

CLAUDIO JOSÉ PEREIRA

**Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito
e Bens Jurídicos Universais**

DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

**PUC/SP
SÃO PAULO
2.006**

CLAUDIO JOSÉ PEREIRA

**Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito
e Bens Jurídicos Universais**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, com sub-área de concentração em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA.

DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

PUC/SP
SÃO PAULO
2.000

BANCA EXAMINADORA:

Dedico esta obra à minha esposa Cláudia e à minha filha Isabella, razões da minha vida, expressões do amor, da compreensão, do carinho e da fé que sustentam minha existência.

Agradeço a Deus, por me proporcionar a oportunidade de provar o amor fraterno, a amizade sincera e o companheirismo constante daqueles que, durante todo o desenvolvimento desta obra, estiveram ao meu lado orientando meus estudos, indicando caminhos, acompanhando a jornada, ouvindo minhas lamentações ou simplesmente acreditando na minha pessoa, sem os quais jamais teria alcançado este momento.

RESUMO

A proteção jurídica penal no Estado Democrático de Direito foi objeto de um estudo destinado a analisar as bases legais do sistema penal e processual penal brasileiro, em face dos novos riscos apresentados pela sociedade pós-moderna.

As bases de constituição do Estado Social e Democrático de Direito formam um conjunto instrumental que proporciona o estudo destes novos riscos segundo as atuais alternativas de proteção jurídica penal, aplicadas.

O estudo dos princípios que tutelam todo o sistema de proteção jurídica orientou a abordagem sobre uma proteção eficaz de uma nova modalidade de bens jurídicos.

Os critérios jurídicos de seleção de bens jurídicos individuais e meta-individuais, com suas características estruturais e funcionais, foram analisados sob a ótica do modelo constitucional do Estado brasileiro.

Os bens jurídicos universais exigem um sistema jurídico próprio, orientado por teorias de verdade e justiça, buscando eficácia na preservação de direitos e garantias individuais, superando os estreitos limites do Direito Penal individual.

A tipificação de condutas lesivas à ordem jurídica, passa hoje pelos riscos individuais e pelos riscos coletivos.

A insatisfação com atual modelo de Direito Penal, organizado por construções típicas que utilizam o modelo de perigo abstrato como fórmula, exigiu abordagens críticas do sistema, com a finalidade de alcançar um modelo eficaz e adequado à proteção de bens jurídicos universais.

O estudo de alternativas e a apresentação de propostas foi o principal objetivo deste trabalho.

ABSTRACT

The legal criminal protection at the Democratic State of Law was the purpose of study, bound for examine all the legal foundations about brazilian system and procedure penal, in face of new risks introduced by post modern society.

Constitution's bases of Social and Democratic State of Law make an instrumental whole that supply these new risks' study according to the actual alternative legal protection, applied.

The study of principles which tutelaging all the legal protection system guided the approach about an effective protection of a new way of legal assets.

Legal criterians about the individual and metaindividual legal assets, with yours features and function requirements, had been analized under the brazilian State constitutional view.

The universal legal assets claim a legal peculiar system, guided by many theorys of justice and truth, lookoing for some efficacy preservetion about human rigths and constitutional guarantees, overcoming the straight limits of individual criminal law.

The typification of damaging conducts to the legal order, nowadays, goes trough individual and collective risks.

The dissatisfaction about the current criminal law model, organized by typical constructions, that take advantage of a dangerous model like a formula, demanded critical broaching system, in order to reach an efficient model and fitting to the protection of universal legal assets.

The alternative studies and the proposal introductions were the mainly point of this work.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
I - PROTEÇÃO JURÍDICA PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	11
1. Estado de Direito e Estado Democrático de Direito.....	12
2. Constituição Federal, princípios informadores do Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana.....	19
3. A missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.....	26
3.1. Sistema penal brasileiro e o sistema fechado.....	28
3.2. Argumentação sobre a construção jurídico-dogmática de um sistema aberto.....	32
3.3. O bem jurídico como limite ao direito de punir do Estado e as funções empíricas do Direito Penal Contemporâneo.....	37
II – BENS JURÍDICOS E DIREITO PENAL.....	49
1. Conceituação e constituição do Bem Jurídico e do Bem Jurídico-Penal.....	50
2. Constituição Federal e bens jurídico-penais.....	59
2.1. Princípios fundamentais e proteção penal.....	61
2.2. Bem jurídico penal e direção restritiva constitucional.....	65
3. Bens jurídicos universais e tutela penal.....	70
3.1. Ação delitiva e titularidade de bens universais frente aos interesses penalmente protegidos.....	84
3.2. Expectativa social e bens jurídicos universais.....	90

III – TIPICIDADE SEGUNDO A TEORIA GERAL DO DELITO.....	97
1. Tipo e tipicidade definidos.....	99
1.1. O tipo penal segundo um conceito evolutivo.....	101
1.1.2. Teoria causal e as fases da independência e do caráter indiciário de antijuridicidade.....	102
1.1.3. O neokantismo e a fase <i>ratio essendi</i> da antijuridicidade.....	105
1.1.4. A fase defensiva de Ernst von Beling.....	106
1.2. O tipo penal e o finalismo.....	107
1.2.1. A teoria da adequação social.....	109
1.3. O tipo penal e o pós-finalismo.....	110
1.3.1. O tipo penal segundo o funcionalismo teleológico.....	110
1.3.2. O tipo penal e o Direito Penal como ciência social.....	114
2. Funções e concretização da tipicidade.....	116
3. Materialização do tipo penal.....	118
3.1. Conformação técnica objetiva do tipo penal.....	120
IV – PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA SELEÇÃO DE BENS JURÍDICO-PENAIIS UNIVERSAIS E TIPIFICAÇÃO PENAL.....	123
1. Princípio da proteção exclusiva de bens jurídico-penais e tipificação de bens jurídicos universais.....	125
2. Princípio da Intervenção Penal Mínima e bens jurídicos universais..	130
2.1. Justificativa constitucional.....	134
2.2. A subsidiariedade e a fragmentariedade como princípios.....	135
2.2.1. O princípio da subsidiariedade.....	136
2.2.2. O princípio da fragmentariedade.....	140
3. O princípio da culpabilidade e os bens jurídicos universais.....	141
4. O princípio da proporcionalidade e os bens jurídicos universais.....	148

4.1. Princípio da proporcionalidade abstrata ou legislativa e da proporcionalidade concreta ou judicial.....	150
4.2. Princípio da proporcionalidade qualitativa e da proporcionalidade quantitativa.....	152
4.3. Princípio da proporcionalidade externa ou por conexão e da proporcionalidade interna.....	153
5. O princípio da legalidade e os bens jurídicos universais.....	154
V - TIPCIDADE E CRIMES DE PERIGO.....	159
1. Constituição do perigo.....	160
2. Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato.....	162
3. Crimes de perigo e segurança jurídica.....	165
4. Bens jurídicos universais e a tipificação penal de perigo abstrato.....	168
VI – CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS E ANÁLISES ALTERNATIVAS SOBRE O DIREITO PENAL DA PÓS-MODERNIDADE E OS BENS SUPRA-INDIVIDUAIS.....	173
1. A ampliação de espaços para um Direito Penal da insegurança.....	173
2. Administrativização, globalização e delitos de acumulação.....	178
3. Questões sobre alternativas sistêmicas: “Direito de Intervenção”, “Direito Penal de duas velocidades”, “Direito Penal do inimigo” e “Sistema Penal de emergência”.....	186
3.1. “Direito de Intervenção”.....	186
3.2. “Direito Penal de duas velocidades”.....	191
3.3. “Direito Penal do inimigo” e “Sistema Penal de emergência”..	194
VII – A PESSOA JURÍDICA E A PROPOSTA PROCESSUAL.....	199
1. A responsabilização da pessoa jurídica nos crimes universais.....	199
2. A proposta processual penal.....	204

2.1. Críticas às propostas processuais penais.....	204
2.2. Enfrentamento da questão: uma solução processual penal adequada.....	209
2.2.1. A verdade e a justiça.....	210
2.2.2. Fundamentos para um processo penal negociado como alternativa para o problema da proteção justa e exata.....	213
3. Um sistema alternativo de composição material e processual na solução para a problemática da proteção de bens jurídicos universais?.....	225
3.1. Idéias alternativas.....	231
 CONCLUSÕES.....	 239
 BIBLIOGRAFIA.....	 247

INTRODUÇÃO

O estudo da relevância e eficácia da proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais, indica uma necessidade atual da sociedade.

Reconhecer que com a revolução industrial iniciou-se uma nova fase de preocupações sociais, agora ligadas ao ambiente de sustentação de vida, cada vez mais atingido pelo esgotamento de recursos naturais, é obrigação do legislador penal.

O aumento gradativo da expectativa de vida do ser humano, principalmente nos países em desenvolvimento, a ausência de um conflito mundial, pós-segunda guerra, e a conseqüente superpopulação mundial, sustentaram a necessidade de reavaliação de prioridades na proteção social.

Assim, a doutrina do bem jurídico penalmente protegido exige uma reavaliação em seu estudo.

Os bens jurídicos constitucionalmente relevantes e merecedores da tutela penal não mais se restringem aos bens individualmente considerados.

O bem jurídico passa a ser considerado dentro de uma relação social dialética, como forma de garantir o desenvolvimento do ser humano no sistema político-social em que está inserido, servindo a Constituição desta organização social como parâmetro no reconhecimento destes bens.

Esta nova identificação, não mais considerando apenas o caráter puramente inter-pessoal dos bens penalmente protegidos, envolve agora em sua

análise interesses coletivos ou difusos, mas sempre decorrentes de um valor atribuído pelo destinatário destes bens, a pessoa humana.

Com esta nova visão, a sociedade, em um primeiro aspecto, distancia-se gradativamente do sistema administrativo-governamental da proteção individual do cidadão, com a apresentação de teorias dignas da sociedade livre, democrática e de risco, revelando preceitos informais de solução de demandas, sem a interferência maciça do Estado na tutela penal, acolhendo conceitos mais concretos de responsabilidade penal objetiva, e relevando delitos insignificantes ou adequados socialmente.

Em um segundo ponto, a função administrativa do Estado começa a destacar-se no Estado Democrático de Direito, com uma maior predisposição da Administração Pública ao controle e manutenção da existência social, da vida humana, disponibilizando meios e recursos para sua continuidade, com uma maior liberdade para solução de conflitos sociais de menor gravidade pelos próprios cidadãos, dedicando-se à criminalidade de alta periculosidade, bem como à proteção da subsistência social, ou seja, à criminalidade difusa ou coletiva.

É neste sentido que o Direito e a Sociedade visualizavam a existência de uma lacuna, hoje preenchida pela proteção aos interesses coletivos ou difusos, como o ambiente, as relações de consumo, os bens de valor artístico, histórico ou paisagístico.

São direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, e que possuem como destinatários ou fonte justificadora de existência a proteção ao ser humano, sem distinção de qualquer natureza¹.

Estes direitos possuem titulares indeterminados, ou trans-individuais, ligados por circunstâncias de fato, que ultrapassam limites de

atuação pessoal, ou isoladamente considerados, atingindo dimensões indivisíveis, configurando bens de caráter coletivo, não possuindo, assim, um destinatário individuado ou específico.

A lesão de um destes bens acaba por constituir uma afronta à sociedade, inviabilizada qualquer determinação de número específico de vítimas ou lesionados.

Momento adequado para a diferenciação entre os interesses difusos e os coletivos.

Nos interesses difusos não existe relação jurídica que sustenta a interligação, mas uma situação de fato comum a todos os atingidos; envolve direito pertencente a toda a sociedade, mas a ninguém em específico, como a proteção ao ambiente.

Quando tratamos dos interesses coletivos, a determinação de seus destinatários pode ser realizada, já que existe relação jurídica entre os titulares ou entre estes e a parte contrária, mas sempre na forma de grupos sociais representativos como, por exemplo, sindicatos de categoria.

Assim, perduram em ambas as espécies de direitos, a característica de indivisibilidade do objeto protegido, mas no tocante aos interesses coletivos, esta característica fica restrita a grupo ou classe determinados, onde a lesão a um dos integrantes acaba por constituir lesão a todos indistintamente.

A proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais deve ter por base a tese de sua existência decorrer da necessidade de proteção ou preservação dos meios inerentes à sobrevivência da espécie humana e, em assim sendo, de

¹ Art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

proteção direta à vida e dignidade humana. Apesar de alguns doutrinadores apontarem falhas neste conceito².

Não há como sustentar a defesa e proteção destes bens, sem justificar sua finalidade: preservação da espécie humana e de uma vida “mais digna”.

Não reconhecer isto poderia indicar o reconhecimento de uma proteção de um Estado que acolhe o ambiente como bem jurídico prioritário, em relação à liberdade e aos direitos individuais dos seres humanos, com a justificativa de sua manutenção ser essencial à vida na Terra, mas não especificamente à vida humana.

A princípio, este pensamento não nos parece tão difícil de aceitar. Todavia, quando questionamos o próprio significado da existência de um Estado organizado, de regimes legais de vida em sociedade, e da própria sociedade civilizada, observamos que a segregação da liberdade e os direitos de alguns seres humanos, em razão da proteção ao ambiente, somente é justificada em razão deste ambiente ser essencial à manutenção de vida humana adequada e digna.

