

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado “A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo “O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”.

Por sua vez, o artigo “O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE”, de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o surgimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – “PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS” – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconceções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS

CRIMINAL PROTECTION OF PUBLIC HEALTH IN BRAZIL: TWO CRITICS

Airto Chaves Junior ¹

Resumo

O estudo apresenta duas críticas à Saúde Pública como bem jurídico penalmente tutelável. A primeira delas alinha-se a denominada “função crítica” do bem jurídico, ou seja, suas funções justificadora e limitadora. A partir dela, verifica-se que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar objeto de tutela penal, sobretudo, porque afigura-se produto da soma de vários bens jurídicos individuais. A segunda crítica parte da desproporcionalidade da resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Palavras-chave: Bem jurídico, Proteção penal, Saúde pública, Desproporcionalidade, Críticas

Abstract/Resumen/Résumé

The study presents two criticisms of Public Health as a legally criminally protected asset. The first is aligned with the so-called “critical function” of the legal good, that is, its justifying and limiting functions. From it, it appears that Public Health is an apparently false asset to be subject to criminal protection, mainly because it appears to be the product of the sum of several individual legal assets. The second criticism starts with the disproportionality of the State's response to these crimes, combining different penalties for similar facts and stricter penalties for facts of lesser (or no) social harm.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal good, Criminal protection, Public health, Disproportionality, Critics

¹ Doutor em Ciência Jurídica (UNIVALI); Doutor em Direito (Alicante, Espanha); Professor do Programa de Pós-Graduação Strito Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (Mestrado e Doutorado). E-mail: oduno@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, introduziu-se na legislação novos interesses merecedores de proteção penal, notadamente de orientação coletiva. E esse modelo de bem jurídico carrega consigo dificuldades em torno de questões diversas, especialmente no que toca a legitimidade desses bens, a determinação de sua lesão posta em perigo, a relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos, bem como os limites da resposta do Estado na forma de pena para essas transgressões. Além da expansão do âmbito de objetos de tutela, é latente a tendência da antecipação da proibição penal na forma de delitos de perigo.

Com a presente pesquisa, **objetiva-se** realizar duas reflexões críticas da proteção penal de um desses bens jurídicos coletivos e de perigo, qual seja, a Saúde Pública. Para tanto, os **problemas** a partir dos quais se busca respostas são os seguintes: a) a Saúde Pública é um legítimo bem jurídico coletivo penalmente tutelável? b) as penas cominadas nos tipos penais dos delitos contra a Saúde Pública têm como parâmetro a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico?

Para responder a esses dois questionamentos, inicia-se a pesquisa com o estudo desse novo modelo de incriminação fundada em bens jurídicos coletivos e crimes de perigo. Na sequência, procura-se avaliar a legitimidade da Saúde Pública como bem jurídico coletivo no âmbito do Direito Penal. Neste espaço, a pesquisa terá apoio, especialmente, nos critérios de “não distributividade” ofertados pelo Prof. alemão Roland Hefendehl. Por fim, avalia-se as penas cominadas nos principais tipos penais que declaram tutelar a Saúde Pública no Brasil. Esta análise é feita a partir dos critérios de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico, ou mesmo, colocação em perigo de lesão. Aqui, o objetivo é verificar se há proporcionalidade no quantum de pena cominada nos tipos.

A pesquisa se **justifica** na medida em que, apesar de em todas as épocas existir crimes que buscavam tutelar bens jurídicos coletivos e de perigo, nas últimas décadas houve uma explosão dessa espécie normativa no âmbito penal. Diante disso, cumpre verificar a legitimidade da Saúde Pública para figurar no âmbito de tutela penal e, aliado a isso, a legitimidade da resposta do Estado na forma de pena havendo como critério a ofensividade ao bem jurídico declaradamente tutelado pela norma.

Quanto ao **método** de pesquisa, revela-se o indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica e pela legislação penal.

2. BENS JURÍDICOS COLETIVOS E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: NOVAS TENDÊNCIAS EM DIREITO PENAL

Talvez não exista, hoje, alternativa para o compromisso com a proteção de bens jurídicos como única finalidade do Direito Penal. Esse compromisso só parece ter relevância quando o legislador insiste em responder a escândalos sociais com novas criminalizações, praticando uma política de bens jurídicos populista (HEFENDEHL, 2010, p. 104), tendência que, inclusive, já foi objeto de relevantes estudos no âmbito da sociologia do direito.¹ Criminalizar parece exprimir o modo mais acessível para se garantir o sucesso nos pleitos eleitorais que, com frequência, estão no radar do legislador.

Desde a década de 1970, especialmente com a publicação do pioneiro estudo de Claus Roxin intitulado *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (ROXIN, 2002), consolidaram-se as críticas voltadas ao finalismo (sobretudo no que toca a estrutura da ação humana que, segundo os estudos desenvolvidos por Welzel, fundava-se em dados ontológicos) até então dominante na dogmática penal alemã, para dar lugar aquilo que Roxin já defendia desde a década anterior²: o funcionalismo teleológico-valorativo, moderado ou valorativo (SÁNCHEZ, 2013, p. 91). Para o autor, não seria possível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos, de modo que a teoria do delito teria de ser construída sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do Direito Penal, isto é, a Política Criminal. Com isso, o autor delineou as bases de sua concepção funcional ou teleológico-racional da teoria do delito (ROXIN, 1997, p. 51 e ss.), a qual obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha e encontrou, em seu posterior Tratado, sua versão mais elaborada (GRECO; LEITE, 2011, p. 107).

O traço fundamental da proposta do autor era, sobretudo, superar a concepção dualista orientada pela separação entre dogmática penal e política criminal sustentada por Von Liszt,

¹ A criminalização como objeto de controle e política governamental foi investigada, por exemplo, pelo Professor da Universidade da Califórnia Jonathan Simon que, no ano de 2007, publicou a obra *Governing through Crime* (SIMON, 2011). A pesquisa retrata o desenvolvimento das leis penais e da própria sociedade estadunidense a partir da década de 1970, quando a criminalização de comportamentos se tornou uma questão estratégica fundamental de boa governança e pauta obrigatória nas disputas eleitorais. Conforme Simon, toda governança, pública ou privada, se produz no marco da estrutura de alguma autoridade legal (de funcionários públicos, de padres, empreendedores ou proprietários, tal como se verificou com os registros que cuidam do Poder Simbólico na primeira parte desta monografia), e toda autoridade legal se baseia, em última instância, na ameaça do exercício legal da violência e no marco da Justiça Penal. Assim, toda governança se logra “por meio da” ameaça implícita de que, em algum momento, a resistência se converterá em delito (tipificado em lei penal). O Brasil, hoje, parece enfrentar problema semelhante, em suas causas e consequências. (CHAVES JR., 2018, p. 107-108).

