

CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES

**Pluriofensividade do crime militar e
bem jurídico categorial**

2027

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

3

TEORIA GERAL DO BEM JURÍDICO-PENAL

Conhecidos os vetores inaugurais, fundamental, neste momento, que se coloque em evidência a concepção de bem jurídico-penal militar que informará o raciocínio a ser construído, principiando por uma compreensão genérica de uma teoria do bem jurídico-penal.

Não é pacífica a compreensão pela existência de uma teoria do bem jurídico-penal, havendo quem negue sua real existência calcado na ideia de que já a expressão “teoria do bem jurídico” consiste mais em um “clichê, isto é, um termo agradável de se referir, mesmo que dele possam surgir consequências diferentes, em razão de suas definições diferentes (e contrastantes)”¹.

Em outra senda, no entanto, tem-se que

[...] no campo do direito penal democrático, o que realmente se exige é a absoluta transparência do objeto lesado como forma de comunicação normativa, independentemente da filiação política de seu intérprete. Exige-se o conceito de bem jurídico, ou pelo menos sua delimitação,

-
1. SCHIAVO, Nicolás. **El aporte marginal de la teoría del bien jurídico**. Buenos Aires: Fabían J. Di Plácido Editor, 2008, p. 39. Tradução nossa. No original: “[...] más bien un ‘cliché’, es decir, un término al que queda bonito referirse, aunque del mismo se deriven diferentes consecuencias, producto de sus diferentes (y contrapuestas) definiciones”.

por meio de argumentos compatíveis com um panorama da linguagem comum, levado a sério, pois nele reside todo o processo de legitimação da norma penal².

De fato, a teoria do bem jurídico-penal nasce e sobrevive perenemente em crise, em um movimento cíclico de seu ocaso e seu revigoramento, de acordo com critérios históricos, políticos (ideológicos), econômicos etc., que dão maior ou menor importância ao isolamento do objeto de proteção do Direito Penal assim como definem seu conteúdo, e, muitas vezes, arrimado nessas questões, surge a dificuldade de isolar esse conceito de realidade atingida pela ação no crime e, até mesmo, dos fins da norma incriminadora³.

Essa dificuldade, entretanto, não deve obstar a sustentação da existência de uma teoria do bem jurídico-penal e até mesmo buscar tornear suas bases com parâmetros atuais, especialmente com o objetivo de restringir a atividade estatal de geração de tipos penais incriminadores assim como a tarefa interpretativa de subsunção de condutas a tipos penais.

Fundamental a advertência que fazem Gustavo Junqueira e Paulo Henrique Fuller:

O Direito Penal, como instrumento de um Estado Democrático de Direito, deve buscar respostas racionais ao problema, o que pode ser alcançado por meio da criminalização ou descriminalização, abrandamento, alteração ou incremento de rigor das punições, de acordo com a estratégia a ser desenvolvida. A tomada de providências simbólicas ou simplesmente tradicionais, em problema

-
2. TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 15-16. Tradução nossa. No original: "[...] *en el ámbito de un Derecho penal democrático, lo que realmente se exige es la absoluta transparencia del objeto lesionado como forma de comunicación normativa independientemente del alistamiento político de su intérprete, se requiere el concepto de bien jurídico o, por lo menos, su delimitación, por medio de argumentos compatibles con un panorama de lenguaje ordinario, conducido a un plano serio, porque en él reside todo el proceso de legitimación de la norma penal*".

3. *Ibid.*, p. 17.

de tal magnitude, tem grande propensão a causar incremento de violência, em vez de objetivos legítimos⁴.

Dessa maneira, a busca da redução da intervenção penal, comum ou militar, afeiçoa-se ao propósito do Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição Federal de 1988, e desenvolver uma teoria do bem jurídico como instrumento de contenção, ainda que suscetível a ataques em função dos já apontados fatores históricos, políticos etc., mostra-se assaz desejável.