Assim, justificado o grande valor do questionamento sobre a eficácia dos meios de proteção destes direitos.

O delito de perigo abstrato, de potencialidade ofensiva questionada, e as reprimendas administrativas compartilham o mesmo espaço de proteção, mas com conseqüências sociais diferentes em seu âmbito de aplicação, atingindo liberdade individual e recursos financeiros de forma independente.

² SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Tradução de Manuel Cancio Mellá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 21.

Neste contexto, surge dúvida sobre qual destes meios de repressão produz maior eficácia para a proteção dos bens supra-individuais.

Não existe mais, na sociedade, a possibilidade ilimitada de utilizar os bens jurídicos ambientais.

A base de relações sociais alterou-se com a evolução do acesso a bens de consumo, em especial aos alimentos.

Perde-se, a cada dia, a ligação com as redes limitadas e de mútua confiança, baseadas nos pequenos produtores e distribuidores. Desaparecem a cada dia os pequenos fornecedores de carne, pão, verduras, dando lugar aos grandes centros distribuidores, supermercados, grandes magazines.

Este caráter, longe de ser questionado em seu valor positivo na evolução da sociedade, na verdade propicia uma nova vertente de proteção jurídica: a dos bens de massa.

A repressão a eventuais delitos decorrentes da distribuição ilegal e prejudicial de bens nestas redes, já não mais pode ser realizada através dos tipos penais individuais (ex. homicídio, lesão corporal), com apuração de responsabilidade objetiva.

Também a responsabilização administrativa não conseguiu atender a todas as relações estabelecidas, apesar de não poder ser afastada diante de sua eficácia, às vezes, muito maior que qualquer reprimenda penal individualizada.

Assim, a necessidade da tutela penal existe, mas sua prevalência sobre a eficácia da proteção administrativa, em alguns aspectos, não é verdadeira.

Os próprios exemplos decorrentes das infrações administrativas de trânsito, com punições de multa, obtendo muito maior eficácia preventiva e punitiva que a própria regulamentação penal, demonstram isto.

A disposição do artigo 51 do Código Penal, convertendo a pena de multa não paga em dívida ativa da Fazenda Pública, com cobrança nos termos da legislação de execução fiscal, questiona a efetividade da eficácia penal.

A interatividade entre institutos de âmbito administrativo e penal como, por exemplo, nas causas de extinção de punibilidade propostas nas legislações sobre sonegação fiscal, quando o acusado, realizando o pagamento do imposto devido, acaba por solucionar a problemática penal da reprimenda, extinguindo a punibilidade antes da denúncia, atingindo a satisfação do dano provocado.

Como então executar uma seleção e configuração de bens jurídicos coletivos que exigem proteção penal?

Através da ameaça (prevenção geral) de penas, do destaque a delitos de mera desobediência ou, ainda, da proteção a sentimentos coletivos de preservação ambiental e econômica, a manutenção do ambiente adequado de vida humana estaria assegurada?

Ora, a vertente da responsabilidade individual na violação destes bens jurídicos ainda é significativa.

Assim, em certo sentido, defender uma eventual redução da aplicação do Direito Penal aos delitos de resultado³ não parece conduzir à conclusão de se tratar de um fracasso, no objetivo de proteger bens jurídicos na sociedade moderna.

Na verdade, a execução de um Direito Penal mínimo ou, ainda de um Direito Penal como *ultima ratio* indica que soluções mais eficazes de proteção e manutenção dos bens jurídicos supra-individuais podem não estar nas

³ SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit. p. 33.

mãos dos legisladores penais, exigindo uma releitura do atual sistema regulador de condutas lesivas a esta espécie de bens jurídicos.

A abordagem não precipita à conclusão de inexistir responsabilidade individual ou coletiva, pelos resultados decorrentes da violação da preservação de bens supra-individuais.

O que se pretende é determinar que a adoção do Direito Penal só deva ocorrer quando alternativas de caráter administrativo ou civil, não sejam reprimenda suficientes à satisfação do dano, ou não atingirem seu fim como resposta social adequada.

A segurança social e o bem estar do cidadão é que se destacam como objetivos desta proteção, mas se a aplicação do Direito Penal for necessária, não se pode desconsiderar a responsabilização individuada do garantidor destes bens.

A imprudência do garantidor deve ser analisada sob o aspecto do conhecimento prévio de seu dever social, seja de proteger diretamente o bem de violadores (dever administrativo ou funcional), seja de não violar ele próprio a integridade destes bens (dever – supranacional - do cidadão proteger o meio que habita ou que usufrui).

No campo deste dever supranacional, os perigos nucleares, decorrentes principalmente da produção de detritos e sua dispersão, indicam a fragilidade do ambiente frente à modernidade dos meios de sustentação social. A intervenção do ser humano no ecossistema é justificável, mas necessita de limites.

A questão da defesa dos interesses da infância e juventude, também justifica esta discussão.

Cientes de que as formas de ação e culpabilidade podem ser consideradas semelhantes nas pessoas físicas e jurídicas, a impossibilidade de

punibilidade penal das últimas, nos termos da atual doutrina da culpabilidade e da individualização da pena, estimula a discussão sobre como estabelecer a proteção eficaz e a responsabilização adequada da pessoa jurídica.

Destaca-se a responsabilização de grupos diretivos ou representativos da pessoa jurídica, todavia enfrentando a problemática de decisões com formas diferenciadas de unanimidade ou maioria.

O direito analisa o problema, ainda, sob outro aspecto.

É a questão da responsabilidade por omissão.

A quem responsabilizar pela omissão na criação de medidas de prevenção a decisões que, por não serem unânimes, de acordo com o regulamento de determinada pessoa jurídica, impedem a retirada do mercado, por exemplo, de um produto lesivo à sociedade?⁴

A divisão de deveres ou responsabilidades passa pela definição da existência de um dano e sua autoria mediata, sendo sua solução, em um primeiro momento, a responsabilização daquele que, em última instância, tomou ou aceitou a decisão, e que podia impedi-la, e não daquele que esteve mais próximo do ato danoso, ou mesmo que o produziu materialmente.

São questões substantivas, que exigem discussão mais aprofundada.

As violações a direitos individuais que, na verdade, são punidos em virtude de atingirem entes sociais ou coletivos, como etnias, populações civis determinadas, grupos religiosos, também indica outro ponto do questionamento sobre como concretizar, materializar ou tipificar condutas que afrontam bens desta natureza.

⁴ HASSEMER, Winfried & CONDE, Francisco Muñoz. *La responsabilidad por el producto em derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 173.

Os Direitos Humanos, reconhecidos como bens supra-individuais, são resguardados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e assim assimilados constitucionalmente nos países signatários.

Assim, enfrentamos aqui, também, a responsabilidade penal individual quando das violações a estes direitos partem de um Estado ou de uma Administração Organizada.

O reconhecimento do requisito da ilicitude de atos que violem os parâmetros estabelecidos, em particular pelo direito internacional humanitário, proporcionaram o reconhecimento mundial de delitos que extrapolam limites territoriais e que, mesmo cometidos de forma individual ou contra uma vítima em especial, visam ou possibilitam atingir toda uma coletividade.

Assim, a proteção penal desta modalidade supra-individual de bem jurídico mantém a sistemática da preservação da vida digna do ser humano como bem hierarquicamente superior, em função do qual surgem as necessárias manutenções de tutelas de bens jurídicos sociais ou ambientais.

Responsabilidades inerentes a direitos considerados como naturais do homem acabam por remontar ao necessário conceito geral de dignidade humana, como conjunto de limites pessoais e sociais que impõe o respeito mútuo entre os indivíduos, opondo-se a interferências indevidas do Estado nas relações privadas, mas exigindo que o mesmo garanta o seu respeito atuando contra sua violação.

Esta atuação estende-se à proteção da dignidade da pessoa humana, como bem supra-individual garantido constitucionalmente⁵, na medida

⁵ Artigo 1º. da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

em que exige de todos o respeito ao fundamento do Estado Democrático de Direito, e por conseqüência aos direitos humanos.

Neste aspecto, a análise de efeitos jurídico-penais e necessidades adequadas de previsão penal de infrações transcende barreiras políticas, exigindo previsões que, mesmo que em legislações independentes, possibilitem a proteção adequada a estes bens.

Assim, existe uma latente necessidade de identificar as atuais conjunturas da proteção jurídica penal no Estado Social e Democrático de Direito, analisando as formas de eleição de bens jurídico-penais e sua relação com a própria teoria geral do delito, para uma abordagem sobre a atual definição de bens jurídicos universais, ou supra-individuais, dignos de proteção penal.

Os princípios orientadores desta modalidade de proteção penal e a formulação de tipos penais, especialmente tipos penais de perigo, enfrentam todo um posicionamento doutrinário pós-moderno, que vem questionando as funções do Direito Penal na proteção de bens jurídicos universais ou supra-individuais.

Este estudo acaba por encontrar alguns parâmetros de evolução que superam em muito a possibilidade de regulamentação de condutas.

A avaliação da viabilidade de execução e materialização de eventuais soluções penais reprovadoras apresenta um caminho novo e difícil de ser desenvolvido, com implicações práticas e teóricas que demandam discussões longe de serem concluídas.

Sob estes aspectos é que se justifica uma intervenção do pesquisador e estudioso do direito, no intuito de prover a sociedade de elementos de discussão passíveis de serem utilizados na busca de soluções mais adequadas a uma proteção eficaz dos bens jurídicos universais, difusos e coletivos, ou supra-individuais, produzindo novos espaços de discussão sobre o tema.

I - PROTEÇÃO JURÍDICA PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante da definição estabelecida a respeito dos valores e princípios instituidores do Estado Democrático de Direito, a questão envolvendo a própria existência do Direito Penal e sua missão neste modelo social de Estado, merece destaque, justificando a necessidade, mesmo que de forma minimizada, de intervenção do Estado na sociedade, em especial, no tocante à liberdade de seus integrantes.

Também é certo que a Lei não pode ser desconsiderada com relação à sua função de instrumento racionalizador da vontade do Estado, submetendo seus cidadãos à sua garantia, evitando a prevalência de um estado de guerra⁶.

Assim o respeito à lei, em um Estado Democrático de Direito, exige muito mais que uma orientação formalista de submissão do cidadão à força do Estado. Mais que isto, indica que o estabelecimento de pólos de controle social somente pode ser considerado como legítimo, em um Estado Democrático de Direito, na medida em que pressupõe ou espera que exista um preceito mínimo de respeito mútuo entre os integrantes desta sociedade.

⁶ BARRETO, Vicente. “Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito”. In: *Revista de Direito Administrativo*, volume 203 – janeiro/março, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, p. 20 e ss.

É este respeito mútuo que, quando violado, em não encontrando formas sociais de conciliação, exige um posicionamento institucionalizado que mantenha a segurança jurídica das relações sociais, sem violar orientações democráticas estabelecidas no modelo estatal.

Aliás, este modelo de proteção jurídica de caráter penal, não obstante a indispensável eleição de um processo legal de aplicação e desenvolvimento, exige para sua eficácia a adequação de preceitos orientadores e de meios de realização e execução a uma indiscutível realidade social evolutiva.

1. Estado de Direito e Estado Democrático de Direito

A democracia deve ser entendida como o conceito fundamental do Estado Democrático de Direito, na medida em que é materialização de valores necessários à convivência em sociedade, como a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana⁷.

Assim, quando a Constituição Federal afirma que o Brasil é um Estado Democrático de Direito⁸, não se trata apenas de um modelo legítimo instituído de acordo com o Direito em sua forma de ser e atuar, mas um Estado instaurado com base em valores sociais, decorrentes da livre manifestação popular, afastando-se concepções de formalismo meramente legal, para acolher princípios de justiça social. Um verdadeiro Estado de Direito e Justiça Social, como denomina Miguel Reale⁹.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 113.

⁸ Artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, 2ª. edição, São Paulo: , Editora Saraiva, 1999, p. 2.

Para identificarmos as origens do Estado de Direito devemos aceitá-lo como uma verdadeira delimitação regulamentadora de todas as funções do poder, como expressão ou representação dos interesses dos cidadãos¹⁰.

Evidencia-se que podemos atribuir a Emmanuel Kant a concepção primeira do Estado de Direito, com fundamento no jusnaturalismo iluminista, como ente que estabelece regras delimitadoras das condutas a serem seguidas pelo povo, para uma coexistência pacífica das liberdades individuais, que devem ser garantidas pela não interferência no seu desenvolvimento.

Trata-se do reconhecimento da liberdade na participação dos cidadãos na elaboração das normas diretivas, os quais prestam seu consentimento e disponibilizam sua confiança ao Estado representativo¹¹.

Existe neste conceito a identificação da situação jurídica dos cidadãos com princípios de liberdade, igualdade e independência, exclusivamente em decorrência da razão, definindo o Estado de Direito como um Estado da razão, permitindo uma coexistência livre por meio do direito, a seus membros, sempre em um caráter formal e racional, sem conteúdo político ou ideológico quanto ao direito de liberdade.

