

EXISTEM CRITÉRIOS PARA A POSTULAÇÃO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS?

Luís GRECO*

SUMARIO: I. Introdução. II. Conceito de bem jurídico coletivo. III. O ataque generalizado: a teoria pessoal do bem jurídico e o argumento da corrupção. IV. O ataque diferenciado: Bens jurídicos coletivos sob suspeita e bens acima de qualquer suspeita. V. Os argumentos críticos. VI. Aplicação das três regras a certos bens jurídicos coletivos

I. INTRODUÇÃO

1. A chamada “modernização” do direito penal

Uma das discussões que mais tem atraído a atenção dos penalistas, no Brasil e no estrangeiro, diz respeito à chamada “modernização” do direito penal. Esta discussão parte da premissa de que haveria, de um lado, um direito penal “clássico”, cujas características seriam, aproximadamente, o individualismo, o liberalismo, a legalidade estrita, o domínio dos bens jurídicos (ou direitos subjetivos) individuais e do delito de lesão, e, de outro, um contraposto direito penal “moderno” – anti-individualista, social, flexibilizador da legalidade por meio de normas penais em branco e de tipos estruturados segundo o modelo da acessoriedade administrativa, rico em bens jurídicos supraindividuais e crimes de perigo abstrato. Enquanto o direito penal clássico seria o modelo idealizado pelos penalistas do iluminismo, o direito penal moderno representaria o modelo implementado pelas reformas legislativas das últimas décadas. Objeto da controvérsia é a avaliação deste estado de fatos: enquanto uns saúdam a modernização, outros a repudiam¹.

O presente estudo quer contribuir não para esta discussão, e sim para a sua superação. Já há algum tempo vem ganhando espaço a idéia de que a contraposição entre direito penal clássico e moderno é uma simplificação inadequada. Não se pode realizar uma delicada cirurgia com um facão. A distinção entre proibições legítimas e ilegítimas depende de uma série de critérios e considerações, os quais não são refletidos de modo suficientemente diferenciado pela simplista contraposição entre direito penal clássico e moderno².

Um grupo dentre estes critérios e considerações diz respeito ao bem jurídico protegido pela incriminação. As várias dificuldades com que o conceito de bem jurídico tem de enfrentar-se são suficientemente conhecidas e não serão objeto do presente estudo³. Aqui se cuidará tão-somente de uma delas, para a qual eu já havia apontado anteriormente,⁴ qual seja, a dos critérios para a postulação de um bem jurídico coletivo.

Ainda que se pense que a problemática das chamadas “meras imoralidades” e do paternalismo deva ser resolvida por meio de teorias que não a do bem

* Doctor. LL. M. Universidad de Munich, Alemania.

1 Amplas referências em Greco, *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, 2011, p. 4 e ss.

2 Por todos Roxin, *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal*, trad. Greco, in: *Estudos de direito penal*, 2006, p. 78 e ss. (p. 81); Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, 2000, especialmente p. 281 e ss.; mais referências em Greco, *Modernização*, p. 25 e ss.

3 Para uma síntese Greco, *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato*, in RBCC 49 (2004), p. 89 e ss.; *idem*, *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*, in Zenkner Schmidt (coord.), *Livro em Homenagem a Cezar Bitencourt*, 2006, p. 401 e ss.

4 Greco, *Princípio da ofensividade*, p. 116, 117; *idem*, *Breves reflexões*, p. 409; *idem*, *Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 StGB)*, in: RBCC 82 (2010), p. 165 e ss. (p. 182). Apontando para a necessidade de formular critérios também Hirsch, *Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?*, in: Kühne/Miyazawa (coord.), *Neue Strafrechtsentwicklung im deutsch-japanischem Vergleich*, 1995, p. 11 e ss. (15); Wohlers, *Deliktstypen*, p. 166.

jurídico,⁵ uma vez que essa teoria se move no plano das considerações de conveniência ou utilidade em sentido amplo, isso não significa que tais considerações possam ser de todo dispensadas no momento de justificar proibições – doutro modo, voltar-se-ia à idéia do delito como violação de dever, cujo caráter errôneo tem de ser aqui pressuposto. Se se quer justificar proibições também fazendo referências a finalidades, é preciso saber quais dentre essas finalidades são relevantes e quais não. É desse problema que se ocupa o presente trabalho.

2. Bem jurídico coletivo: justificação de proibições mais extensas e sanções mais severas

Os bens jurídicos coletivos facilitam a vida do legislador. Toda vez que o legislador postula, ao invés de um possível bem jurídico individual, um bem jurídico coletivo como objeto de proteção de determinada incriminação, consegue ele justificar mais facilmente uma proibição ou consumação antecipada, uma proibição mais extensa, pela irrelevância do consentimento, e um marco sancionatório mais severo.⁶

Vejamos alguns exemplos, dois do direito alemão, dois do direito brasileiro:

a) O § 265b I Strafgesetzbuch (StGB), chamado estelionato de crédito (Kreditbetrug), incrimina a conduta de quem, ao requerer a concessão, a autorização ou a modificação de um empréstimo em favor de uma empresa real ou falsa se vale de documentos (balanços, cálculos de lucros e prejuízos etc.) relevantes incorretos, ou incompletos ou faz declarações escritas relevantes incorretas ou incompletas, ou deixa de comunicar piores

relevantes da situação econômica não constantes dos documentos ou declarações feitas. Noutras palavras, o tipo contém uma fração de estelionato, uma consumação antecipada, vez que se realiza já com a conduta fraudulenta. Compare-se o estelionato (§ 263 I StGB), que pressupõe, além da conduta fraudulenta, a provocação de um erro, uma disposição patrimonial e um dano ao patrimônio. O argumento de que se vale a doutrina dominante para justificar essa assimetria é a postulação de um bem jurídico coletivo: enquanto o tipo do estelionato se dirigiria à proteção do bem jurídico individual patrimônio, o estelionato de crédito afetaria, além do patrimônio individual, um bem coletivo: a capacidade de funcionamento do sistema de crédito⁷.

b) § 29 BtMG, tráfico de entorpecentes, cujo bem jurídico, segundo a opinião dominante, é a saúde pública⁸. O tipo se realiza já com qualquer conduta animada por interesse pessoal dirigida a promover ou a possibilitar a venda de drogas (assim, literalmente, a definição do Bundesgerichtshof [BGH] da elementar típica “comercializar”, *Handeltreiben*), a pena é de até 5 anos de prisão ou de multa. O consentimento do destinatário da droga é irrelevante, vez que ele não é o titular do bem afetado. O crime que tutela o correspondente bem jurídico individual, o de lesões corporais (§ 223 StGB, forma simples; §§ 224, 226 StGB, forma qualificada), pressupõe a causação objetivamente imputável de uma lesão ao bem estar físico ou à saúde e prevê para a forma simples uma pena também de até 5 anos ou de multa. O consentimento é relevante, salvo em situações excepcionais objeto do § 228 (cláusula dos bons costumes).

