.

Sem embargo, ficam excluídos do conceito de Direito Penal Econômico os delitos patrimoniais clássicos, ainda que gerem, no caso concreto, por sua gravidade, uma afetação da ordem econômica, como por exemplo o estelionato, a apropriação indébita e o furto. Da mesma forma, ficam excluídos aqueles delitos que – apesar de ostentarem um nítido caráter econômico – estão orientados predominantemente à proteção de outros bens jurídicos, como, por exemplo, os crimes contra a administração pública e os que protegem a saúde dos consumidores (apesar de existirem algumas figuras mistas, nesse último aspecto)¹⁰.

Dada a sua vasta adoção e completude, no presente trabalho será utilizado o conceito amplo de Direito Penal Econômico, que é caracterizado, basicamente, pela tutela penal de bens jurídicos predominantemente supraindividuais (ou coletivos), por intermédio de tipos penais que incriminam o abuso dos instrumentos de tráfico econômico.

É por essa razão que, no exame da Parte Especial do presente manual, serão comentadas as Leis Penais mais importantes na tutela dos crimes econômicos: os Crimes contra a Economia Popular – Lei 1.521/1951; os Crimes contra o Mercado de Capitais – Lei 6.385/1976; os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei 7.492/1986; os Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo – Lei 8.137/1990; os Crimes contra a Ordem Econômica (Combustíveis) – Lei 8.176/1991.

8. WITTIG, Petra. *Wirtschaftsstrafrecht*. 3ª ed. München: Beck, 2014, p. 12.

9. TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil, mit wichtigen Rechtstexten*. 4a ed. Munique: Vahlen, 2014, pp. 31-32.

10. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 113-114.

2. BEM JURÍDICO

O bem jurídico constitui uma das mais caras conquistas do Direito penal de nosso tempo e substancia, como nenhum outro elemento, a marca fundante de um conceito material de delito, exigindo que apenas é possível punir aquelas condutas que efetivamente violem um bem jurídico legitimamente tutelado.

No âmbito do Direito Penal Econômico esse tema ganha ainda mais relevância, precisamente porque nesse subsistema do Direito Penal é que são travados, atualmente, os debates mais intensos e importantes sobre bem jurídico.

2.1. Fundamentos do bem jurídico

Um tema central no estudo da teoria do bem jurídico é o debate sobre o seu fundamento, discutindo-se o que dá suporte à ideia de que todo tipo penal, para ser legítimo, deve necessariamente tutelar um bem jurídico adequado.

Parte relevante da doutrina, defende que é a Constituição que materializa o suporte de legitimidade para o bem jurídico, encontrando seu fundamento especialmente no princípio da proporcionalidade (proibição de excesso) e nos direitos fundamentais¹¹.

Essa premissa não me parece estar completamente errada, pois a Constituição – inclusive no controle de constitucionalidade – pode servir de amparo normativo inegável para o exame sobre a legitimidade de determinados tipos penais a partir da teoria do bem jurídico. No entanto, essa concepção parece insuficiente, pois alicerça um conceito material (bem jurídico) sobre um conceito formal (norma constitucional).

Essa posição, também, enfraquece o potencial crítico ao legislador que o conceito de bem jurídico possui, deixando, por exemplo, que o constituinte originário (que não tem amarras formais) possa livremente inserir no texto constitucional incriminações irracionais. Essa possibilidade arruinaria todo o edifício material do bem jurídico.

11. Por todos, cf.: ROXIN, Claus. Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico, in *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 255.

Conceber o bem jurídico com base “apenas” na Constituição pode levar à conclusão de que um fundamento material para o bem jurídico é desnecessário para o desenvolvimento do Direito Penal. Afinal, bastaria interpretar o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais e, com base neles, realizar o controle de constitucionalidade das normas penais, sem a necessidade de invocar-se qualquer alicerce de natureza substancial¹².

Parece, pois, imprescindível que o bem jurídico tenha um fundamento que vá além da Constituição ou das leis. Não basta uma visão meramente positivista, pois ela é incompatível com uma noção frutífera de bem jurídico. Deve existir, portanto, também algo de extrajurídico e material na fundamentação da teoria do bem jurídico¹³.