Todavia, a evolução destes conceitos acabou por culminar com um Estado ético, legitimado de forma absoluta, como um fim em si mesmo, com direitos supremos em relação a seus componentes, convertendo-se em um Estado de força. Limitado pelo poder do direito positivo e não mais pela razão, este Estado de força eliminou o jusnaturalismo de suas concepções e acolheu o

¹⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

¹¹ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, tradução Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1988.

formalismo positivista de Hans Kelsen¹², definindo-se como um Estado Liberal de Direito.

Uma nova concepção de Estado de Direito decorre então da insatisfação social com o Estado Liberal de Direito¹³, de características ligadas a um império da lei como conceito primário, emanado formalmente de representantes do povo, além de uma separação lógica, independente e harmônica de poderes que, sobretudo, estabelece e garante, apenas formalmente, direitos individuais, mas que se tornou ineficiente para a sociedade, na medida em que possibilitava conceituações formalistas e absolutas, indicando possibilidades totalitárias e ditatoriais de Estado¹⁴.

A identificação de um modelo formalista, de conteúdo rígido e legal, em uma concepção positivista de Estado de Direito, também pôde ser reconhecida nestes conceitos destituídos de conteúdos sociais, tornando o Estado Liberal de Direito um simples exemplo de regime legal, absoluto e centralizador de organização da sociedade.

O caráter abstencionista desta modalidade de Estado assegurava de forma individual a possibilidade de contestação do cidadão a um direito seu que fosse violado, mas sem qualquer intenção de conduzir ao reconhecimento de direitos e garantias individuais, já que estes eram apenas formalmente previstos, sem qualquer intenção de efetivá-los.

Bastava a esta modalidade de Estado que aqueles que tivessem condições materiais exercessem o acesso à Justiça, garantindo seus direitos¹⁵ e assegurando, desta forma, o princípio da legalidade, essência deste modelo.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, tradução J. Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado Editora, 1962, v. 1 e 2.

¹³ Modelo ideológico consagrado nos séculos XVIII e XIX.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 114.

¹⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 75.

A lei era sempre considerada de forma generalizada, decorrendo dela os fundamentos de liberdade, justiça e igualdade, mas sem qualquer base para sustentação em um caso em concreto.

Os esquemas rígidos decorrentes de uma legalidade formal e processual, em um império da lei, afastam deste Estado Liberal os desejados valores de justiça social, acolhendo simplesmente conceitos de justiça material definidos em seu sistema¹⁶.

Assim, o qualitativo “social” tornou-se exigência para uma adequação do modelo de Estado de Direito às necessidades da comunidade de verem satisfeitos ideais de paz e bem estar sociais, garantidores da vida humana, principalmente diante da degradação de qualidade desta vida, na sociedade do final do século XIX e início do século XX, com uma concentração de riquezas em face de uma enorme classe trabalhadora empobrecida e desempregada, fruto da revolução industrial.

A correção do individualismo, desejada com a instituição de uma nova forma de Estado de Direito que substituísse o Liberal, não foi suficientemente alcançada em razão das próprias distorções impostas ao conceito de social.

Este novo modelo, o Estado Social de Direito, acabou por assumir regimes antagônicos de governo, sob o equívoco de manter o social como qualificador do Estado e não do Direito, possibilitando o convívio sob o manto do Estado Social de Direito de sistemas ditadores de política de capital, neofascistas, por exemplo, na mesma medida de sistemas democráticos.

O modelo anterior liberal, de predomínio da legalidade de natureza formal e processual, é afastado pelo componente social, que impera de

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal – Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

forma absoluta, inclusive com um certo grau de desprezo ou distanciamento do elemento jurídico¹⁷.

A indicação de direitos econômicos e sociais, expressamente nas Cartas Constitucionais destes Estados Sociais de Direito, não é suficiente diante das interpretações contraditórias que o caráter social proporciona, tornando suspeita qualquer aceitação desta concepção de Estado.

A insegurança de seus componentes acaba por identificar no conceito de Estado Social de Direito, falhas que impedem sua consideração como eficaz aos reclamos de justiça social.

Assim, continuou faltando ao Estado de Direito um ingrediente fundamental, que justificasse todo o equilíbrio desejado pela sociedade, sem que pudéssemos supor que uma simples conjunção formal dos preceitos do Estado Liberal e do Estado Social fosse suficiente.

Esta posição é válida, já que a própria origem das duas modalidades de Estado de Direito, o Estado Liberal nasceu das lutas da burguesia contra o Estado e o Estado Social do enfrentamento da sociedade industrial contra este mesmo Estado, indica posições antagônicas de abstencionismo e intervencionismo.

Diante disto, é fácil reconhecer a necessidade de um Estado de Direito que, mesmo com um sistema rígido de legalidade, priorize os direitos, as liberdades e as garantias individuais, utilizando-se de políticas sociais, econômicas e culturais, na busca do respeito à personalidade individual, em uma concepção mais adequada de *Estado de Justiça*¹⁸.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões...*, p. 30.

¹⁸ Jorge de Figueiredo Dias deixa bem claro que, na definição destes conceitos de equilíbrio e justiça social, não se deve identificar um Estado de Juizes, antidemocrático e inaceitável, mas um Estado que prepondera por acolher preceitos de Justiça. In: *Questões Fundamentais do Direito Penal – Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 34, nota 21.

O componente democrático, ou de soberania popular, como garantia geral dos direitos do ser humano, qualifica o Estado que busca uma nova condição de promotor de justiça social, institucionalizando um poder popular, conservando a legalidade, mas agora diretamente destinada a princípios de igualdade e justiça individual.

A democracia, como conceito histórico, não deve ser considerada na formação do Estado de Direito como um elemento de natureza política, mas como uma reafirmação dos direitos e garantias individuais que, por meio da legalidade, o Estado institui atendendo à conquista da soberania popular. O poder exercido de forma indireta, mas sempre através e em proveito do povo.

Não se trata de reconhecer este componente democrático como uma ditadura das maiorias, mas o exercício do poder por meio de uma representação e participação jurídica popular.

Com o governo emanando do povo, a sociedade política no Estado Democrático de Direito exige uma constante busca de justiça social, não tolerando a desigualdade entre seus cidadãos, em uma universalização de prestações sociais; um processo dialético que, superando os demais modelos contrários ao seu sistema, incorpora novos valores enquanto vence obstáculos¹⁹, sem nunca alcançar uma concepção definitiva, o que, aliás, não deve ser o seu objetivo, já que não é um modelo rígido, mas sempre em evolução.

Constitui-se então um modelo de Estado, como entidade de variação constante, decorrente dos momentos históricos que a sociedade estiver vivenciando, do povo que integra esta mesma sociedade e, ainda, da posição global em que este Estado se encontrar.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 129.

O Estado não é mais visto de forma independente ou unitária, mas como realização material de ideais da sociedade.

Dentro destes conceitos os interesses defendidos pelo Estado Democrático de Direito podem ser identificados em três pontos fundamentais, os interesses públicos ou do próprio ente estatal, os interesses privados ou individuais e, por fim, os interesses coletivos, ou seja, dos grupos sociais identificados e formalizados na comunidade, com os mais variados objetivos econômicos, culturais, políticos²⁰.

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são consequência da própria soberania popular, na medida em que a lei é produto desta vontade geral, identificando direitos e garantias em um Estado livre composto de homens livres²¹. Deixa-se de lado um contexto de limite ao poder estatal de atuar, que os direitos fundamentais sempre expressaram, para a constituição de uma posição valorizada como instrumento político-jurídico de controle das próprias atividades do Estado.

Assim, este conteúdo democrático mantido sob a égide de dois princípios fundamentais, o primeiro de que o poder emana do povo, na forma da soberania popular, e em segundo, o da participação efetiva, direta ou indireta, do povo no poder, através de técnicas de eleição e representação popular, acaba por instituir valores diferenciados de igualdade e liberdade, afastando-se de uma idéia formalista e passando a um conjunto garantidor de direitos individuais, através da efetivação de direitos políticos, econômicos e sociais, que sustentam a

²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 1ª. edição, São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999, p. 28.

²¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 2ª. ed. Madrid: Technos, 1986.

manutenção da liberdade como revalidação do objetivo de justiça social, que é concretizado com a garantia destes valores²².

2. Constituição Federal, princípios informadores do Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a concretização do Estado Democrático de Direito, possui pressupostos normativos próprios que identificam e caracterizam o modelo vigente como uma democracia social, participativa e pluralista²³.

Social, na medida em que prevê valores de igualdade e liberdade no reconhecimento de seus cidadãos; participativa, quando adota modelos de participação coletiva do cidadão no exercício do poder, através da representação eletiva ou, ainda, através da participação direta na formação de atos de governo com a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito²⁴; e pluralista enquanto reconhecimento de uma sociedade heterogênea em sua composição, mas homogênea em direitos e garantias assegurados pelo Estado, aceitando o pluralismo político, social, partidário, econômico, cultural, ideológico.

Assim, na Constituição da República Federativa do Brasil ficou delimitado um modelo de Estado Democrático de Direito através da identificação de princípios orientadores de soberania popular, cidadania, garantia da dignidade da pessoa humana. Reconhecendo valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, acolhendo o pluralismo político e buscando justiça social por meio da liberdade e igualdade em sua constituição²⁵.

²² SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 132.

²³ *Ibid.*, p.145.

²⁴ Artigo 14, da Constituição da República Federativa do Brasil.

²⁵ Artigos 1º. e 3º., da Constituição da República Federativa do Brasil.

A questão da soberania, identificando a independência do povo e do Estado em relação a outros Estados, mais ainda, identificando uma individualidade cultural, política e social, representa uma das notas distintivas do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Neste mesmo sentido, a cidadania como valor jurídico-político de cada integrante do Estado brasileiro, assegura um conjunto de direitos e deveres, resguardados, em especial, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, acabando por expressar o conteúdo social e democrático dos preceitos constitucionalmente adotados no Brasil²⁶.

Esta cidadania, como referência do Estado Democrático de Direito no Brasil, serve de base para a fixação de regras de valoração definidas no texto constitucional, em especial o seu reconhecimento como ato de soberania popular, delimitado pelos direitos sociais e individuais previstos no texto constitucional, bem como pelos mecanismos disponíveis para a sua materialização²⁷.

Outra característica marcante do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade (democrática) ou da constitucionalidade, em sua essência, exige a subordinação dos integrantes do Estado ao regime regulador fundamental, expresso na Constituição, decorrência da soberania e realização popular, com objetivo de estabelecer o cumprimento dos valores democráticos exigidos para este Estado de Justiça, sem jamais se limitar a um conceito formal e estático de lei, mas, sobretudo, como exercício da função transformadora da sociedade, garantindo uma efetivação dos direitos e garantias estabelecidos, sob a égide de princípios informadores, mas decorrência de um processo legal e regular de criação²⁸.

²⁶ REALE, Miguel. *O Estado Democrático...*, p. 3.

²⁷ BARRETO, Vicente. "Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito"..., p. 19 e ss.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 121 e ss.

Além deste, podemos ilustrar a própria democracia como princípio informativo²⁹ de caráter social, participativo e pluralista do Estado brasileiro; o sistema garantidor dos direitos fundamentais de natureza individual, coletiva, social e cultural³⁰; o princípio da justiça social³¹, em um exercício da democracia econômica, social e cultural³²; os princípios da legalidade e da igualdade³³; o princípio da segurança jurídica³⁴; o princípio da independência de poderes³⁵.

É sob o manto desta discussão que o caráter social liberal da Constituição Brasileira, que preserva valores sociais e de livre iniciativa, sempre acaba por sujeitar-se ao princípio fundamental da liberdade individual, que assume sua maior expressão nos direitos humanos e, em especial, no valor representativo da pessoa humana.

²⁹ Artigo 1º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁰ Títulos II, VII e VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

³¹ Artigos 3º., 170, *caput*, e 193, da Constituição da República Federativa do Brasil.

³² Estes princípios são interpretados por José Afonso da Silva, tendo em vista o que J.J. Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional - 5ª. ed.*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 373 e ss. -, descreve como sendo princípios do Estado Democrático português. Como o próprio José Afonso da Silva descreve, trata-se de uma adaptação destes princípios ao modelo do Estado brasileiro. Deixa claro, todavia que no sistema brasileiro inexistente promessa de, como no Estado português, ocorrer uma transição para o socialismo “mediante a realização da democracia econômica, social e cultural”. Assim, afirma que o princípio da justiça social, que representa esta intenção portuguesa, não existe em sua plenitude no Brasil, visto que aqui apenas possibilita a realização tímida da democracia social e cultural, mas sem avanços significativos na democracia econômica. Este posicionamento, decorrente da interpretação literal ou, pelo menos, sistemática do texto constitucional brasileiro e português, não pode ser acolhido pela própria natureza do Estado Democrático de Direito que o Brasil assimilou. Com características próprias, mas em constante mudança, o sistema brasileiro realmente não realiza promessas de evolução socialista, até porque demonstra um caráter social liberal que jamais admitiria um conflito com a livre iniciativa, ligada à liberdade do homem enquanto integrante da sociedade. Todavia, este modelo de valores sociais dominantes atinge objetivos de justiça social, sob a égide da legalidade é evidente, não se afastando de uma adaptação aos reclamos da sociedade que soberanamente mantém sua existência, possibilitando, mesmo em sua condição rígida de regramentos (a Constituição de 1988, mantém esta característica, demonstrada por exigências como a prevista no artigo 60 da C.F.) uma integração, através de processos interpretativos e regulamentadores, às necessidades sociais, econômicas e culturais que a evolução das condições de vida de seus cidadãos exigem, como é o caso da previsão dos direitos do consumidor, por exemplo. Fique claro que, em momento algum esta percepção do modelo de Estado Democrático de Direito, adotado no Brasil, pretende sustentar ou indicar alterações dos princípios básicos orientadores deste ideal de Estado, mas, antes de tudo, justificar que estes valores fundamentais são cumpridos em razão da sua prevalência nos conflitos ideológicos existentes em um Estado Livre e Democrático.

