

## **A falibilidade da saúde pública sob a égide de um conceito restritivo de bem jurídico coletivo**

*Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda*

**Como citar este artigo:** MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araújo. A falibilidade da saúde pública sob a égide de um conceito restritivo de bem jurídico coletivo. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 37-68, 2020. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2020v6p37-68](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v6p37-68).



# A FALIBILIDADE DA SAÚDE PÚBLICA SOB A ÉGIDE DE UM CONCEITO RESTRITIVO DE BEM JURÍDICO COLETIVO

*PUBLIC HEALTH FALLIBILITY UNDER A RESTRICTIVE CONCEPT  
AEGIS OF COLLECTIVE LEGAL INTEREST*

Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda  
*Mestre em Direito Penal na Pontifícia Universidade  
Católica de Minas Gerais.*

**Data de recebimento:** 14/09/2020

**Data de aceite:** 16/10/2020

**Última versão do autor em:** 23/11/2020

**Área:** Direito Penal

## **Resumo:**

O presente artigo tem por objetivo analisar a falibilidade da “saúde pública”, eleita como o bem a ser protegido pelas normas penais contidas no título VIII, capítulo III do Código Penal e na Lei n.º. 11.343/06, diante de um conceito restritivo e garantista de bem jurídico coletivo. A metodologia utilizada foi a bibliográfica, constituída por livros e artigos científicos, e a pesquisa documental, por meio de análise de relatórios de pesquisas. Pretende-se restringir o conceito de bem jurídico supraindividual, adotando a teoria personalista de Hassemer, acrescida por requisitos objetivos formulados por Hefendehl, que visam a limitar a arbitrariedade do legislador penal na criação de novos tipos penais sob a orientação de proteção de falsos bens jurídicos coletivos. Os requisitos adicionais utilizados são: a não exclusividade do uso, não rivalidade do consumo e não distributividade conceitual, fática ou jurídica. Por fim, acredita-se que, aplicando um conceito crítico de bem jurídico, é possível chegar à conclusão de que apenas a saúde individualmente verificada constitui um bem jurídico legítimo, sendo, portanto, a “saúde pública” um falso bem jurídico coletivo.

**Palavras-Chave:**

Bem Jurídico; Monista-pessoal; Garantia; Falsos Bens Jurídicos.

**Abstract:**

The purpose of this article is to analyze the fallibility of “public health”, elected as the legal interest to be protected by the criminal rules contained in Title VIII, Chapter III of the Penal Code and in Law no. 11.343 / 06, in view of a restrictive and guarantor concept of collective legal interest. The methodology used was bibliographic, consisting of books and scientific articles, and documentary research, through analysis of research reports. It is intended, through this, to restrict the concept of supra-individual legal interest, adopting Hassemer’s personalist theory, added by objective requirements formulated by Hefendehl, which aims to limit the arbitrariness of the criminal legislator in the creation of new criminal types under the guidance of protection of false collective legal assets. The additional requirements used are: non-exclusive use, non-rivalry of consumption and conceptual, factual or legal non-distributivity. Finally, it is believed that, by applying a critical concept of legal interest, it is possible to reach the conclusion that only individually verified health constitutes a legitimate legal interest, therefore, Public Health is a false collective legal interest.

**Keywords:**

Legal interest; Personal-monist; Guarantee; False legal interests.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O conceito de saúde pública; 3. A teoria monista-pessoal do bem jurídico; 4. Critérios adicionais de limitação e os falsos bens jurídicos coletivos; 5. A saúde pública como um falso bem jurídico coletivo; 6. Conclusão.

**1. Introdução**

A questão que atualmente mais suscita controvérsias sobre a temática do bem jurídico diz respeito aos bens coletivos e sua utilidade dentro da teoria do delito. Os bens jurídicos supraindividuais surgiram como uma consequência da expansão do direito penal que se consolidou a partir do século XX, por meio da instalação da sociedade de risco.

Segundo Ulrich Beck, até meados do século passado, a sociedade pós-industrial era marcada pela “*cientificização primária*”, ou seja, pela aplicação da razão científica sobre a natureza, a fim de transformar os

seus recursos naturais para benefício do homem. À época, a lógica da produção de riquezas se sobrepunha à lógica da produção de riscos<sup>1</sup>.

Posteriormente, com o advento da modernização tardia e o surgimento de novos riscos, a ciência passou a refletir sobre seus próprios fundamentos, fenômeno esse denominado por Beck de “*cientificização reflexiva* ou *secundária*”. Nesse contexto, a lógica da produção de riscos passou a sobrepor a de riquezas<sup>2</sup>. Por conta dessa reflexão, começou-se a notar que o desenvolvimento das forças produtivas trazia consigo também forças destrutivas. Assim, além de se distribuir riquezas, percebeu-se que havia também uma distribuição de riscos<sup>3</sup>.

Para Beck, “o risco, assim como os bens de consumo e a riqueza também podem ser distribuídos, a diferença é que as riquezas são coibidas, os riscos, por outro lado, são “um subproduto modernizacional de uma abundância a ser evitada” (BECK, 2011, pág.32).

É importante destacar, aqui, que reconhecer a existência de riscos na sociedade moderna não significa dizer que esses só passaram a existir ou serem notados após a modernização. O ponto principal é que os riscos da sociedade atual diferem das sociedades que antecederam a revolução industrial por serem globais<sup>4</sup>. Em outras palavras, eles sempre existiram, mas hoje, ou melhor, desde a modernização e a expansão industrial, tornaram-se maiores e potencialmente mais destrutivos.

Nesse sentido, à medida que foram surgindo os novos riscos da sociedade moderna e foi, conseqüentemente, crescendo a sensibilidade pública para com eles, demandando uma política mitigadora<sup>5</sup> e a tutela pelo Estado de novos interesses<sup>6</sup>, o direito penal se viu impelido a modificar-se. Com isso, foram criados diversos tipos direcionados à proteção não só de interesses individuais, como de toda uma coletividade, ampliando-se, assim, o rol dos bens jurídicos supraindividuais.

Dentro desse contexto de proteção da coletividade, insere-se a questão do bem jurídico “saúde pública”. Com a edição do código de

<sup>1</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade - Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 24

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>5</sup> SANCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Atual y ampl, Madrid: Civitas, 2001, p. 40.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 25.

1890, o Brasil passou a regulamentar os crimes contra a saúde pública, previsão que encontrou guarida no capítulo III da Parte Especial (Dos crimes contra a Tranquilidade Pública)<sup>7</sup>. A partir de então, ela também se tornou o bem jurídico tutelado pelas tipificações referentes ao consumo e à venda de substâncias psicotrópicas. Entretanto, sua definição sempre foi um tema bastante nebuloso<sup>8</sup> e pouco explorado.

Não é incomum que o leitor, ao estudar nas doutrinas tradicionais os tipos penais que, em tese, tutelam a saúde pública, depare-se, nas análises destes, apenas com a informação de que tal bem é aquele protegido pela norma, sem qualquer aprofundamento em seu conceito ou mesmo no motivo de sua escolha<sup>9</sup>. Essa ausência conceitual é até certo ponto justificada, haja vista que o próprio legislador nunca se preocupou em efetivamente defini-lo.

Seja por falta de técnica legislativa ou por desinteresse, a justificativa para a eleição da saúde pública como bem jurídico não se encontra na exposição de motivos do Código Penal ou mesmo da Lei n.º. 11.343/06.

Por esse motivo, pretende-se, no segundo capítulo deste artigo, trazer a definição de saúde pública sob três perspectivas diferentes: a primeira de natureza médica; a segunda, jurídica; e a terceira, gramatical. Com isso, tornar-se-á possível analisá-la e confrontá-la de forma ampla com o conceito de bem jurídico de Hassemer, descrito e definido no capítulo de número 03 (três) e os critérios de limitação e identificação de falsos bens coletivos de Roland Hefendehl, trabalhados no item de número 04 (quatro).

Essas teorias foram adotadas para delimitar a amplitude conceitual do bem jurídico, subordinando-o, inicialmente, ao indivíduo e, posteriormente, a três condições, quais sejam: a não exclusividade do uso, não rivalidade do consumo e não distributividade conceitual, fática ou jurídica.

---

<sup>7</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

<sup>8</sup> “Apesar de que a opinião dominante atribua importância central ao bem jurídico, tanto como diretriz interpretativa, quanto como parâmetro de crítica à lei penal, a idéia de bem jurídico permanece completamente obscura”. (STRATENWERTH, Günter. Sobre o Conceito de Bem Jurídico. *In*: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**. / Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 130).