5 Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 349 e ss.; *idem*, *Tem futuro*, p. 174 e ss.; *idem*, *Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie*, in Hefendehl (coord.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, 2010, p. 63 e ss.; *idem*, *A crítica de Stuart Mill ao paternalismo*, in: *Revista Brasileira de Filosofia* Vol. 54 Fasc. 227 (2007), p. 321 e ss.

6 Sobre a utilização legitimista de bens coletivos extensamente *Krüger* *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, 2000, p. 57 e ss.; ademais *Volk*, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, JZ 1982, p. 85 e ss. (87 e s.); *Hassemmer*, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSTZ 1989, p. 553 e ss. (557); *idem*, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, ZRP 1992, p. 378 e ss. (381); *Seelmann*, *Risikostrafrecht*, KritV 1992, p. 452 e ss. (453 e s.); *Weigend*, *Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?*, in: *Schmoller* (coord.), *Festschrift für Triffterer*, 1996, p. 695 e ss. (699 e s.).

7 Bundestag-Drucksache 7/5291, p. 14; na doutrina *Bottke*, *Das Wirtschaftsstrafrecht in der BRD – Lösungen und Defizite*, wistra 1991, p. 1 e ss. (7 e s.); *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., 2007, § 265 b nm 1; *Lampe*, *Der Kreditbetrug* (§§ 263, 265 b StGB), 1980, p. 37 e ss., apesar de crítico; *idem*, *Überindividuelle Rechtsgüter, Institutionen und Interessen*, in: *Sieber et alii* (coord.), *Festschrift für Tiedemann*, 2008, p. 79 e ss. (101); *Lenckner/Perron* in: *Schönke/Schröder StGB* 28ª ed. 2010, § 265b nm. 3; *LK-Tiedemann*, 11ª ed. 1996, § 265b nm. 9; *idem*, *Wirtschaftsstrafrecht* BT, 2006 nm. 17; *MK-Wohlens*, § 265b nm. 1; da jurisprudência *OLG Stuttgart*, NSTZ 1993, 545; *OLG Celle*, wistra 1991, 359.

8 *Rudolf Schmitt*, *Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?*, in F. C. *Schroeder/Zipf* (coords.), *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 113 e ss. (125); *Malek*, *Betäubungsmittelstrafrecht*, 3ª ed. 2008 cap. 2 nm. 2; *Körner*, *BtMG AMG*, 6ª ed. 2007 § 29 BtMG nm. 236 e ss.; *K. Weber*, *Betäubungsmittelgesetz Kommentar*, 3ª ed. 2009, § 1 nm. 3 e ss.

No direito brasileiro, a situação é um tanto mais crítica. Dois exemplos:

- c) Art. 15, Lei 10.826/2003. A lei sobre armas de fogo, cuja finalidade é defender o bem “incolumidade pública”,⁹ define como crime inafiançável a conduta de “disparo de arma de fogo”, cominando-lhe pena de dois a quatro anos de reclusão, o que é mais do que o cominado ao delito de lesões corporais simples (art. 129 caput, três meses a um ano de detenção) e em parte mais do que o cominado às lesões graves (art. 129 § 1, um a cinco anos de reclusão).
- d) Art. 33, Lei 11.343/2006. A nova lei de tóxicos, voltada à tutela do bem coletivo “saúde pública”,¹⁰ comina ao delito de tráfico de drogas (“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”) a pena de cinco a quinze anos de reclusão e de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Isso também é bastante superior ao delito de lesões corporais, mesmo às graves.

Os exemplos deixam claro o problema: o bem jurídico coletivo justifica incriminações e marcos penais que não seriam *prima facie* justificáveis se tivéssemos apenas o bem jurídico individual. Isso tem levado parte da doutrina a lançar um ataque aos bens jurídicos coletivos, que se move em diversos planos. Num *plano mais fundamental* transitam os autores que, partindo dessa verificação, recusam já a própria teoria do bem jurídico¹¹. Essa crítica mais

fundamental não será objeto das presentes reflexões. Diga-se, apenas, que só pelo fato de se justificar um dispositivo penal fazendo referência aos efeitos de proteção por ele almejados –o que quase todo mundo faz– já se está bem próximo de uma implícita teoria do bem jurídico,¹² e que também a principal concorrente dessa teoria, qual seja, a teoria da lesão a direito subjetivo, vê-se deparada com problemas similares¹³. A crítica que agora nos interessa é, portanto, a que se move num plano mais raso. Ela tem por alvo não a teoria do bem jurídico em si, mas sim apenas os bens jurídicos coletivos, dirigindo-se ou à generalidade desses bens (assim, as chamadas teorias pessoais do bem jurídico, abaixo \$), ou a alguns deles, que são pejorativamente qualificados de bens jurídicos aparentes (abaixo \$). Parece recomendável realizar, anteriormente, algumas precisões sobre o conceito de bem jurídico coletivo.

II. CONCEITO DE BEM JURÍDICO COLETIVO

A doutrina pouco se ocupa da conceituação de bem jurídico coletivo, mas em geral já a pressupõe conhecida¹⁴. No mais das vezes ela se contenta com a afirmativa não errada, mas pouco esclarecedora, de que coletivos são os bens cujo portador não é um indivíduo, e sim a coletividade¹⁵. Há, porém, alguns poucos autores que procuram ir além, propondo critérios que elucidem o significado dessa referência à coletividade. *Hefendehl*¹⁶ menciona, seguindo *Alexy*,¹⁷ os critérios da *não-exclusividade* de seu gozo, da *não-rivalidade* de seu consumo e da *não-distributividade*. Não-exclusividade do gozo significa que ninguém pode ser excluído do gozo do bem; não-rivalidade do consumo significa que o consumo do bem por um indivíduo não impede, nem dificulta o consumo pelos

9 *Mariano da Silva*, Estatuto do Desarmamento, 3ª ed., 2007, p. 31; *Capez*, Estatuto do Desarmamento, 4ª ed., 2006, p. 42.