³³ Artigo 5º., *caput*, I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁴ Artigo 5º., XXXVI e LXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil

³⁵ Artigo 2º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

Valor este que assume forma com a consciência sobre a personalidade que o homem adquire em razão de reconhecer o valor da pessoa humana como condição pré-existente, ou seja, da própria natureza do homem³⁶.

Trata-se de valor imposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil. Fundamento do Estado Democrático de Direito, expresso no princípio da dignidade da pessoa humana.

Estabelece este princípio, base de todos os direitos humanos previstos, a conexão entre o ser humano e suas ações como integrante da sociedade, independentemente de quaisquer atributos de ordem pessoal, como função, título ou cargo³⁷.

A concretização deste princípio decorre da própria condição de inter-relacionamento que a sociedade proporciona aos seus integrantes, pautando-se pela ética comportamental, bem como pela intervenção do Estado, somente como última opção, quando necessária para a preservação e respeito à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, como princípio orientador, exige um reconhecimento mútuo de direitos e deveres dos cidadãos e do Estado, acolhendo um conceito ético-jurídico que a define como fruto das experiências históricas do ser humano que conduziram à segregação de seus direitos fundamentais e, via de consequência, à dimensão dos valores essenciais à concretização destes direitos na sociedade³⁸.

A sua condição como valor inerente à própria natureza do ser humano identifica a dignidade como princípio absoluto, informador de todos os

³⁶ REALE, Miguel. *O Estado Democrático...*, p. 106.

³⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. "Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito". In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*, São Paulo: Editora Método, 2001, p. 74.

³⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 48 e ss.

demais princípios instrutores do Estado Democrático de Direito, não podendo, mesmo a título de argumentação, ser afastado com a justificativa de garantir outro direito constitucionalmente previsto, já que este também decorre, em sua essência, do supraprincípio³⁹ da dignidade da pessoa humana.

Cuida-se, assim, de um reconhecimento constitucional de limites de esfera de proteção e intervenção do Estado na vida do cidadão, no âmbito do poder de punir do Estado, determinando sua função judicial como expressão relevante para conhecimento do alcance de direitos.

Assim o Estado Democrático de Direito não se satisfaz com uma pura e simples interpretação a partir de uma norma, mas depende do reconhecimento de direitos fundamentais que, preservando a dignidade da pessoa humana, com interferência imediata nas esferas jurídicas, permitem a realização destas pessoas, através de garantias estabelecidas apenas em razão do nexo que possuem com estes direitos⁴⁰.

Esta dignidade é inviolável e pressupõe direitos e garantias fundamentais que estão acima de quaisquer ideologias políticas e, de certa maneira, acima da própria Constituição apenas presente em sua redação em decorrência do reconhecimento do constituinte sobre sua existência⁴¹.

Como valor supremo, a dignidade da pessoa humana assimila o conteúdo de todos os denominados direitos fundamentais de ordem pessoal, física e moral, social e, inclusive, econômica, definindo-se por características de autonomia e especificidade inerentes ao próprio homem em razão de sua simples pessoalidade.

³⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional...*, p.50

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2ª. edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 89.

⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Poder Constituinte*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Trata-se então de fonte de todos os direitos humanos, representando o limite de interferência que o próprio ser permite ao outro, em seu inter-relacionamento social, priorizando o seu cumprimento como responsabilidade pessoal de cada integrante da sociedade, exigindo a participação efetiva e concreta de cada um para o desenvolvimento social, de acordo com os valores definidos pelo próprio grupo⁴².

Para identificarmos o significado deste princípio, necessária a consideração da pessoa com base no seu mundo de vida, interpretando os direitos fundamentais de acordo com a valoração que cada um atribui em razão do grupo social em que vive, respeitada a valoração das minorias, pretendendo a adoção de uma igualdade na medida de suas desigualdades.

Podemos considerar a dignidade da pessoa como um personalismo ético, atribuindo ao ser humano um valor em si mesmo, a ser respeitado por todos os outros na sociedade, sem prejuízo à sua existência, da mesma forma em que este está obrigado em relação a todos os demais. Um respeito mútuo em uma comunidade jurídica de convivência, composta por uma reciprocidade de direitos e deveres que compõe esta relação jurídica fundamental⁴³.

Desta forma, a condenação jurídica, decorrente da violação de norma limitadora social e historicamente aceita, jamais será sinônimo de restrição, perda ou subtração do respeito à dignidade do ser humano.

O princípio supremo não fica sujeito à voluntariedade ou arbitrariedade da repressão estatal, limitando-se o poder de intervenção no Estado, impedindo quaisquer medidas que expropriem a condição de dignidade do ser humano, que é de sua própria essência.

⁴² CAMARGO, Antonio Luis Chaves. "Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito"..., p. 74.

⁴³ LARENZ, Karl. *Derecho Civil parte general*, tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picave, Madrid: Ed. Edersa, 1978, p. 44/46.

Assim, o homem, por sua própria condição como ser provido de inteligência e com autonomia para o exercício de sua liberdade, se destaca como pessoa diferenciada de todos os seres irracionais, independentemente de sua condição social, raça ou crença, mas tão somente por existir como ser com domínio de sua própria existência⁴⁴.

A própria questão da contraposição ou do conflito de valores, em especial quando falamos de direitos fundamentais envolvendo a dignidade da pessoa humana e outro direito fundamental, acaba por conduzir a uma tormentosa discussão.

É que, apesar das considerações a respeito do direito à vida, sempre defendida como valor fundamental ou primário, é certo que a ponderação de valores entre a sua prevalência e a prevalência do direito à dignidade⁴⁵, acolhe posições antagônicas que exigem um questionamento profundo quanto à própria natureza dos conceitos biológicos e éticos de vida, sempre tendo por orientação a discussão sobre a possibilidade da existência de vida sem dignidade⁴⁶.

Para solucionar esta situação é necessário que a Constituição Brasileira não seja interpretada de forma clássica, simplesmente sobre a figura da limitação dos poderes do Estado em face dos direitos dos cidadãos, mas como forma de regulação de entidades coletivas, que desenvolvem atividades políticas e econômicas visando uma satisfação de interesses coletivos e, por consequência, também atingindo os interesses individuais e públicos.

⁴⁴ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 27/28.

⁴⁵ Willis Santiago Guerra Filho, trata do tema e da consequente aplicação a estas hipóteses do princípio da proporcionalidade in *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 1ª. edição, São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.

⁴⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional...*, p. 52.

Problema este que não exige uma exaustiva regulamentação de condutas no campo do legislativo e do executivo, mas um deslocamento do centro de decisões para o campo do judiciário⁴⁷.

Sem aprofundar ou estabelecer uma posição a respeito do assunto que, ademais, não aponta até o momento para uma prevalência, já que os valores em conflito são considerados como essenciais ao próprio Estado Democrático de Direito, deve-se, por fim, reconhecer que toda a Constituição exige então um método de interpretação próprio que leve em conta normas positivamente definidas, mas analisadas sob a ótica dos valores democráticos defendidos neste Estado, estabelecendo uma relação entre seus princípios orientadores e as práticas constitucionais que possibilitam sua materialização⁴⁸.

3. A missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Definir a missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, em verdade, está muito mais para estimular críticas à sua atual situação do que, propriamente, esperar que seus objetivos sejam aceitos, compreendidos e implementados, em uma sociedade que define o Direito Penal como uma amarga necessidade em função da imperfeição de seus cidadãos.

Importante reconhecer que, na verdade, o Direito Penal tem uma função predominantemente voltada a assegurar a existência de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, muito mais que simplesmente regular condutas e aplicar sanções.

⁴⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional...*, p. 29.

⁴⁸ BARRETO, Vicente. "Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito"..., p. 14 e ss.

Sua característica marcante está na função de validação ou revalidação de bens jurídicos eleitos pela sociedade, frente às diretrizes orientadoras de um Estado Social e Democrático de Direito. Alias, tal característica reforça seu caráter indiscutível de última alternativa legal – *ultima ratio*, quando nenhuma outra forma de solução de conflitos, formal ou informal, acaba por satisfazer uma questão.

A restrição do Direito Penal aos princípios regentes do Estado Democrático de Direito, assegura que sua existência seja definida com base na estabilidade social que visa manter e não, propriamente, em uma demonstração de força ou de controle social do Estado.

O Direito Penal moderno, nesta concepção de Estado, deve acabar por afastar-se de sua condição meramente formal, legalista, para estimular outras opções de solução de conflitos, com uma maior tendência à inércia do Estado intervencionista, implementando uma política de solução social alternativa como prioritária.

Para reconhecer que não podemos aceitar afirmações de fracasso dos meios de controle social informal com o fim de obter, como regra geral, o controle social institucionalizado, é que a intervenção do Direito Penal no Estado Democrático de Direito deve ser definida como mecanismo estimulante do cumprimento dos princípios orientadores desta organização política e social, mas exclusivamente quando os meios sociais de solução de conflitos não mais surtirem os efeitos desejados.

Assim, sua função deve ser inteiramente orientada pelos princípios que regulam o Estado Democrático de Direito, administrando atividades que este define como passíveis de um controle social institucionalizado, por força da

legalidade⁴⁹, mas sem perder de vista diretrizes de mínima intervenção, proteção à dignidade da pessoa humana⁵⁰, à liberdade, à igualdade, respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido⁵¹, exemplos constitucionais destes princípios reguladores, estipulados como valores socialmente vigentes.

Diante destas concepções, lembramos que Claus Roxin afirma que o Direito Penal deve atender, de forma simultânea, a uma função limitadora do poder intervencionista do Estado na sociedade, bem como combater aquelas condutas que este mesmo Estado define como inadequadas ou, melhor dizendo, como violações a garantias institucionais⁵².

Assim, teríamos a missão do Direito Penal como a proteção e afirmação da vigência de bens jurídicos, eleitos pela sociedade de determinada época.

Para melhor delinear a missão do Direito Penal, importante uma análise sobre as próprias orientações do modelo de Estado Democrático de Direito em que ele deve atuar.

3.1. Sistema penal brasileiro e o sistema fechado

Uma abordagem moderna do Direito Penal só será possível se considerarmos uma evolução contínua do sistema fechado para um sistema aberto.

⁴⁹ Artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵⁰ Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵¹ Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵² ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, traduções de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo, 3ª. edição, Lisboa: Vega Universidade/Direito e Ciência Jurídica, 1988, p. 76.

O atual sistema fechado com fundamento no positivismo jurídico da dogmática penal, que adota a interpretação literal da norma como limite de sua aplicabilidade, reportando suas decisões a uma postura pré-determinada com base em argumentação de autoridade e imposição de decisões anteriores no mesmo sentido, bloqueia a evolução social do sistema, o mantendo estático e sem sentido.

No sistema acolhido pelo campo jurídico brasileiro, a submissão do fato ao texto legal é considerada como constatação de eficácia do último, limitando as construções jurídicas através do sentido da lei.

A lei surge como meio técnico que acaba contribuindo de forma limitada para o jurista na solução dos conflitos sociais, já que sua aplicação decorre simplesmente de uma interpretação de seus termos como suficiente para obtenção de soluções, em uma lógica formal de apresentação prévia de decisões.

Dentro de uma dogmática positiva encontramos o direito aplicável como mero procedimento dedutivo, sem consideração de fatores subjetivos de análise do jurista, o que deveria ser entendido como superado para os padrões que a atual sociedade exige do Direito Penal.

O Estado Democrático de Direito não mais pode aceitar a concepção positivista de que a idéia de justiça, como fim último do direito, seja afastada.

Imputar um sistema rígido de leis, como orientação básica para a aplicação do direito, através da observação estática dos fatos sociais, aplicando a lei como mera reação, não mais supre a necessidade social.

O delito como efeito de fatores psicológicos, físicos e sociais, sujeito a uma reação própria de defesa social, constituída pela pena, sem

influências éticas, mas apenas orientada pelo legislador e aplicada pelo juízo, não satisfaz os desejos de justiça social.

Considerar a norma como expressão de experiência concreta do direito, pretendendo refletir e alcançar, de forma certa e segura, o que a vida social apresenta, ordenando e corrigindo condutas de acordo com valores pré-determinados, instaurando-se como medida de ordem, ato de decisão, buscando responder ao já experimentado, em uma qualidade científica abstrata, rígida e estritamente científica, demonstra o caráter fechado de operação do sistema jurídico positivo.

A sociedade brasileira, em seus mais diversos segmentos⁵³ reconhece que este sistema fechado de dogmas impede posturas discrepantes de um princípio de autoridade imposto pela lei, que elegeu valores pré-determinados e imutáveis de orientação e, assim, por mais amplo que possamos entender um espaço de intervenção interpretativa da lei, com conceitos elevados e construções jurídicas diferenciadas, a matéria regulada por lei permanece longe de ser abstraída ou discutida, impedindo uma integração do sistema a uma realidade evolutiva social.