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. – 11. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321-323.

Aplicando-se os referidos requisitos, conjugados com a ideia de que o bem jurídico deve ter um substrato real, que seja verificável e suscetível de gozo pela pessoa humana e que tenha por base valores e princípios acolhidos pela Constituição, é que será possível estabelecer um conceito restritivo e garantista, capaz de afastar os falsos bens jurídicos, ou seja, aqueles interesses protegidos pelo Estado que não visam à satisfação do indivíduo como cidadão. Dessa forma, a definição do bem jurídico tornar-se-á um limitador do legislador na elaboração da norma incriminadora<sup>10</sup>.

Por fim, no último capítulo, com base nessa definição, pretende-se demonstrar que a Saúde Pública é um falso bem jurídico coletivo, criado por um Estado paternalista e sanitarista, de cunho quase que exclusivamente moral, para legitimar intervenções ilegítimas no âmbito da esfera privada do cidadão, como ocorre nos casos dos crimes previstos na Lei de Drogas.

## 2. O conceito de saúde pública

Antes de falarmos sobre o suposto bem jurídico “saúde pública” e sua legitimidade no direito penal, é necessário conceituá-lo. Como se viu, ao tipificar algumas condutas no Código Penal e na Lei n.º. 11.343/06, o legislador brasileiro não se preocupou em definir o que se estava a defender.

De igual forma, a doutrina brasileira, em geral, também não se preocupou em elaborar uma definição para esse suposto bem jurídico. É comum encontrar nos manuais e artigos que versam sobre a parte especial do Código Penal e a própria Lei n.º. 11.343/06, apenas a menção à saúde pública como o bem protegido pelos referidos diplomas legais, sem adentrar no mérito de seu conceito.

Talvez esse desinteresse doutrinário e legislativo tenha se dado por *não se tratar de um conceito eminentemente jurídico*. Entretanto, mesmo que não seja jurídico, é importante que fique claro aos operadores do

---

<sup>10</sup> “O bem jurídico cumpre duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir: a) uma função *garantidora*, que emerge do princípio republicano; b) uma função *teleológico-sistemática*, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Ambas as funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano (art. 1.º da CF)”. (ZAFFARONI, Eugênio. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 406).

direito e aos próprios cidadãos, o que significa o bem cuja proteção lhe impõe uma restrição de comportamento, principalmente no que toca ao uso e venda de drogas.

Atuando nesse sentido, Orlando Zaccone, em suas pesquisas, encontrou duas definições de saúde pública, uma localizada no Dicionário da Real Academia Espanhola e outra no dicionário de direito penal do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Vicente Cernicchiaro, veja:

Resulta que os delitos de tráfico e uso indevido de entorpecentes e drogas afins têm a saúde pública como objeto jurídico principal (imediate), entendida como “o estado em que o organismo exerce normalmente todas as suas funções.”<sup>11</sup>

Interesse do Estado de preservação e normal funcionamento do organismo dos membros da sociedade.<sup>12</sup>

A primeira definição parece se ater apenas ao conceito de saúde pessoal, ao passo que só se refere ao organismo e suas funções. Por outro lado, analisando o segundo conceito, percebe-se que o autor já buscou definir a saúde pública dentro de uma concepção de bem jurídico, uma vez que ele inicia a definição falando em interesse do Estado, mas, no que tange ao termo “saúde pública” em si, essa concepção ainda se mostra muito simplista.

Outra definição que merece destaque, porquanto elaborada por um jurista, é de Renato de Mello Jorge Silveira. Para o autor, a saúde pública pode ser definida como um “conjunto de condições que garantam a saúde de uma pluralidade de indivíduos”<sup>13</sup>. Essa definição já se mostra um pouco mais completa, mas também apresenta suas falhas, conforme será demonstrado posteriormente.

Como existem poucos conceitos de “saúde pública” elaboradas no campo do direito, recorrer a outras áreas do conhecimento é preciso, até mesmo para se dar maior precisão ao conceito desse “bem”. Para isso, pesquisas no campo das ciências médicas podem ser de grande valia para a construção desse conceito.

<sup>11</sup> JESUS Apud D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 36.

<sup>12</sup> CERNICCHIARO apud D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 36.

<sup>13</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

Nesse sentido, cita-se a definição elaborada pela Doutora Dina Czeresnia, graduada em Medicina pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutora em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz:

A saúde pública/saúde coletiva é definida genericamente como o campo do conhecimento e de práticas organizadas institucionalmente e orientadas à promoção da saúde das populações. O conhecimento e a institucionalização das práticas em saúde pública configuram-se articulados à medicina<sup>14</sup>.

Para a autora, a saúde pública seria um conjunto de práticas e conhecimentos institucionalizados, intimamente relacionados à medicina, que objetivam a promoção da saúde da população. Essas práticas institucionalizadas circunscrever-se-iam a partir do conceito objetivo não da saúde, mas do que se entende por doença<sup>15</sup>.

Assim, “o conceito de doença constitui-se mediante uma redução do corpo humano, pensado a partir de constantes morfológicas e funcionais, as quais se definem por intermédio de ciências como a anatomia e a fisiologia”<sup>16</sup>.

Já a saúde seria “um produto de um amplo espectro de fatores relacionados com a qualidade de vida, incluindo um padrão adequado de alimentação e nutrição, de habitação e saneamento, boas condições de trabalho, oportunidade de educação ao longo de toda a vida, ambiente físico limpo”<sup>17</sup> etc. Vê-se, por essa definição, que a saúde não é una, ela se decompõe em vários fatores e condições da vida humana<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> CZERESNIA, Dina. **Promoção da saúde**: conceitos, reflexões, tendências. 2 ed. Ver e ampl. / Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. – Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2009, p. 44.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>17</sup> BUSS, Paulo Marchiori. Uma introdução ao conceito de promoção da saúde. *In*: CZERESNIA, Dina. **Promoção da saúde**: conceitos, reflexões, tendências. 2 ed. Ver e ampl. / Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. – Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2009, p. 23.

<sup>18</sup> “O que se quer apontar é que não existe uma unidade do conceito de saúde, mas formas que o conceito vai assumindo de acordo com os campos que o atravessam. Saúde pode estar ligada às políticas públicas e objetivada como uma questão plural, biopsicossocial, mas também pode estar relacionada ao culto do corpo”. (MEDEIROS, Patrícia Flores; BERNADES, Anita Guazzelli; GUARESCHI, NEUZA. **O Conceito de Saúde e suas Implicações nas Práticas Psicológicas**. Psicologia: Teoria e Pesquisa, Set-Dez 2005, Vol. 21 n. 3, pp. 263-269, p. 264).



Coadunando com o conceito acima formulado estão Maria Thereza Ávila Dantas Coelho e Naomar de Almeida Filho:

Não se trata de saúde como direito conquistado através de ações institucionais organizadas e externalizadas; nem saúde como um bem disponibilizado e adquirido por meio de processos mercantis ou políticos; nem saúde como valor humanístico decorrente de atos volitivos solidários. Trata-se de construir a positividade do conceito de saúde como tudo isso, verdadeiro integral multinível de norma, valor, direito, bem, função, processo, estado, considerando-se os planos de emergência coletivo e individual, dialeticamente incorporando-se também a negatividade da doença, enfermidade, patologia nos níveis primário, secundário e terciário<sup>19</sup>.

Cumpre salientar ainda que, apesar de se tratar de conceitos diferentes, a saúde e a doença são indissociáveis, senão veja:

Entender que pelos termos saúde e doença estamos nos referindo a construções linguísticas oriundas de esferas diversas de racionalidade em um mesmo campo da experiência humana nos ajuda, de volta, a compreender a afirmação de que esses termos tratam de coisas diferentes e ao mesmo tempo indissociáveis<sup>20</sup>.

Dessa forma, para se entender o que é saúde, também é necessário saber o que é doença e a definição de ambas comporiam o âmbito de atuação das práticas e conhecimentos institucionalizados.

Para Dina Czeresnia, seriam as práticas e conhecimentos institucionalizados que visam à manutenção da saúde da população, entendendo como saúde o produto de um amplo espectro de condições que compõem uma vida afastada de doenças.

