

## **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa tem por objeto o estudo da crescente tendência em se criminalizar comportamentos sem exigir vítima determinada ou determinável. O objetivo é realizar uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir da Teoria Pessoal adotada pelo teórico alemão Winfried Hassemer. O problema de pesquisa formulado é o seguinte: os tipos penais de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos sobrevivem a leitura da Intervenção Mínima em matéria penal?

Para responder a esse questionamento, inicia-se o trabalho com o estudo do modelo de criminalização fundado em delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos. Na sequência, compreende-se a Teoria Pessoal do Bem Jurídico e, por último, analisa-se criticamente os delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos.

Justifica-se o estudo na constante criminalização de condutas sob a justificativa de proteção de bens desmaterializados. Esse cenário contribui à expansão do Direito Penal, que passa a intervir massivamente em qualquer situação problemática. Justamente por isso, importa realizar uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir da Teoria Pessoal do Bem Jurídico de Winfried Hassemer. Conforme este aporte teórico, o Direito Penal atua diante dos casos mais excepcionais, os quais, necessariamente, lesionam ou colocam em situação de perigo um interesse pessoal relevante de sujeito determinado.

A pesquisa é encerrada com a conclusão, na qual serão apresentados os pontos conclusivos destacados acerca do objetivo geral e do questionamento proposto. Quanto à metodologia, a fase de investigação denota a utilização do método indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica.

### **1. DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS**

Admite-se que o bem jurídico-penal pode ser afetado pela ocorrência do perigo ou dano (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 488). Em atenção aos tipos de perigo, estes são divididos em delitos de perigo concreto, como no contágio venéreo e incêndio, e de perigo abstrato, como no abandono de incapaz e tráfico de drogas.

Nos casos de perigo concreto, demonstra-se a colocação do bem jurídico em situação de perigo (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010, p. 226). Já os delitos de perigo abstrato são aqueles “[...] tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto a um bem jurídico” (GRECO, 2011, p. 2).

Embora haja uma atuação preventiva nesses casos, faz-se necessário compreender que os delitos de perigo abstrato não representam exceção ao critério da lesividade. Isso porque o

perigo também comporta graduação (uma conduta pode abarcar um potencial ofensivo de curta, média ou grande gravidade), razão pela qual comportamentos inofensivos, sem potencialidade lesiva suficiente ao bem jurídico penalmente tutelado, não detêm relevância a ponto de provocar a intervenção penal mínima.

Em relação aos bens jurídicos coletivos, diferentemente dos clássicos bens jurídicos individuais a partir dos quais é possível identificar vítima determinada ou determinável, eles trazem consigo titulares alternativos às criminalizações, a exemplo do Estado, e envolvem interesses de um número indeterminado de indivíduos. Os bens jurídicos segurança pública, paz social e saúde pública pertencem a esse segundo grupo (HEFENDEHL, 2002, p. 3).

Historicamente, a Teoria do Bem Jurídico admite bens das duas naturezas. Assim, como tema de discussões mais recentes, não se trata de questionar a existência de bens coletivos, mas a maneira como são reconhecidos enquanto objetos de proteção. Neste ponto, destaca-se duas correntes doutrinárias bastante consolidadas e diametralmente opostas (HASSEMER, 1999, p. 7).

A primeira delas, o monismo pessoal, é uma concepção que reconhece a tutela penal de bens jurídicos individuais, mantendo-se um núcleo de proteção de interesses relevantes para as pessoas. Assim, para que sejam aceitos, todos os bens jurídicos coletivos são colocados em função dos indivíduos. Exemplo disso é a tutela do meio ambiente, protegido porque é essencial para a vida digna do ser humano. Não há, portanto, uma relação de autonomia dos bens coletivos, tampouco paridade com os bens individuais (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 109-110).

A outra proposta é o dualismo, pela qual admite-se a proteção de bens individuais e coletivos no mesmo patamar hierárquico. Dessa forma, retomando o exemplo anterior, não haveria problema algum na tutela do meio ambiente por si mesmo (GRECO, 2011, p. 86).

O bem jurídico em Direito Penal exerce a relevante função negativa de limitar o poder punitivo do Estado (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 214). É um referente que confere racionalidade às pretensões punitivas, já que a intervenção penal pressupõe a prática de uma conduta criminosa intimamente entrelaçada numa ofensa (ou potencial ofensa) a esse bem.

É evidente, porém, que o exercício da função limitadora do bem jurídico pressupõe que ele seja determinado da maneira mais precisa possível, conforme propõe a Teoria Pessoal do Bem Jurídico a ser estudada no próximo tópico.

## **2. A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO DE WINFRIED HASSEMER**

Para o teórico alemão Winfried Hassemer<sup>1</sup>, o Direito Penal é um instrumento de controle social formalizado voltado à proteção de bens jurídicos (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 20).