A concepção de HABERMAS sobre o Direito pode ajudar nessa construção teórica, pois defende que a legitimidade das normas jurídicas não pode decorrer simplesmente de um ato do Poder Legislativo, ainda que observadas as regras do procedimento de elaboração das leis (constitucionalidade formal). Para ele, o Direito deve estar fundado não apenas na positividade das normas, mas também na existência de uma pretensão de legitimidade¹⁴. Não basta a previsão legal, ela deve ser dotada de legitimidade.

12. Essa foi a posição do Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, na decisão BVerfGE 6, 389, que reconheceu a constitucionalidade da incriminação de relações homossexuais entre adultos. Sobre o tema, veja-se: ROXIN, Claus. Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico, pp. 246-248.

13. SCHÜNEMANN defende que o bem jurídico deve ter uma fundamentação suprapositiva, ao afirmar que: “A teoria da legitimação do direito penal, ou, vista da perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito penal, está fundada nas condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a premissa tácita de qualquer estado de direito democrático-liberal, pouco importando se um tal estado a consagrou na constituição de modo expresso ou não.” SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal, in Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 72. Não explica, porém, de forma suficientemente profunda como obter essa fundamentação supralegal. Neste trabalho, como se verá, defende-se que o bem jurídico não tem uma fundamentação supralegal (ele não é superior à lei), mas se apresenta como um limite ao legislador em relação de complementariedade.

14. “(...) o direito retira sua força vinculante da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão de legitimidade.” HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade. São Paulo: Unesp, 2020, pp. 74-75.

Assim, HABERMAS propõe que deve existir uma relação de complementariedade entre Direito e Moral, sustentando que: *“uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contradiz princípios morais. Por meio do componente de legitimidade da validade jurídica, conserva-se uma referência à moral inscrita no direito positivo. Mas essa referência moral não deve nos levar a posicioná-la acima do direito, no sentido de uma hierarquia entre duas ordens normativas. A ideia de uma hierarquia entre essas ordens de leis pertence ao mundo do direito pré-moderno. Ao invés disso, a moral autônoma e o direito positivo, dependente de justificação, encontram-se em uma relação de complementariedade”*.¹⁵

Essa moralidade, que é complementar ao Direito, não é a relacionada às virtudes de um determinado modo de vida (o que VIVES ANTÓN chama de “moralidade-virtude”), mas sim aquela vinculada às pretensões de justiça existentes em determinado contexto social (a “moralidade-justiça”)¹⁶.

Nesse sentido, é que, em nossas tradições culturais e processos de socialização, coagulam-se hábitos, práticas e reflexões, que estabelecem normas intersubjetivas que desenham verdadeiros conceitos implícitos e explícitos de justiça. Com isso, são desenvolvidas regras sociais que determinam como realizar uma regulação imparcial dos conflitos interpessoais. A moralidade-justiça desenha normas que satisfazem expectativas de comportamento generalizáveis. Essa moralidade envolve um debate argumentativo, procedimental, fundado em boas razões, que estabelece aquilo que é justo ou injusto¹⁷.

15. HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade, pp. 154-155.

16. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 800.

17. HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade, pp. 144-145.

A racionalidade prática dessas normas morais é que dá um fundamento de legitimidade ao Direito¹⁸, potencializando a aceitabilidade racional das normas jurídicas e dotando-a de legitimidade¹⁹.

Em outras palavras, HABERMAS assevera que os discursos morais (ou de moralidade-justiça, na expressão de VIVES) se dirigem “à regulação imparcial de conflitos de ação. À diferença das considerações éticas, que se orientam pelo télos da minha ou nossa vida boa ou não fracassada, as considerações morais exigem uma perspectiva desligada de todo ego-centrismo ou etnocentrismo. Sob o ponto de vista moral do igual respeito por cada um e de uma consideração igualitária dos interesses de todos, as pretensões normativas de regulação legítima das relações interpessoais, agora circunscritas com mais clareza, veem-se levadas pela esteira da problematização. No horizonte do nível de fundamentação pós-tradicional, o indivíduo forma uma consciência moral regida por princípios e orienta sua ação pela ideia de autodeterminação. E aquilo que no âmbito da vida pessoal chama-se autolegislação ou autonomia moral equivale, para