² Especialmente a partir de seu artigo “Sobre la crítica a la Teoría Final de la Acción”, publicado em ZStW 74, de 1962.

em que o Direito Penal seria o “senhor absoluto de si mesmo”³, enquanto a Política Criminal teria soberania tão somente no que se refere ao quantum da pena. Conforme esta concepção funcionalista, o ponto de união entre esses dois campos de estudo (Dogmática Penal e Política Criminal) gravita, exatamente, na Teoria do Bem Jurídico: a proteção do Bem Jurídico como missão primeira do Direito Penal cumpre tanto um lugar na dogmática quanto um desempenho Político-Criminal e o delito, por ambas as perspectivas, é entendido materialmente como lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.⁴ A dogmática penal e a política criminal devem estar entrelaçadas num único corpo capaz de restringir o poder de incriminar do legislador.

Hoje, porém, esta avaliação limitadora do Bem Jurídico parece transitar num plano absolutamente secundário. Nas últimas décadas, não é de todo difícil verificar a existência de uma tendência claramente dominante na legislação de grande parte dos países para a introdução de novos tipos penais, alargamento de condutas já criminalizadas, bem como o agravamento das penas daqueles comportamentos, os quais podem ser inseridos no quadro geral de restrição ou a "reinterpretação" das garantias clássicas do direito penal substantivo, tendência que se alinha ao termo "expansão", utilizado por Jesús-Maria Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, 2001) no clássico “A expansão do Direito Penal”. Conforme anota este autor, “vivemos tempos de Direito Penal”.

Diante de tal realidade, o Direito Penal tem experimentado uma ascensão de tipos penais a partir dos quais se declara tutelar bens jurídicos supraindividuais ou coletivos⁵ com o mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais (teoria dualista do bem jurídico), modelo que se mostra pouco adaptado à tradição liberal da dogmática jurídico-penal, bem como a tendência de se formular crimes de perigo abstrato⁶: “tipos que declaram punível um

³ Juárez Tavares explica que essa primeira perspectiva toma, simplesmente, a norma como instrumento de proteção imediata do interesse. Assim, ao se adotar essa orientação, a norma seria concebida como a forma estatal de manutenção e proteção de interesses sociais relevantes ou dominantes (ninguém nega que o direito não está alheio aos interesses da estrutura social, nem pode sobreviver por muito tempo sem eles). Uma vez promulgada, só caberia interpretá-la e fazê-la incidir no caso concreto (TAVARES, 2016, p. 254).

⁴ Conforme Claus Roxin, os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico. Assim, os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos. Os tipos penais que sancionam formas de comportamento sob a condição de que sejam “idôneas” para “perturbar a paz pública”, por exemplo, não descrevem suficientemente um bem jurídico concreto, pois a “idoneidade” reclamada pressupõe um juízo de valor não fundado empiricamente (ROXIN, 2009, p. 21/25).

⁵ Os Bens Jurídicos podem ser individuais (aqueles que servem aos interesses de uma pessoa ou determinado grupo de pessoas) ou coletivos (aqueles que servem aos interesses de muitas pessoas - da generalidade). Conforme: (HEFENDEHL, 2002, p. 3).

⁶ A afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano (ou lesão) e de perigo. Há dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória (como pode ocorrer num crime de furto), do Bem Jurídico. Por outro lado, considera-se que há afetação do Bem Jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo. Essas duas formas de

comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico que a norma declara proteger” (GRECO, 2011, p. 2). Notadamente, essas novas criminalizações derivam de uma verdadeira antecipação da proibição penal (nos casos dos crimes de perigo abstrato) e de uma latente antecipação da lesão (nos bens jurídicos coletivos).

Tipos penais sustentados no discurso de tutela de bens jurídicos coletivos tais como crimes ambientais, delitos contra a saúde pública, contra a ordem econômica, etc., incorporados ao ordenamento jurídico sob a justificativa genérica de “tutela da sociedade” ou de “proteção a incolumidade pública” são exemplos bastante latentes e que decorrem de “proteção” razoavelmente recente. Trata-se de uma política criminal ancorada na antecipação da criminalização do dano ao Bem Jurídico: ao invés de buscar tutelar (ao menos no plano preventivo geral) os bens das pessoas como sujeitos determinados ou determináveis, lança-se mão de uma espécie de proteção virtual e simbólica à saúde pública⁷, à economia⁸, ao meio ambiente⁹, à sociedade de modo geral¹⁰ (bens jurídicos coletivos).

Problema é que, além de promover a expansão desmedida do Direito Penal (pois o Estado e a sociedade precisariam ser protegidos desses novos perigos), essa desmaterialização do bem jurídico traz, em qualquer hipótese, dificuldades dogmáticas e problemas político-criminais. Político-criminalmente, talvez o maior problema esteja em verificar se o bem declaradamente tutelado pela norma não é um verdadeiro bem jurídico-penal, pois, não raro, esses bens coletivos são construídos a partir de mera soma de vários bens jurídicos individuais. No âmbito da dogmática, tem-se a latente dificuldade para se delimitar claramente quando é que determinado bem é lesionado ou colocado em perigo pelo comportamento formalmente típico. Outro problema é conseguir razoavelmente estabelecer a relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos. Por fim, há problemas para se permitir verificar se o bem jurídico é referido, em última instância, a interesses individuais ou não (BECHARA, 2009, p. 21).

afetação dão lugar a uma classificação dos tipos penais em delitos de dano e delitos de perigo (esses últimos, distinguidos entre tipos de perigo abstrato e tipos de perigo concreto). Acerca deles, sustenta-se que o perigo concreto é entendido como um verdadeiro perigo e o abstrato como uma simples possibilidade. Conforme: (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 488).

⁷ No Código Penal Brasileiro, encontram-se os crimes previstos nos art. 276 a 285; na Legislação Especial, os crimes da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

⁸ No Brasil, Lei 1.521/51 (crimes contra a Economia Popular), Crimes de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), dentre diversas outras.

⁹ Especialmente aqueles previstos na Lei 9.605/98.

¹⁰ Há, na legislação penal brasileira, uma infinidade de tipos penais incriminadores que possuem, declaradamente, a missão de proteger a incolumidade pública. A título exemplificativo, pode-se anotar os crimes do Título IX do Código Penal (“Dos crimes contra a paz pública”, artigos 186 a 288-A), o crime de embriaguez ao volante (Lei 9.503/97, art. 306, art. 311), crimes do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), crime de associação criminosa (Código Penal, art. 288), crime de organização criminosa (Lei 12.850/13, art. 1º, § 1º).

Não por outra razão, num cenário em que não se enxerga no Direito Penal um instrumento para solução de problemas e resolução de conflitos, mas de contenção de riscos aparentes, a função crítica e limitadora do Direito Penal a partir da Teoria do Bem Jurídico parece ganhar relevância.