A concepção de bem jurídico-penal vem se construindo paulatinamente, de acordo com vertentes que, por vezes, chocam-se, mas é possível resumir com Hassemer que as discussões sobre o tema sempre permearam cinco questões centrais:

- O que é um bem jurídico conceitual e materialmente compreendido?
- Como os bens jurídicos surgem e se mantêm na realidade social e individual?
- Como se classificam?
- Como devem ser integrados aos sistemas jurídicos?
- É possível ameaçar e aplicar penas quando nenhum bem jurídico for afetado?⁵

-
4. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial**. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 133. Vol. 1.
 5. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madri: Marcial Pons, 2007, p. 95. Tradução nossa. No original: "*La discusiones en torno a la cinco cuestiones centrales que desde siempre se han vinculado con el topos del "bien jurídico" en el Derecho penal:*
 - ¿qué es un "bien jurídico" conceptual y materialmente?
 - ¿cómo surgen y se mantienen los bienes jurídicos en la realidad social y individual?
 - ¿cómo se clasifican?
 - ¿cómo deben integrarse en los sistemas jurídicos?
 - ¿se puede amenazar con pena y sancionar cuando no se ve afectado ningún bien jurídico?".

Para verificar a resposta a algumas dessas questões – aquelas que interessam ao raciocínio em andamento –, tem-se por importante incursionar por uma linha temporal que chegue até as concepções – ou não concepções – mais atuais.

3.1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

Como muitos temas em Direito Penal, o marco de estudo inicial é o da escola do liberalismo jurídico, a Escola Clássica, presente entre o fim do século XVIII e a metade do século XIX. Em reação aos desmandos do Estado Absolutista, e sob a influência do Iluminismo, a relação entre Estado e indivíduo passa a ter outro significado, limitando-se mais a intervenção estatal.

3.1.1. Feuerbach e a concepção de lesão a um direito subjetivo

No seio da Escola Clássica, surge, por um dos maiores expoentes da época, Alselm v. Feuerbach, a concepção de que o objeto de proteção do Direito Penal deveria ser a *lesão a um direito subjetivo*.

Não se perca de vista que a construção de sua teoria é centrada na necessidade de uma coerção psicológica impulsionada pelo Estado. Partindo da compreensão de que a união da “vontade e da energia dos indivíduos constitui a base da sociedade civil para garantir a liberdade recíproca a todos”⁶, entendia que a coerção física, provida pelas instituições do Estado, após a ocorrência do delito, não era suficiente para impedir as lesões jurídicas, porque o momento de antecipação à prática delitiva já estaria exaurido, não se impedindo a lesão que se queria evitar.

Em outras palavras, como a “coação prévia só é possível quando baseada em fatos reais que permitam ao Estado reconhecer a certeza

6. FEUERBACH, Alselm v. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 50. Tradução nossa. No original: “*La unión de la voluntad y la energía de los individuos proporciona el fundamento de la sociedad civil para garantizar a todos la libertad recíproca*”.

ou probabilidade do dano (como no caso da coação para obtenção de garantia)”⁷, na necessidade de prevenir danos legais, deve se construir uma “[...] outra forma de coerção, além da coerção física, que antecipe a consumação do dano legal e, vinda do Estado, seja eficaz em cada caso específico, sem exigir conhecimento prévio do dano”⁸, e essa coerção apenas pode ser psicológica.

Adaptando essa base de raciocínio ao tema em estudo, na visão de Feuerbach, “[...] se os indivíduos decidiram livremente formar uma sociedade civil (garantindo a liberdade de todos), a função do Estado não seria outra senão prover meios adequados para impedir as lesões jurídicas aos direitos de cada pessoa”⁹, de modo que o Direito Penal, como instrumento estatal, deveria centrar-se nessa proteção, inaugurando-se, assim, uma aproximação ao objeto de proteção do Direito Penal.

Para Feuerbach, o delito não significava uma violação de dever para com o Estado, mas uma agressão a um direito subjetivo do indivíduo que não poderia exercer sua liberdade diante da ação de outros indivíduos, que estavam em estado de plena igualdade. Assimila-se, assim, uma concepção de que o conceito de delito está subordinado a um princípio material, na violação de bens materiais, calcado na preservação da liberdade dos indivíduos, e não na violação de um dever, de modo que o Estado não poderia incriminar condutas, senão

-
7. *Ibid.*, p. 51. Tradução nossa. No original: “*Dado que la coerción previa únicamente es posible cuando tiene como presupuesto hechos reales que permitan al Estado reconocer la certeza o probabilidad de la lesión (como en el caso de la coacción para obtener una garantía)*”.
 8. FEUERBACH. **Tratado de derecho penal**, *op. cit.*, p. 52. Tradução nossa. No original: “[...] *deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión*”.
 9. SCHIAVO. **El aporte marginal de la teoría del bien jurídico**, *op. cit.*, p. 30. Tradução nossa. No original: “[...] *si los individuos decidieron, libremente, constituir la sociedad civil (garantizando la libertad de todos), la función de Estado no sería otra que la de proveer los medios adecuados para que se impidieran las lesiones jurídicas a los derechos poseídos por cada quien*”.

aquelas que significavam violação de direitos subjetivos e, em consequência, importavam em dano social¹⁰.