10 *Greco Filho/Rassi*, Lei de Drogas Anotada, 2ª ed., 2007, p. 80; *Bizotto/Rodrigues*, Nova Lei de Drogas, 2007, p. 56.

11 Por ex. *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), p. 751 e ss. (752 e ss.); partindo da teoria da lesão a direito subjetivo *Naucke*, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, in: KritV 1993, p. 133 e ss. (137 e s.); *E. A. Wolff*, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht und anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (coord.) Strafrechtspolitik, 1987, S. 137 e ss. (148).

12 Mais detalhes em *Greco*, *Lebendiges*, p. 309 e ss.

13 Mais detalhes em *Greco*, *Lebendiges*, p. 333 e ss.

14 Exemplos em *MK-Radtke*, vor § 38 ff. nm. 2; *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (coords.), StGB, 2009, vor § 13 ff. nm. 5.

15 Por ex. *NK-Hassemer/Neumann*, vor § 1 nm. 127; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 nm. 9.

16 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, p. 111 e s.; *idem*, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers* (coord.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, p. 119 e ss. (126 e s.) (trad. para o português de *Greco* em *Greco/Tórtima* [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).

17 *Alexy*, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: Probleme der Demokratie. Internationales Jahrbuch für Philosophie und Gesetzgebung 1989, p. 49 e ss. (54 e s.)

demaís; e não-distributividade significa que o bem não é passível de divisão em parcelas que possam ser atribuídas aos indivíduos.

A relação destes três critérios entre si não é tão clara. Ainda assim, parece plausível recorrer apenas ao terceiro critério, o da *não-distributividade ou indivisibilidade*¹⁸: a não-rivalidade do consumo não consegue dar conta dos bens não-consumíveis¹⁹. Já a não-exclusividade do gozo parece decorrer da indivisibilidade ou mesmo não passar de uma redescritção dela. Entenderemos, portanto, como *bem coletivo* aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos. A administração da Justiça é, assim, um bem coletivo, porque uma boa Justiça é algo que pertence a todos os cidadãos de igual maneira. O mesmo se diga da pureza do ar: não existe uma parcela do ar destinada a A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar. Já o espólio é um bem individual, porque a parte de cada herdeiro é identificável.

III. O ATAQUE GENERALIZADO: A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO E O ARGUMENTO DA CORRUPÇÃO

Pode-se caracterizar a *teoria pessoal ou personalista* do bem jurídico (*personale Rechtsgutslehre*) como a tese segundo a qual todo bem jurídico legítimo tem de guardar uma referência ao indivíduo. Essa

referência ao indivíduo pode ser concebida de duas formas, daí derivando duas versões da teoria pessoal.

Primeiramente, é possível entender que esta referência tem de ser *direta*, isto é, que só serão legítimos bens jurídicos individuais, interesses ou direitos de “pessoas de carne e osso”, como diz Ferrajoli.²⁰ Esta concepção, que poderia ser chamada de *teoria personalista radical*, é sustentada por Zaffaroni e Tavares, talvez também por Ferrajoli.²¹ Isso significa que já o próprio bem tutelado tem de ser divisível.

Além disso, é possível sustentar que esta referência pode ser *indireta*, de modo que seriam admissíveis bens jurídicos coletivos, desde que eles indiretamente guardassem algum contato com os indivíduos. Assim, por ex., o meio ambiente não poderia ser penalmente protegido por seu próprio valor, mas sim porque dele depende a própria vida e a saúde dos indivíduos²². Esses interesses são divisíveis e portanto individuais. Essa versão da teoria, que poderíamos chamar de *moderada*, é defendida principalmente por Hassemer²³.

Por fim, observe-se que afirmar, no plano mais abstrato da teoria do Estado, que toda atuação estatal tem, de alguma maneira, de tutelar interesses dos indivíduos, porque *o Estado existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado*, não pode bastar para transformar uma teoria em pessoal²⁴. E isso por duas razões: primeiramente, essa afirmação não é em princípio questionada por ninguém,²⁵ de modo

18 Assim também Alexy, p. 54 e s.; Koriath, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 1999, p. 561 e ss. (564); Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, p. 123. Já Kuhlen, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), p. 697 e ss. (704) baseia-se na não-exclusividade do gozo.

19 Cf. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, p. 113, que dá o exemplo do bem “segurança do dinheiro”, a seu ver defendido pelos tipos contra falsificação de moeda.

20 Ferrajoli, Diritto e Ragione, 5ª ed. Roma, 1998, p. 481

21 Tavares, Teoria do injusto penal, 2ª ed. Belo Horizonte, 2002, p. 216 e ss.; Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho penal, Parte General, Buenos Aires, 2ª ed. 2002, p. 489 (Nr. 7). Para o direito penal ambiental Hohmann, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, in: GA 1992, p. 76 e ss. Se Ferrajoli é ou não tão radical, permanece a meu ver obscuro – cf. a minha crítica em Greco, Recht und Vernunft – Zur Straftheorie Luigi Ferrajolis, Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte 10 (2008/2009) p. 192 e ss. (200).

22 Hassemer, Grundlinien einer personale Rechtsgutslehren, in Philipps/Scholler (coord.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, p. 85 e ss. (92) (trad. para o português de Tórtima em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).

23 Hassemer, Grundlinien, p. 91 e ss.; *idem*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Die Rechtsgutstheorie, p. 57 e ss. (57). Mais referências em Greco, Lebendiges, p. 314 n. 470.

24 Vide porém Roxin, AT § 2 nm. 11; *idem*, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in Hefendehl (coord.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135 ff. (139), que se limita a uma afirmação similar e por isso considera a sua teoria personalista, no que, a meu ver, não lhe assiste razão.