Outro conceito interessante de saúde pública é do autor Milton Terris, citado por Jairnilson S. Paim e Naomar de Almeida Filho, veja:

Terris (1992) atualiza a clássica definição de saúde pública elaborada por Winslow, na década de vinte, nos seguintes termos: “a arte e a ciência de prevenir a doença e a incapacidade,

---

<sup>19</sup> COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; FILHO, Naomar de Almeida. **Conceitos de saúde em discursos contemporâneos de referência científica.** História, Ciências, Saúde - Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(2):315-33, maio-ago, 2002, p. 330.

<sup>20</sup> AYRES, **Uma concepção hermenêutica de saúde.** PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1): 43-62, 2007, p. 50.

prolongar a vida e promover a saúde física e mental mediante os esforços organizados da comunidade”<sup>21</sup>.

Aqui, temos um conceito que se assemelha um pouco ao anterior na medida em que define saúde pública como algo derivado do conhecimento médico. Enquanto para Dina Czeresnia a saúde pública envolveria conhecimentos e práticas institucionalizadas, para Terris, a saúde pública constitui a ciência de prevenção de doenças e promoção da saúde mediante esforços comunitários. Esse conceito está baseado em um discurso médico preventista estadunidense da década de 60, que visava a instaurar centros comunitários de saúde em regiões carentes<sup>22</sup>.

Ainda sobre o tema, cumpre ressaltar o conceito de saúde pública formulado por Edmundo Granda. Segundo o autor, até o início do século XX, a saúde pública era entendida como uma “enfermologia social”, capaz de tratar e prevenir a enfermidade coletiva, compreendida como uma somatória de enfermidades individuais:

Frente ao êxito da medicina clínica sobre a enfermidade individual, também se considerou, no princípio do século XX, que era possível construir uma “enfermologia social” chamada saúde pública, supostamente capaz de dar conta da enfermidade coletiva ou pública, como somatória de enfermidades pessoais ou particulares. A saúde pública não devia encarregar-se do tratamento do corpo enfermo que correspondia à medicina clínica, mas ele assumiria as causas que se encontram por fora da “máquina corporal”. Nessa medida, a saúde pública poderia sair do corpo humano e encontrar nos animais, plantas, coisas e relações entre indivíduos as causas da enfermidade. A saúde pública ocupa, então, um espaço distinto do que ocupa e domina a clínica<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> TERRIS apud PAIM, Jairnilson; FILHO, Naomar de Almeida. **Saúde coletiva:** uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? Rev. Saúde Pública, 32 (4): 299-316, 1998, p. 301.

<sup>22</sup> “No campo da saúde, organiza-se então o movimento da saúde comunitária, também conhecido como medicina comunitária, baseado na implantação de centros comunitários de saúde, em geral administrados por organizações não lucrativas, porém subsidiados pelo governo federal, destinados a efetuar ações preventivas e prestar cuidados básicos de saúde à população residente em áreas geograficamente delimitadas”. (PAIM, Jairnilson; FILHO, Naomar de Almeida. **Saúde coletiva:** uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? Rev. Saúde Pública, 32 (4): 299-316, 1998, p. 304).

<sup>23</sup> No original: “Ante el “éxito” de la medicina clínica sobre la enfermedad individual, también se consideró, a principios del siglo XX, que era posible construir una “enfermo-

Assim, a saúde pública atuaria preventivamente por meio do Estado para prever e evitar doenças patológicas advindas da natureza. A atuação, portanto, seria preventiva, ao passo que os cuidados médicos diretos já caracterizariam a medicina clínica<sup>24</sup>:

A saúde pública os coloca na tecnologia positivista administrada pelo Estado. Assim como a medicina transforma o médico no mago que explica a doença e, ao mesmo tempo, a cura, também a saúde pública transforma o Estado no mago que explica o risco e o impede<sup>25</sup>.

Esse conceito de saúde pública, segundo o autor, já estaria ultrapassado, haja vista que, no mundo moderno, os laços de solidariedade estariam desaparecendo, a desigualdade social estaria aumentando e o Estado estaria perdendo parte de seu poder soberano para as “forças supra e subnacionais”<sup>26</sup>. Dessa forma, o Estado teria deixado de ser um

---

logía social” llamada salud pública, supuestamente capaz de dar cuenta de la enfermedad colectiva o pública, como sumatoria de enfermedades personales o particulares. La salud pública no debía encargarse del tratamiento del cuerpo enfermo que correspondía a la medicina clínica, sino que se responsabilizaría de las “causas” que se encuentran por “fuera” de la “maquina corporal”. En esa medida, la salud pública podría “salirse” del cuerpo humano y encontrar en los animales, plantas, cosas y relaciones entre individuos las causas de las enfermedades. La salud pública ocupa, entonces, un espacio distinto del que ocupa y domina la clínica”. (GRANDA, Edmundo. La salud pública y las metáforas sobre la vida. **Revista Facultad Nacional de Salud Pública** [en línea] 2000, p. 02).

<sup>24</sup> “En resumen, la salud pública se ubica por “fuera” y en un antes de que la sumatoria de “máquinas corporales” enfermen. Ubicada la “enfermología pública” en el espacio y el tiempo del riesgo, entonces ella cumpliría su práctica fundamental, cual es prevenir las acciones de posibles entes patógenos, ya que cuando éstos “anidan” en el cuerpo de la persona y la enferman, ese espacio será ocupado por el médico. Ahora bien, la medicina clínica tiene como fin fundamental curar, y en esa medida acepta, al constituirse como disciplina científica, centrar su preocupación en la enfermedad y la muerte”. (Ibidem, p. 02-03)

<sup>25</sup> “La salud pública los ubica en la tecnología positivista manejada por el Estado. Al igual que la medicina transforma al médico en el mago que explica la enfermedad y que al mismo tiempo la cura, así también la salud pública transforma al Estado en el mago que explica el riesgo y lo previene. (Idem, p. 03).

<sup>26</sup> “Desaparecen los espacios e instituciones que históricamente se responsabilizan de la enfermedad pública y también se rompen los lazos de solidaridad necesarios para generar ámbitos de defensa de la vida y la salud. El capitalismo informatizado no sólo está generando desocupación sino que también está produciendo inmensos bolsones de exclusión social e indigencia que, como Castells afirma, constituyen verdaderos “agujeros negros” completamente innecesarios dentro de la red de producción y competencia. (Ibidem, p. 13.)

representante da nação para se tornar um “intermediador estratégico entre o capital globalizado, as instituições internacionais e os poderes regionais e locais descentralizados”<sup>27</sup>.

Em face dessas mudanças conjunturais, o conceito de saúde pública passaria a ser, para Granda, “uma prática social, multidisciplinar, uma ação social”<sup>28</sup>. O Estado, nessa lógica, não deixa de ter obrigações com a saúde da população, mas ele passa a depender da aceitação das macroforças supranacionais e subnacionais para atuar:

Diante dessa realidade, penso que é mais apropriado pensar que a saúde pública pode ser transformada em uma prática social / multidisciplinar / poder potencial em fluxo, onde o Estado é um nó a mais e muito importante. Por isso, não queremos dizer que o Estado tenha deixado de ter obrigações para a saúde da população, mas que, diante da perda de seu poder e soberania, o cumprimento de seus deveres depende da aceitação das forças supra e subnacionais<sup>29</sup>.

É por isso que Gandra entende que a saúde pública deve ser uma prática social, pois, com o esvaziamento desse poder soberano do Estado e a diminuição de sua atuação na saúde, um espaço seria aberto para uma atuação dos movimentos sociais de saúde. Sobre o tema, veja:

Nesta era do capitalismo informatizado, precisamos ouvir mais cuidadosamente as vozes dos movimentos sociais para reconstruir nossa saúde pública com maior relevância; ao fazê-lo, poderíamos formar uma resposta um tanto diferente à que estávamos acostumados a olhar e talvez um pouco mais

---

<sup>27</sup> “El Estado entra en una profunda crisis; su autoridad y legitimidad se cuestionan y se debilita su carácter soberano. El Estado deja de ser el representante de la nación para transformarse más bien en un intermediador estratégico entre el capital globalizado, las instituciones internacionales y multilaterales y los poderes regionales y locales descentralizados”. (Ibidem, p.14).

<sup>28</sup> No original: “La salud pública es una práctica social / multidisciplinar / acción estatal.” (Ibidem, p.14).