A adoção de um sistema aberto, norteado pelos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito⁵⁴, possibilitando a discussão do próprio sistema penal, quando da análise do fato violador das orientações sociais, adequaria este mesmo sistema a uma solução político-criminal. Assim, impor-se-

⁵³ O artigo de Carlos Alberto Di Franco, jornalista e professor, representante da Faculdade de Comunicação da Universidade de Navarra no Brasil, destaca de forma clara este inconformismo social: “O **formalismo jurídico**, marcado pela pura e simples aplicação das leis, não tem conseguido enfrentar problemas que ultrapassam as balizas fixadas pelo **positivismo** que está por baixo de inúmeras decisões. Será que o Judiciário, refém de uma estrutura obsoleta e morosa, está em condições de responder ao desafio dos novos **crimes ecológicos, da delinqüência infanto-juvenil**, dos escândalos políticos, do financiamento ilegal de partidos, etc.? Penso que não” (grifos nossos). In: “Dossiê, imprensa e Judiciário”, *O Estado de São Paulo*, caderno 1, São Paulo: 17 de janeiro de 2.005, p. 2.

ia uma resposta penal adequada e proporcional a cada caso individuado, demonstrando uma solução viável na busca da proteção dos bens juridicamente relevantes.

Como define Antonio Luis Chaves Camargo⁵⁵, o sistema fechado, apoiado em um número limitado de fórmulas (axiomas), precursoras de todos os enunciados através da “lógica dedutiva”, criou um modelo de ordenamento prévio, obrigando nossa mente a acolher condutas e pensamento de acordo com este ordenamento criado, limitando conceitos e posicionando um pragmatismo sistemático em ordenamento jurídico organizado em forma de pirâmide, partindo de uma interpretação da norma pré-posta, na qual a doutrina e a jurisprudência se sustentam, mas sem encontrar soluções para problemas atuais mais complexos, visto que soluções predeterminadas em uma base valorativa imutável são escassas, já que o pensamento jurídico ocorre fora dos limites de uma lógica formal, não sendo suficiente a simples automação da função dos juristas à tomada uma premissa maior, a lei, com a subsunção de uma premissa menor, o fato, a ela, para extrair-se uma solução coerente e ordenada.

Este modelo fechado tende a uma única consideração de superação, diante da complexidade que com que a sociedade atual nos proporciona problemas ou conflitos, aos quais o número limitado de dogmas, ou de conceitos prévios imutáveis, não permite ao Direito Penal assimilar variações históricas sociais evolutivas.⁵⁶

⁵⁴ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*, São Paulo: Cultural Paulista, 2.001, p. 125.

⁵⁵ Idem, *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*, São Paulo: Cultural Paulista, 2.002, p. 22 e ss.

⁵⁶ Ibid., p. 25.

3.2. Argumentação sobre a construção jurídico-dogmática de um sistema aberto

O reconhecimento da necessidade de uma reformulação do sistema jurídico-dogmático penal brasileiro, com a adoção de uma modalidade de tipos abertos, passa pela por uma indispensável identificação do significado deste novo conceito jurídico, fruto do pensamento finalista de Hans Welzel⁵⁷.

Seguindo as diretrizes construtivas de um sistema dogmático da teoria do delito, eleitos os parâmetros de Jesús Maria Silva Sanchez⁵⁸, esta organização exigiria três fases de evolução.

Em um primeiro momento, ou primeira fase, seriam eleitas as premissas valorativas que serviriam de orientação ao sistema, bem como elaborado o conteúdo de todas as categorias básicas do mesmo. Com base nestas premissas, descartando-se a possibilidade de uma construção tão somente a partir de leis ou de estruturas lógico-objetivas, por exemplo, teríamos a elaboração de um sistema penal tomando-se por base a discussão sobre os fins da pena, a qual seria eleita como critério de referência para o próprio sistema.

Na hipótese de um sistema aberto, este primeiro nível exigiria uma eleição de premissas valorativas, que serviriam de base para a construção do sistema, possibilitando ao jurista operar em um panorama sem controle excessivamente rígido, que poderia ser limitado ou, melhor dizendo, direcionado, pelo conjunto de postulados político-criminais eleitos pela Constituição, sem

⁵⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*, tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992, p. 172 e ss.

valores absolutos, mas com referências básicas, dentre as quais poderíamos destacar os direitos humanos fundamentais⁵⁹.

Neste primeiro ponto, ter-se-ia ampla liberdade na eleição de premissas, com tomada de valores sem referência político-criminal direta, mas direcionados a atender aos fins eleitos para o Direito Penal, considerando que as categorias de um sistema dogmático do delito, seriam instrumentos para realização destes fins.

Um segundo nível passaria pela construção de conceitos e “categorias de abstração média”, representadas pelo erro e o dolo, pela participação e a autoria, pela culpa e o dolo, pelas excludentes e o dolo, dentre outras, assim definidas como uma análise lingüística (semântica e gramatical), de preceitos legais.

E, por fim, um terceiro nível, sustentado pelas bases estabelecidas nos dois níveis anteriores, definido este pela fundamentação na adoção de soluções relacionadas a conceitos e estruturas problemáticas, com argumentos de coerência interna, baseados em um novo sistema dogmático aplicado aos tipos penais, e as conseqüências intra-sistemáticas de determinado princípio orientador deste sistema no caso em concreto.

Em fim, teríamos um sistema orientado pelos fins a que se destina o Direito Penal, concretizado através de premissas valorativas que, transmitidas a enunciados penais estabelecidos por categorias, através de uma denominada “derivação razoável”,⁶⁰ consistente na compatibilidade destes enunciados com valorações correspondentes estabelecidas no primeiro nível construtivo,

⁵⁹ Esta observação se faz com consciência do perigo da eleição de conceitos (princípios) absolutos ou imutáveis, talvez até de caráter utilitarista-preventivo. Tal eleição, todavia, sempre exigirá um questionamento de legalidade e legitimidade, sujeito à desconsideração de conceitos rígidos ou radicais que violem as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 174 e 175.

atribuiria a determinada categoria congregadora de enunciados uma concepção valorativa.

Poderíamos resumir, segundo esta posição argumentativa⁶¹, respeitada a complexidade do tema não esgotado neste momento, bem como outras possíveis alternativas de construção lógico-jurídica, que:

1. Teríamos um primeiro controle decorrente de uma análise sistemática dos preceitos legais que atingem um determinado conceito, levando-se em conta uma interpretação segundo a Constituição, que seria um ponto inicial para várias soluções possíveis, sem incidência concreta em níveis mais específicos ou mais restritos, não havendo uma argumentação direta dela sobre os níveis inferiores supramencionados;

2. Um controle sobre os limites ontológicos de adoção de premissas valorativas do sistema definidas como referência, em conformidade com a realidade em análise, proporcionando a construção sistemática de acordo com as investigações empíricas em curso;

3. Também, e agora, um uso correto da linguagem na definição das regras de controle, que possam atender satisfatoriamente às necessidades decorrentes das conseqüências extra-sistemáticas que a política-criminal possa produzir;

4. A coerência interna de uma determinada solução adotada dentre as existentes, de forma generalizada, no sistema dogmático construído;

5. E, por fim, um último ponto de controle, representado pelas soluções ou conseqüências político criminais intra-sistemáticas, decorrentes do enunciado adotado em relação a outros princípios ou marcos orientadores genéricos, proporcionando uma coerência interna entre o sistema dogmático criado e as conseqüências que este mesmo sistema produz.

Apesar desta proposta, é importante ressaltar que, qualquer que seja a opção construtiva adotada para um sistema aberto, a coerência sistemática, ou seja, a eleição de um critério solucionador ou de conseqüências, nunca é definitiva, devendo sempre ser considerada a possibilidade de ocorrer uma necessária modificação do próprio sistema, para sanar uma imperfeição nele existente ou criada a partir de uma nova realidade social, modificando-o para adaptá-lo satisfatoriamente à solução dos conflitos postos em questionamento.

Assim teríamos sempre uma categoria valorativa que integra o sistema em análise, concretizando-se com a definição de conflitos que, proporcionando uma abertura do sistema, com a concepção ou o acolhimento de novos conceitos, possibilitaria a modificação daqueles anteriormente adotados, o que não impediria a ciência jurídico-penal de acompanhar a evolução da sociedade.⁶²

Em definitivo surge uma modalidade mais adequada de legitimar a existência do Direito Penal, como também de proporcionar a consecução dos fins aos quais, em tese, este se destina.

Evidentemente que esta oposição argumentativa não esgota a matéria, nem tão pouco atende a todas as questões envolvendo a criação de um sistema valorativo. A discussão que se pretende estabelecer, na verdade, justifica-se como mais uma preliminar para a compreensão de um Direito Penal que vem fundamentado muito mais nos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, do que na própria norma infraconstitucional, ora superada em vários termos com a nova realidade social que diariamente se opera.

Ademais, saliente-se, a própria construção de tipos penais abertos, neutros, sujeitos à atribuição valorativa, definem a real necessidade de uma

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 176 e 177.

⁶² CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas...*, p. 28.

interpretação socialmente contextualizada, onde são analisados os elementos de fato realizados dentro de um determinado contexto social, para só então tornar possível uma valoração dos mesmos segundo o direito, em especial quanto a uma norma proibitiva “incompleta” – o tipo penal aberto - que acaba por ser perfeita através de um “juízo axiológico autônomo”⁶³, que deve ser produzido pelo julgador.

Assim, para a visualização do novo sentido delineado para o Direito Penal e sua forma de execução, em especial quanto à proteção de bens jurídicos supra-individuais ou universais, é importante ressaltar que a adoção e a expansão de conceitos orientadores é indispensável à concretização de uma plena eficácia na sociedade atual. E isto um sistema aberto proporciona.

Em sua concepção como estudo dogmático jurídico penal, o sistema aberto acaba por interagir com os demais ramos da ciência⁶⁴, assumindo fundamentos filosóficos e sociológicos, além da lingüística, lógica e psicologia, dentre outros, em uma interdisciplinaridade jurídica que busca atender às diversidades valorativas regionais de um país continental, sem mais aceitar a aplicação de um conteúdo “semântico apriorístico, universal e global”⁶⁵.

Como relaciona Antonio Luis Chaves Camargo⁶⁶, esta proposta de sistema dinâmico e evolutivo exige do intérprete, dentre outras coisas, que além da interpretação gramatical, histórica ou jurisprudencial, atendendo à finalidade criadora do sistema, preencha espaços, lacunas, deixadas voluntariamente pelo legislador, através de valores diversos, estabelecidos cada qual no contexto social em que se operou o fato que será objeto de análise, adequando os termos da lei às situações para as quais se busca a reprovação, podendo chegar a

⁶³JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte general; fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 196 e ss.

⁶⁴CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas...*, p. 171.

⁶⁵Ibid., p.179

aplicações proporcionais mais adequadas de uma pena ou, até mesmo, a uma descriminalização de condutas, quando consideradas irrelevantes para determinado grupo social. Tal posição retira o interprete de uma inadequada submissão às normas genéricas, obrigando-o a satisfazer, com a realidade social atual, a generalidade e abstração das normas jurídicas.

Não são abandonados os critérios dogmáticos legais de referência, mas, na verdade, são estes adequados à análise da relevância penal dos fatos investigados e submetidos à aplicação da norma.

Temos, então, uma atualização constante da norma, com a adaptação de referenciais dogmáticos a categorias valorativas sempre em evolução, permitindo assim que novos conceitos sejam estabelecidos a partir de soluções de conflitos sociais, com a aplicação de conhecimentos científicos decorrentes de outros ramos do saber, estabelecendo-se princípios de política criminal no momento da norma penal ao caso em concreto⁶⁷.

3.3. O bem jurídico como limite ao direito de punir do Estado e as funções empíricas do Direito Penal Contemporâneo

A existência de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos justifica a exigência de uma resposta limitadora ao poder de punir do Estado.

Não obstante o reconhecimento da indispensabilidade de um novo sistema jurídico penal, a realidade atual da ciência penal clama por soluções para a antinomia que se estabelece entre a interferência na vida privada, com a

⁶⁶ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas...*, p.179.

⁶⁷ *Ibid.*, p.190

restrição da liberdade do cidadão e, por consequência, as garantias que o mesmo Estado persecutor disponibiliza para os direitos individuais.

A compensação de culpas não é nem nunca foi suficiente a individualizar uma pena.

A retribuição penal, como finalidade atribuída à atuação do Estado na aplicação da pena, também não satisfaz os critérios indispensáveis à delimitação do poder de punir do Estado.

Critérios totalitários ou absolutistas outros que, da mesma forma, esperam encontrar na pena “um fim em si mesma”, sequer tocam as arestas dos necessários limites ao poder de punir do Estado, não conseguindo satisfazer os interesses da sociedade.

Acreditando que não existe poder de punir legítimo sem limitações claras e precisas de seu campo de atuação, segundo a moderna ótica do Estado Democrático de Direito, os princípios informadores e os conceitos de política criminal deste modelo jurídico, como justificadores de uma política de penas, se apresenta como alternativa responsável ao limite ao poder de punir do Estado.⁶⁸

Desta forma, reconhecer o bem jurídico como limite ao direito de punir do Estado é indicar que uma atuação repressiva na sociedade deve estar sempre limitada às necessidades surgidas de conflitos sociais estabelecidos e não resolvidos. Válida, então, a afirmativa de que a concretização de um sistema valorativo de normas é muito mais adequada socialmente.