25 Digo “em princípio” por duas razões: primeiramente, por causa da manifestação de Weigend, Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Verletzten, in: ZStW 98 (1986), p. 44 e ss., 52 e ss., 57, que pode ser entendida no sentido de uma teoria coletivista; segundo, porque os dois contextos em que existem propostas de desvincular a proteção penal de interesses humanos (direito penal ambiental e crueldade com animais), na verdade, nada têm a ver com a questão dos bens coletivos. O valor intrínseco que se atribui ao meio ambiente ou aos animais é entendido como independente não apenas de indivíduos, mas também dos seres humanos enquanto coletividade.

que ela não se refere a nada que a teoria tenha de distintivo, mas sim a algo que ela compartilha com a sua principal concorrente, a teoria dualista²⁶. Além disso, um Estado que atua sempre pelos indivíduos e não por si só é, em última análise, algo que beneficia a todos de modo indivisível e, portanto, constitui um verdadeiro bem coletivo. Isso significa que essa afirmação torna a referência ao indivíduo ainda mais tênue, porque essa referência vem mediatizada por um segundo bem coletivo, genérico, que está por trás do bem mais específico objeto de tutela do tipo penal em questão. A referência ao indivíduo acaba sendo, assim, duplamente indireta, o que não pode bastar para uma teoria que pretende dizer algo diferente do que diz a concorrência.

Uma tomada de posição sobre a teoria personalista terá, assim, por objeto apenas a tese radical ou a moderada, com a conveniência de que, se for rejeitada a tese moderada, será automaticamente de afastar-se também a tese radical, que a tem como premissa. E de fato nem mesmo a versão moderada da teoria é convincente. Pense-se nos delitos de corrupção: qualquer que seja o bem jurídico que a eles se atribua –, a lisura do serviço público,²⁷ a confiança da população nessa lisura,²⁸ o correto funcionamento da administração pública²⁹ etc.³⁰ – será muito difícil reconduzir esse bem paradigmaticamente coletivo, porque indivisível, aos indivíduos³¹. Imagine-se o caso do funcionário atolado em seu trabalho que recebe dinheiro para realizar um ato vinculado que já deveria ter praticado, mas pratica esse ato depois do expediente, não gerando, assim, qualquer desvantagem os demais que aguardam a prática desse ato. O particular, que é beneficiário, não é vítima, mas provavelmente até autor do delito de corrupção ativa (art. 333, CP). Os demais particulares que também estão aguardando a prática

do ato pelo funcionário não foram passados para trás e portanto não sofreram qualquer dano. A única possível referência a indivíduos aqui ocorre no plano genérico do interesse indivisível e portanto coletivo de todos os cidadãos numa administração pública que não venda favores. E esta referência duplamente indireta ao indivíduo, como vimos, não é suficiente para uma perspectiva personalista que queira dizer algo que a diferencie de sua concorrente dualista. A única saída para o personalista seria reconhecer que, na situação que imaginamos, não há afetação ao indivíduo e, portanto, a conduta é impunível, devendo interpretar-se restritivamente o tipo penal³². Esse resultado parece, entretanto, inaceitável, operando como *reductio ad absurdum* da teoria.

Pode-se denominar essa tese de que o delito de corrupção tutela um bem irredutivelmente coletivo o *argumento da corrupção*. O argumento da corrupção comprova, portanto, que a teoria pessoal mesmo em sua forma moderada é insustentável³³. Com isso, fica prejudicada também a versão radical da teoria.

En passant: Tampouco a *tese histórica* avançada por alguns defensores da teoria pessoal ou de posições próximas é verdadeira. Segundo essa tese, o direito penal “clássico”, isto é, o direito penal iluminista, teria como uma de suas características proteger predominante ou quase que exclusivamente bens ou direitos individuais. Quem se der o trabalho de ir às fontes observará o quão pouco essa afirmativa procede. Bens (ou direitos subjetivos) do Estado eram considerados hierarquicamente superiores pela unânime doutrina do séc. XVIII. O argumento geralmente utilizado era o de que direitos do Estado constituiriam condições dos direitos do indivíduo, de modo que aqueles seriam “muito mais sagrados e a sua lesão muito mais punível” que os últimos³⁴. Além disso,

26 No mesmo sentido *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 73, 82 (“obviedade”), com referências de antigos defensores da posição contrária à p. 67 e ss.

27 Bundestag-Drucksachen. 6/3250 p. 258.

28 *Kargl*, *Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme*, *JZ* 2005, p. 503 e ss. (512); *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 321 (além do aspecto mencionado à nota anterior).

29 *Heine* in *Schönke/Schröder StGB* § 331 nm. 3: “capacidade de funcionamento do aparato estatal”.

30 *Lackner/Kühl*, *StGB* § 331 nm. 1 falam num “bem jurídico complexo”.

31 Assim também *Kuhlen*, *ZStW* 105 (1993), p. 704; de acordo *Anastosopolou*, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, p. 43.

32 Ao que parece, nesse sentido, *Kargl*, *Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil*, in: *Neumann/Prittwitz* (coord.), *Personale Rechtslehre und Opferorientierung im Strafrecht*, 2007, p. 41 e ss. (77 e ss.).

33 Mesma conclusão em *Kuhlen*, *ZStW* 105 (1993), p. 703 e s.; *Schünemann*, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, *GA* 1995, p. 201 e ss. (208 e ss.); *Krüger*, p. 74 e ss., 80 e s.; *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 61 e ss.

34 *Feuerbach*, *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats*, 1798, p. 14 (citação). Vide ademais *Beccaria*, *Dei Delitti e delle Pene*, in: *Firpo* (coord.), *Opere di Cesare Beccaria*, vol. I, Milão, 1984, § VIII; *Globig/Huster*,

o delito de alta traição era tido de modo incontestado como o mais grave de todos³⁵.

IV. O ATAQUE DIFERENCIADO: BENS JURÍDICOS COLETIVOS SOB SUSPEITA E BENS ACIMA DE QUALQUER SUSPEITA

Como a estratégia de ataque geral não se mostra sustentável, parece indicado tentar um ataque mais diferenciado, que seja ao menos capaz de dar conta do argumento da corrupção. É nesse sentido que vêm manifestando-se vários doutrinadores, que, mesmo partindo de argumentos um tanto diversos, chegam a conclusões similares. Estas conclusões traçam uma linha divisória entre os bens coletivos, lançando sobre alguns uma séria suspeita e qualificando outros como bens acima de qualquer suspeita. Em geral, diz-se que o primeiro grupo de bens jurídicos coletivos seria de falsos bens coletivos ou de bens coletivos aparentes (*Scheinrechtsgüter*). Os *bens sob suspeita* seriam, além da saúde pública e da capacidade de funcionamento do sistema de crédito a paz pública, a segurança pública, a incolumidade pública (nos chamados crimes de perigo comum), a segurança no trânsito (nos crimes de trânsito)³⁶.