18. Nesse sentido, também, afirma VIVES ANTÓN: “(...) las normas jurídicas les es inmanente una dimensión de validez, pretensión de validez, que puede venir o no venir respaldada por la correspondiente clase de razones; y la clase de razones capaces de cubrir o dejar al descubierto tal pretensión de la norma jurídica consiste en un articulado conjunto de razones concernientes a cómo queremos vivir, de razones concernientes a la equidad de los compromisos entre las distintas proyecciones valorativas, de razones de tipo técnico y de razones de tipo moral.” VIVES ANTÓN. Fundamentos del Sistema Penal, p. 101. Como explicam SILVA e MELO, no prefácio de Facticidade e Validade, de HABERMAS: “(...) se encontramos a própria legalidade ameaçada com o empobrecimento da democracia, para o autor as condições de validade (Geltung) do direito nos remetem a uma tensão entre positividade jurídica e sua aceitabilidade racional (validez, Gultigkeit) – sendo que, para a teoria do discurso, esta última só pode ser satisfeita por meio de processos discursivos que perpassem toda a ordem jurídica e que, em última instância, encontrem sua base principal nas estruturas de uma formação democrática de opinião e da vontade. Para Habermas, (...) o que empresta durabilidade legítima às normas jurídicas é a expectativa de poderem ser contestadas e, eventualmente, reelaboradas segundo o livre convencimento de seus destinatários em uma prática cooperativa de autolegislação.” SILVA, Felipe Gonçalves; MELO, Rúrion. Apresentação à edição brasileira, in HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade. São Paulo: Unesp, 2020, p. 16.

19. “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.” HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade, pp. 150-151. Assim, também, VIVES ANTÓN. Fundamentos del Sistema Penal, pp. 489-490.

*a constituição de uma sociedade justa, à interpretação jurídico-racional da liberdade política, isto é, autolegislação democrática*²⁰.

Aí repousa, portanto, o fundamento material do Direito. Ainda que essa tese não seja infensa a eventuais críticas, por padecer, em determinados casos, de algum grau de abstração, no Direito Penal essa ideia ganha contornos vivos e palpáveis, pois permite, desde logo, que se rechaçam injustiças extremas²¹.

Isso porque, como se sabe, o Direito Penal, em virtude do princípio da *ultima ratio*, somente deve incidir naqueles casos de esgarçamento das relações interpessoais, quando “*a convivência se torna insuportável sem que ele o faça*”²². Sua missão é precisamente realizar o “*controle social do intolerável*”²³.

Nesse limite, a necessidade de uma pretensão de legitimidade, encarnada na relação de complementariedade entre tipo penal e moralidade-justiça, torna essa concepção tangível e com evidentes resultados práticos.

Assim, ainda que exista um amplíssimo leque de liberdade para o legislador escolher quais condutas incriminar, ele não pode criar um Direito Penal ilegítimo. Deve-se, pois, rechaçar incriminações arbitrárias e em descompasso com a racionalidade prática da sociedade que pretende regular. Tipos penais destituídos dessa relação de complementariedade com a moralidade-justiça não podem ser considerados manifestações do Direito. São simplesmente ordens arbitrárias. Não são sequer normas jurídicas²⁴, ainda que aprovadas por um legislador democraticamente eleito.

Esse é o fundamento material do bem jurídico. Ele repousa na pretensão de legitimidade da moralidade-justiça. Todo tipo penal deve ter subjacente a ele uma pretensão de regulação legítima das relações interpessoais.

20. HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade, p. 151.

21. ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2020, pp. 153-154.

22. BUSATO, Paulo César. Direito Penal, Parte Geral, 6ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 49.

23. BUSATO, Paulo César. Direito Penal, Parte Geral, p. 50.

24. Como afirma ALEXY, “*as normas individuais de um sistema jurídico perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto.*” ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito, p. 48.