<sup>29</sup> No original: “Ante esa realidad considero que es más adecuado pensar que la Salud pública pueda transformarse en una práctica social / multidisciplinar / potencial poder en el flujo, donde el Estado es un nodo más y muy importante. Con esto no queremos decir que el Estado ha dejado de tener obligaciones sobre la salud de la población, sino que ante la pérdida de su poder y soberanía, el cumplimiento de sus deberes depende de la aceptación de las fuerzas supra y subnacionales” (Ibidem, p. 14)

perto da metáfora do “poder da vida” que falamos no início deste trabalho. Esta saúde pública surgiria desde o local, se originaria do mundo do presente, respeitaria o temporal, tentaria compreender o complexo, não descartaria os diversos, daria um grande valor ao autopoietico, reconheceria várias racionalidades, incluindo o científico (metáfora de “poder do conhecimento”); teria um forte eixo ético, que apoiaria o fortalecimento dos movimentos sociais com os quais, por sua vez, poderia pressionar mais fortemente o Estado intermediador estratégico e enfrentar as pressões das potências supra e subnacionais (metáfora do “bom poder socialista”), para viver um mundo mais humano e não necessariamente para assumir o poder (novamente metáfora do “poder da vida”). Quem sabe se o que se passa acima aconteceu há muito tempo, mas agora essas experiências adotaram nomes marcantes e “sérios”, como “municípios saudáveis”, “frentes para a saúde e a vida”, “conselhos locais de saúde” para “organizações pela saúde e natureza”, etc., que atualmente constituem “tribos” que defendem sua saúde e que em muitas ocasiões já convocaram e se juntaram a outros atores e pretendem se tornar “Saúde Pública”. A saúde pública também vem inovando nos próprios movimentos femininos, direitos humanos, proteção ambiental, entre outros, que, sem essa denominação, contribuíram para a saúde muito mais do que aqueles que foram introduzidos no “caso difícil” da “enfermologia pública”<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> No original: “En esta época de capitalismo informatizado, necesitamos escuchar con más atención las voces de los movimientos sociales para reconstruir nuestra salud pública con mayor pertinencia; al hacerlo, podríamos conformar una respuesta un tanto diferente a la que estuvimos acostumbrados a mirar y quizás un tanto cercana a la metáfora del “poder de la vida” de que hablamos al inicio de este trabajo. Esta salud pública surgiría desde lo local, se originaría del mundo del presente, respetaría lo temporal, intentaría comprender lo complejo, no desecharía lo diverso, daría un gran valor a lo autopoietico, reconocería varias racionalidades, y entre ellas la científica (metáfora del “poder del conocimiento”); tendría un eje ético muy fuerte, con lo cual apoyaría el fortalecimiento de los movimientos sociales con los que, a su vez, podría presionar con más fuerza al Estado intermediador estratégico y enfrentar las presiones de los poderes supra y subnacionales (metáfora del “buen poder socialista”), para vivir un mundo más humano y no necesariamente para tomar el poder (nuevamente metáfora del “poder de la vida”). Quién sabe si lo anterior estaba sucediendo desde hace mucho tiempo pero ahora esas experiencias han adoptado nombres llamativos y “serios”, como “Municipios saludables”, “Frentes por la salud y la vida”, “Consejos locales de salud”, “Organizaciones por la salud y la naturaleza”, etc., que actualmente constituyen “tribus” que defienden su salud y que en muchas ocasiones ya han convocado y unido a otros actores y pretenden transformarse en “Públicos por la salud”. La salud pública también se ha

Esse conceito mais moderno, explicitado por Granda, se assemelha àquele formulado por Milton Terris, na medida em que concebe saúde pública não como uma prática eminentemente institucional, mas também social e comunitária. Diante do exposto, vê-se que a “saúde pública” possui uma vasta gama de definições, sendo que aqui só foram apontadas algumas delas.

Mesmo que as exposições de motivos do Código Penal e da Lei de Drogas não tenham definido qual “saúde pública” se está a defender, metodologicamente era necessário fazê-lo, para que possível fosse confrontá-lo com o conceito de bem jurídico que adotaremos nesse trabalho.

Dessa forma, nos capítulos subsequentes, os conceitos que aqui foram expostos serão analisados sob a ótica da dogmática penal, no intuito de verificar se a “saúde pública” poderá ser caracterizada como um real bem jurídico coletivo.

### 3. A teoria monista-pessoal do bem jurídico

Nos últimos anos, muito se tem alegado que a teoria do bem jurídico estaria em seu leito de morte<sup>31</sup>, diante de sua suposta incapacidade de cumprir as funções que a ele foram atribuídas, como a de limitação do poder punitivo, interpretação da lei penal etc.

É que, com o surgimento da sociedade de risco que se instalara desde o século XIX, o conteúdo do bem jurídico passou a ser definido de forma cada vez mais vaga, o que possibilitou a sua utilização como mera fundamentação ou justificativa para a criminalização de condutas.

Essa concepção legitimadora do bem jurídico contraria o seu verdadeiro significado descriminalizante<sup>32</sup>, que se baseou no pensamento iluminista.

---

estado innovando en los propios movimientos de mujeres, de derechos humanos, de defensa del ambiente, entre otros, que sin ese apelativo, han aportado para la salud mucho más que los que hemos estado introducidos en el “estuche duro” de la “enfermología pública”. (GRANDA, Edmundo. La salud pública y las metáforas sobre la vida. **Revista Facultad Nacional de Salud Pública** [en línea] 2000, p. 16)

<sup>31</sup> “Deve-se ter cuidado ao atestar que o bem jurídico ainda vive. Não estará ele no leito de morte? Não será esse atestado talvez uma derradeira tentativa de recriar a situação diagnosticada de que o bem jurídico ainda vive? Já há tempos se vem torturando o bem jurídico em seu leito de morte, exigindo-se dele aquilo que ele não tem como cumprir”. (HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. *In*: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**. / Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 69.

<sup>32</sup> HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de**

Diante desse cenário e após o período de escuridão do nazismo, Hassemer e diversos outros autores alemães sentiram a necessidade de re-tomar o conceito crítico do bem jurídico penal, quando da elaboração do Projeto Alternativo de Código Penal Alemão, apresentado em resposta ao conservadorismo do Projeto Governamental do Código Penal de 1962<sup>33</sup>.

Assim, definiu-se que os bens jurídicos deveriam possuir uma noção metapositiva de proteção de interesses humanos<sup>34</sup>, interesses esses encontrados nas relações sociais concretas, ou seja, dentro do próprio sistema social.

Com isso, ficariam afastados os conceitos abstratos e indeterminados de bens jurídicos ideais, ficando a base estrutural do instituto arraigado na realidade concreta, não por resultado de um direito natural, mas porque se produz em um contexto de relação social real<sup>35</sup>.

Em Hassemer, a pessoa humana é colocada no centro da proteção penal, adotando-se, portanto, o conceito de dignidade da pessoa humana kantiana, em que o ser humano é um fim em si mesmo, ficando a cargo do Estado apenas proporcionar-lhe o desenvolvimento de suas necessidades vitais.

Dessa forma, a partir da teoria monista-pessoal do bem jurídico, toda violação de bens deveria estar ligada a um referencial pessoal, ou seja, a partir da pessoa humana<sup>36</sup>. Por essa perspectiva, o exercício do poder punitivo do Estado fica restrito a situações sociais concretas, tanto em seu poder sancionatório, quanto em seu poder criminalizante.

Nesse sentido, fica instituído que, para se punir alguém, é necessário constatar a ofensa ao bem jurídico da vítima ou, ao menos, o perigo real

---

**incriminar?**./ Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 12.

<sup>33</sup> BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico penal supraindividual. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 67.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>35</sup> CERVINI, R.; ADRIASOLA, G. **El Derecho Penal de La Empresa desde una Vision Garantista**. Metodologia, Critérios de imputacion y tutela Del patrimonio social. – Montevideo: Ibddef. 2005, p. 98.

<sup>36</sup> “El bien jurídico es un elemento de la propia condición del sujeto y de su proyección social; en ese sentido puede ser entendido como un valor que se incorpora a la norma como su objeto de preferencia real y constituir, por lo tanto, un elemento primario de la estructura del tipo, al cual se deben referir la acción típica y todos los demás componentes”. (TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares. / Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 39)

de lesão a ele<sup>37</sup>. Já sob a perspectiva da criminalização, resta definido que o legislador penal, para criminalizar, precisaria demonstrar que a conduta proibida seria capaz de ameaçar o interesse pessoal protegido pela lei<sup>38</sup>.