No âmbito da Proteção Jurídica Penal, verifica-se que este limite de atuação deve pautar-se pela intervenção mínima.

Todavia esta intervenção mínima exige orientação, que só acaba por ser satisfeita através da adoção de limites derivados do próprio Estado

Democrático de Direito, relacionados intimamente com bens jurídicos protegidos, eleitos segundo um critério científico-social de um modelo jurídico penal dinâmico.

Uma constante revisão de todo o processo de persecução penal e do modo de intervenção do Direito Penal na sociedade, segundo o princípio da proporcionalidade⁶⁹, ou seja, da adequação da reprimenda penal a cada caso, analisado de forma singular e individualizada, é pressuposto para a existência e manutenção deste modelo jurídico penal dinâmico.

Assim, claramente concretiza-se a já declarada missão do Direito Penal, no moderno Estado Democrático de Direito, de revalidação e reafirmação de bens jurídicos, eleitos segundo este critério científico-social.

Aliás, a própria reafirmação do sistema jurídico penal acaba por depender da revalidação ou confirmação de conceitos e valores sociais de época, determinantes do critério científico-social de eleição de bens penalmente protegidos, apesar da natural dificuldade técnica na delimitação destes conceitos e valores.

Certos, também, que para a definição destes bens jurídicos é preciso passar pelo estabelecimento de um discurso jurídico, uma comunicação seletiva de valores, em um determinado grupo social, estabelecendo referenciais próprios, criando conceitos valorativos sincrônicos⁷⁰. Só assim surgem os bens juridicamente protegidos.

Estes bens, produto de uma eleição consensual de valores penalmente protegidos, indicam o delito como sendo um dissenso, uma violação do discurso jurídico estabelecido em determinado grupo social.

⁶⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade...*, p. 217 e ss.

⁶⁹ *Ibid.*, p.43 e ss.

⁷⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas...*, p. 172.

Daí porque da reprovação, através da persecução penal, a esta violação de valores, com o intuito de reafirmação dos bens jurídicos eleitos em um determinado grupo social, destaca-se em relação aos demais elementos dogmáticos de sustentação da eficácia do Direito Penal.

Assim, impõe-se o bem jurídico como limite à aplicação do *ius puniendi* do Estado como maior expressão da própria finalidade do Direito Penal, qual seja, a exclusiva proteção de bens jurídicos⁷¹.

Um pensamento político-criminal, de natureza global, acaba por posicionar o uso mais restritivo do Direito Penal como meta. O Direito Penal só deve ser acionado quando de todo necessário e, assim, quando exigido na proteção de bens jurídicos⁷². Certos de que nem todo o bem jurídico exige a proteção penal; nem todo o bem jurídico social deve ser considerado como bem jurídico penal.

Ademais, em termos descritivos, deve o Direito Penal dirigir-se a atingir determinados fins, realizando algumas funções suficientes a reconhecer sua legitimação perante a sociedade.

Um primado destas funções, que pode ser conceituado e reconhecido quando da relação do Direito Penal com a sociedade como um todo⁷³ merece destaque como objeto desta assertiva conjuntural⁷⁴.

⁷¹ Neste sentido a doutrina tem declinado orientações lingüísticas específicas para explicar que, sob aspectos terminológicos, quando queremos fazer referências à finalidade ou às metas relacionadas às conseqüências desejadas, devemos utilizar a expressão *missão*, sendo que *função* deverá referir-se a conseqüências não desejadas mais reais. In: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 99.

⁷² MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994, p. 159 e ss.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 299 e ss.

⁷⁴ Tal consideração não pretende afastar outros elementos empíricos de realização ou pretensão do Direito Penal, como a prevenção especial e por conseqüência a repressão, através da aplicação das reprimendas e seu caráter ressocializador, além da denominada *função de reforço* que se refere ao “etiquetamento” produzido pela própria persecução penal, onde vale destaque, no modelo brasileiro, o instituto do *indiciamento*, que leva a uma “marginalização” social, às vezes, sem precedentes.

Trata-se de uma perspectiva empírica do Direito Penal quanto às suas funções em um contexto social.

Podemos definir como uma destas a função ético-social ou de configuração de costumes sociais, indicadora de um conceito de legitimação moral das relações jurídicas do Direito Penal.

Originada da estreita relação estabelecida entre a matéria penal e os valores éticos fundamentais, pretende o reconhecimento da integração de um “mínimo ético”⁷⁵ de consenso social à própria estrutura do Direito Penal, decorrente das profundas convicções em geral compartilhadas pelos integrantes de um mesmo grupo.

Isto quer dizer que, além de o Direito Penal pretender determinar o comportamento externo dos integrantes da sociedade, possui este, também, um caráter interno de conscientização destes mesmos integrantes, propiciando fenômenos de adesão e fidelidade às suas delimitações legais, independentemente da eficácia da aplicação da norma que, em ocorrendo, só desponta como reforço à manutenção destas mesmas influências moralizadoras.

Com a separação entre a Moral e o Direito Penal, este novo sentido adquirido pela função ético-social somente exige uma comprovação sobre o caráter legitimador, visto que, praticamente indiscutível sua concretização no Direito Penal atual, seja reforçando valores sociais adquiridos pelos indivíduos no convívio em comunidade, seja em uma função estabilizadora que pretende estender seus efeitos à própria aceitação de normas penais, como expressão de reprovação moral-social a determinados comportamentos.

O exercício desta função ético-social do Direito Penal, por parte do Estado, exige do ente jurídico um exercício de fomento de valores ético-

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 300.

sociais de ação, em uma função educativa⁷⁶ dos cidadãos, inculcando ações internas favoráveis aos valores estabelecidos como adequados para o Direito, já que nenhuma sociedade pode subsistir se apenas através do medo e do egoísmo o Direito for respeitado, ainda que se questione não ser missão primária do Direito Penal a proteção de valores ético-sociais das atitudes internas⁷⁷.

Não obstante declaradas posições contrárias a uma função educativa neste sentido⁷⁸, a prática penal educativa, segundo uma evolução histórico-social de seleção de bens jurídicos sujeitos a proteção penal, em determinadas épocas, sempre exerceu funções informativas e de formação pedagógica.

A caracterização de influências no âmbito de evolução social, bem como uma ausência do reconhecimento da legitimidade de uma função educadora neste sentido, não podem afastar a responsabilidade do Estado de formar cidadãos responsáveis que autodeterminem os limites de suas liberdades, através do estabelecimento de critérios mínimos de garantia de convivência social e livre desenvolvimento da personalidade, sem abrir mão de uma educação para a responsabilidade.

Assim, não se trata de afastar esta função ético-educadora do Direito Penal, mas sim de limitar seus campos de atuação ao mínimo necessário para o desenvolvimento social livre, mas responsável, das relações jurídicas, sendo obrigação do Estado transmitir indicativos dos conteúdos morais mínimos a serem respeitados, confortando uma política criminal liberal em um *Direito de Princípios Orientadores*, que acabam por tomar forma em conceitos abertos de

⁷⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, p. 100 e ss.

⁷⁷ KAUFMANN, Arthur. *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, p. 92. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 302, nota 495.

⁷⁸ Jesús-Maria Silva Sánchez sustenta que a ingerência estatal neste sentido, conduzindo ao estabelecimento de um critério de valores específico na estrutura interna de valores do indivíduo, em uma expressa substituição de valores pessoais por valores jurídicos do Ordenamento, tem um caráter negativo de influência nas atitudes internas de cada cidadão. In: *Aproximación...*, p. 302.

um sistema de valores que, não restando imutáveis, sujeitam-se a uma constante evolução, segundo a própria evolução da sociedade.

Cumprir esta função social em um âmbito diferente da esfera persecutória penal seria, também, omitir-se em relação às responsabilidades de um Direito de valores, que pretende intervir apenas quando nenhuma outra forma de controle social possa solucionar o problema. Temos que determinados comportamentos individuais antiéticos, ainda que não sejam penalmente puníveis, encontram no Direito Penal de conceitos morais-valorativos, um conjunto de normas orientadoras da linha ética que determinada sociedade de época estabeleceu como parâmetro do ideal.

A variação de perspectivas éticas dos diversos modelos sociais existentes seriam assim respeitadas, segundo um sistema aberto e evolutivo de valores que, de acordo com o meio social, reprimiriam ou não determinados atos, bem como conduziriam a uma educação ético-social interna quase que natural.

Uma perigosa tendência social a uma “deseducação” existe. Fruto de um sistema “engessado” de um modelo tradicional de tipos penais fechados, qualquer despenalização ou ausência de tipificação de um caso em concreto realmente leva vários setores da sociedade à incapacidade de promoção de reprovações morais àqueles que não são apenados, em um efeito desmoralizador.

Esta tendência inviabiliza um conceito pedagógico interno profundo do Direito Penal, mas esta não é a intenção do sistema de funções ético-sociais, senão uma função pedagógica interna orientada segundo critérios valorativos gerais.

Não há como abandonar a função educadora interna, sob a argumentação de que uma função externa é suficiente.

Existe a necessidade de conscientização de conceitos básicos de valores fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito que,

assegurados por norma penais garantidoras, surgem como meio de promoção de uma conscientização pessoal de cada integrante da sociedade, não obstante referendar valores e garantias já assegurados por outras searas do direito.

É lógico que os limites tipificadores de condutas, segundo bens jurídicos eleitos como penalmente protegidos, não podem pretender ser conscientizados sob o estigma do medo e da opressão. Devem sim ser indicadores dos valores sociais, morais e éticos que a sociedade, em determinado tempo e lugar vem elegendo como suscetíveis de reprovação e, assim, indicar alguns dos limites adequados para as condutas individuais, certo de que estes limites não serão satisfatórios, mas complementares aos demais meios formais e informais de controle de conflitos sociais.

Uma segunda função, atribuída ao Direito Penal, é a função simbólica⁷⁹. Comum a todas as normas apresenta como característica a produção, através de mandatos e proibições eficazes, bem como por meio de da aplicação concreta aos delinqüentes, dos efeitos previstos para infrações penais, de um convencimento, uma satisfação, na mente dos integrantes da sociedade, de que algo está sendo feito e que o problema está sob controle.

Sua identificação retórica está na produção de impressões tranqüilizadoras perante a opinião pública, identificando a existência de um legislador atento, competente e interessado na solução de problemas.

A função simbólica jamais pode ser elevada à categoria de função exclusiva, sob pena de inviabilizar a própria concretização da norma na sociedade, em especial por não dar lugar à resolução direta dos conflitos penais e à proteção de bens jurídicos, até porque estas outras funções estão ligadas à função instrumental.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 304.

A função simbólica, buscando a identificação da conduta correspondente à qualificação de bem jurídico que pretende proteger o Direito Penal, constitui verdadeira manifestação de um Direito de características educativas.

Já sua legitimação como função concretizadora da missão do Direito Penal só pode ser obtida através de um papel preventivo geral, que acaba ausente nas atuais manifestações simbólicas do Direito moderno.

Em particular suas características de integração geral, ou de grupos sociais específicos, buscam produzir, através das normas, uma condição de tranqüilidade, restabelecendo a confiança no ordenamento jurídico, com o retorno da consciência social a respeito da importância de determinado bem jurídico protegido.

O problema desta função das normas jurídicas de caráter penal está em sua eleição função exclusiva ou principal da norma. A falibilidade de normas novas ou de aumentos de penas que, em um primeiro momento acabam produzindo efeitos pacificadores sociais significativos, mas a médio e longo prazo, diante da ineficácia em sua aplicação, acabam deteriorando a confiança no Ordenamento Jurídico como um todo e, assim, bloqueando as funções instrumentais deste mesmo Ordenamento, é clara e comprovada.

Assim, para produzir efeitos relevantes na consciência dos cidadãos (em um verdadeiro efeito instrumental), a função simbólica das normas penais somente pode ser vista como legítima quando atuando em conjunto com uma função instrumental, ou seja, sob a influência de mandatos e proibições eficazes de aplicação real na sociedade, conseqüências da violação de normas de comportamento e que buscam a transformação de uma situação inicial, de acordo com um objetivo concreto de proteção de bens jurídicos.

Não basta assim, à norma, um caráter simbólico pacificador, que objetiva convencer a sociedade de que o legislador atua, de forma concreta, na busca de soluções para a proteção mais adequada de bens jurídicos, se exige, também, uma característica concreta de capacidade de aplicação e instrumentalização de suas diretivas no caso em concreto, a fim de não ficarem perdidos valores educativos promocionais de integração, que uma função simbólica impõe à mente dos cidadãos.

Por fim, uma terceira função empírica do Direito Penal no contexto social está na satisfação das necessidades psicológicas da coletividade.

Esta função, intimamente ligada ao próprio caráter (função) simbólico das normas, busca uma satisfação de necessidades sociais de sanção, na impressão de um “castigo” por parte do Direito Penal.

A problemática a respeito desta função está em reconhecer ou não a necessidade de satisfação de desejos psico-sociais de determinada comunidade, concretizados no Direito Penal através da aplicação da pena, como uma condição legitimadora da intervenção penal na sociedade.