No dia a dia, para fins de controle de constitucionalidade, é perfeitamente possível invocar-se o princípio da proporcionalidade ou direitos fundamentais como parâmetro normativo para avaliar se o tipo penal está ou não de acordo com nossa Constituição. Mas é importante deixar claro que o fundamento do bem jurídico não se esgota nessas normas constitucionais, pois ele funciona também como critério para examinar a própria legitimidade de uma norma jurídica (inclusive constitucional), permitindo avaliar se ela pode ou não ser chamada de Direito.

Nesse contexto, a partir de uma concepção material e crítica de bem jurídico, tem-se entendido que se deve rechaçar²⁵ a possibilidade de incriminações de condutas que, por exemplo:

- (i) tenham como objetivo proteger finalidades puramente ideológicas, que não se vinculem à proteção de bens jurídicos (v.g. a proteção do *são sentimento do povo alemão*, invocada pelo Direito penal nazista)²⁶;
- (ii) tutelem meras “imoralidades” – compreendidas desde uma perspectiva de moralidade-virtude – que não violem bens jurídicos alheios, como a punição da homossexualidade ou do incesto entre pessoas maiores e capazes²⁷;
- (iii) estejam fundadas apenas em uma ideia de dignidade humana (salvo em casos bastante específicos, como a proteção contra transplante de órgãos e no âmbito de intervenções germinativas), uma vez que se trata de um conceito demasiado amplo e que, ao fim e ao cabo, no limite, pode pretender justificar um espectro muito grade de tipos penais²⁸;

25. É possível delinear-se uma espécie de contra-conceito de bem jurídico, delimitando-se claramente aquelas condutas que não protegem nenhum bem jurídico e não podem, portanto, ser protegidas por tipos penais. Sobre o tema, cf.: SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal no Estado Democrático de Direito: O imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso, *in* Direito Penal, Racionalidade e Dogmática: Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 43.

26. ROXIN; GRECO. Strafrecht, Allgemeiner Teil, p. 30.

27. *Idem*, pp. 31-34.

28. *Idem*, pp. 34-36.

- (iv) violem simples sentimentos indesejáveis ou desagradáveis (somente sendo possível punir sentimentos ameaçadores)²⁹;
- (v) importem apenas autolesões conscientes e sua viabilização e apoio³⁰, dentre outras limitações que o conceito de bem jurídico pode impor à intervenção do Direito penal³¹.

Como se pode ver, já existem alguns parâmetros bem importantes para a compreensão dos limites impostos pelo conceito de bem jurídico e com aceitação substancial na doutrina, que dão contornos práticos e efetivos para avaliação da legitimidade dos tipos penais. Esses limites são extraídos da pretensão de legitimidade que deve ser materialmente ínsita a toda incriminação.

2.2. Conceito de bem jurídico

O atual conceito de bem jurídico não deve ser confundido com suas reminiscências históricas, que o viam como um direito subjetivo (FEUERBACH); um conceito natural de delito (BIRNBAUM); uma mera vinculação formal à lei (BINDING); nem como um critério interpretativo do Direito Penal (HÖNIG), dentre outras propostas já abandonadas³².

29. *Idem*, pp. 36-39.

30. *Idem*, pp. 40-46. Na viabilização e apoio às autolesões repousa a polêmica em torno da possibilidade ou não da punição do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e à autolesão, tipificados pelo art. 122 do Código Penal brasileiro. Aqui, porém, não há espaço para aprofundar esse debate específico.

31. Cf.: *Idem*, pp. 46 e ss.

32. Sobre a evolução da concepção de bem jurídico, há uma larga produção doutrinária, podendo citar-se, por exemplo: BADARÓ, Tatiana. Bem Jurídico Penal Supraindividual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, pp. 23 e ss.; BUSATO, Paulo César. Direito Penal, Parte Geral, 6ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 257 e ss.; D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do Crime e Ofensividade: O modelo do crime como ofensa ao bem jurídico, in Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 59 e ss.; HEFENDEHL, Roland. Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 2002, pp. 05 e ss.; SCHÜ-NEMANN, Bernd. 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. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 32 e ss.; SOUZA SANTOS, Humberto. Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020, pp. 31 e ss.

Sem embargo, apesar desse largo caminho percorrido e das intensas discussões sobre o tema, o conceito de bem jurídico ainda padece de problemas. O principal deles: sua demasiada abstração e falta de clareza³³.