Entretanto, isso não significaria a impossibilidade de crimes que afetassem o Estado:

De fato essa forma de pensar o crime, no campo do direito positivo, é uma ideia de redução no âmbito das condutas puníveis, já que condutas que até então eram consideradas crimes não mais deveriam ter seu caráter delituoso. No campo dos crimes contra a religião e contra a moral foram descriminalizados o suicídio e a blasfêmia.

No entanto, importante lembrar que sua definição de delito como “o que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais” não afasta a existência de crimes contra o Estado. Afirma o autor: “posto que a conservação de direitos é objetivo geral das leis penais, serão objetos de suas cominações protetoras tanto os direitos dos súditos, *como também os direitos correspondentes ao Estado (como pessoa moral)*”¹¹.

Impõe-se destacar no trecho apontado a função limitadora da concepção de bem jurídico para a incriminação de condutas.

3.1.2. Birnbaum e o rompimento da tutela apenas de direitos subjetivos

Atribui-se, sequencialmente, a Johann Michael Franz Birnbaum, na primeira metade do século XIX, a separação da lesão a um “direito subjetivo” da de um “bem”. Sua concepção, necessário indicar, vem ao encontro das necessidades do Direito Penal de seu tempo, com o escopo, por exemplo, de justificar de modo mais seguro a incriminação nos delitos contra a religiosidade, o Estado, a moral ou a comunidade, que não se afeiçoavam para alguns à ideia de direitos apenas individuais como objeto de proteção, embora, como se sustentou, a visão precedente de Feuerbach não se opunha absolutamente.

10. Cf. TAVARES. **Bien jurídico y función en Derecho penal**, *op. cit.*, p. 17-18.

11. BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limite à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 109 (g.n.).

Na sua concepção, somente poderia ser assimilado pelo Direito Penal e, conseqüentemente, considerado delito, a depender da natureza das coisas ou da razão, uma lesão ou colocação em risco que pudesse ser atribuída ao comportamento humano e, mais, que fosse punível no âmbito do Estado, justamente por ser um “bem” garantido a todos pela força estatal, desde que não fosse possível estabelecer uma garantia geral sem ser por meio da cominação de uma determinada pena e de sua execução concretizada sobre cada infrator da lei¹².

Com a introdução do conceito de violação de bem jurídico em substituição ao conceito de violação de direito subjetivo como fundamento do crime, foi possível se reconhecer que os interesses comunitários ou religiosos passavam a ser considerados como espécies de bem jurídico¹³.

Entretanto, a teoria de Birnbaum também conheceu críticas, especialmente por permitir que a incriminação de condutas perdesse o arrimo da lesão a direitos individuais e, portanto, perdesse o limite dos pressupostos de legitimidade, que, de alguma forma, estavam na estrutura idealizada por Feuerbach¹⁴.

3.1.3. Binding e a primeira noção de “bem jurídico”

Diante da crítica sobre a carência de legitimidade, coube a Karl Binding retomar a concepção de direito subjetivo como foco da proteção penal, mas com uma concepção diferente da de Feuerbach, pois

12. Cf. SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 33.

13. TAVARES. **Bien jurídico y función en Derecho penal**, *op. cit.*, p. 17-18. Tradução nossa. No original: “*Con la introducción del concepto de violación al bien jurídico en sustitución del concepto de violación del derecho subjetivo, como fundamento del delito, desde que se pudiera reconocer que, igualmente, intereses comunitarios o religiosos fueran contemplados como especies de bienes jurídicos*”.

14. TAVARES. **Bien jurídico y función en Derecho penal**, *op. cit.* Tradução nossa. No original: “[...] *mientras se ganaba en claridad, en cuanto a la incriminación de las respectivas conductas, se perdía – y de hecho se perdió – la vinculación de esa incriminación con los presupuestos propios de legitimidad, que estaban de cualquier modo presentes en la estructura idealizada por FEUERBACH*”.

entendia que esses direitos subjetivos estavam sob a titularidade exclusiva do Estado, e não deste e do indivíduo.