Mas o argumento da corrupção não demonstra apenas que as teorias personalistas, radical e moderada, são insuficientes. Dele se pode extrair uma segunda conclusão: a de que existe pelo menos um bem jurídico coletivo legítimo, o tutelado pelo tipo da corrupção³⁷. E se existe já um bem coletivo, parece um tanto improvável que ele seja o único. Entre os bens que não costumam ser questionados estão, além daqueles por trás dos delitos de corrupção, os por trás dos delitos de proteção do Estado, dos delitos de

falsificação de moeda e dos delitos contra a administração da justiça.

A pergunta agora é com base em que critérios se procede a esta distinção. É disso que em seguida nos ocuparemos.

V. OS ARGUMENTOS CRÍTICOS

1. Navalha de Ockham (Schünemann)

Um dos maiores críticos dos chamados bens jurídicos coletivos aparentes, Schünemann, propôs contra eles, além do argumento que abaixo veremos, o princípio metodológico da navalha de Ockham. Entia non sunt multiplicanda. Não seria permitido postular um bem jurídico coletivo lá onde “é possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual”³⁸. Dever-se-ia partir da “máxima pragmática” segundo a qual um tipo penal “em caso de dúvida, deve ser entendido como um delito de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos individuais”³⁹. Assim, no caso do estelionato de crédito acima mencionado, bastaria dizer que o bem tutelado é o patrimônio, bem individual; a menção ao bem coletivo da capacidade de funcionamento do sistema de crédito seria desnecessária e portanto errônea.

A objeção apresenta, contudo, um problema. Permanece obscuro quando “é possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual”, noutras palavras, permanece obscuro em que plano o argumento opera, se no ontológico ou no normativo. Se a navalha de Ockham for entendida como uma tese ontológica, que diz respeito àquilo que existe no mundo, ela diria que não se deve supor o mundo povoado de mais objetos (no caso: de mais entidades coletivas)

Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, p. 39; *Grolman*, Ueber die Begründung des Strafrchts und der Strafgesetzgebung, 1799, p. 162 e s.; *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, vol. I, 2ª ed., 1799, p. 33; e também *Wieland*, Geist der peinlichen Gesetze, vol. I, 1783, § 236, para o qual delitos contra o indivíduo eram “injúrias indiretas da sociedade civil”; *W. v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, ed. Reclam, 1967 (escrito em 1792, publicado 1851), Cap. XIII (p. 162); similar *Gros*, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, 2ª ed. 1805, § 366.

35 *Feuerbach*, Hochverrath, p. 10; *idem*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14ª ed. 1847, § 162 nota. 2; ademais *Beccaria*, Delitti, § VIII; *Bergk*, Die Philosophie des peinlichen Rechts, 1802, p. 120; *Globig/Huster*, Abhandlung, p. 168; *Klein*, Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts, 1796, § 506; *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung, vol. II, p. 34; *Stelzer*, Lehrbuch des teutschen Criminalrechts, 1793, § 101; substancialmente também *Wieland*, Geist vol. I, § 258; vol. II, § 343, que ainda fala imprecisamente em crime de lesa-majestade.

36 Referências abaixo §.

37 Similar *Hefendehl*, Rechtsgutstheorie, p. 121, que não parte porém só do argumento da corrupção, mas se refere ademais a delitos contra a administração da justiça e de falsificação de moeda.

38 *Schünemann*, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht, in: Kühne/Miyazawa, p. 15 e ss. (27).

39 *Schünemann*, p. 25 e s.

do que o necessário para fazer sentido dele (e dos tipos penais). Isso é estranho – pois a questão não pode ser a da existência ou não, por ex., do sistema de crédito. Se a tese é entendida como algo normativo, isto é, como a afirmativa de que o bem coletivo é, em certos contextos, irrelevante, então se teria de fornecer critérios de relevância – questão a que logo retornarei (abaixo c).

A intuição por trás desse argumento é, contudo, correta. Recorde-se: o problema dos bens jurídicos coletivos está em que eles solucionam todos os problemas. A opinião dominante argumenta que o tipo do estelionato de crédito tem proteger um bem coletivo, alegando que, doutro modo, não se poderia legitimar a antecipação da tutela por meio de um delito de perigo abstrato⁴⁰. Por trás do argumento de Schönemann está a recusa a uma tal multiplicação de entes feita com o único sentido de dar razão ao legislador. Se isso for possível, terão razão os que recusam a idéia de bem jurídico: estar-se-á privando o conceito de bem jurídico de qualquer função de controle da racionalidade da decisão legislativa de incriminar, reduzindo-o a um artifício ideológico, a um coringa útil para fazer parecer racional qualquer decisão do legislador, por mais arbitrária que ela de fato seja. Daí já se pode derivar algo inquestionavelmente correto: dar razão ao legislador, noutras palavras, justificar um dispositivo penal, não é nunca uma razão suficiente para postular um novo bem jurídico. Um bem jurídico capaz de exercer uma tal função de controle, e que não se esgote numa mera reafirmação circular de que o legislador está sempre certo, tem de ser algo valioso por razões independentes do mero fato de que há uma proibição

em sua defesa. O bem é protegido porque valioso, e não valioso porque protegido.

Pode-se, assim, formular uma primeira conclusão intermediária, sob a forma de uma *regra N^o. 1*, que também poderia ser chamada de *teste da circularidade*: o fato de que um dispositivo penal não seria legítimo sem um bem coletivo não fornece qualquer razão para postular um tal bem.

2. Bens aparentes como mera soma de bens individuais

Alguns autores, como Roxin⁴¹, Schönemann⁴², Hefendehl⁴³, Hörnle⁴⁴ e Anastosopoulou⁴⁵ vêm questionando o próprio status ontológico dos bens sob suspeita, alegando, principalmente, que esses bens não seriam mais do que nomes, do que palavras cujo significado real não é outra coisa que a soma de certos bens individuais. Essa soma não é uma outra entidade, coletiva e diversa das partes individuais que a compõem. Por ex., a saúde pública não seria um bem coletivo, porque inexistiria um corpo coletivo, que possa ser saudável ou enfermo. A saúde pública não passaria de um nome que agrega a soma de todas as saúdes individuais⁴⁶. O mesmo se poderia dizer da capacidade de funcionamento do sistema de crédito: ela é constituída da soma de bens individuais, a saber, dos patrimônios das instituições de crédito⁴⁷.