Vale lembrar que Hassemer não adotava o bem jurídico como requisito suficiente para a criminalização de condutas, mas apenas como um requisito necessário<sup>39</sup>.

Diante disso, para se proibir determinado comportamento, dever-se-ia verificar, na mesma lógica do sistema garantista de Luigi Ferrajoli, a completude de todos os demais princípios do direito penal. Sobre o tema veja:

A ameaça a um bem jurídico por meio de um comportamento é pressuposto necessário, mas não suficiente da criminalização desse comportamento. A violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento da pena contrapõe-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais eu reúno sob a concepção de ‘formalização da justiça penal’<sup>40</sup>.

Perceba, portanto, que a teoria monista-pessoal de Hassemer busca, a todo momento, afastar a possibilidade de que o instituto do bem jurídico seja utilizado como uma ferramenta de incriminação e, com isso, perca sua função limitadora. Esse conceito pessoal do bem jurídico

<sup>37</sup> “La amenaza de pena y la pena sólo se legitiman en función de la protección de bienes jurídicos y en la medida en que la pena sea un medio idóneo, necesario y proporcional. Este concepto ofrece dos características fundamentales: la orientación hacia el autor potencial del delito y la limitación del control jurídico penal”. (HASSEMER, Winfried. **Consideraciones sobre la víctima del delito**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 43, n. 1, p. 241-259., jan./abr. 1990, p. 245)

<sup>38</sup> “La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es – con todas las diferencias de origen y concepto – negativa y de crítica de derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): El legislador debía castigar solo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que solo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico (para que pudiese discriminar verdaderamente) debía ser lo más preciso posible: así por ejemplo en el derecho penal sexual no debía indicarse <<moralidad sexual>> sino autodeterminación, salud y protección de la juventud”. (HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 31)

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 13.



possui clara intenção de priorizar o homem dentro da tensão existente entre sociedade, indivíduo e Estado<sup>41</sup>.

Assim, sob a ótica de Hassemer, a proteção das instituições e de seus interesses só poderia ocorrer se implicasse também na proteção da pessoa humana<sup>42</sup>. Dessa forma, o conceito de bem jurídico se tornaria mais restrito e, de certa forma, mais concreto do que aqueles conceitos que enunciavam valores ou interesses sem qualquer vinculação pessoal.

Quanto aos bens jurídicos coletivos, importa destacar que, apesar de colocar o homem no centro da proteção penal e requerer uma lesão pessoal de um interesse individual para a criação e punição de um crime, Hassemer não nega a possibilidade de existência de interesses supraindividuais.

Aqueles que afirmam que a teoria monista-pessoal é incompatível com bens de natureza supraindividuais estão absolutamente equivocados. A teoria monista-pessoal de Hassemer não importa no afastamento dos bens supraindividuais. Ela, na verdade, tão somente as restringe, na medida em que requer também um referencial pessoal para seu reconhecimento<sup>43</sup>.

Destarte, pelo conceito pessoal do bem jurídico, somente se considerará legítimo o bem supraindividual quando sua proteção servir para o desenvolvimento do cidadão individualmente verificável<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>42</sup> “O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica”. (TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180).

<sup>43</sup> “Nessa discussão, deve-se de início insistir que um conceito pessoal de bem jurídico não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana: somente pode aceitá-los como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos”. (HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?./** Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18).

<sup>44</sup> “Para esses autores, atualmente encabeçados por Hassemer, ponto de partida são os interesses individuais. Bens jurídicos da coletividade só podem ser reconhecidos na medida em que referíveis a indivíduos concretos. A coletividade por si só não é objeto de proteção do direito penal”. (GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crime de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 86).

Nesse mesmo sentido se coloca Tavares ao citar Hassemer:

Embora com outro fundamento, na órbita de sua proteção, também neste sentido se põe a observação de Hassemer: “bens jurídicos universais somente requerem proteção como condição da possibilidade de proteção dos bens jurídicos individuais, os quais, por isso, possuem uma função orientadora. Deste modo, o fim de proteção dos bens jurídicos é a realização da pessoa individual, sendo o interesse geral apenas uma etapa deste rumo”.<sup>45</sup>

Vê-se, aqui, que o bem jurídico supraindividual tem na teoria monista-pessoal um papel orientador, o interesse geral é uma etapa para se alcançar a finalidade maior que é a proteção do indivíduo.

Conforme já foi dito anteriormente, o Estado não é um fim em si mesmo, devendo, assim, atuar sempre em favor da preservação das condições essenciais de vida do cidadão. Partindo dessa concepção, retiramos que os bens jurídicos coletivos devem sempre ter um substrato real e significar uma utilidade ao ser humano. Sob esse contexto, leciona Tavares:

Só poderá ser reconhecido como bem jurídico o que pode ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, é dizer, para ser considerado como bem jurídico, será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse pessoal, independentemente se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistintas<sup>46</sup>. (Tradução nossa).

Assim, fica estabelecido, portanto, a condição de que, para se reconhecer um bem coletivo, é necessário funcionalizá-lo a partir dos bens individuais. Quanto mais requisitos forem estabelecidos para a postulação de bens (substrato real e referência ao indivíduo) e, consequentemente, para a criminalização de condutas, mais restritivo será o conceito de bem jurídico.

---

<sup>45</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180.

<sup>46</sup> No original: “Solo podrá ser reconocido como bien jurídico lo que pueda ser reducido a un ente propio de La persona humana, es decir, para ser tomado como bien jurídico, será preciso que determinado valor pueda implicar, directa o indirectamente, un interés individual, independientemente de si ese interés individual corresponde a una persona determinada o a un grupo de personas indistinguibles”. (TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares. / Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 71)

Por ser mais restrito e por estar voltado à proteção do indivíduo em contraposição à arbitrariedade estatal, é que se adota no presente trabalho a teoria monista-pessoal do bem jurídico.

Portanto, ao nosso sentir, a teoria personalista do bem jurídico é aquela que, dentre todas até então já formuladas, mostra-se mais apta a orientar a criação e punição de condutas reveladas como criminosas, porquanto mais benéfica ao indivíduo, objeto da proteção penal.

#### **4. Critérios adicionais de limitação e os falsos bens jurídicos coletivos**

Depois de definir a teoria monista-pessoal do bem jurídico como aquela que se encontra mais adequada a um Estado Democrático de Direito, há, ainda, que se estabelecer mais alguns requisitos para restringir o seu alcance e, com isso, identificar falsos bens jurídicos coletivos, no intuito de afastá-los, contendo, por fim, o poder discricionário do Estado.

Para isso, pretende-se utilizar, aqui, os pressupostos formulados por Roland Hefendehl, que visam a separar os bens coletivos efetivamente autênticos, daqueles meramente aparentes e que, na realidade, não passam de uma soma de vários bens individuais e, por isso, são ilegítimos.

De início, é importante deixar consignado que Hefendehl não adota a teoria monista-pessoal, pois ele a considera demasiadamente reacionária. O autor, na verdade, utiliza-se de uma teoria social do bem jurídico, partindo de uma dimensão política, na qual os bens jurídicos penais têm por finalidade a garantia de que os indivíduos, membros da sociedade, tenham chances iguais de participação nela<sup>47</sup>. Apesar disso, destaca-se que ela não é incompatível com a teoria monista de Hassemer, já que ambos os autores funcionalizam, de certa forma, o bem jurídico em razão do indivíduo.

Assim, para uma teoria social do bem jurídico, Hefendehl atribui duas condições essenciais, o objeto que será protegido e o respectivo titular do bem.

No que tange ao objeto de proteção, Hefendehl aduz que todos os bens jurídicos supraindividuais, para serem reconhecidos, necessitam

---

<sup>47</sup> “Entendo por direito penal socialmente integrado um direito penal que leva em conta a sociedade e, logicamente, cada um de seus membros, sem privilegiar uma parte deles”. (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120., nov./dez. 2010, p. 111).

de uma legitimação especial, pois, segundo o autor, nenhum deles são inatos<sup>48</sup>. Com vistas a isso, Hefendehl entende ser necessário sistematizar os bens jurídicos supraindividuais para excluir aqueles aparentes.

Nesse sentido, há uma separação dos bens jurídicos coletivos em três categorias: aqueles bens criados pelo Estado e para o Estado, para que ele possa se defender e funcionar; os bens criados para a proteção do ambiente; e os bens clássicos que criam espaços de liberdade para os indivíduos<sup>49</sup>.