Para tentar solucionar esse problema, houve uma série de tentativas de conceituação³⁴, propondo-se compreender o bem jurídico como: (i) objetos que possibilitam a autorrealização do ser humano (MARX); (ii) conjunto de normas jurídicas de comportamento relativas a um determinado ente livre e suas condições de existência (KÖHLER); (iii) proteção de chances de participação na sociedade (CALLIESS); (iv) estado de coisas passíveis de lesão e proteção (JÄGER); (v) estado de coisas especialmente valioso da realidade social (MAYER); (vi) interesse humano carecedor de proteção penal (HASSEMER); (vii) interesses jurídicos penalmente protegidos (MAURACH/ZIPF); (viii) valor ideal espiritualizado (BAUMANN/WEBER/IMITSCH); (ix) valor abstrato da ordem social juridicamente protegido (JESCHECK/WEIGEND); (x) unidades funcionais da sociedade, sem as quais ela não seria capaz de sobreviver (RUDOLPHI)³⁵; (xi) relação de disponibilidade de um indivíduo com

33. Essa é uma crítica bastante difundida ao bem jurídico. Por todos, vale transcrever o que assevera STRATENWERTH: *“Apesar de que a opinião dominante atribua importância central ao bem jurídico, tanto como diretriz interpretativa, quanto como parâmetro de crítica à lei penal, a ideia de bem jurídico permanece completamente obscura. Nenhum dos conceitos fundamentais do Direito Penal se apresenta numa tal diversidade de definições mormente (colocaria ‘especialmente não fundamentadas’) não fundamentada, e das quais em parte sequer se consegue dizer quais as suas relações com as demais.”* STRATENWERTH, Günter. Sobre o ‘conceito de bem jurídico’, in *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 130.

34. Sobre essa trajetória de discussão a respeito do bem jurídico, GRECO conclui que: *“Creio que esse cansativo debate é, em grande medida, terminológico e talvez seja por isso que se observa um crescente desinteresse da doutrina a respeito. Tem-se a impressão de estarem todos a dizer aproximadamente a mesma coisa, mas valendo-se de palavras distintas.”* GRECO, Luis. ‘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*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 85.

35. Essa compilação dos principais conceitos de bem jurídico foi realizada por: STRATENWERTH, Günter: Sobre o ‘conceito de bem jurídico’, in *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 130-131.

um objeto (ZAFFARONI)³⁶; e como *“dados e finalidades necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização dos seus direitos fundamentais e para o funcionamento do sistema estatal criado para a concretização dessas finalidades”*(ROXIN)³⁷.

Em resumo, as distintas concepções de bem jurídico se desenvolvem em torno de três centros de gravidade: (i) os valores; (ii) os interesses e (iii) dados ou objetos necessários ao indivíduo ou sociedade.

Essas propostas, porém, ostentam problemas de conteúdo e de falta de clareza, dada a equivocidade de alguns desses conceitos, razão pela qual aqui se defende que nenhuma delas deva ser adotada.

Gostaria, portanto, de explicar quais eventuais erros materiais e dúvidas de nomenclatura podem derivar dessas propostas e, com isso, posteriormente, tentar desenhar uma proposta de compreensão do bem jurídico.

Um primeiro passo importante é dizer aquilo que **não** pode fazer parte do conceito de bem jurídico.

(i) O bem jurídico não pode ser um valor decorrente da moralidade-virtude. Em nossas práticas consuetudinárias são desenvolvidos padrões de comportamento que refletem preferências socioculturais compartilhadas intersubjetivamente. Com esses padrões são estabelecidos diferentes níveis e relações de preferência, identificando-se bens mais atrativos e valorizados que outros. Nessas hipóteses, é desenhado um guia para os indivíduos ou grupos de indivíduos, orientando como realizar um projeto de vida exemplar, com o reconhecimento de valores relativos a contextos culturais contingentes, que são recomendados para imitação e que configuram a vida virtuosa. Essas normas de comportamento buscam enfrentar problemas sobre o que é a vida boa³⁸.

De acordo com essas normas sociais, que VIVES NATÓN denomina “moralidade-virtude”, são estabelecidas as condutas que determinados grupos humanos entendem como mais adequadas, não para

36. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, 11. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 416.