Também esse argumento se funda em *algo correto*, a saber, na definição de bem jurídico coletivo acima explicitada. Bens jurídicos coletivos são bens indivisíveis, e não bens de um número indeterminado de indivíduos. A afetação de um número indeterminado de

40 Por ex. *Lenckner/Perron*, Schönke-Schröder § 265b nm. 3; *MK-Wohlers* § 265b nm. 2.

41 *Roxin*, Rechtsgüterschutz, p. 143; *idem*, AT § 2 nm. 46 e ss., 75 e ss.; *idem*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Herzog/Neumann (coords.), *Festschrift für Hassemmer*, 2010, S. 561 (568). (trad. para o português de Greco em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).

42 *Schönemann*, Oberschichtsstrafrecht, p. 26, 28; *idem*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch, p. 133 e ss. (149 e ss.) (trad. para o português de Greco em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo.); *idem*, Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat, in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (coords.), *Mediating principles*, 2006, p. 18 e ss. (26).

43 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 82.

44 *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, p. 88.

45 *Anastosopoulou*, Deliktstypen, p. 43 e ss., 237 e ss., 296 e ss.

46 Nesse sentido *Roxin*, AT § 2 nm. 46; ademais *Frisch*, An den Grenzen des Strafrechts, in: Küper/Welp (coords.), *Festschrift für Stree/Wessels*, 1993, p. 69 e ss. (94); *Köhler*, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, in: ZStW 104 (1992), p. 3 e ss. (27 e s.); *Wohlers*, Deliktstypen, p. 191; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 142 e ss.; *Schönemann*, Rechtsgüterschutzprinzip, p. 146 e s.; *Anastosopoulou*, Deliktstypen, p. 270; *NK-Puppe* vor § 13 nm. 189.

47 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 118, 260 e ss.

indivíduos não significa que o bem em questão seja coletivo⁴⁸.

A grande insuficiência desse argumento é a sua roupagem ontologicista. O argumento se propõe, abertamente, a distinguir bens coletivos verdadeiros e falsos. Ele formula assertivas sobre o ser, sobre o que existe de verdade e o que é mera aparência. Ao contrário do que pensam os normativistas,⁴⁹ esse modo de proceder não é problemático per se; mas não se pode desconhecer as limitações a ele inerentes. Em primeiro lugar, o argumento ontológico é bastante pretensioso. Se existe ou não uma saúde “pública”, isto é, se existem dimensões da saúde irredutíveis às saúdes individuais, é, em última análise, uma difícil questão de ontologia social, isto é, da teoria que enumera as entidades existentes no mundo que chamamos de sociedade. Uma descrição individualista ou atomista da sociedade, que considera somente existirem entidades individuais, e nunca agregados, teria mais facilidade em aceitar esse argumento do que uma descrição coletivista ou organicista, que considera os indivíduos meros acidentes daquilo que é essencial, algo como a nação, o Estado, as instituições ou sistemas sociais. A abordagem mais correta e mais condizente com o moderno liberalismo político, é, isso sim, tornar as questões de justificação política e normativa independentes de outros problemas filosófico-gerais, entre os quais estão os de ontologia social⁵⁰.

Essa fraqueza não é meramente teórica, mas faz-se sentir no debate jurídico mais concreto. O deslocamento da discussão para o plano ontológico torna o

crítico vulnerável a réplicas também ontológicas. O argumento perde boa parte da sua força tão logo o defensor do bem coletivo posto sob suspeita deixe de se referir ao número indeterminado de afetados e passe a apontar para algo indivisível, principalmente para uma instituição social. Tome-se, em concreto, o bem saúde pública. O defensor da opinião dominante pode, por um lado, fixar-se na idéia de que existe algo como um corpo coletivo;⁵¹ ele pode, também, valer-se de uma abordagem menos filosófica e alegar que se trata do “interesse do Estado na manutenção de cidadãos saudáveis e de uma ordem social vital”⁵². Ele pode lembrar que há uma diferença entre uma situação em que várias pessoas estão doentes e uma epidemia; que ruas limpas, hospitais eficientes e disponíveis, ar puro, um bom sistema de saneamento, vacinação, todos são elementos que fazem parte disso que ele está chamando de saúde pública. Ele pode apontar para o direito constitucional e administrativo,⁵³ que não têm qualquer problema com a idéia, o que para o defensor do argumento ora examinado é um tanto estranho, porque significa que, a seu ver, ou a inexistência da saúde pública opera efeitos só para o direito penal, sendo difícil entender essa noção de inexistência setorial, ou os outros ramos do direito trabalham com um fantasma, sem o saber. Algo similar se poderia dizer da econômica de créditos. Ao invés de apontar para os investidores e seus interesses, pode o defensor de bem coletivo falar de quão melhor é uma sociedade em que existe o crédito, uma vez que ainda mal teríamos saído das cavernas se novas ideias e empreendimentos sempre dependessem de capital próprio para poderem ser realizados⁵⁴.

48 Cf. *Krüger*, Entmaterialisierungstendenz, p. 120 e s., fazendo referência ao homicídio qualificado por meio que causa perigo comum; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 141.

49 Principalmente *Jakobs*, Strafrecht AT 2ª ed. 1991 p. VII e s.

50 Em especial *Rawls*, Reply to Habermas, in: Political Liberalism, Expanded Edition, 2005, p. 372 e ss. (374 e ss.); *Larmore*, The Moral Basis of Political Liberalism, in: The Autonomy of Morality, 2008, p. 139 e ss. (144 e ss.). Argumentação similar já em *Greco*, Sobre a legitimidade da proibição penal do doping nos esportes profissionais, in *Roxin/Greco*, Doping e Direito Penal, trad. Alaor Leite, 2011 (no prelo).

51 Nesse sentido, ao que parece, a exposição de motivos da lei alemã de tóxicos, Bundestags-Drucksache VI/1877, p. 5.

52 *Beulke/Schröder*, Abgabe von Rauschgift und bewusste Selbstgefährdung, NStZ 1991, p. 392 e ss. (394).