Os bens criados pelo Estado seriam aqueles cuja função consistiria na proteção do próprio Estado, caracterizado, por exemplo, na tipificação de condutas contra as forças armadas, ou contra o presidente da república, bem como aquelas em que se pretende a proteção de recursos estatais.

O meio ambiente, por seu turno, também mereceria proteção penal, em face de sua natureza limitada e conservação para as gerações futuras.

Por fim, os bens coletivos clássicos e os que precisam de um componente de confiança, que não se confunde com a confiança na vigência da norma, são aqueles que acompanham a todo o momento a vida dos membros da sociedade, englobando, inclusive, a proteção de alguns institutos e instituições que necessitariam de uma aceitação da sociedade para se manterem, por exemplo, o serviço público, a moeda, a administração da justiça etc.

Quanto aos titulares desses bens jurídicos, Hefendehl aponta o Estado como titular dos bens estatais, a sociedade como titular dos bens ambientais e dos bens clássicos todos os membros da sociedade.

Pois bem, essas ramificações expostas pelo autor não serão aqui exploradas, mas tão somente os requisitos formulados por ele, cuja função é identificar os falsos bens jurídicos coletivos.

---

<sup>48</sup> “Quanto a estrutura do bem coletivo, já se pode deduzir das considerações até agora desenvolvidas sobre o bem jurídico individual que todo bem coletivo precisa de uma legitimação especial. Afinal, inexistente qualquer bem jurídico coletivo inato; todo bem coletivo decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade ou do Estado. Isso torna difícil a determinação do espectro de bens jurídicos coletivos penalmente legítimos”. (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120., nov./dez. 2010, p. 112).

<sup>49</sup> HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder Estatal de incriminar?** 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 74.

Voltando a isso e tendo em vista que todos os bens jurídicos coletivos necessitam, para sua legitimação, de certas características especiais, é que se passa a expor as estruturas que devem compor a sua base. Em suma, são três os requisitos essenciais que devem formar o núcleo conceitual dos bens jurídicos coletivos: a não exclusividade do uso, a não rivalidade do consumo e a não distributividade conceitual, fática ou jurídica<sup>50</sup>.

O primeiro pressuposto levantado por Hefendehl é a não exclusividade do uso. Por meio desse critério, nenhum indivíduo componente da sociedade pode ser excluído do gozo de um bem jurídico supraindividual. Nesse sentido, o autor aponta como exemplo a “segurança externa”, uma vez que a proteção fronteira em tempos de guerra beneficia a todos os cidadãos. Assim, independentemente se A ou B esteja gozando diretamente dessa proteção, nada impede que outros também gozem<sup>51</sup>.

O segundo critério, qual seja, a não rivalidade do consumo, está diretamente ligada ao primeiro e pressupõe que o uso de um bem jurídico por determinada pessoa em nada afete o uso por outras.

Para Hefendehl, essas duas condições são amplamente satisfeitas por bens como “informações, redes de comunicação, mecanismos de prevenção contra perigos externos, instituições e bens que produzam coesão comunitária<sup>52</sup>”.

E o último pressuposto é a não distributividade conceitual. Por esse critério, entende-se que um bem jurídico será de fato coletivo “quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e adscrever cada uma delas a indivíduos diversos”<sup>53</sup>.

Como exemplo, cita-se novamente a “segurança externa”. A proteção da fronteira se faz a todos os cidadãos, indiscriminadamente, não se podendo dividir porções desse bem a cada um deles. Como bem preceitua Tatiana Badaró, “a invasão do território nacional por um exército estrangeiro, independentemente de onde ocorra, coloca em apuros todos aqueles que nele se encontram<sup>54</sup>”.

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 83-84.

<sup>54</sup> BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 212.

Entretanto, ressalta-se que, segundo o autor, isso não impede que o bem jurídico sofra perdas, ou seja, como se trata de valores reais, passíveis de lesão, pode ocorrer do bem ser destruído ou vulnerado se consumido de forma irregular ou ilegal.

Sobre esse requisito, então, tem-se que todo bem jurídico pode ser consumido por todos os componentes da sociedade, não podendo, entretanto, ser distribuído apenas para o consumo de uns ou outros.

Portanto, apesar do autor não se filiar à teoria personalista, entende-se que a sua teoria social a ela deve ser acoplada, no sentido de fortalecer a estrutura conceitual crítica do bem jurídico, em especial dos bens supraindividuais.

Através da aplicação dos requisitos formulados por Hefendehl, é possível identificar, com certa facilidade, quais bens jurídicos coletivos são reais e quais não passam de bens aparentes, ou seja, falsos bens jurídicos supraindividuais existentes dentro direito penal, que só surgiram para legitimar incriminações de cunho paternalistas, sanitaristas, morais e para expandir tipos de perigo abstrato.

## **5. A saúde pública como um falso bem jurídico coletivo**

A saúde pública, como se viu, pode ser conceituada de diversas formas, a depender da área do conhecimento e da época em que ela é analisada.

No âmbito do direito e especialmente no direito penal, poucas definições existem. O legislador penal não se preocupou em definir saúde pública e os operadores do direito, de modo geral, também não se atentaram para isso.

Como bem explicita Décio Franco David e Gustavo Trento Christoffoli, muito provavelmente essa deficiência conceitual se deu propositalmente, no intuito de apenas legitimar a proibição e servir como argumento de autoridade, senão veja:

Desta forma compreende-se que a saúde pública seja, propositalmente, um conceito impreciso, destinado a servir como argumento de autoridade (em seu sentido mais totalitário). Afinal, um mínimo de lucidez é suficiente para perceber que os danos causados pela atual forma de combate às substâncias tornadas ilícitas são muito superiores aos danos que a atual política pretende proteger<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> DAVID, Décio Franco; CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. Constatações sobre a política repressiva antidrogas: Seletividade penal e falácia do bem jurídico saúde

Diante desse déficit, apenas três conceitos “jurídicos” foram expostos neste trabalho: aquele contido no dicionário da Real Academia Espanhola, a definição do Ministro Superior Tribunal de Justiça, Vicente Cernicchiaro, e o conceito elaborado por Renato de Mello Jorge Silveira.

Pelo primeiro, saúde pública seria o “estado em que o organismo exerce normalmente todas as suas funções”<sup>56</sup>; pelo segundo, seria um “interesse do Estado de preservação e normal funcionamento do organismo dos membros da sociedade”<sup>57</sup>; e o terceiro aduz ser um “conjunto de condições que garantam a saúde de uma pluralidade de indivíduos”<sup>58</sup>.

Como já foi dito no tópico anterior, a primeira definição é demasiadamente vaga. Por meio dela, o máximo que se pode extrair é um conceito de saúde e, mesmo assim, também muito superficial. Em nenhum momento ela faz referência à coletividade e é exatamente por esse motivo que não se pode enquadrá-la no conceito de bem jurídico supraindividual. Para que um bem jurídico seja considerado coletivo é indispensável que ele remeta à coletividade. Trata-se, pois, de um requisito inerente à própria natureza do instituto.

O segundo conceito, por sua vez, já é um pouco mais completo, na medida em que não só define “saúde”, como também tenta relacioná-la com o coletivo e o elevar a um interesse do Estado.

A escolha das palavras nesse conceito é muito precisa, pois, quando o autor fala que a saúde pública é um interesse do Estado, ele está não só explicitando qual conceito de bem jurídico adotado<sup>59</sup>, como também relacionando ambas as definições para legitimar a existência do bem.

---

pública. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D’Plácido, 2016, p. 596-597.

<sup>56</sup> JESUS Apud D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 36.

<sup>57</sup> CERNICCHIARO apud D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de droga. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 36.

<sup>58</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

<sup>59</sup> “Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. “Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade”. (LISZT, Franz Von. **Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senador Federal, 2006. V. 1. p. 93-94).

Contudo, essa legitimação se dá de forma acrítica e ampla. O conceito adotado pelo autor é aquele elaborado por Liszt<sup>60</sup>, cujo conteúdo, salvo melhor juízo, não impõe qualquer limite ao legislador penal.

Trata-se, pois, de uma definição eminentemente dogmática, que visa a tão somente legitimar uma proibição<sup>61</sup>. Por meio dele, tudo e qualquer coisa poderia ser erigido a bem jurídico penal, uma vez que requisitos restritivos não são destacados. Há, portanto, um esvaziamento do conceito de bem jurídico e, principalmente, de sua função restritiva.