3. PRIMEIRO PROBLEMA: A SAÚDE PÚBLICA É UM LEGÍTIMO BEM JURÍDICO COLETIVO?

Conforme Roland Hefendehl (HEFENDEHL, 2010), uma das mais importantes funções da teoria do bem jurídico é desmascarar falsos bens jurídicos coletivos, pois só assim se abre o caminho para uma adequada estrutura desses delitos.¹¹ Adepto da concepção dualista¹² do bem

¹¹ O autor traz um sistema diferenciado para a análise da legitimidade de um tipo qualquer. O primeiro a fazer é perguntar qual o bem jurídico protegido. Essa pergunta pode chegar a três conclusões: ou se trata de um bem jurídico individual, ou de um bem jurídico coletivo, ou inexistente bem jurídico protegido. O autor considera possível a terceira alternativa, de delitos não referidos a bens jurídicos. Tais incriminações só se mostram legítimas, porém, em casos “absolutamente excepcionais”, quando subsistir uma enraizada convicção da obrigatoriedade da norma de comportamento, tal como nos maus tratos a animais (GRECO, 2011, p. 35). Hefendehl chama essas incriminações excepcionais sem bem jurídico de “delitos de comportamento”. Portanto, em situações excepcionais, o Bem Jurídico não é condição necessária para a legitimação de uma incriminação. Luís Greco anota o seguinte exemplo: o art. 32 da Lei 9.605, exige a conduta de “praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”. Se alguém pega seu cão e o tortura, para depois abandoná-lo mutilado, deixando-o agonizar por horas, não se consegue duvidar do caráter criminoso dessa conduta. Porém, tampouco se consegue vislumbrar aqui qualquer bem jurídico afetado. Porque definimos bem jurídico como dado fundamental de titularidade do indivíduo, ou da coletividade. Causar horríveis sofrimentos a um cão não afeta de modo algum, qualquer esfera individual. E tampouco se pode dizer que esse comportamento lesione bens jurídicos da coletividade. Neste caso, talvez o leitor objete: como não? A revolta que sentimos diante de tal comportamento dá indícios de existência de um bem jurídico, sim. Ele poderia formular-se como o “sentimento de solidariedade para com certos animais superiores”. Esse sentimento tratar-se-ia, obviamente, de um bem jurídico coletivo. Tal formulação, conforme o autor, seria possível. Aliás, fora ela formulada por Claus Roxin na Terceira Edição do seu Tratado. Ocorre que ela cria um problema, talvez maior do que aquele que ela pretende solucionar. É que, a partir do momento em que sentimento de revolta pela prática de determinado comportamento servem de base para legitimar a sua punição, pode-se até mesmo declarar o homossexualismo uma conduta punível, uma vez que há muitíssimas pessoas que manifestam similar revolta diante de tal conduta. Ou, para usar um exemplo trazido por Jakobs, até a violação de normas de etiqueta à mesa poderia ser considerada um crime (imagine a revolta que não decorreria do ato de alguém liberar sonoramente gases malvindos num jantar oficial). Dito de outro modo: o preço de se dilatar o conceito de bem jurídico para compreender também sentimentos superiores implica num abandono de qualquer função crítica. E é por esta razão que, nas últimas publicações de Roxin a respeito do tema, este autor propõe que se reconheça que, na tutela penal de animais, está-se diante de incriminações sem bem jurídico. (GRECO, 2011, p. 89-90). De forma diversa, para justificar a proibição penal dos maus tratos dos animais, Juarez Tavares entende que não é necessário invocar-se um suposto direito dos animais. A intervenção violenta sobre a saúde ou integridade afeta a vida de relação da pessoa, que faz parte do complexo de seus dados de preferência e orientação. As pessoas incorporam a vida animal em seu juízo de preferência. A vida de relação é, pois, um bem jurídico pessoal, o qual pode traduzir-se como extensão de sua liberdade, como também de sua existência. O Estado não poderia, então, proibir a amizade entre cidadãos, porque isso interferiria na sua liberdade e existência, como vida de relação (TAVARES, 2018, p. 97-98).

¹² Na Alemanha, são também adeptos dessa orientação Bern Scünemann, Klaus Tiedemann, Claus Roxin, etc.; em Portugal, Jorge Figueiredo Dias; no Brasil, esta posição é extremamente dominante. Cabe, porém, registrar a crítica realizada por Juarez Tavares acerca dessa classificação antagônica entre bens jurídicos individuais e coletivos. De acordo com Tavares, nenhum bem chamado de coletivo pode prescindir de sua vinculação à pessoa individual. Neste caso, não teria sentido imaginar o meio ambiente ou a administração pública sem as pessoas

jurídico, o autor (HEFENDEHL, 2002, p. 4) reconhece a legitimidade tanto de bens jurídicos individuais quanto de bens jurídicos coletivos, de forma que não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo e nem o contrário. Partindo desse fundamento, Hefendehl enfatiza que os bens jurídicos coletivos são caracterizados pela “não distributividade” que é marcada pelo binômio “sem exclusão de uso” e “sem rivalidade no consumo”, de forma que é possível dizer que parte do bem jurídico assiste a cada indivíduo. A título exemplificativo, a segurança coletiva de um Estado-nação é um bem jurídico coletivo, uma vez que o uso ou o gozo dessa segurança por determinada pessoa não exclui, impede ou prejudica que esse mesmo bem seja objeto de uso pelos demais. No mesmo sentido se pode considerar o ar respirado por cada indivíduo que compõe o corpo social. Enfim, tem-se um bem jurídico coletivo pelo critério da “não distributividade” quando for impossível dividir esse bem em partes e atribuir cada parte para indivíduos determinados. Desse modo, é característica de todo bem jurídico coletivo que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade, não sendo possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor dessa sociedade.

Além disso, não se pode simplesmente sustentar que aquele que desrespeita o bem jurídico coletivo deve ser objeto de incriminação. Antes disso, deve-se esclarecer qual é o comportamento, de fato, perigoso que esse sujeito executou contra o bem jurídico coletivo. Veja-se que, nos crimes de lesão, isso é mais facilmente demonstrável (já que, no plano abstrato, as proibições de lesionar são, em regra, idôneas para a proteção do bem jurídico e, no plano concreto, precisa-se estabelecer a relação de causalidade entre a ação e os seus possíveis efeitos). No entanto, caso o legislador recorra a um delito de perigo, deverão ser atendidos certos pressupostos de legitimidade mais extensos para que a proibição possa considerar-se justificada. Primeiramente, será necessário encontrar um equivalente material para a ausência de causalidade real, nos crimes de perigo: uma vez que neles o bem jurídico não é causalmente lesionado, surge a pergunta quanto ao que poderá legitimar a proibição.

que os possam usufruir. Somente em um Estado voltado para a manutenção do próprio poder e não para a felicidade de todos se poderia construir uma ordem jurídica impessoal. Compreende-se, então, bens jurídicos, tanto os bens nitidamente pessoais – como a vida, a saúde e a integridade física, a liberdade em todos os seus matizes (liberdade individual, liberdade sexual), a honra, o patrimônio e direitos individuais – como também bens individuais que se projetam para além da pessoa e se inserem como de interesse geral (meio ambiente, fé pública, saúde pública, administração pública, administração da justiça). Conforme: (TAVARES, 2018, p. 97-98). Por fim, importa anotar que há autores que defendem uma concepção *monista-pessoal do bem jurídico*. Os principais expoentes dessa orientação são Winfried Hassemer e Ulfrid Neumann. Para eles, só é possível conceituar-se bem jurídico se esse conceito estiver vinculado à pessoa individual. Nesta perspectiva, os Bens jurídicos da coletividade só podem ser reconhecidos na medida em que estiverem referidos a indivíduos concretos. Por si só, a coletividade não é objeto de proteção do direito penal. Ver: (HASSEMER, 2005).