O bem jurídico em Binding devia refletir “tudo o que, aos olhos do legislador, tem, como condição para a vida saudável da comunidade jurídica, valor para ela”, ao que ele acrescentou “em cuja manutenção, inalterada e imperturbada, a comunidade tem interesse, na opinião do legislador, que tenta protegê-la por meio de suas normas contra lesões indesejadas ou perigos não desejados”¹⁵.

Estima-se que Binding foi o primeiro a utilizar a expressão “bem jurídico”, em sua obra intitulada *As normas e sua infração*, com primeira publicação em 1872¹⁶, pois Birnbaum teria utilizado apenas a expressão “bem” e não “bem jurídico”¹⁷.

Na sua visão,

a essência de todo injusto é a contrariedade à norma, de modo que a vontade da lei e a vontade do indivíduo não correm paralelamente, mas de maneira divergente, e toda proibição tem o mesmo objetivo: impedir que certas mudanças no mundo jurídico sejam precipitadas mediante ações humanas. Com base na realização desse objetivo, Binding diferencia três grupos de proibições. O primeiro formado pela proibição de resultado indesejável por si mesmo. O segundo, pela proibição de colocação em perigo de bens protegidos antes da ocorrência de sua violação geralmente possível. O terceiro, pela proibição de ações que não consideram resultados reais, mas apenas o cuidado com sua possibilidade, ou seja, a proibição da

15. SCHIAVO. **El aporte marginal de la teoría del bien jurídico**, *op. cit.*, p. 35. Tradução nossa. No original: “*El bien jurídico en BINDING debía reflejar ‘todo lo que a los ojos del legislador, tiene, como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma’, a los que agregaba ‘en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando este protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o postas en peligro no deseadas’*”.

16. Cf. SANTOS. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**, *op. cit.*, p. 34.

17. *Ibid.*, p. 32.

desobediência não por ela causar um estado de contrariedade a um interesse e sim pela própria desobediência¹⁸.

Note-se que não se afasta, como objeto de tutela do Direito Penal, o direito subjetivo, mas caberia ao Estado a titularidade que legitimaria a incriminação, resumindo-se o delito na contrariedade da norma versada pelo Estado, atribuindo-se um papel de extremo relevo na percepção do legislador, que gera normas com seus bens jurídicos, de acordo com essa percepção, e, portanto, o bem jurídico-penal é um “bem do Direito” posto¹⁹. Em outros termos, para Binding, por “‘bem jurídico’ deve ser entendido tudo aquilo em cuja inviolabilidade e imodificabilidade o direito positivo possui interesse”²⁰.

Reconhece-se, em sua teoria, fortes sinais do positivismo jurídico, em que somente a lei encerra os objetos jurídicos, por ser ela, a lei, a vontade declarada do Estado, e, nesse contexto, o bem jurídico nada mais é do que um elemento da própria norma, que pode ser tanto sua finalidade como sua *ratio*²¹.

Evidentemente, as críticas surgiram no sentido de não se conhecer uma adequada limitação à atividade estatal da produção do Direito Penal, o que poderia respaldar qualquer modelo político-ideológico de Estado, crítica, aliás, que se faz até hoje em relação à uma das visões funcionalistas, notadamente à de Günther Jakobs, como se verá adiante.

3.1.4. Von Liszt e as estruturas preexistentes

Chega-se a Franz Von Liszt como um claro opositor à proposta de Binding, especialmente em sua obra de 1886 *Bem jurídico e conceito de ação no manual de Binding*²².

18. SANTOS. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**, *op. cit.*, p. 34-5.

19. SCHIAVO. **El aporte marginal de la teoría del bien jurídico**, *op. cit.*, p. 36.

20. SANTOS. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**, *op. cit.*, p. 35.

21. Cf. TAVARES. **Bien jurídico y función en Derecho penal**, *op. cit.*, p. 23.

22. Cf. SANTOS. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**, *op. cit.*, p. 36.

Sustenta que o conceito de bem jurídico não poderia estar na alçada do legislador, como conceito estritamente jurídico, mas significaria um conceito prévio ao próprio direito positivado. Em suas palavras:

Chamamos de bem jurídico os interesses que o Direito protege. *Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido*. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o Direito, que produz interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero²³.

Tem-se, aqui, uma vertente também positivista, mas do positivismo sociológico ou naturalista, segundo o qual o Direito não tem por fonte somente a lei, mas sim o costume, o espírito do povo, que sintetiza uma vontade geral, com vetores contratualistas, que, enfim, deságua na norma jurídica²⁴.