53 Cf. com muitas ulteriores referências *Steiner*, Das BVerfG und die Volksgesundheit, MedR 2003, p. 1 e ss.; *Frenzel*, Die Volksgesundheit in der Grundrechtsdogmatik, DÖV 2007, p. 243 e ss. (cujas críticas se dirigem predominante a aspectos terminológicos).

54 Nesse sentido especialmente *Lampe*, Kreditbetrug, p. 38 e ss., que descreve com cuidado os aspectos supra-individuais do bem protegido pelo § 265b StGB, considerando-os impassíveis de ser lesionados; *Botke*, wistra 1991, p. 7, que resolve o problema da possibilidade de lesionar com a idéia de cumulação. Essa estrutura argumentativa, isso é, a menção de dimensões não-distributivas e por isso indiscutivelmente coletivas do bem protegido, aparece principalmente em *Tiedemann*, também no que se refere ao direito penal econômico em geral: Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung, in *Tiedemann* (coord.), Die Verbrechen in der Wirtschaft, 2ª. ed., 1972, p. 9 e ss. (10 e ss.); *idem*, Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, in *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, 1972, C 19 e ss.; *idem*, Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht, JuS 1989, 689 e ss. (691); *idem*, Wirtschaftsstrafrecht, 1999, p. XII; *idem*, Wirtschaftsrecht AT 3ª. ed. 2010, nm. 45.

Ainda assim, pode-se formular uma segunda conclusão intermediária, sob a forma de uma *regra N° 2*, que poderíamos batizar de *teste da divisibilidade*: *O fato de que um número indeterminado de indivíduos tem interesse em um bem não é uma razão para postular um bem coletivo*.

3. Falta de um objeto “por trás” da norma de conduta (Amelung)

Para Amelung, o caráter liberalizante da teoria do bem jurídico, mesmo enquanto conceito meramente dogmático, está em que ela serve de baluarte contra o moralista e déspota no direito penal. Tanto o moralista quanto o déspota seriam aqueles que entendem que uma norma se justifica por ela mesma, sem necessidade de um objeto “por trás” dela, passível de afetação negativa em caso de desobediência⁵⁵. Muitos dos bens que Amelung considera aparentes se refeririam, porém, a fenômenos que não se encontram “por trás” das correspondentes normas de conduta, mas não seriam mais do que uma redescritção de uma sociedade em que há uma obediência generalizada a estas normas⁵⁶. Por ex., a segurança pública não seria um bem afetado em decorrência de comportamentos delituosos, mas a própria situação de não-cometimento de comportamentos delituosos⁵⁷. O mesmo se poderia dizer quando alguém considera que um sentimento⁵⁸ ou a confiança em algo⁵⁹ é o objeto tutelado por um tipo penal.

Há uma *insuficiência* no argumento: ele é meramente conceitual, de modo que ele convida a uma réplica que se mova igualmente nesse plano conceitual. O argumento é conceitual, porque ele identifica a segurança, a confiança e certos sentimentos com o respeito à norma. A isso se pode, contudo, replicar que não se está falando do próprio respeito à norma, mas sim de algumas de suas conseqüências fáticas positivas: no caso da segurança, por ex., o fato de que se possa passear na rua também à noite, de que ninguém

precise se preocupar se os filhos demoram para chegar em casa etc. Se Amelung quer reservar o termo segurança para designar o próprio atendimento à norma, o crítico pode ceder e falar não mais em segurança, e sim em segurança₂, e com ela designar essas conseqüências fáticas positivas. O argumento de Amelung não impede que o defensor do bem coletivo diga que o que lhe importa é a segurança₂, um bem coletivo – porque pertencente a todos os indivíduos de modo não-distributivo – e que, de fato, não se confunde com o atendimento à norma de conduta.

As considerações de Amelung partem, contudo, de uma *intuição correta*, que cumpre agora explicitar. Como no nosso argumento da corrupção, o mais recomendável será partir de algo seguro. Aqui dispomos da inquestionável proposição de que o tipo penal do furto tutela um bem jurídico individual (*argumento do furto*)⁶⁰. A intuição por trás do argumento de Amelung é a de que a menção de conseqüências que se situam no mesmo plano que as compõem a segurança₂, de que se falou acima leva, em última análise, a que todo tipo penal seja entendido como protetor de bens coletivos. Até no tipo penal do furto, por trás do bem jurídico lesionado por uma dada violação da norma, a saber, a propriedade sobre a coisa concreta, é possível encontrar a instituição social da propriedade (e, evidentemente, também a segurança₂), que, como instituição, é algo indivisível e portanto coletivo. Ou seja, não se trata de que os bens jurídicos criticados inexistem (o que é, novamente, uma questão de ontologia social), mas apenas de que a sua afetação *não apresenta qualquer conteúdo de desvalor adicional* ao da afetação do bem individual.

Pode-se perguntar por quê. Parece que, no direito penal, os bens jurídicos coletivos se manifestam de duas maneiras. O primeiro grupo, ao qual pertencem os bens jurídicos dos delitos de corrupção e também os dos delitos contra a administração da justiça, de falsificação de moeda, de proteção do Estado e

55 Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch, S. 155 ff. (171 ff.) (trad. para o português de Greco em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).

56 Amelung, Begriff des Rechtsguts, p. 169 e ss.

57 Amelung, Begriff des Rechtsguts, p. 172 e s.

58 Amelung, Begriff des Rechtsguts, p. 171 e s.

59 Amelung, Begriff des Rechtsguts, p. 172.

60 Pouco importando se esse bem é a propriedade (nesse sentido, por ex., Eser/Bosch in: Schönke/Schröder StGB § 242 nm. 1/2) ou a propriedade e a guarda (nesse sentido, por ex., Lackner/Kühl StGB § 242 nm. 1). Por considerações de estilo falarei apenas na propriedade, mas o argumento que desenvolvo não sofreria qualquer alteração de conteúdo se se mudasse o ponto de referência para esses dois bens.

contra o meio ambiente, se manifesta, por assim dizer, de modo *direto*. A agressão a esses bens só pode ser imaginada como uma agressão direta, a afetação colateral de um ulterior bem individual pelo mesmo comportamento proibido é algo meramente contingente. Um falso testemunho pode ter por consequência uma lesão à liberdade individual ou ao patrimônio de uma das partes no processo, mas isso não tem necessariamente de ocorrer.