Esse equivalente material poderá ser, nos delitos ambientais e nos delitos de corrupção, a ideia de cumulação proposta por Andrew Von Hirsch e Wolfgang Wohlers¹³ (GRECO, 2011, p. 35).

Além disso, Hefendehl (HEFENDEHL, 2002, p. 7) entende que o crime do perigo abstrato é uma estrutura criminal que deve ser reservada para tipificar aqueles comportamentos que apresentam riscos latentes contra bens jurídicos coletivos de primeira ordem, a exemplo de riscos a integridade corporal ou à vida das pessoas. O crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro¹⁴ serve de exemplo aqui.

Dada a complexidade para definição do bem jurídico de determinado tipo penal, Hefendehl se vale de critérios de materialização propostos por Winfried Hassemer em sua Teoria Pessoal.¹⁵ Conforme essa ideia *o bem jurídico deve ser um objeto do mundo real*¹⁶, *sujeito às leis físicas*. Essa simples compreensão de materialização do bem jurídico talvez tenha ainda mais clareza e operacionalidade quando confrontadas com as definições abstratas usadas pela doutrina que, no mais das vezes, chega a se referir ao bem jurídico como um bem ideal e intangível. Desse modo, o que se tem, em grande medida, são conceitos que não tem utilidade quando levados a análise da estrutura criminal: por um valor intangível, pouco importa se o perigo que paira sobre o bem jurídico é concreto ou abstrato.¹⁷

¹³ Conforme esses autores, os delitos de cumulação são condutas que, isoladamente, não se mostram perigosas, mas que começam a ser consideradas assim a partir do momento em que a sua prática passa a ser repetida por um número maior de pessoas. Conforme anota Luís Greco (GRECO, 2011, p. 34), essa estrutura de delito é muitíssimo controversa na literatura alemã e seria especialmente própria para delitos ambientais, vez que a pureza das águas, por exemplo, sequer seria ameaçada com a prática de uma única ação poluidora. No entanto, sua prática deve ser proibida pela possibilidade de sua generalização. Neste caso, só haveria criminalização legítima caso os efeitos de cumulação fossem fundados em expectativas realistas, e não em meras especulações. Além disso, o bem jurídico deve ser dotado de especial relevância, de modo a fundamentar um dever de cooperação social para protegê-lo, como se verifica nos tipos penais direcionados à proteção de certas instituições do Estado ou funções sociais. Conforme: (HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 289).

¹⁴ Lei 9.503/97, art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (...).

¹⁵ Para Hassemer, bens jurídicos coletivos só podem ser reconhecidos na medida em que são referíveis a indivíduos concretos. Assim como nos crimes de perigo abstrato, em certa medida, este autor nega a ideia de bens jurídicos coletivos, por si só, tutelados pelo Direito Penal.

¹⁶ Note-se que “o mundo real” não é o mesmo que realidade empírica porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio da investigação das ciências naturais. A honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico. Conforme: (GRECO, 2004, p. 106); semelhante posicionamento pode ser extraído de: (TAVARES, 2018, p. 88-98).

¹⁷ Exemplo trazido pelo autor: imagine ser autorizada a caça de certa espécie de ave, salvo em locais determinados e em períodos específicos do ano (tais como épocas de reprodução). Se a proibição for mantida apesar de alteração de circunstâncias, como uma variação temporal da estação reprodutiva ou mesmo, a extinção da espécie apesar dos esforços para sua conservação, está-se diante de um caso de proteção ilegítimo e ineficiente de um bem jurídico (a vida de espécie). Assim, independentemente de como o bem jurídico é definido, deve ele comportar a possibilidade de participação de indivíduos no sistema social. Da mesma forma, o meio ambiente

O manejo correto do conceito de bem jurídica ajuda a desmascarar falsos bens jurídicos coletivos. Bens jurídicos declaradamente tutelados pela norma, mas que, na verdade, não figuram no seu âmbito de proteção. A Saúde Pública figura, certamente, dentre esses falsos bens jurídicos.

A Saúde Pública é consagrada no sistema jurídico brasileiro no texto do art.196¹⁸ da CRFB/88, a partir do qual se institui um sistema de proteção tanto de dimensão individual quanto coletiva. Na dimensão individual, reconhece-se o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional (dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); numa dimensão coletiva, compreende-se toda a gama de políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Ambas as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento (MENDES, 2015, p. 660-662).

A partir dessa perspectiva, a grande maioria da doutrina¹⁹ afirma que a saúde constitui não só um bem jurídico individual, mas, também, um bem jurídico coletivo de clara dimensão social, sendo, por isso, de interesse e dever do Estado zelar pela proteção da saúde pública. Para essa orientação, a previsão constitucional reconhece a dimensão coletiva do bem jurídico Saúde Pública, concebendo-a como algo mais que a simples soma de “saúdes individuais”, mas, concretamente, como um conjunto de condições positivas e negativas que possibilitam o bem-estar das pessoas.

não pode ser considerado um bem jurídico em si. Ele adquire seu status de bem jurídico para a função que desempenha para a pessoa cuja auto realização parece difícil sem proteção direta e imediata do meio ambiente em que se encontra. Ver: (HEFENDEHL, 2002, p. 8-9).

¹⁸ CRFB/88, Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁹ Ver, a título exemplificativo: (BITENCOURT, 2014, p. 283).

No âmbito penal brasileiro, a Saúde Pública é referenciada no Capítulo III do Título VIII²⁰ da Parte Especial do Código Penal²¹ e na Legislação Especial²². Dentre esses dispositivos, o art. 281 do Código Penal, que cuidava do “comércio clandestino de entorpecentes” foi revogado no ano de 1976 pela Lei 6.368, que passou a regular os delitos de comércio clandestino de drogas ilícitas. Essa lei trouxe novos tipos penais a respeito da matéria e aumentou consideravelmente as penas (até 15 anos de reclusão para o tráfico de drogas) para fatos que, até aquele ano, eram equivalentes. No ano de 2006, a Lei 6.368/76 é revogada pela Lei 11.4343 que passa, então, a disciplinar os crimes de comércio de drogas ilícitas²³ (artigos 33 a 40), quando o tráfico de drogas passa a ter pena que varia entre 05 e 15 anos.