3.1.5. Os neokantistas e a concepção do bem jurídico-penal como simples vetor de interpretação

Em seguimento, pode-se trazer uma visão categorizada como neokantista de bem jurídico, mostrando-se fundamental compreender que, como já defendido, as matrizes que impulsionam o Código Penal Militar possuem essa natureza. Em uma frase, resgate-se que o Código Penal Castrense possui influência neokantista. Essa constatação, no entanto, não obriga necessariamente a adoção dessa concepção pura pelo intérprete para os crimes militares, alerte-se.

23. LISZT, Franz V. **Tratado de direito penal**. Campinas: Russell, 2003, p. 139.

24. Cf. TAVARES. **Bien jurídico y función en Derecho penal**, *op. cit.*, p. 24.

Com o declínio das teses positivistas, na primeira metade do século XX, ganha corpo no Direito Penal o Neokantismo, com expoentes como Richard Honig, Erich Schwing, Max Grünhut, Edmund Mezger e Max Ernest Mayer. Inaugura-se uma outra fase da evolução política em que é eliminado, de maneira definitiva, o sujeito, trabalhando-se com a noção de totalidade, que tem origem em “um juízo puramente normativo, aparentemente neutro, mas geralmente de perfil autoritário, que obtém sua coroação com a substituição definitiva da noção material de bem, pela noção de valor, mas não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma”²⁵.

A influência neokantista no Direito Penal defende a ideia de que é preciso adotar um conceito teleológico ou metodológico de bem jurídico que o faça ser entendido como um valor. Este valor consiste na proteção dos fins do tipo penal de modo a permitir uma distinção clara entre bem jurídico e o objeto da ação sobre a qual a conduta punível se efetua. O crime é vislumbrado apenas como uma violação de uma lei penal positivada e não são admitidas figuras como bens, interesses ou estados, pois o bem jurídico é compreendido como um mero recurso de interpretação. O bem jurídico cumpre o papel de fórmula interpretativa de tipos penais, exerce uma função apenas hermenêutica que serve de ferramenta de interpretação teleológica e estruturação da Parte Especial do direito penal, sem qualquer significado político-criminal. A partir desses pressupostos, Honig define bem jurídico como o fim do tipo penal em sua mais curta forma, uma síntese categorial com a qual o pensamento jurídico se esforça para captar o sentido e o fim das disposições penais individuais; Grünhut como a abreviatura do pensamento teleológico; Schinge como expressão da *ratio legis* do tipo

25. *Ibid.*, p. 26. Tradução nossa. No original: “Se elimina definitivamente el sujeto y se trabaja con la noción de totalidad, proveniente de un puro juicio normativo, aparentemente neutro, pero en general de perfil autoritario, que obtiene su coronación con la definitiva sustitución de la noción material de bien, por la noción de valor, pero no de un valor individual, sino de un hipotético valor cultural, que nasce y vive en los imperativos y prohibiciones de la norma”.

penal específico. Mezger como valor objetivo que a lei reconhece como merecedor de proteção, conhecido por meio de uma fórmula mais simples: o “fim” da lei penal específica²⁶.

Percebe-se que o bem jurídico é reduzido a um vetor de interpretação da norma sem nenhuma função limitadora na produção do Direito Penal, mas uma simples ferramenta que pode limitar apenas sua aplicação a casos concretos, com arrimo no valor identificado como escopo de proteção da norma já produzida. Como o legislador, ao criar um tipo penal, sempre busca a manutenção de uma situação em estado de tranquilidade, sempre há o que proteger pela norma, ou seja, sempre haverá um bem jurídico, que apenas será identificado pelo intérprete na aplicação do caso concreto.

A concepção apresentada, para alguns autores, respaldou, inclusive, o arcabouço jurídico do Estado de matriz fascista, especialmente pela pena de Mezger²⁷. Com a ascensão do nacional-socialismo, entre 1933 a 1945, importando em negação de valores liberais que afetou profundamente o Direito Penal, passou-se a enxergar a comunidade do povo como um ente que significava o fim primário do Direito Penal, sendo primordial não simplesmente fazer frente aos fatos, mas eliminar seus autores²⁸, abrindo-se a porta para um Direito Penal do autor e não do fato.