Na sua percepção, bem jurídico pode ser compreendido, genericamente, como um “interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal”. Esse conceito pessoal é propositalmente aberto para que não se incorra numa abordagem vaga ou seletiva sobre o tema (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 111-112). Em complementação, são estabelecidos três critérios.

O primeiro deles é que o bem jurídico deve corresponder às necessidades reais e fundamentais das pessoas. O segundo critério indica delimitação e seletividade, enquanto o terceiro determina a compreensão do bem tutelado (HASSEMER, 2005, p. 74).

No entanto, o legislador não é obrigado a criminalizar apenas os comportamentos em conformidade com este aporte teórico. Há alguma margem para discricionariedade, a considerar que, inclusive, não é papel do bem jurídico nortear, em absoluto, o que será ou não proibido pela norma. Na verdade, a proposta da Teoria Pessoal é servir como uma “linha argumentativa” disponível no momento da escolha desses bens. Quanto à motivação, “[...] luta por uma política do direito penal vinculada a princípios e que justifique e meça suas decisões em função de saber se é que se protege interesses humanos dignos de proteção” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 112).

Assim, veja-se que a tutela norteadada pela proposta teórica em estudo reforça o lugar crítico que o bem jurídico ocupa no processo de criminalização (TAVARES, 2018, p. 96). Tais bens, necessariamente, precisam cumprir a pendência da relevância penal, caracterizada pela demonstração de que a ação é capaz de ser reconduzida a seres humanos individuais (ou determináveis) (GRECO, 2011, p. 16). Dessa forma, a ofensa não é limitada abstratamente a uma entidade, instituição ou valor generalizado, geralmente reconhecidos como bens jurídicos coletivos.

Para melhor elucidação do tema, anota-se como exemplo o bem tutelado em matéria de drogas no Brasil. Se exige-se a sua individualização, significa que eventual punição do indivíduo não decorre da afetação da saúde pública, e sim da saúde individual de sujeito determinado.<sup>2</sup> E se a individualização não for possível?

---

<sup>1</sup> O teórico alemão Winfried Hassemer pertenceu à “Escola de Frankfurt”, expressão empregada com referência aos professores do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, na Alemanha. Referido autor, em diversos trabalhos, expressou uma preocupação com um Direito Penal excessivo frente à liberdade individual. Ele faleceu em 2014.

<sup>2</sup> No Brasil, a problemática dessa abordagem pode encontrada em: (CHAVES JUNIOR, 2020, p. 199-230).

Neste caso, a alternativa é o afastamento da aplicação do “Direito Penal Clássico”, vez que caracterizado pelas “[...] tradições do Estado de Direito relativas à determinabilidade e à subsidiariedade do direito penal, assim como o delito da lesão como a forma normal da atuação delituosa”, de modo que os casos desvirtuados de um referente pessoal são tratados por uma via alternativa denominada “Direito de Intervenção” (HASSEMER, 2007, p. 191 e 207).

No entanto, em contraposição a essas considerações, observa-se uma ascendente de tipos penais de perigo abstrato que transcendem esse referente pessoal e declaram proteger bens jurídicos coletivos imprecisos (HASSEMER, 1999, p. 28). Diante disso, no próximo tópico, a pesquisa procurará analisar criticamente esse modelo de criminalização.

### **3. AVALIAÇÃO CRÍTICA DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS A PARTIR DA TEORIA PESSOAL DE WINFRIED HASSEMER**

Nos dias atuais, o Direito Penal pós-moderno, frente à complexidade dos riscos no âmbito da convivência social, realiza maiores esforços para expandir sua tutela em setores como o meio ambiente, drogas, economia, entre outros (HASSEMER, 1989, p. 283-284). Essas criminalizações não se referem à proteção de interesses humanos individuais, mas determinam, na expressão empregada por Winfried Hassemer (2007, p. 198), uma “proteção institucional”.

Assim, é possível realizar uma leitura crítica a partir da Teoria Pessoal do Bem Jurídico, da qual, conforme já se verificou, objetiva-se uma “política criminal clara, controlável e orientada para a pessoa” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 112). É descabido sustentar a incriminação de uma conduta simplesmente em razão de que afetou toda a sociedade ou essas instituições. Condutas que investem tão somente contra uma amplitude de pessoas, sem qualquer vítima concreta, não autorizam a intervenção penal (que deve ser mínima).

A aversão aos bens jurídicos coletivos autônomos em Direito Penal decorre da ausência de referente pessoal, necessário à legitimidade da tutela desses bens. Somado a isso, considerando que inexistem critérios para postulá-los bem como tendo em vista a maneira vaga e genérica como são dispostos, qualquer interesse pode ser acolhido como bem jurídico e, por consequência, qualquer pretensão punitiva ganha contornos de legitimidade (GRECO, 2011, p. 4).