Importa lembrar que esses delitos não exigem qualquer violência ou grave ameaça na ação capaz de gerar a tipicidade e, em grande medida, não possuem vítimas determinadas, ou seja, são crimes sem vítimas (ou de vítimas virtuais, apenas assim reconhecidas). Por fim, o perigo (abstrato) que decorreria da prática da ação prevista no tipo penal incriminador é, ao menos para os crimes de drogas, presumido *juris et de jure*, o que gera problemas outros, conforme se verificará a diante.

Assim, tanto o Capítulo III do Título VIII²⁴ da Parte Especial do Código Penal quanto a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) trazem como justificativa de uma gama de incriminações a proteção da Saúde Pública, bem jurídico coletivo. Mas, após cuidadosa análise, pode-se afirmar com razoável segurança que a Saúde Pública não é mais que a soma da saúde individual de todos os membros da sociedade. Não se trata, pois, de um bem jurídico coletivo, mas da soma de bens jurídicos individuais. De acordo com Hefendehl (HEFENDEHL, 2002, p. 9), essa constatação tem efeitos decisivos, já que quando se trata de um bem jurídico

²⁰ Este título é inaugurado no art. 250 do Código Penal sob o título “Dos Crimes contra a Incolumidade Pública”.

²¹ Os tipos estão previstos nos artigos 267 a 285 e compreendem os crimes de Epidemia , Infração de medida sanitária preventiva , Omissão de notificação de doença , Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal , Corrupção ou poluição de água potável , Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios , Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais , Emprego de processo proibido ou de substância não permitida , Invólucro ou recipiente com falsa indicação , Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores , Substância destinada à falsificação , Outras substâncias nocivas à saúde pública , Medicamento em desacordo com receita médica , Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica , Charlatanismo e Curandeirismo .

²² Especialmente no que toca às disposições da Lei 11.343/2006.

²³ Essa mudança de designação, quanto ao crime de “comércio clandestino de entorpecentes” (como constava da redação original do art. 281 do Código Penal) faz claramente parte da estratégia de construção do estereótipo necessário à demonização do vendedor de drogas ilícitas. Agora, esse vendedor não pode mais ser visto como um “comerciante” ilegal, mas como um “traficante”. Quanto aos crimes de comércio clandestino ou uso de entorpecentes, partindo do primitivo artigo 281 do Código Penal, todas as leis posteriores se dedicaram a expandir continuamente o poder punitivo (FRAGOSO, 2015, p. 309-310).

²⁴ Este título é inaugurado no art. 250 do Código Penal sob o título “Dos Crimes contra a Incolumidade Pública”.

individual, quem decide sobre a sua proteção é o próprio titular desse bem. Sobre isso, basta refletir: a decisão de uma pessoa de levar uma vida flagrantemente desregrada a ponto de destruir dia a dia a sua saúde não justifica a intervenção do Direito Penal. O pensamento paternalista deve permanecer alheio a reflexões acerca do bem jurídico-penal.²⁵

Não se pode ter um bem jurídico Saúde Pública porque esse conceito parte, unicamente, de uma entidade ideal, de um valor, de algo espiritual e desmaterializado. Se isso é possível, aumentam as possibilidades que se postulem bens jurídicos à *ad hoc*, para legitimar qualquer norma que se deseje. Saúde Pública, assim como incolumidade pública, ordem pública, podem ser mais facilmente entendidos como bem jurídico se o seu conceito se referir a meras entidades ideais, e não a dados concretos (GRECO, 2004, p. 106). Dito de outro modo, “inexiste qualquer bem jurídico coletivo inato” (HEFENDEHL, 2010, p. 114).

O mesmo se diga quanto ao critério da “não distributividade”, a partir do qual é possível dizer que parte do bem jurídico assiste a cada indivíduo. Quanto à saúde, essa distributividade é flagrante pois cada indivíduo tem a sua saúde. Para se ter um bem jurídico coletivo, faz-se necessário que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade sem que seja possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor dessa sociedade. Não se pode fracionar o ar que cada pessoa respira, ou seja, não é possível dizer que parte do ar assiste a cada indivíduo. Não se pode fracionar a segurança do Estado Brasileiro. Igualmente, não se pode dividir o meio ambiente. Em todos esses casos, tem-se bens jurídicos coletivos pelo critério da “não distributividade”, pois é impossível dividir esses bens em partes e atribuir cada parte para indivíduos determinados. Diferente de todos esses exemplos, a saúde é fracionável e individualizada. Diante disso, pode-se concluir que a Saúde Pública não pode ser entendida como um bem jurídico coletivo.

Idêntica conclusão é apresentada por Bern Schünemann (SCHÜNEMANN, 2007, p. 218-225). Para ele, bens jurídicos coletivos devem ser reconhecidos, desde que legítimos. Para tanto, Schünemann formula uma regra prática segundo a qual só se deve postular um bem jurídico coletivo quando não é possível conceber o respectivo delito como um crime de perigo abstrato para a proteção de um concreto bem jurídico individual. Neste caso, não se precisa

²⁵ Além disso, a dilatação do bem jurídico a esses moldes expande consideravelmente as possibilidades de incriminação. A título exemplificativo, e a partir dessa elasticidade, seria legítimo incriminar condutas direcionadas a redução do potencial dos serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, tais como a falta de médicos (ou contratação de profissionais desqualificados), a responsabilidade pelo longo tempo de espera para que as pessoas sejam submetidas à exames (agravando-lhes o quadro clínico), a falta de leitos nos hospitais públicos, o atendimento pouco humanizado, etc. Tudo isso, não se nega, gera uma potencialidade de dano a saúde das pessoas de forma muito mais profunda do que o simples ato de “guardar” droga.

de um raciocínio muito apurado para se concluir que a saúde pode figurar no âmbito de proteção da esfera individual do sujeito. Exatamente por isso, o autor entende pela ilegitimidade (e, também, inconstitucionalidade) de incriminações sustentadas na Saúde Pública na forma de bem jurídico coletivo. Nesta perspectiva, o princípio da proteção de bens jurídicos marca sua função garantista, uma vez que este princípio desempenha também aqui um de seus mais importantes papéis, a saber: o de *instrumento de desconstrução de falsos bens jurídicos* (GRECO, 2011, p. 28-29).

Além de Schünemann e Hefendehl, essa “saída” interpretativa para os delitos de bens jurídicos coletivos na forma de crimes de perigo abstrato para um bem individual também é defendida por autores como Claus Roxin e Knut Amelung (AMELUNG, 2007, p. 227-264). Argumentam os autores que esses bens jurídicos (tais como a Saúde Pública) só são aparentemente coletivos. São, na verdade, falsos bens coletivos.