Adotando-se um conceito transcendente ou político-criminal de bem jurídico e, portanto, limitativo do poder punitivo estatal, a saúde pública, entendida daquela maneira, não poderia ser elevada a bem jurídico, por se tratar de uma soma de bens jurídicos individuais.

Dessa forma, dizer que se está a proteger o funcionamento do organismo dos membros da sociedade é o mesmo que dizer que se protegerá a “saúde” de cada membro do corpo social. Assim, se um bem é passível de ser protegido individualmente, não há motivo para se “criar” um bem jurídico coletivo que importe tutelar a mesma coisa.

Pelos critérios de limitação criados por Hefendel e aqui adotados, estar-se-á a ferir a “não distributividade conceitual, fática ou jurídica” do bem jurídico coletivo. “Um bem será coletivo quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas”<sup>62</sup>.

Esse requisito limitativo também poderia ser aplicado ao último conceito explicitado neste trabalho, que fora elaborado por Renato de

---

<sup>60</sup> “O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra”. (PRADO, 2014, p. 37).

<sup>61</sup> “Quando afirmamos que toda incriminação visa defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido tanto de uma perspectiva dogmática quanto de uma perspectiva político criminal, ou para usar a famosa terminologia de Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema quanto transcendente ao sistema. De uma perspectiva dogmática, toda norma terá seu bem jurídico”. (GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crime de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 77)

<sup>62</sup> No original: “Un bien es colectivo cuando es conceptual, fática o jurídicamente imposible dividirlo en partes y atribuirlos a los individuos en forma de cuotas”. (HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *In*: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 187-188).



Mello Jorge Silveira, se ele não tivesse inserido, no âmbito da proteção do bem jurídico, a expressão “um conjunto de condições”. Aqui, se utilizou o verbo “poder” no futuro do pretérito, porque a aplicação do referido requisito dependerá de se conhecer quais “condições” o autor de fato pretendia proteger. Se o que se buscava era tutelar as condições derivadas do conceito de saúde<sup>63</sup>, por exemplo, condição de higiene, habitação, saneamento, dentre outras, ainda estaremos diante de uma soma de bens individuais, pois a saúde permanece sendo o objeto principal, mesmo que fracionado. Por outro lado, se esse conjunto de condições significar a atuação institucional no âmbito da saúde, o fundamento para não o reconhecer como um legítimo bem jurídico será por meio de sua incompatibilidade com um conceito personalista do bem jurídico e com a própria Constituição da República de 1988.

Como já foi dito em tópico próprio, o conceito monista-pessoal do bem jurídico só acolherá bens jurídicos coletivos que funcionalizarem o indivíduo a partir de sua proteção, ou seja, a tutela penal deve servir à pessoa humana, ainda que indiretamente<sup>64</sup>. Nesse caso, se se considerar que o referido conceito de saúde pública parte do pressuposto de que o Estado, por meio de suas instituições sanitárias, é o objeto da proteção jurídica, estar-se-ia, pois, a elevar um suposto bem a bem jurídico penal que, além de não funcionalizar o indivíduo, ainda o prejudica, reduzindo-lhe direitos e garantias constitucionais, quando se olha para a Lei de Drogas, por exemplo (Lei nº. 11.343/06). Essa redução se verifica na medida em que a proibição das condutas relacionadas com as substâncias tornadas ilícitas impõe uma restrição à liberdade individual da população de disposição de seu próprio corpo. O Estado, de forma paternalista e indevida, invade a esfera individual da pessoa humana em nome de uma pretensa proteção de suas próprias instituições ou de sua própria existência<sup>65</sup>. Em um Estado Democrático de

<sup>63</sup> Ver conceito de saúde exposto na seção anterior.

<sup>64</sup> “Nessa discussão, deve-se de início insistir que um conceito pessoal do bem jurídico não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana: somente pode aceitá-los como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos”. (HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**. / Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador)... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18-19).

<sup>65</sup> “Logo, uma crítica às incriminações constantes da Lei de Drogas a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico deve, primeiramente, demonstrar que a

Direito, o indivíduo deve ser o centro da proteção jurídica, não o objeto ou um meio para fins alheios. Sobre o tema veja:

Numa sociedade democrática aberta, ou seja, autenticamente democrática, a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de toda decisão, de modo que não pode ser degradada a um mero meio em vista de um fim a realizar<sup>66</sup>.

Como bem preceitua Luiz Regis Prado, “a liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado”<sup>67</sup>. A necessidade de vinculação de um bem jurídico à pessoa denota uma garantia do indivíduo de que suas condições pessoais e privadas não serão lesionadas pela atuação Estatal. Nesse sentido, são os ensinamentos de Tavares<sup>68</sup>:

A necessária vinculação de um bem jurídico estatal a sua origem e finalidade pessoal constitui uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por supostas adoções de políticas públicas, em âmbitos administrativos, econômicos ou sociais, ou para finalidades eleitorais. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição dessa categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano tanto a pessoa como a suas condições sociais.

Assim, além de não se compatibilizar com a teoria do bem jurídico adotada, a proteção da saúde pública, conceituada daquela forma, também

---

incriminação daquelas condutas – sob a ótica da tutela de bens individuais – não respeita o princípio da autonomia e expressa a opção do legislador por um inadmissível paternalismo penal (especialmente no caso do art. 28)”. (CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D’Plácido, 2016, p. 648).

<sup>66</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. – 2. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>68</sup> TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares / Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 53.

feriria princípios constitucionais consagrados pela Constituição da República de 1988, na medida em que impediria o livre desenvolvimento pessoal do cidadão, atingindo a sua intimidade e a vida privada (artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988) em detrimento da proteção de instituições.

Já no âmbito das ciências médicas, outros quatro conceitos de saúde pública foram expostos. O primeiro deles é a noção de “enfermologia social”, que se assemelha muito ao conceito formulado pelo Ministro Vicente Cernicchiaro, ao tratá-la como uma soma de enfermidades individuais. Como as definições são parecidas, a solução para elas também se equivale. Não pode um bem jurídico coletivo ser dividido em partes e gozado individualmente por cada cidadão. Logo, por esse conceito, não é possível dizer que a saúde pública é um bem jurídico legítimo.

No que diz respeito às demais definições, a lógica utilizada é um pouco diferente. As concepções formuladas por Dina Czeresnia, Milton Terris e Edmundo Granda, partem de outra perspectiva de saúde pública. Na visão desses autores, o conceito flutua entre uma prática, um conhecimento e uma ciência. Especificamente falando, Dina aponta que a saúde pública seria um conjunto de práticas e conhecimentos que visam à promoção da saúde, Milton Terris aduz ser uma ciência de prevenção de doenças e promoção da saúde e Granda a define como uma prática social. Os três conceitos se equivalem em um ponto, nenhum deles restringe o alcance do conceito ao empirismo da saúde. Os três autores trabalham com uma concepção mais abstrata, ligada ao conhecimento científico. Diante disso, incompatíveis também serão ao conceito garantista e monista-pessoal do bem jurídico. Para que o bem jurídico seja legítimo, é necessário que ele possua um substrato de realidade, que seja verificável nas relações sociais, e que seja útil ao indivíduo:

O Direito Penal não pode proteger valores em si, mas realidades existenciais concretas (de caráter material ou imaterial), que só alcançam o status de bens jurídicos quando apresentam valor funcional para seus titulares e para a sociedade<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D'Plácido, 2016, p. 636.

Não obstante, só se caracteriza como um bem jurídico legítimo aquilo que se pode contestar sob o aspecto da lesividade:

Com isso, só será caracterizado como bem jurídico aquilo que possa ser concretamente lesionado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo seja suscetível de um procedimento de contestação. No âmbito dos estreitos limites do injusto penal, não basta caracterizar, assim, um valor como bem jurídico que possa ser reduzido, direta ou indiretamente, a sua característica de personalidade, senão que deve afetar, antes de tudo, a pessoa humana. É preciso que esse valor apresente, ademais, substancialidade, de forma que se possa fundamentar um procedimento de demonstração da lesão ou da posição de perigo sofrida<sup>70</sup>.