Havia uma preferência por bens jurídicos coletivos, que, para serem protegidos, conduziram a uma inflação de tipos penais, colocando em xeque a teoria do bem jurídico, com a proposta de que ha-

26. SANTOS. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**, *op. cit.*, p. 40.

27. Para Juez Tavares, o pensamento de Mayer refletia uma postura liberal em oposição às teses que seguiram e que deram lugar, por um processo de corrupção ideológica de seus intérpretes, como o caso de Mezger, à fundamentação de um Estado fascista (**Bien jurídico y función en Derecho penal**, *op. cit.*, p. 28). Para Humberto Souza Santos, Mezger dedicou ao regime nacional-socialista obras teóricas, propostas de leis e trabalhos empíricos (**Ainda vive a teoria do bem jurídico?**, *op. cit.*, p. 43).

28. Cf. SANTOS. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**, *op. cit.*, p. 41.

veria, com o crime, a violação de um dever ou mesmo a infidelidade à comunidade do povo²⁹.

Embora, como alertado acima, o fato de o Código Penal Militar ter matriz neokantista não obrigar a adoção dessa concepção pelo intérprete, é fato que os bens jurídicos coletivos no estatuto penal militar brasileiro privilegiam esses bens. Como prova, tome-se que os três primeiros títulos do Livro I da Parte Especial, presumivelmente a preocupação primeira dos idealizadores do Código, tutelam bens jurídicos de interesse da coletividade, especialmente militar, como a segurança externa do País (Título I), a autoridade e a disciplina militar (Título II) e o dever e o serviço militar (Título III).

Mesmo na descrição de crimes que teriam a tutela de interesse do indivíduo, em outra demonstração da priorização da concepção neokantista, há a garantia de interesse transindividual, como no caso do crime de ofensa às Forças Armadas, que, no art. 219 do Código Castrense, no bojo dos crimes contra a honra (Capítulo IV), dentro dos crimes contra a pessoa (Título IV, do Livro I, da Parte Especial), criminaliza a conduta de “Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das forças armadas ou a confiança que estas merecem do público”. À evidência, o objeto de tutela neste delito nada guarda com aquele referente aos crimes contra a honra do indivíduo, onde está capitulado.

3.1.6. Mayer: o Direito não cria, mas apenas reconhece interesses

Ainda no próprio Neokantismo, há que se destacar a posição de Mayer que, independentemente de sua filiação à essa corrente, divergiu na concepção de bem jurídico. Na sua visão:

A função do direito não é criar, mas sim reconhecer interesses. Se quisermos compreender como esses interesses surgiram, devemos recorrer ao estudo da história cultural, embora não se deva esquecer que alguns interesses fundamentais pertencem à natureza dos seres humanos.

29. SANTOS. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?**, *op. cit.*, p. 42.

O reconhecimento pelo Estado significa, no entanto, tanto a seleção — juntamente com os interesses reconhecidos, que são interesses não reconhecidos — quanto dar forma — juntamente com o conteúdo e extensão reconhecidos do interesse se encontram os não reconhecidos. O direito cria um conjunto de interesses legalmente protegidos. E se, em vez de interesses, falarmos de bens, apenas mudamos a expressão (através de uma modificação insignificante): o direito eleva os bens a bens jurídicos. É a proteção dos bens jurídicos³⁰.

Extraí-se da visão de Mayer um abandono da estrita amarra positivista à lei, em uma construção cultural em que o bem jurídico não pode ser resumido em um formal conceito legal, mas deve repousar em valores culturais preexistentes à norma.

Esmiuçando um pouco mais a concepção do autor, a formulação sintética de bem jurídico, que deve orientar a atividade legislativa, obtém-se, com relação ao merecimento de tutela, a necessidade de tutela e a capacidade de tutela.

Justamente em relação ao merecimento de tutela é que ingressa a visão cultural, pois os valores culturais determinam esse merecimento, a dignidade de tutela. Por exemplo, sob a detida observação cultural, conclui-se que a santificação do domingo é um objeto de maior valoração na França que na Alemanha, enquanto a aptidão bélica é mais valorada na Alemanha que em França. A necessidade de tutela, por sua ordem, liga-se à vulnerabilidade do elemento valorado, v.g.,