Por fim, importa registrar o pensamento de Wolfgang Frisch (FRISCH, 2007, p. 334-336) quanto aos crimes de perigo abstrato, tais como o de tráfico de drogas. Em primeiro lugar, o autor aborda a respeito da legitimação de uma proibição genérica, sem que se leve em conta o aspecto jurídico-penal. Conforme ele, a proibição deve ser um meio idôneo, necessário e adequado para a proteção de bens jurídicos. Neste caso, os crimes de perigo abstrato já parecem encontrar barreira de legitimidade neste critério, pois, em grande medida, são punidas condutas totalmente inofensivas ao bem jurídico (guardar droga, por exemplo), apenas pelo fato de apresentarem elas características de um comportamento genérico tipificado como perigoso.

Desse modo, caso se dispense essa concepção de bem jurídico coletivo para esses crimes, passando-se a trabalhar unicamente com bens jurídicos individuais, em especial, com a integridade física de quem recebe ou poderia receber a droga (ainda com relação ao crime de tráfico), passa-se a interpretar esses delitos como crimes de perigo abstrato. Conforme Luís Greco (GRECO, 2004, p. 114), feito isso, ganha-se em dois momentos. Em **primeiro lugar**, fica mais evidente a crítica da proibição que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. Com isso, abre-se as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo: “este tipo só deverá aplicar-se caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada de erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo”. Por **segundo**, restaria mais evidente a ilegitimidade das sanções flagrantemente desproporcionais dos delitos de bens jurídicos coletivos, pois se o tráfico de tóxico nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à

integridade física, esta conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso do delito de lesões corporais.

Dáí porque, conforme Frisch (FRISCH, 2007, p. 335-336), deva-se substituir extensamente os crimes de perigo abstrato por delitos de potencial lesivo, que consideram proibidas apenas ações *ex ante* perigosas. Tal caminho poderia se mostrar possível já de *lege data*, por meio de redução teleológica dos respectivos tipos penais, mas, em razão das hesitações dos tribunais que fazem o controle de constitucionalidade face a tais interpretações ousadas, mostra-se recomendável a intervenção do legislador (GRECO, 2011, p. 31-32).

4. SEGUNDO PROBLEMA: AS PENAS COMINADAS NOS TIPOS PENAIIS DOS DELITOS CONTRA A SAÚDE PÚBLICA TÊM COMO PARÂMETRO A LESÃO OU O PERIGO DE LESÃO AO BEM JURÍDICO?

O legislador deve proceder a uma valoração diversificada das condutas lesivas ou perigosas (TAVARES, 2018, p. 79). Há situações específicas em que a intervenção penal não se dá apenas quando há um dano ao Bem Jurídico determinado, mas quando é ele, também, colocado em perigo. Para tanto, porém, a ação (tanto no plano objetivo quanto no plano subjetivo) deve ser dirigida a possibilidade de causar lesão a esse bem. Em qualquer dos casos, a ideia é que sejam abarcados bens jurídicos mediante a pena em uma medida adequada, ou seja, sem exceções desproporcionais e no marco dos Sistemas Constitucionais (SÁNCHEZ, 2013, p. 92). Caso contrário, ou seja, “caso a incriminação não possa ter como objeto de referência a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, é ela invadida por não representar essa norma um instrumento adequado do processo de comunicação que se destina a determinar as zonas do lícito e do ilícito” (TAVARES, 2016, p. 254).

Na fase de produção da norma penal incriminadora (ação + pena), cabe ao legislador levar em conta os princípios estabelecidos nos Direitos Fundamentais que conduzem que a pena só será utilizada, não apenas nas hipóteses de necessidade, mas nos estritos limites a reagir frente a situações conflituosas graves e intoleráveis que afetem mesmos direitos. Concebida como expressão de poder, a pena deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito. Desde que inexista essa relação ou se apresente ela de modo absolutamente inexpressiva, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção. Assim, a categoria “dano social” (consubstanciado na lesão ou perigo de lesão ao Bem Jurídico) funciona como

ponto de referência obrigatório para a fixação de parâmetros ao legislador na confecção da norma incriminadora, no sentido de estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o que se pretende coibir, sob a ameaça da pena, e a eficácia concreta da ação criminosa (TAVARES, 1992, p. 83-84). Apenar alguém no âmbito do processo de criminalização restringindo-lhe direitos impõe justificção.

Partindo-se da premissa que o Bem Jurídico é o referente primeiro desse processo, pode-se afirmar que a qualidade (prisão simples, detenção ou reclusão) e a quantidade (tamanho) da pena cominada ao tipo (no âmbito abstrato) deve ser diretamente proporcional a importância do Bem Jurídico que justifica aquele a existência desse tipo penal de forma que, quanto mais relevante for o Bem Jurídico, maiores serão as penas dos crimes que possuem esse bem como referente.

Isso parece de uma obviedade latente e se apresenta em alguns tipos penais previstos na legislação brasileira de forma bastante razoável: o crime de homicídio simples²⁶ (que tem como referência o bem jurídica “vida”) tem pena maior (06 a 20 anos de reclusão) que a do crime de furto simples²⁷ (que tem como referência o patrimônio), neste caso, com um gradiente punitivo estabelecido entre 01 a 04 anos de reclusão. Porém, não são raras as situações em que, mesmo nos crimes de lesão, a desproporcionalidade das penas faz saltar os olhos.²⁸ Veja-se, por exemplo, o crime de furto qualificado²⁹ (com penas entre 02 e 08 anos) comparado ao crime de lesão corporal grave³⁰ (com penas entre 01 e 05 anos). Levando-se em consideração a importância do bem jurídico referência de cada delito, não há qualquer justificativa racionalmente legítima que justifique que o crime contra o patrimônio (sem qualquer violência contra a pessoa) tenha pena mínima duas vezes maior do que a pena

²⁶ Código Penal Brasileiro, Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...).

²⁷ Código Penal Brasileiro, Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (...).

²⁸ Exemplos podem ser encontrados no estudo incorporado a seguinte obra: (CHAVES JR.; OLDONI, 2014, p. 99-119)

²⁹ Código Penal Brasileiro, Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...). Furto qualificado: § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

³⁰ Código Penal Brasileiro, Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Lesão corporal de natureza grave: § 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos. (...).

mínima prevista para o agente que, por exemplo, fura dolosamente o olho de determinada pessoa.³¹

Discrepância como essa parece ser lugar comum quando se trata de normas penais incriminadoras para os delitos sustentados em bens jurídicos coletivos, quando, em grande medida, não há critério algum para a cominação de suas penas.