Como bem preceitua Santiago Mir Puig, a elevação de um bem a bem jurídico penal afastado da realidade pode conduzir “à evaporação do conceito de bem jurídico, ao privá-lo da referência aos concretos objetos existenciais que o Direito penal deseja proteger”<sup>71</sup>. O conhecimento, a prática e a ciência não existem por si mesmas, não são lesionáveis, e, portanto, não podem ser objeto de proteção do direito penal<sup>72</sup>. Assim, não será possível sustentar a legitimidade da saúde pública, nos casos ora analisados, uma vez que não constituem uma realidade concreta e, por essa razão, não são passíveis de lesão.

Por todo o exposto, conclui-se que a “saúde pública” não pode ser erigida a um bem jurídico penal autêntico, seja em razão de sua

<sup>70</sup> No original: “Normalmente, para los efectos delimitativos, los bienes jurídicos prescinden de cualquier clasificación, porque todos deben tener origen en la persona humana.” (TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares / Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 47).

<sup>71</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, parte general**. Barcelona: Reppertor: 2011, p. 163.

<sup>72</sup> “Já sob o enfoque da tutela de um bem jurídico coletivo, deve operar precisamente para a desconstrução daqueles comumente apontados como legitimadores da intervenção penal – saúde pública, segurança pública, paz pública –, seja porque não possuem qualquer realidade existencial (são vazios, estéreis), seja porque representam a soma de bens jurídicos individuais”. (CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D’Plácido, 2016, p. 648).

vagueza conceitual, seja por representar nada mais do que a somatória de bens individuais.

## **6. Conclusão**

A saúde pública, pelo que foi visto, é o bem jurídico tutelado pelas leis penais brasileiras desde 1890. De lá para cá, diversas alterações legislativas ocorreram, mas ela nunca deixou de ser um bem relevante e passível de proteção aos olhos do legislador. Apesar disso, não se sabe ao certo por que o legislador brasileiro decidiu tutelá-la, principalmente quando se fala nos tipos penais voltados para o uso e venda de substâncias tornadas ilícitas.

Da mesma forma, não se sabe qual conceito de saúde pública o legislador se valeu quando a identificou como um efetivo bem jurídico. A título exemplificativo, não há na exposição de motivos do Código Penal ou das últimas leis de drogas editadas (Lei nº. 6.368/76 e Lei nº. 11.343/06), qualquer tentativa de definição do que se estava a proteger.

Sem a devida delimitação do que se entende por saúde pública, não é possível dizer se a proteção pretendida pelo Estado de fato é legítima ou não. Por isso, no capítulo de número 02 (dois), três concepções gerais, com distintas origens, foram analisadas: um de natureza gramatical, outro jurídico e o último das ciências médicas. Com um ponto de partida definido, esses conceitos foram confrontados com a teoria monista-pessoal de Hassemer e com os critérios de identificação de falsos bens jurídicos coletivos de Hefendehl. A escolha pela teoria personalista se deu por se entender que ela é a mais condizente com um Estado Democrático de Direito, porquanto mais restritiva.

Para Hassemer, bens jurídicos são interesses humanos que necessitam de proteção penal. Contudo, nem todo interesse pode ser erigido a bem jurídico, mas tão somente aqueles capazes de serem encontrados nas relações sociais concretas, ou seja, que possuam um substrato de realidade e que tenham como objetivo o desenvolvimento das necessidades vitais do homem. O bem jurídico coletivo nessa teoria só será aceito se estiver apto e voltado a servir a interesses humanos. Dessa forma, a pessoa humana continua sendo o foco da proteção jurídica, na medida em que o bem jurídico supraindividual se subordina ao indivíduo, servindo-lhe como uma utilidade ao seu livre desenvolvimento. Essa definição de Hassemer restringe o âmbito de atuação do Estado e funcionaliza a proteção penal em razão do indivíduo e de sua personalidade individual.

Adotando-se a teoria personalista, corrigida com os critérios formulados por Hefendehl, quais sejam a não exclusividade do uso, a não rivalidade do consumo e a não distributividade conceitual, fática ou jurídica, o conceito de bem jurídico afirma seu caráter limitativo e passa a servir como um instrumento de identificação de falsos bens supraindividuais.

Com vistas a isso, no capítulo 05 (cinco), após assentados os critérios limitativos da teoria do bem jurídico e definidos os três principais conceitos de saúde pública, estes foram submetidos àqueles, com o intuito de se aferir a sua legitimidade dentro de um sistema garantista de direito penal.

O primeiro conceito, que fora encontrado no dicionário da Real Academia Espanhola, por não fazer qualquer referência à coletividade, não pôde ser erigido a bem jurídico penal supraindividual.

A definição do Ministro Vicente Cernicchiaro e a definição de “enfermologia social”, de Edmundo Granda, também não puderam representar um bem jurídico coletivo, por importarem em uma soma de saúdes individuais. Como foi visto, adotando-se o requisito da não distributividade conceitual, fática ou jurídica, formulado por Hefendehl, nenhum bem coletivo será legítimo se puder ser dividido e gozado individualmente por cada cidadão.

De igual modo, o conceito formulado por Renato de Mello Jorge Silveira se mostrou incompatível com a definição personalista adotada. Nela, o indivíduo deixa de ser o foco do direito penal, para que o Estado ou suas instituições sejam protegidos. Em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível que a pessoa humana ocupe o primeiro plano da proteção jurídica, sendo um fim em si mesmo. A saúde pública, sob essa perspectiva, não funcionaliza o ser humano a partir de sua proteção, pelo contrário, o que se tem é uma restrição de direitos e garantias pela invasão do Estado na esfera privada do cidadão.

Por fim, analisando as concepções formuladas por Dina Czeresnia, Milton Terris e Edmundo, foi possível perceber um distanciamento indesejado da realidade. Os três autores tratam a saúde pública do ponto de vista acadêmico, como um objeto de estudo. Dessa forma, incompatíveis também são com um conceito restritivo de bem jurídico. Pela teoria personalista, é necessário que o valor protegido possua um substrato de realidade, ou seja, que possa ser verificável na realidade social e passível de lesão por uma conduta. Por certo que o conhecimento, a prática, a arte e a ciência não são lesionáveis, portanto, não podem ser objeto de proteção do direito penal.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que a saúde pública, independente do conceito que se adote, é um falso bem jurídico supraindividual.

## Referências

AYRES, Uma concepção hermenêutica de saúde. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1): 43-62, 2007.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**; Tradução Sebastião Nascimento; – São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. – 11. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BUSS, Paulo Marchiori. Uma introdução ao conceito de promoção da saúde. *In: CZERESNIA, Dina. Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências*. 2 ed. Rev. e ampl. / Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. – Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2009.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. *In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. 10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Belo Horizonte: Editora: D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CERVINI, R.; ADRIASOLA, G. **El Derecho Penal de La Empresa desde una Visión Garantista**. Metodología, Criterios de imputación y tutela Del patrimonio social. – Montevideo: Ibdef. 2005.

COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; FILHO, Naomar de Almeida. Conceitos de saúde em discursos contemporâneos de referência científica. **História, Ciências, Saúde** – Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(2):315-33, maio-ago, 2002.

CZERESNIA, Dina. **Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**. 2 ed. Rev. e ampl. / Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. – Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2009.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga**. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

DAVID, Décio Franco; CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. Constatações sobre a política repressiva antidrogas: Seletividade penal e falácia do bem jurídico

saúde pública. *In*: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. [Orgs]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora: D'Plácido, 2016.

GRANDA, Edmundo. La salud pública y las metáforas sobre la vida. **Revista Facultad Nacional de Salud Pública** [en línea] 2000.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crime de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

GRECO, Luís. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**./ Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 43, n. 1, p. 241-259., jan./abr. 1990.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista hispanolatinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez, 1991.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**./ Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *In*: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. *In*: GRECO, Luís. **O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?**./ Luís Greco, Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120., nov./dez, 2010.

LISZT, Franz Von. **Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senador Federal, 2006.

MEDEIROS, Patrícia Flores; BERNADES, Anita Guazzelli; GUARESCHI, NEUZA. O Conceito de Saúde e suas Implicações nas Práticas Psicológicas. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, set-dez, 2005, Vol. 21 n. 3, pp. 263-269.

PAIM, Jairnilson; FILHO, Naomar de Almeida. Saúde coletiva: uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? **Rev. Saúde Pública**, 32 (4): 299-316, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal** – 2ª Ed. / Claus Roxin; tradução de Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Atual y ampl, Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y función en Derecho Penal**. / Juarez, Tavares. / Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.