Os bens coletivos do segundo grupo, por sua vez, não se manifestam jamais de maneira direta, mas sempre *mediados* por outro bem jurídico mais preciso, (em regra) individual. A agressão a esses bens, contrariamente ao que ocorre no primeiro grupo, só pode ser imaginada como agressão indireta, porque seu objeto mediato é sempre o bem individual mais concreto. A afetação do bem coletivo se esgota num reflexo dessa afetação ao bem individual. Tal é o caso em bens como a propriedade enquanto instituição social, na saúde pública e também na segurança em suas várias formas. Esses bens parecem não poder ser diretamente atacados de modo penalmente relevante. A agressão penalizável à instituição da propriedade ou à segurança do trânsito tem sempre que simultaneamente dirigir-se a bens dos indivíduos. A agressão isolada e direta ao bem coletivo sequer parece concebível como injusto penal. Uma agressão direta, não-mediata, à instituição da propriedade foi por exemplo a consolidação da chamada função social da propriedade nas constituições modernas,⁶¹ a saúde pública seria atacada diretamente se se fecham hospitais, a segurança do trânsito se se suspender o controle eletrônico de velocidade nas estradas. Nenhum desses comportamentos, porém, pode constituir um ilícito penal. É justamente o fato de que a agressão direta (não mediada por um bem individual) a esses bens coletivos sequer é imaginável como algo punível, que prova que esses bens não têm qualquer relevância para o direito penal e que, portanto, eles não podem fundamentar qualquer dispositivo. Ao contrário do que diz a teoria dos bens jurídicos aparentes, o problema desses bens não é que eles inexistem, e sim que *eles, mesmo se existentes, carecem de específica*

relevância para o direito penal. Pode-se encontrar por trás de todo bem jurídico individual um similar bem coletivo, o que prova que a afetação desse bem coletivo não é algo de conteúdo de desvalor autônomo em face da afetação do bem individual correspondente. E a vantagem da abordagem aqui proposta em comparação com as teses dos bens jurídicos aparentes de que estamos cuidando e acabamos de cuidar é que ela se move no plano normativo, e não mais no plano semântico ou ontológico. Réplicas semânticas ou ontológicas perdem, assim, sua força.

E com isso se pode formular uma *regra N° 3*, que se pode chamar de *teste da não-especificidade*: *não é permitido postular um bem coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal, se a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual*.

VI. APLICAÇÃO DAS TRÊS REGRAS A CERTOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

É evidente que as três regras propostas – o teste da circularidade, o teste da distributividade e o teste da não-especificidade – têm caráter apenas negativo, isto é, que eles fixam condições necessárias, mas não suficientes para a postulação de um bem coletivo. Eles precisam ser complementadas por um argumento positivo, que fundamente porque o objeto que se quer proteger tem valor. Deixarei em aberto se é possível formular regras gerais a esse respeito. Por ora interessa aplicar os critérios propostos aos quatro tipos penais inicialmente mencionados:⁶²

O *estelionato de crédito* (§ 265b StGB) não protege qualquer bem jurídico coletivo, e sim o *patrimônio de quem faz o empréstimo*.⁶³ Os perigos para o patrimônio de quem faz o empréstimo, para o patrimônio de seus credores e para o patrimônio dos credores de quem toma o empréstimo, apesar de mencionados a exposição de motivos,⁶⁴ não passam no teste da divisibilidade. A referência a dimensões da economia de créditos que passam nesse teste é reprovada, por sua vez, no teste da não-especificidade, uma vez que é impossível atacar diretamente a economia de créditos

61 O que, observe-se, é uma observação e não uma crítica.

62 Deve estar claro que os bens dos tipos do primeiro grupo acima, item 5., mencionado superam os três testes, o que não precisa ser explicitamente demonstrado. Tenho dúvidas quanto ao caráter coletivo dos bens tutelados pelos tipos de falsidade documental e dos delitos contra a concorrência, uma vez que, ao menos à primeira vista, esses bens não parecem superar o teste da não-especificidade mas essa questão teria de ser objeto de reflexão mais detida.

63 No mesmo sentido *Heinz*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht 2^a. ed. 2008 T3 § 265b nm. 2; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, p. 262 e s.

64 Bundestag-Drucksache 7/5291, p. 14.

de modo jurídico-penalmente relevante sem ao menos criar perigo abstrato para o patrimônio de pessoas individuais.

Tampouco a saúde pública, dos delitos de tóxico do direito alemão e brasileiro, passa no teste da não-especificidade. A afirmação de que, sem a saúde pública, ter-se-ia um paternalismo injustificável, é excluída pelo teste da circularidade. E as dimensões do bem que superam o teste da divisibilidade não superam o teste final, uma vez que elas jamais são diretamente atacáveis, mas apenas em conjunto pelo menos com um perigo abstrato para bens individuais.

E a incolumidade pública, suposto bem jurídico da lei de armas de fogo (Lei 10.826/2003) e de seu mencionado art. 15, tampouco é passível de um ataque

direto e isolado, que não consubstancie pelo menos um perigo abstrato para os bens individuais vida, integridade física ou propriedade. O fato de esses bens pertencerem a todos os indivíduos não transforma esses bens em coletivos, porque não está superado o teste da divisibilidade.

Ter-se-á de reservar a outra oportunidade a aplicação dos testes aqui propostos a outros dos bens jurídicos coletivos comumente postulados. Na presente sede, limito-me a exteriorizar minhas dúvidas quanto a se os delitos de falsidade documental⁶⁵ e os delitos contra a concorrência (por ex., os §§ 16 e ss. da lei alemã contra a concorrência desleal, UWG)⁶⁶ realmente se fundam na proteção de um bem coletivo. Ao menos à primeira vista me parece que os postulados bens coletivos não passam no teste da especificidade.

65 Em favor de um bem coletivo “de confiança”, apesar de dúvidas iniciais, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 244 e ss.

66 Defendendo que se trata de proteção do bem individual patrimônio Lüderssen, *Ein Prokrustes Bett für ungleiche Zwillinge*, BB 51 (1996), p. 2525 e ss. (2527 e ss.); Stächel, *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*, 1998, p. 309 e s.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/2 9. ed. 2005, § 68/2.