A Lei de Drogas (11.343/2006) apresenta vários tipos penais sob o pretexto de proteger a saúde pública. A tomar como exemplo o seu art. 33³² (que descreve as condutas do tráfico de drogas), verifica-se que a sua pena varia entre 05 e 15 anos de reclusão. Curiosamente, a resposta que o legislador determina que o Estado ofereça ao condenado por essa prática é superior ao crime de instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio³³ (06 meses a 02 anos de reclusão), ao delito de lesão corporal gravíssima³⁴ (reclusão de 02 a 08 anos), ao tipo penal que prevê o crime de lesão corporal seguida de morte³⁵ (04 a 12 anos de reclusão), ao crime de abandono de incapaz com resultado morte³⁶ (reclusão de 04 a 12 anos), ao delito de maus tratos com resultado morte³⁷ (reclusão de 04 a 12 anos), e, também, mais alta que a pena

³¹ Especificamente neste ponto, Vera Regina Pereira de Andrade explica que, no Direito Penal abstrato, revela-se uma lógica de direcionamento predominante da criminalização primária para atingir as formas de desvio típicas das classes e grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Neste contexto, é dada a máxima ênfase à criminalização das condutas contrárias às relações de produção (crimes contra o patrimônio individual, furto, estelionato, receptação, etc.) e políticas de lei e ordem dominantes e a elas dirigidas mais intensamente à ameaça penal. Por outro lado, a criminalização de condutas contrárias a bens e valores gerais como a vida, a saúde, a liberdade pessoal, e outros tantos, não guardam a mesma ênfase e intensidade da ameaça penal dirigida à criminalidade patrimonial (ANDRADE, 2003, p. 279). Outro crime de perigo abstrato de cominação de pena flagrantemente desproporcional é disparo de arma de fogo, previsto no art. 15 da Lei 10.826/03 (reclusão de 02 a 04 anos) se comparado ao crime de lesão corporal, previsto no art. 129, caput, do Código Penal (detenção de 03 meses a 01 anos). Como pode um crime de perigo de lesão (como o disparo) ter pena muito maior do que aquela cominada ao crime de lesão? Aliás, a mesma Lei 10.826/03 prevê o crime de posse/porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16) com pena de reclusão que varia entre 03 e 06 anos, pena mínima 50% maior do que aquela do crime de lesão corporal grave (debilidade permanente de membro, sentido ou função, por exemplo).

³² Lei 11.343/2006, art. 33 - Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...).

³³ Código Penal Brasileiro, Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. (...).

³⁴ Código Penal Brasileiro, Art. 129 – Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. (...) § 2º - Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos.

³⁵ Código Penal Brasileiro, Art. 129 – Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. (...) § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. (...).

³⁶ Código Penal Brasileiro, Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: (...) § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

³⁷ Código Penal Brasileiro, Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados

cominada ao crime de tortura qualificada pela lesão corporal grave ou gravíssima³⁸ (04 a 10 anos de reclusão). Caso se trate de tráfico (transporte de droga, por exemplo) interestadual³⁹, a pena mínima fica próxima aos 06 anos (Lei 11.343/2006, art. 33 c/c art. 40, V), sanção aproximada àquela imposta ao sujeito que mata uma pessoa (CP, art. 121, *caput*⁴⁰).

O crime do art. 33 da Lei de Drogas traz consigo a justificacão de proteger a saúde pública e, numa atenta análise a sua redacão, não é difícil concluir que vários dos núcleos previstos no seu tipo penal incriminador não representam qualquer ameacaa à saúde de qualquer pessoa.⁴¹ E ainda que existisse uma ameacaa à saúde de pessoa determinada (ou mesmo, determinável), as perguntas são quase automáticas: por que é que a pena do crime de tráfico de drogas (guardar droga, por exemplo) é mais alta do que aquelas previstas para os crimes de tortura, lesão corporal gravíssima, lesão corporal seguida de morte e induzimento ao suicídio?⁴² Qual é a expressão máxima de lesão à saúde? Não seria a morte a falência completa dessa condiçãoo? Veja-se que não há qualquer critério para que se tenha tão elevada cominaçãoo, sobretudo, porque o legislador impõe tais penas, inclusive, sobre comportamentos que não geram qualquer perigo para a saúde pública. Numa análise crítica a essa tendênciiao, Winfried Hassemer (HASSEMER, 1995, p. 23-36) registra que o injusto penal não é a causa provável de um dano, mas uma atividade que o legislador criminalizou. Assim, se a potencialidade ou o perigo abstrato de dano existe na escolha desta atividade, não pode isso ser discutido no âmbito da norma, pois isso compreende apenas um elemento de avaliaçãoo na promulgaçãoo da norma.

indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: (...) § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

³⁸ Lei 9.455/97, art. 1º, §3º, primeira parte - Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos (...).

³⁹ Lei 11.343/2006, Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal; (...).

⁴⁰ Código Penal, Art. 121: Matar alguém. Pena- reclusão, de seis a vinte anos.

⁴¹ O tratamento ofertado pelos Tribunais Brasileiros ao crime de tráfico de drogas é, também, marcado pelo desprezo aos postulados do Princípio da Intervenção Mínima. Em grande medida, a tipicidade do comportamento é verificada tão somente em razão da letra fria e abstrata da lei, desprezando-se por completo as peculiaridades de cada caso e a impossibilidade material de qualquer ofensa ao Bem Jurídico no caso concreto. Ver: (CHAVES JR., 2019).

⁴² Conforme registra Luís Greco, possivelmente se objete: quem vende drogas causa inúmeras mortes, o que tornaria sua conduta mais desvaliosa. Conforme o autor, que responda, então, pelos homicídios, que se configurarão nos casos em que o consumo da droga não represente uma autocolocação responsável em perigo, que exclui a imputação objetiva. Porém, puni-lo por mortes que só remotamente pode vir a causar seria o mesmo que punir os fabricantes de carros pelos homicídios a que o tráfico rodado dá causa (GRECO, 2006).

Além disso, se o objetivo da norma é proteger a saúde pública, não há como incriminar o comportamento de guardar drogas para consumo próprio⁴³ (espécie de ato preparatório de autolesão) e deixar de incriminar a autolesão efetiva, ou mesmo, a autoexposição a perigo de lesão. Aqui, são flagrantes as contradições valorativas a partir daquilo que Wolfgang Frisch chama de *mandato de consistência*, pois o legislador deixa, sem fundamento, de reconhecer certo princípio limitador da pena por ele aceito noutro setor.

O art. 260, § 1º do Código Penal⁴⁴ prevê penas entre 04 a 12 anos de reclusão para quem causa desastre ferroviário (crime de lesão contra a segurança do transporte e de outros serviços públicos), pena cominada menor do que aquela prevista para o sujeito que “guarda” ou “leva consigo” droga (crime de perigo à saúde), conforme se verificou.

Em março do ano de 2020, em razão da pandemia da Covid-19, os holofotes se voltaram a tipos penais de relevância lateral na academia e nos cursos de Direito, em especial, ao delito previsto no art. 268 do Código Penal. O tipo incrimina a conduta de “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. A pena é de detenção de 01 mês a 01 anos, e multa.⁴⁵ Acerca desse crime, Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2014 p. 293) esclarece que é necessário demonstrar a idoneidade do comportamento infrator para produzir um potencial resultado ofensivo à preservação do bem jurídico Saúde Pública. Caso contrário, estar-se-ia admitindo que a mera infração de norma administrativa fosse constitutiva de delito, outorgando à administração pública a possibilidade de legislar em matéria penal, com afronta ao princípio de reserva legal.