Por outro lado, é bem verdade que os bens jurídicos coletivos não podem ser, simplesmente, descartados. É de se reconhecer que, longo do tempo, surgem novos interesses que dependem de uma resposta estatal. Mas isso não significa dizer que esses bens devam ser tutelados sem qualquer margem para critérios. Como alternativa a esse impasse, a melhor

medida é que sejam lidos criticamente a partir da concepção pessoal do bem jurídico. Dessa forma, torna-se possível verificar se os interesses humanos também são alvo de proteção nesses casos (HASSEMER, 1989, p. 284).

Quanto aos delitos de perigo abstrato, o mesmo raciocínio crítico deve ser aplicado. Isso porque é possível a punição do indivíduo sem que a conduta ao menos tenha chegado próximo de afetar concretamente o bem declaradamente tutelado pela norma, ou seja, a liberdade individual nesses casos é restrita pelo Direito Penal de modo muito fácil (GRECO, 2011, p. 17 *apud* HASSEMER, 1989, p. 558).

Dessa forma, veja-se que os tipos penais de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos não sintonizam com os postulados da Intervenção Mínima em matéria penal. Pelo contrário, esse modelo de criminalização é o principal instrumento utilizado para a expansão do Direito Penal diante de potenciais ofensas a bens jurídicos de grande generalização.

Ainda, percebe-se que sustentar a proteção de toda a coletividade é um argumento bastante frágil e propício para pretensões punitivas, até porque há uma expectativa social na atuação repressora estatal, sintoma de uma insegurança coletiva que estimula um Direito Penal voltado para riscos (HASSEMER, 2006), e não ofensas concretas e perceptíveis.

Por isso, a atuação do legislador precisa de algumas limitações e o próprio bem jurídico deve fazê-lo. Nessa linha de raciocínio, não é adequado desmaterializar o bem jurídico e afastá-lo da proteção individual, pois o Direito Penal é fragmentário (direcionado aos ataques mais graves ao bem jurídico) e subsidiário (não abrangendo qualquer bem jurídico, senão os individuais). Assim, verificado que a conduta do agente não é capaz de provocar lesão ou perigo concreto a um interesse individual relevante, direta ou indiretamente, afasta-se a intervenção penal na liberdade das pessoas.

## **CONCLUSÃO**

A pesquisa que se finaliza foi desenvolvida com o objetivo de realizar uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir da Teoria Pessoal de Winfried Hassemer. Assim, a proposta foi responder o seguinte questionamento: os tipos penais de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos sobrevivem a leitura da Intervenção Mínima em matéria penal?

Para tanto, no início do trabalho, abordou-se o modelo de criminalização fundado em delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos, casos em que basta o potencial perigo de lesão ao bem de titularidade de uma multiplicidade de indivíduos.

Na sequência, foram verificados os contornos teóricos da Teoria Pessoal do Bem Jurídico idealizada por Winfried Hassemer. A partir deste aporte teórico, somente os interesses pessoais são legitimamente merecedores de tutela penal, o que abrange tanto os bens individuais quanto individualizáveis. Por se tratar de uma proposta essencialmente restritiva, afasta-se a possibilidade de um campo aberto sobre a concepção de bem jurídico e isso é necessário para que haja algum limite à intervenção penal, estabelecendo-se uma margem de proibição para o legislador. Os demais casos são deslocados para um Direito de Intervenção, pois ali é o local adequado para o tratamento desses excessos.

Referente aos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos, constatou-se que eles não cumprem os critérios deste aporte teórico, por ausência de referente pessoal e ofensa concreta ao bem jurídico. Na verdade, esses tipos penais determinam a expansão do Direito Penal, como se fosse o primeiro e único recurso de intervenção do Estado.

Não há um substrato empírico ofensivo da conduta, tampouco clareza acerca do bem protegido pela norma, o que possibilita criminalizações com base em interesses ilegítimos no Estado Democrático de Direito. Por isso, encerrado o trabalho, tem-se uma resposta negativa ao problema de pesquisa exposto.

## REFERÊNCIAS

- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, v.1, 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- CHAVES JUNIOR, Airto. Tráfico de Drogas no Brasil: por uma proposta racional de criminalização. *In*: CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Denival Francisco da; PÁDUA, Thiago Aguiar (Org.) **Quotidianus II**: A questão criminal das drogas. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 199-230.
- CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. Tradução de Patricia S. Ziffer. *In*: BAIGÚN, David *et al.* **Estudios sobre la justicia penal**: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidade**: bases para uma teoria de la imputación em derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Colombia: Editorial Temis S. A., 1999.

HASSEMER, Winfried. Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. **Revista Direito Público**, Doutrina Estrangeira, v. 3, n. 14, out-dez, 2006.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Traducción de Eduardo Salazar Ortuño. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 04-14, p. 1-13, 25 julio 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 - parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.