37. ROXIN; GRECO. Strafrecht, Allgemeiner Teil, p. 26.

38. HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade, pp. 143 e 214-215.

um regramento interpessoal justo, mas para a consecução de uma vida virtuosa³⁹.

Nela é que encontramos as diretrizes de comportamento estabelecidas por determinadas sociedades, religiões, culturas ou subculturas, grupos étnicos, dentre outros agrupamentos humanos que estabelecem preferencias socioculturais.

Aqui estão as normas que fazem recomendações, por exemplo, sobre o momento e com quem se deve manter relações sexuais ou se casar; se estabelecem padrões comportamentais com relação à vestimenta, à fala, ao modo de expressar-se, regras de etiqueta e boa educação; determina-se qual é a divisão de status sociais, as profissões mais valiosas e dignas; ritos de passagem e datas comemorativas etc.

39. HABERMAS faz a seguinte distinção entre normas de moralidade-justiça (que chama simplesmente de normas morais) e normas de moralidade-virtude (que chama de valores): *“A la luz de las normas se puede decidir lo que estamos obligados a hacer; en el horizonte de valores podemos decidir qué comportamiento es más recomendable. Normas reconocidas obligan sin excepción e igualmente, mientras que los valores expresan las preferencias acerca de los bienes que en una determinada comunidad son considerados como deseables. En tanto que las normas se siguen en el sentido de una satisfacción de expectativas de comportamiento generalizadas, los valores o bienes sólo se realizan o logran mediante acciones dirigidas a un fin. Es más, las normas se nos presentan con una pretensión de validez binaria y son o bien válidas o no lo son. Frente a las proposiciones normativas, de modo semejante a las proposiciones asertóricas, sólo podemos responder con un «sí» o con un «no», o bien resérvanos el juicio. Por el contrario, los valores fijan relaciones de preferencia que significan que ciertos bienes son más atractivos que otros. Por ello podemos estar más o menos de acuerdo con las proposiciones evaluativas. La fuerza obligatoria de las normas tiene el sentido absoluto de un deber incondicional y universal: lo que se debe hacer pretende ser igualmente bueno para todos (o para todos los destinatarios). Que unos valores sean atractivos tiene el sentido relativo de una estimación de bienes común o adoptada en culturas o formas de vida: decisiones valorativas importantes o preferencias de orden superior nos dicen lo que es bueno para nosotros (o para mí) considerando las cosas en su totalidad. Finalmente, las diferentes normas no pueden contradecirse mutuamente, si es que pretenden valer para el mismo círculo de destinatarios. Tienen que estar en una relación coherente, esto es, formar un sistema. Por contra, diferentes valores se disputan la preeminencia. En la medida en que son objeto de reconocimiento intersubjetivo en el seno de una cultura o una forma de vida, forman configuraciones flexibles y de amplio abanico. Resumiendo, las normas se distinguen de los valores, primero, por su relación con un tipo diferente de acción, dirigido por reglas o dirigido a fines; segundo, por la pretensión de validez, binaria o por codificación gradual; tercero, por ser vinculantes de modo absoluto o de modo relativo; y, cuarto, por los criterios de cohesión que deben satisfacer los sistemas de normas y los sistemas de valores.”* HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. Debate sobre el liberalismo político. Barcelona: Paidós, 1998, pp. 48-49.

Todos esses são valores relacionados à denominada moralidade-virtude. Nenhum deles, porém, pode ser tutelado pelo Direito Penal. Mais. Algumas dessas “recomendações” de moralidade-virtude podem inclusive constituir delito (especialmente quando substanciarem discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual – Lei n. 7.716/89).

É sobre esse conteúdo ético-normativo que, em Direito Penal, se fala que a teoria do bem jurídico afasta a possibilidade da punição de imoralidades⁴⁰. Desde essa perspectiva, uma concepção adequada de bem jurídico não admite como legítima a tipificação penal de relações sexuais entre parentes maiores (incesto) ou entre pessoas do mesmo sexo; é proscrita a criminalização da mendicância, da vadiagem, da manutenção de casa de prostituição (quando não exista exploração sexual), dentre outros exemplos de punição baseada, não na regulação justa da convivência interpessoal, mas na imposição de determinados valores culturais. Portanto, ao Direito Penal é proibido escolher e eleger como bem jurídicos determinados valores vinculados à moralidade-virtude, mesmo que absolutamente majoritários em uma determinada sociedade.