Conforme o autor, o art. 268 somente abrangeria as infrações significativas de determinações do poder público, ou seja, aquelas que coloquem em perigo a saúde de um número indeterminado de pessoas, diante da séria possibilidade de introdução e propagação de doença contagiosa. Fazendo-se um paralelo com a Lei de Drogas (que, em tese, protege o mesmo bem jurídico coletivo), a cominação da pena deste dispositivo não faz qualquer sentido. Como pode alguém que, comprovadamente infectado, infringe determinação do poder público e coloca (concretamente) em perigo a saúde de um número indeterminado de pessoas estar sujeito a pena de 01 mês de detenção enquanto aquele que guarda droga (perigo abstrato) está sujeito

⁴³ Lei 11.343/2006, Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...).

⁴⁴ Código Penal Brasileiro, Art. 260 – (...) Desastre ferroviário. § 1º - Se do fato resulta desastre: Pena - reclusão, de quatro a doze anos e multa. (...)

⁴⁵ Trata-se, portanto, de infração penal de menor potencial ofensivo.

a pena de 05 anos de reclusão? Se o bem jurídico tutelado é exatamente o mesmo, como pode um crime de perigo concreto ter pena muito menor do que aquela cominada ao crime de perigo abstrato? Ou seja, se a coerência é pretensão interna de um sistema, notadamente está longe de ser o caso do sistema de crimes e penas brasileiro. Atesta-se, com isso, que o legislador pouco leva à sério a ideia de Bem Jurídico como instrumento de diretriz de produção da norma. Evidentemente, urge uma profunda reforma nessas cominações, não para aumentá-las, mas para limitar o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa (TAVARES, 1992, p. 84).

A lesão é uma realidade; o perigo, uma possibilidade. Diante disso, não há justificativa satisfatória para se ter como legítimas as incriminações de delitos de perigo abstrato com penas mais elevadas se comparadas aos crimes de lesão, mormente, quando o bem jurídico afetado possui uma relação direta com o bem que se julgava proteger com a norma incriminadora do delito de perigo. Importa, neste ponto, pensar em critérios seguros para se tentar solucionar o problema de legitimidade dos crimes que declaram tutelar bens jurídicos coletivos e, alinhado a isso, o quantum de pena que grande parte deles carregam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que se finaliza teve por objetivo a formulação de duas reflexões críticas da proteção penal de um bem jurídico coletivo bastante frequente na legislação penal brasileira: a Saúde Pública.

Para responder as perguntas formuladas na parte introdutória do artigo, percorreu-se todo um caminho consubstanciado num relatório de pesquisa que fora dividido em três partes. Na primeira, apresentou-se a tendência expansionista do Direito Penal marcada pelo aumento de bens jurídicos coletivos considerados merecedores de tutela, bem como a convergência para se declarar puníveis condutas sem que exista lesão real ou mesmo, perigo de lesão ao bem jurídico que a norma diz proteger.

Na segunda parte, avaliou-se a legitimidade da Saúde Pública como bem jurídico coletivo no âmbito do Direito Penal. A partir dos critérios de “não distributividade” (fundado no binômio “sem exclusão de uso” e “sem rivalidade no consumo”) ofertados pelo Prof. alemão Roland Hefendehl, foi possível concluir com razoável segurança que a Saúde Pública não é mais que a soma da saúde individual de todos os membros da sociedade, pelo que, não se trata de um

bem jurídico coletivo, mas da soma de bens jurídicos individuais. Conforme se verificou, é característica de todo bem jurídico coletivo que seja ele desfrutado por cada membro da sociedade, não sendo possível relacioná-lo total ou parcialmente a um único indivíduo ou setor dessa sociedade (o ar que se respira foi utilizado a título exemplificativo). Dito de outro modo, há um bem jurídico coletivo pelos critérios da “não distributividade” quando for impossível dividir esse bem em partes e atribuir cada parte para indivíduos determinados. A Saúde Pública, certamente, não comporta essas características.

Na terceira parte da pesquisa, investigou-se as penas cominadas para alguns dos principais tipos penais que declaram tutelar a Saúde Pública no Brasil. Esta análise foi feita a partir da importância da Saúde Pública frente a bens jurídicos que ofendem a saúde individual (delitos de lesão) e frente a tipos penais que declaram tutelar este mesmo bem jurídico, sempre fundados nos critérios de lesividade ou ofensividade. Ao final, revelou-se que esses tipos penais não atendem a qualquer referente dogmático que poderia limitar o arbítrio do legislador na cominação das penas para os crimes de bens jurídicos coletivos. Na verdade, constatou-se critérios divergentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por meio de um estudo comparativo entre os delitos sustentados na proteção da Saúde Pública e outros de igual ou maior gravidade, revelaram-se que os crimes contra este (falso) bem jurídico coletivo tem penas mais elevadas se comparadas aos crimes de lesão, ainda que o bem jurídico afetado possua uma relação direta com o bem que se julgava proteger pela norma incriminadora do delito de perigo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMELUNG, Knut. El concepto “Bien Jurídico” em la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos. *In: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/Barcelona: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Revista Liberdades (IBCCRIM)** - nº 1 - maio-agosto de 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial** (4). 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (Versão digital).

CHAVES JR., Airto. **Além das Grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant lo Blach, 2018.

_____. O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos tribunais superiores. **Católica Law Review** (Lisboa/Porto) Volume III, nº. 3, nov. 2019.

CHAVES JR., Airto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. *In: La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCRIM). Julho-Agosto de 2004. Ano 12.

_____. **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.

_____. **Tipos de autor e Lei de Tóxicos, ou:** interpretando democraticamente uma lei autoritária. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=191. Acesso em 24 de agosto de 2006.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades.** Nº 07 - maio-agosto de 2011, p. 107.

HASSEMER, Winfried. **Bienes Jurídicos en el derecho penal.** *In: Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier.* Buenos Aires: Editores del Pierto, 2005.

_____. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, en VARIOS AUTORES. **Pena y Estado.** Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *In: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Universidad de Granada/ES), 2002, RECPC nº 4.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais.* IBCCRIN (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) Ano 18, nº 87, nov.-dez./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito: sobre los criterios de una imputación justa. *In: La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais (Capítulo 5). *In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional.* 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho Penal**. Parte General (Tomo I): fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM). Ano 21. Vol. 100. Jan-fev/2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *In: La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2001.

SIMON, Jonathan. **Gobernar a través del delito**. Traducción de Victoria de los Ángeles Boschioli. Barcelona: Editorial Gedisa, 2011.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Número Especial de Lançamento. Dez. 1992.

_____. **Fundamentos de Direito Penal**. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2018.

_____. **Teoria do Crime Culposo**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1 (Parte Geral). 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 488).