30. MAYER, Max Ernest. **Derecho penal**: Parte General. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2007, p. 26-27. Tradução nossa. No original: "*La función del Derecho no es la de crear, sino de reconocer intereses. Si quiere saber cómo han surgido esos intereses, hay que acudir al estudio de la historia de la cultura, aunque no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales pertenecen a la naturaleza del ser humano. El reconocimiento por el Estado significa, empero, tanto seleccionar – junto a los intereses reconocidos están los no reconocidos – como dar forma – junto al contenido y extensión reconocidos del interés se encuentran los no reconocidos. El derecho crea un grupo de intereses jurídicamente tutelados. Y si en vez de intereses hablamos de bienes, cambiamos solamente la expresión (a través de una modificación aquí insignificante): el Derecho eleva los bienes a bienes jurídicos, es tutela de bienes jurídicos*".

bens imóveis são menos vulneráveis que bens móveis, devendo estes conhecer maior tutela que os primeiros. Por fim, a capacidade de tutela deve ser levada em conta pelo legislador, pois nem todo dever de abstenção de agressão a bens jurídicos pode e deve ser exigido pela lei, porquanto, se a legislação se nega a reconhecer sua incapacidade de impor a conduta desejada, ela própria sofrerá a “derrota”³¹.

Traçando a necessidade de observância dessas normas de cultura e postulando que o Direito não cria bens jurídicos, mas compõe um substrato preexistente ao processo de formação da norma, principia uma visão ontológica do bem jurídico³².

3.1.7. Welzel e os valores ético-sociais

Embora se tenha retomado, no pós-guerra, discussões com matrizes neokantistas, houve o desenvolvimento da “Teoria Finalista da Ação”, com suas bases iniciais lançadas ainda no Estado ditatorial alemão, na primeira metade do século XX, especificamente na década de 30.

Essa teoria, que, como o próprio Welzel advertiu, nada criou, apenas posicionou corretamente elementos já existentes³³, é fruto da influência de uma emergente psicologia alemã, que rompeu, entre 1920 e 1930, com a reinante psicologia mecanicista que exaltava a forma causal-mecânica de realização dos atos anímicos. Dentre suas orientações recentes, Welzel indicou ter sido influenciado pela Psicologia do Pensamento de Richard Höningwald, bem como de Karl Buhler, Theodor Erismann, Erich Jansch, P. F. Linke etc.³⁴

Muito embora tenha o mesmo propósito que os modelos anteriores, o finalismo partiu de uma compreensão do direito em que se

31. Cf. MAYER. **Derecho penal**, *op. cit.*, p. 28-29.

32. TAVARES. **Bien jurídico y función en Derecho penal**, *op. cit.*, p. 28.

33. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução para a língua portuguesa, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92.

34. *Ibid.*, p. 11-12.

reconheciam estruturas lógico-objetivas a limitar os conceitos explorados pela norma, chegando, assim, a uma estruturação do delito.

A teoria das estruturas lógico-objetivas pode ser compreendida como uma vertente que buscou a limitação do legislador com base na natureza das coisas, ou seja, o objeto a ser desvalorado pelo Direito Penal não é criado pela desvalorização, mas existe, antes, de um desvalor jurídico, como no caso da conduta, princípio da avaliação do fato punível. Ademais, a desvalorização deve respeitar a estrutura do ente desvalorado, sob pena de recair sobre outro objeto ou nada atingir³⁵.

Com base nessas premissas, pode-se sintetizar que as estruturas lógico-objetivas “[...] (*Sachlogische Strukturen*) são estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento”³⁶, ou, em outros termos mais próximos ao Direito Penal, “são estruturas que vinculam o legislador ao ser do que ele desvalora, que está relacionado com ele, mas que não pode ser alterado”³⁷.

No que concerne ao bem jurídico, para Welzel, conserva seu senso de proteção da norma, assim como o neokantismo, mas é substituído pelos chamados valores éticos sociais. Segundo o autor, o Direito Penal tem por missão amparar os valores elementares da vida.

Toda ação humana, seja no bom como no mau, está sujeita aos aspectos distintos de valor. Por uma parte, pode ser valorizada segundo o resultado (valor do resultado ou valor material); por outra parte, independentemente do resultado que se obtenha com a ação, segundo o sentido da atividade em si mesma (valor do ato). [...]

Ambas classes de valores possuem significação para o direito penal. Este ramo do direito persegue, primeira-

35. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 348.

36. CEREZO MIR, José *apud* WELZEL. **O novo sistema jurídico-penal**, *op. cit.*, p. 14, nota 2.

37. ZAFFARONI; PIERANGELI. **Manual de direito penal brasileiro**, *op. cit.*, p. 348.