Sem embargo, muito embora na doutrina mais ilustrada exista um grande consenso de que o Direito Penal deve estar separado da moral (moralidade-virtude), é importante fazer-se alguns esclarecimentos.

Primeiro. De acordo com o que aqui se defende, não é a melhor opção terminológica dizer que o Direito deve estar separado da moral, pois pode gerar confusões. É muito mais claro e produtivo adotar-se, como já aqui afirmado, a distinção propugnada por VIVES ANTÓN de que a moralidade-justiça é o fundamento de validade do Direito e que é inadmissível que a moralidade-virtude fundamente tipos penais.

Segundo. Quando se fala em “valores” normalmente se pensa em valores vinculados à moralidade-virtude, razão pela qual aqui se defende que não se empregue essa nomenclatura. Portanto, para fins de conteúdo não é uma boa opção relacionar o bem jurídico a valores. Ademais, essas expressão pode gerar problemas de clareza, pois, quando se fala em valores, não se sabe ao certo se está se falando de moralidade-virtude, de moralidade-justiça ou dos dois, o que gera uma confusão terminológica.

40. Por todos, cf.: ROXIN; GRECO. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 31-34.

(ii) O bem jurídico não é interesse. Da mesma forma, não vejo como adequado conceituar o bem jurídico como interesse. Isso porque, caso a palavra interesse seja compreendida como uma pretensão de realizar ou obter determinado fim, existe nessa posição um problema de conteúdo. É que os interesses podem estar vinculados tanto a questões de justiça, quanto a questões de virtude. Afinal, é possível ter interesse em ser feliz (de formas lícitas ou ilícitas), ficar rico, casar com alguém que ama, desejar determinados bens ou concretizar benefícios egoísticos; é possível até mesmo ter interesses em cometer delitos.

Portanto, os interesses (assim como os valores) podem estar relacionados a pretensões de justiça ou de injustiça, a uma vida virtuosa, egoística, lícita ou ilícita. Em suma, a expressão não tem delimitação de conteúdo e, de tal maneira, pode gerar dúvidas, diante do que parece ser recomendável o abandono dessa nomenclatura⁴¹.

Da mesma forma a proposta de que o bem jurídico seja visto como uma relação de disponibilidade, acaba confundindo eventual característica do bem jurídico (alguns bens jurídicos são disponíveis outros não) com o seu próprio conceito. Por isso, também, não pode ser acolhida essa proposta.

(iii) O bem jurídico não pode ser compreendido como dados ou objetos que fazem parte do mobiliário físico do mundo: Essa, também, é uma compreensão a nosso ver equivocada de bem jurídico, apesar de ser adotada por grandes penalistas. A tentativa de conceituar bem jurídico como se fosse um objeto ideal (o objeto da proteção), com um status ontológico análogo ao objeto material, sobre o qual recai a ação delitiva, acaba redundando na apresentação de definições vazias.

41. STRATENWERTH lança outras críticas ao bem jurídico como interesse. Primeiro, afasta a interpretação de que interesse poderia ser visto como um dado psíquico, uma vez que no homicídio a pedido da vítima não se poderia falar em violação do bem jurídico. Assim, o interesse deveria ser generalizável e objetivo, posição que objeta afirmando que esse conceito de interesse *“graças a sua multiplicidade de sentidos, nada mais diz: algum interesse estará sempre por trás de qualquer dispositivo penal que não seja privado de qualquer sentido”*. E continua sua crítica: *“Por último e principalmente, o termo ‘interesse’ acaba não designando o que realmente importa: os interesses dirigem-se a algo, a algo que provoca ou que merece interesse – mas eles não são esse algo, e sim um mero reflexo do valor desta algo. É por isso que, diferentemente do bem jurídico, eles não podem ser a rigor lesionados.”* STRATENWERTH, Günter. Sobre o ‘conceito de bem jurídico’, pp. 132-133.