As tendências irracionais ou subconscientes da sociedade, que manifestam, para determinados casos, uma necessidade de pena, não são, de forma isolada, suficientes a legitimar a aplicação do Direito Penal.

Estas questões psicológicas de satisfação social, somente podem ser consideradas quando identificadas em uma política de prevenção geral positiva, que busca reforçar a consciência jurídica da sociedade e sua disposição para cumprir as normas.

A pena, nesta função, em conjunto com o juízo de desvalor que a precedeu, surge como formadora da consciência ética-valorativa da coletividade, exercitando a confiança na norma, a fidelidade no Direito e a aceitação de suas

conseqüências, dentre elas a de caráter intimidador direcionado à proteção de bens jurídicos da sociedade⁸⁰.

A sanção penal como satisfação de uma necessidade psicológica profunda da sociedade, em atenção a um subconsciente coletivo, acaba limitada por princípios fundamentais de proporcionalidade, humanidade e justiça.

Ficam, desta forma, privilegiadas garantias individuais que acabam tutelando a própria satisfação psicológica coletiva aos limites do justo e adequado.

Não obstante posição crítica em contrário⁸¹, a resposta preventiva geral desta função, devidamente limitada pelas garantias fundamentais, indica muito mais uma complementação do raciocínio lógico jurídico de revalidação de normas, com critérios de conscientização ético-social sobre os limites de intervenção do Direito Penal, possibilitando a satisfação social mediante uma resposta justa e adequada do Estado à infração penal.

Os anseios sociais de “justiça”, decorrentes de uma necessidade psico-social de reprovação penal, acabam por completar um conjunto de funções empíricas da norma penal que, aliada às funções pedagógica interna de caráter ético-social e simbólica, caracterizam uma construção jurídico-dogmática voltada a estender à coletividade as funções descritivas das normas penais, segundo finalidades práticas que buscam obter.

Além desta perspectiva das funções do Direito Penal dentro de um contexto social, cumpre fazer alusão, também, à sua função empírica em relação ao delinqüente.

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 230.

⁸¹ Jesús Maria Silva Sanchez entende que uma função legitimadora, baseada em concepções irracionais, subconscientes, da sociedade, manifestando determinada configuração de necessidade de aplicação de penas, não pode reger os limites de intervenção do Direito Penal na sociedade. Entende o autor que um estudo das conotações psico-sociais da pena deveria ter como finalidade um crítica à perspectiva de uma teoria legitimadora neste sentido. In: *Aproximación...*, pp. 307/308.

Cuida-se, exatamente, da concretização de uma função repressora, destinada a restringir direitos, inclusive de natureza fundamental, ligada à privação de bens jurídicos, como meio de obtenção da finalidade preventiva especial, quando não se apresentou suficiente a resposta preventiva geral⁸².

Sua caracterização como meio imprescindível para um fim legitimador⁸³, exige o respeito a limites da própria teoria da prevenção⁸⁴.

Assim, é possível afirmar que, uma função intervencionista e repressora, incidindo diretamente sobre o delinqüente, na forma da aplicação de uma reprimenda penal como instrumento de intimidação e educação pessoal⁸⁵, acaba por completar um conjunto de elementos empíricos funcionais, destinados a legitimar a intervenção do Direito Penal na sociedade, segundo sua pretensão de efeitos práticos e concretos que possam atender à proteção de bens jurídicos, em uma concepção moderna do Direito.

⁸² As teorias envolvendo a prevenção geral e a prevenção especial devem sempre estar direcionadas a um caráter essocializador. Aliás, perdem sentido alternativas penais de caráter normativo que não encontrem fundamentação em uma perspectiva ressocializadora ou socializadora. Tal assertiva decorre da indiscutível realidade de que teorias retributivas e seu caráter absolutista não atendem ao caráter reconciliador que o Direito Penal pretende impor, nem tão pouco se mostraram adequadas na medida em que não buscam aos efeitos empíricos da pena, quais sejam o êxito da ressocialização e a efetiva intimidação. Neste sentido: HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 347 e ss.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 308.

⁸⁴ As concepções retribucionistas e preventivas se contrapõe, na medida em que os primeiros acreditam que a materialização do Direito Penal na pena representa um exercício, uma realização de Justiça, legitimada pela retribuição de um mal individual com um mal institucional. De outro lado as teorias preventivas encontram na pena, também representativa da intervenção do Direito Penal na sociedade, um castigo, uma resposta correcional necessária em apenas em determinados casos, pretendendo evitar a delinqüência na medida do possível, e assim combater o delito. In: MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994, p. 118 e ss.

⁸⁵ Santiago Mir Puig destaca que Franz von Liszt já propusera, em 1833, três sentidos distintos de aplicação da prevenção especial, segundo sua incidência no delinqüente: a advertência, a ressocialização e a *inocuidación* (tornar inócuo). A primeira forma refere-se ao delinqüente ocasional, para quem uma advertência, nos limites de prevenção especial, restaria suficiente como resposta penal. A ressocialização, através da aplicação de um tratamento destinado a obter correção, cumpriria a função preventiva especial de forma satisfatória para aqueles delinqüentes não ocasionais, mas corrigíveis. Quanto ao delinqüente habitual incorrigível, torná-lo inócuo, inofensivo, seria consequência desta modalidade de prevenção especial, por meio de uma internação, até mesmo de caráter perpétuo. In: *El Derecho Penal...*, p. 122.

II - BENS JURÍDICOS E DIREITO PENAL

A correlação entre o Direito Penal e a Teoria do Bem Jurídico não pode mais ser considerada como meramente subsidiária.

Aliás, o Direito Contemporâneo há muito já acolheu este posicionamento, visto que o Direito Penal não pode e não deve ser reconhecido fora de um contexto histórico, cultural, ético e social.

A própria criação de normas jurídico-penais, para determinada sociedade, jamais pode ser entendida completamente sem a consideração destes elementos.

Assim, para legitimar a relação entre a necessidade de uma intervenção penal na sociedade e os demais meios de controle social existentes, sabido que já definimos o Direito Penal como uma forma subsidiária de controle social, existe uma necessidade de a ordem jurídica determinar o objeto do Direito Penal, que deve ser constituído de um comportamento inadequado e suas conseqüências jurídicas.

Nesta sistemática se faz necessário desenvolver um estudo sobre os bens jurídicos, de características penais, e a concreta atribuição de uma finalidade ao Direito Penal, constituída na garantia fundamental de proteção a estes bens.

A própria referência à evolução da Teoria do Bem Jurídico, ilustra que a doutrina teleológico-funcional, reconhecidamente, conduziu à conclusão de que um conceito material de crime não pode ser melhor considerado senão

com base na própria função do Direito Penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais, decorrentes de lesões consideradas como “dignas” de repreensão.⁸⁶

Daí a indispensável relação justificadora do estudo do bem jurídico penal como distinto de um conceito genérico de bem jurídico, visto que nem todo o bem jurídico requer tutela penal e nem todo o bem jurídico há de ser considerado ou mesmo convertido e um bem jurídico penal.⁸⁷

1. Conceituação e constituição do Bem Jurídico e do Bem Jurídico-Penal

Segundo Luiz Régis Prado, tudo aquilo que, em um sentido amplo de conceituação doutrinária, possuir importância para o ser humano como objeto útil, apto para satisfazer suas necessidades, em um contexto de valoração pessoal, estabelecendo uma relação entre um indivíduo e um objeto⁸⁸ deve ser considerado como bem.

Já o bem jurídico pode ser entendido como um valor ideal, proveniente da ordem social em vigor, juridicamente estabelecido e protegido, em relação ao qual a sociedade tem interesse na segurança e manutenção, tendo como titular tanto o particular como a própria coletividade.

Vale dizer, o bem jurídico envolve tanto objetos físicos como qualidades de uma pessoa, tanto direitos como garantias, material e imaterial,

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

⁸⁷ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 161.

⁸⁸ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.003, p. 21 e ss.

interesses e objetos vinculados por um conceito de valores sociais, que os destaca como de grande ou significativa valia.

Os comandos e as próprias proibições elencadas no Direito têm sua origem nas denominadas normas de valoração, decorrentes de aprovações e desaprovações, dentro dos valores pessoais daqueles que exigem quanto a aquilo que exigem, dando-se preferência a determinados interesses considerados sagrados ou intocáveis, até que um novo conceito social surja⁸⁹.

É neste conceito social de proteção ou de valoração que se pode observar a relação jurídica de proteção, ou de relevância, concretizada no bem jurídico.

A idéia constitutiva de um conceito de bem jurídico é obra da ilustração, do iluminismo, decorrente do pensamento de Paul Johann Anselm Feuerbach⁹⁰, que verdadeiramente empreendia a busca da limitação da repressão penal Estatal, mesmo na caracterização de condutas de natureza delituosa que não pudessem ser relacionadas de forma individual, sempre que recorria ao direito subjetivo como forma de evitar uma aplicação arbitrária do Direito Penal⁹¹.

O posicionamento de Paul Johann Anselm Feuerbach indicava que, para a declaração de uma conduta como delituosa não bastava a suposta infração de uma norma ética ou divina. Exigia-se a prova de que ocorreu uma

⁸⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª edição, tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.46 e ss.

⁹⁰ A doutrina jurídica, em geral, praticamente de forma unânime, atribui a Paul Johann Anselm Feuerbach a limitação do Direito Penal à proteção de direitos ou interesses subjetivos, afetos a determinado sujeito. Neste sentido, dentre inúmeros outros: HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*; ROXIN, Claus. *Problemas...*, p. 27 e ss.; MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal...*; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación...*; PRADO, Luiz Régis, *Bem-Jurídico Penal...*, p. 28 e ss.

⁹¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer, 2ª edição, Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 65 e ss.

lesão a interesses materiais de outras pessoas, ou seja, uma lesão a bens jurídicos.

Neste sentido, e segundo Winfried Hassemer⁹², com a máxima de que “a conduta humana somente pode ser um injusto punível se lesionar um bem jurídico”, a teoria de Paul Johann Anselm Feuerbach proporcionou o reaparecimento jurídico da figura da vítima, como justificativa ao castigo penal por uma conduta indevida, visto que para a punição passou-se a exigir a apresentação de uma vítima da conduta e da prova de que esta teve seus bens ou interesses lesionados.

A penalidade decorrente da lesão a bens jurídicos protegidos, desencadeada pelo fenômeno identificado como delito, deixa de ser uma mera retribuição, objetivando legitimar uma função de resposta à violação de bens jurídicos, atribuída ao Direito Penal.⁹³

Não se pode deixar de considerar, nesta assertiva, o reconhecimento de outra grande parcela da doutrina⁹⁴ de que foi Johan Michael Franz Birnbaum, o responsável pela superação da doutrina de direitos subjetivos de caráter civil adotada no Direito Penal até a metade do século XIX⁹⁵, criando como clara expressão do jusnaturalismo o pensamento sobre a proteção de bens jurídicos.

Apesar disto, o que realmente se pode observar é que, quando Johan Michael Franz Birnbaum busca concretizar um bem jurídico que, mediante

⁹² HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 37 e ss.

⁹³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado...*, p. 63.

⁹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª edição, Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994, p. 24; MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de José Arturo Rodrigues Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1995, t.1, p. 402; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª edição, tradução de José Luis Manzares Samaniego, Granada: Comares, 1993, p. 232; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal- parte general*. 6ª edição, Buenos Aires: Ediar, 1981, vol. III, p. 247.

⁹⁵ Na própria teoria desenvolvida por Feuerbach, que via no crime uma ofensa ou violação de direitos subjetivos, pode-se observar influências de natureza contratualista civil.

a intervenção do Estado, proteja a todos os integrantes da sociedade de forma igual, constituindo-se o delito com base na lesão ou ameaça de lesão a este bem jurídico, o que, na verdade, possibilitou, foi a concretização de um objeto de proteção do Direito Penal, passando da figura dos direitos subjetivos para a do bem jurídico, propriamente dito, materializado no objeto sobre o qual estes direitos recaem⁹⁶.

Nesta esteira de pensamento, a conceituação de bem jurídico de passa, então do jusnaturalismo, para as mãos de Karl Binding, que acaba por acomodar a “difusa” contextualização de bem jurídico de Birnbaum em um panorama de natureza penal de características jurídico-positivas⁹⁷, reconhecendo sua dependência da própria norma⁹⁸.

Para Karl Binding⁹⁹ cada norma jurídica leva em si seu próprio bem jurídico, tratando-se de elementos inseparáveis, tendo o bem jurídico como um conceito abstrato, manifestação e consequência da vontade do legislador, onde a norma cria o bem jurídico, ao contrário de Birnbaum, para quem o bem jurídico criava a norma¹⁰⁰.

Este posicionamento, apesar de evolutivo, restou insatisfatório, visto que proporcionou ao indivíduo uma situação de submissão ao Estado, criando o risco de arbitrariedades, visto que desde a criação da norma, com a seleção dos bens jurídicos tutelados até a execução da pena, acabaram como

⁹⁶ CASTILLO, Gerardo Barbosa & PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. “Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre um concepto de bien jurídico para Colômbia”, *Monografías de Derecho Penal 12*, Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1996, p. 21 e ss.

⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción...*, p. 25.

⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...*, p. 232.

⁹⁹ BINDING, Carlo. *Compendio de diritto penale – parte generale*, tradução de Adelmo Borettini, Roma: Atheneum, 1927, p. 197 e ss.

¹⁰⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Op. Cit.*, p. 25.

projeções da política estatal, sendo o cidadão mero destinatário final da norma, através de uma retribuição penal¹⁰¹.

Apesar de o bem jurídico, nesta concepção, não ser objeto de uma construção social, mas de uma seleção legislativa, a teoria de Binding proporcionou um caráter limitador, fragmentário, ao Direito Penal, indicando que este não pode ficar sujeito à proteção de todos e quaisquer bens, mas apenas àqueles escolhidos pelo legislador.

Não obstante seu caráter evolutivo restou a esta Teoria a norma como barreira intransponível.

A superação da norma em direção à sociedade foi objeto da Teoria de bem jurídico, de Franz von Liszt¹⁰², entendendo que na sociedade devem ser identificados os bens jurídicos passíveis de serem protegidos penalmente, não se tratando de criação do legislador, mas identificação deste como consequência das relações sociais.

O legislador atua como identificador do bem passível de proteção, dentro de uma sociedade, posteriormente o protegendo mediante a criação de norma penal adequada.

A vida é quem acaba por gerar os interesses dignos de proteção penal, segundo a teoria de Franz von Liszt, estando o bem jurídico muito além da lógica jurídica abstrata, própria da dogmática, mas assumindo características de centro de união de outras ciências, através de um caráter sócio-político criminal, indicando que o direito surge em razão do ser humano.¹⁰³

¹⁰¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán. *Bien juridico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*, Barcelona: PPU Derecho y Estado, 1991, p. 46.

¹⁰² LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução e comentários de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, tomo I, p. 94 e ss.

¹⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción...*, p. 25.

Apesar desta evolução social, a Teoria do Bem Jurídico acabou por sofrer com uma nova sistemática de interpretação meramente teleológica, que acabou por proporcionar sua negação durante o domínio da escola nazista alemã de Kiel¹⁰⁴.

O neokantismo, como teoria complementar do positivismo jurídico¹⁰⁵, apesar de não constituir uma metodologia puramente formalista, visto que tem como objetivo central a compreensão do conteúdo de fenômenos e categorias jurídicas, além de sua definição formal, tomando por conta a dimensão valorativa, apresentou uma noção de bem jurídico perfilada com a dependência normativa¹⁰⁶.

Assim, a negação crítica destrutiva do contexto de bem jurídico, reduzindo sua contextualização às lesões ao dever, estas como conteúdo ou sentido do próprio delito¹⁰⁷, foi facilmente aplicada pelo pensamento nazista.

Suas características sociais só acabaram por ser parcialmente recuperadas com Hanz Welzel¹⁰⁸, que retoma o bem jurídico como “bem da vida”, um verdadeiro estado social, sem natureza jurídico-positiva, mas sócio-política, apesar de manter um caráter abstrato¹⁰⁹.

Ocorre que para Hanz Welzel o primeiro interesse do Direito devem ser os valores dos atos, de consciência de caráter ético-social, por meio dos quais, só então, serão incluídos na sistemática jurídica os bens jurídicos.

¹⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción...*, p.25

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 55 e ss.

¹⁰⁶ R. Honig e a Escola de Marburgo, representada por E. Schwinge e L. Zimmerl, via no bem jurídico e seu conceito um princípio motriz para toda interpretação e constituição de conceitos, dentro do Direito Penal. Uma dialética de conceitos pré-estabelecidos, segundo uma ordem normativa orientada pelos bens jurídicos eleitos. Vide: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 25/26 e nota 107.

¹⁰⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 26, nota 108.

¹⁰⁸ WELZEL, Hanz. *Derecho Penal alemán*. 11ª edição, tradução de Juan Bustos Ramirez y S. Yáñez, Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976, p. 15 e ss.

¹⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 26.

Então, as normas jurídicas surgiriam em razão destes fatos (atos, de consciência de caráter ético-social) e só, imediatamente, em virtude dos bens jurídicos.

Apesar de cuidar de posicionamento ainda distante da sociologia política de Franz von Liszt, foi a primeira manifestação doutrinária do pensamento alemão pós-nazismo, a dedicar importância ao bem jurídico¹¹⁰.

Na atualidade das últimas grandes intervenções doutrinárias sobre a teoria do bem jurídico, podemos destacar as visões de alguns outros doutrinadores modernos.

Knut Amelung¹¹¹ apresenta um posicionamento sobre os bens jurídicos como produtos da vida social, em um caráter funcional de sistema, podendo qualquer coisa adquirir o caráter de bem jurídico.

A ausência de limites para a própria concretização e eleição de bens jurídicos, por si só compromete esta visão.

Winfried Hassemer¹¹², de outro lado, assume que uma visão político-criminal geral deve tutelar os bens jurídicos, entendendo que a necessidade de intervenção deve orientar a noção de bem jurídico, acolhendo uma teoria do dano social.

Podemos ainda mencionar o funcionalismo de Günther Jakobs¹¹³, discípulo de Hanz Welzel, que além de apenas imediatamente considerar o bem jurídico, também indica que este reside na garantia de expectativas de bom funcionamento da vida social, dentro de conjunturas exigidas e estabelecidas

¹¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción...*, p. 26.

¹¹¹ *Ibid.*, mesma página.

¹¹² HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 36 e ss.

¹¹³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal- Parte general; fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44 e ss; *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid), Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1996, p. 179 e ss.

legalmente, representando a própria validação fática da norma, em uma valorização muito maior do sistema que dos próprios bens jurídicos que, em tese, o justificariam.

Já para Juan Bustos Ramirez¹¹⁴ o bem jurídico pode ser definido como consequência de uma formulação normativa sintética concreta, decorrente de uma relação social dinâmica determinada, tendo como base a posição de cada indivíduo em relações sociais estabelecidas, segundo valores e objetos tutelados e, por consequência, a interação que se opera entre eles.

Claus Roxin, seguindo uma mesma linha histórica social, assume que, quando um conjunto de pressupostos imprescindíveis para a existência e convivência, se concretizam em condições de valor, como vida, liberdade, propriedade, observa-se a consecução de bens jurídicos que cabem ao Direito Penal assegurar, quando violados em determinadas condições indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade¹¹⁵.

Com certa relutância, afastando alguns destes posicionamentos pós-modernos, poderíamos partir de um parâmetro mais alinhado às idéias de Franz von Liszt, quanto à conceituação e concretização de bem jurídico penal.

Apesar de posicionamentos em certa medida antagônicos, a doutrina moderna parece ser unânime quando se trata de afirmar que a intervenção do Direito Penal na sociedade somente se justifica quando pretende a proteção de bens jurídicos¹¹⁶.

Assim, convergência destes pensamentos modernos merece uma condução um pouco diferenciada.

¹¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción...*, p. 28.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Problemas...*, p. 27 e 28.

¹¹⁶ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação...*, p. 125.

O bem jurídico deve posicionar-se segundo a realidade social, formada dos conflitos estabelecidos entre as pessoas, decorrente de necessidades particulares de satisfação de interesses diversos, indicando que os bens jurídicos têm um caráter eminentemente pessoal, ligados às próprias condições de existência individuada de cada ser humano em uma sociedade.

Desta forma, indicar que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos é afirmar que os valores de uma sociedade, pautada por suas características de tempo e espaço, cultura e educação, devem ser considerados segundo o panorama de vida de cada um dos integrantes desta mesma sociedade, suas necessidades e seus valores.

Não teríamos desta forma, bens jurídicos pré-determinados, decorrentes de conceitos previamente estabelecidos, mas, ao contrário, decorrentes tão somente de valores, formalmente dispostos na norma, orientando ações aceitáveis ou não, naquele contexto social, em uma materialização de elementos motivadores de um processo de aprendizagem dinâmico e eficaz¹¹⁷.

Simplemente encontrar em definições estáticas que englobam a moral e a ética, como valores de manutenção de paz social, expressando um conceito de bem jurídico penalmente protegido não satisfaz a moderna concepção de proteção que o Direito Penal empresta à sociedade.

Para reconhecer o bem jurídico como legitimador de tutela penal é necessário a consideração de uma orientação valorativa legal, fundada em direitos fundamentais da pessoa humana, observados segundo um panorama de necessidades individuais, pautado pelo modo de vida eleito por determinada sociedade.

¹¹⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação...*, p.126

Neste sentido, o posicionamento Luiz Régis Prado, quando reconheceu na noção de bem jurídico as necessidades do ser humano, decorrentes da experiência concreta de vida, dentro de uma universidade e generalidade que possibilitam sua delimitação racional e consensual, através de postulados jurídicos¹¹⁸.

2. Constituição Federal e bens jurídico-penais

Conforme Antonio Luis Chaves Camargo, os direitos fundamentais servem, e devem servir, também, como limitadores da tutela penal e, por consequência, de um conceito valorativo de bem jurídico¹¹⁹.

Temos que a fórmula precisa e estática da lei penal não é suficiente à extração de bens jurídicos dignos de proteção penal.

A subsunção destas normas à realidade social, bem como aos interesses e valores eleitos, segundo direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente no Estado Democrático de Direito, indica a necessidade de considerar o bem jurídico como um conceito relativo, que depende de um sistema de valores sociais que o produza¹²⁰.

Neste contexto social de valores não mais subsistem apenas interesses determinados, individuados, mas sob uma ótica social globalizada moderna, também interesses universais, onde a lesão ou o perigo de lesão colocam em risco o próprio bem jurídico, segundo uma indeterminação de vítimas.

¹¹⁸ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal...*, pp. 49 e 50.

¹¹⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade...*, p. 53.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 54.

Alinhando-se com estas considerações a afirmação de que a função do Direito Penal é de proteger valores e interesses que possuam relevância constitucional, ou seja, juridicamente declarados como tal, explícita ou implicitamente, em um critério limitador de intervenção mínima¹²¹, acaba por fazer sentido.

Isto não quer dizer que o bem jurídico estará concreta e explicitamente mencionado na norma constitucional, mas contido em um sistema de valores composto por direitos fundamentais, direitos dos cidadãos de determinada sociedade, pelos valores que emanam destes, os que são necessários para assegurar sua efetividade, bem como aqueles que simplesmente decorrem dos mesmos¹²².

Para possibilitar esta sistemática, é necessário entendermos que a norma constitucional não é estática, mas dinâmica, sujeita a adequações e mudanças sociais, através de seus sistemas de controle de constitucionalidade.

A possibilidade de auferir valores constitucionais capazes de relacionar bens jurídicos penais está diretamente relacionada a existência de princípios que inspiram ou orientam a Carta Constitucional.

A possibilidade de auferir valores constitucionais capazes de relacionar bens jurídicos penais está diretamente relacionada a existência de princípios que inspiram ou orientam a Carta Constitucional.

No Estado Democrático de Direito, modernamente concebido com base em uma orientação constitucional que alinha seus princípios diretores, além de encontram-se bens jurídicos definidos segundo esta condição de valores fundamentais, também encontramos prestações públicas e bens jurídicos, neste

¹²¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª Edición, Valencia: tirant lo blanch, 1999, p. 33.

¹²² *Ibid.*, p. 37.

contexto, são vistos como essenciais para a existência de condições de vida digna e pacífica da personalidade humana.¹²³

Assim, a norma constitucional desponta como relação de valores fundamentais, em um conjunto referencial que cabe ao legislador ordinário observar quando da criação de normas de proteção penal, visto que acabam por vinculá-lo, de certa forma, a bens jurídicos previamente determinados, com base nos valores legitimadores da função social que estes pretendem proteger¹²⁴.

2.1. Princípios fundamentais e proteção penal

Para existir uma adequada seleção de bens jurídicos que merecem uma proteção penal, devemos extrair da Constituição Federal princípios fundamentadores ou informadores do Direito Penal.

São estes princípios marcos vinculantes, verdadeiros referenciais, daquilo que se pretende com a intervenção penal na sociedade. Condicionantes de preceitos de validade e legitimação do próprio Estado Democrático de Direito.

Evidentemente que expomos um posicionamento garantista, onde a doutrina acaba por realizar uma seleção técnica das bases fundamentais do sistema jurídico adotado pelo Estado Democrático de Direito, para nortear a proteção penal de bens jurídicos.

Para melhor identificarmos esta análise construtiva, poderíamos, então, destacar alguns dos princípios orientadores do Estado Democrático de

¹²³ ROXIM, Claus. *Problemas...*, p.27 e 28.

¹²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...*, p. 64 e 65.

Direito, fundamentadores da tutela penal, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana¹²⁵; a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade¹²⁶; a responsabilidade penal pessoal¹²⁷, a individualização da pena¹²⁸, a humanização das penas¹²⁹, a legalidade¹³⁰, a reserva legal¹³¹.

Junto dos princípios de Direito Penal estão, também, os princípios de Direito Processual Penal, que podem acabar violados caso a tutela penal legislativa absorva elementos descompensadores dos valores fundamentais. Da mesma forma, poderíamos destacar o devido processo legal¹³², a presunção de inocência¹³³, o contraditório e a ampla defesa¹³⁴, a licitude das provas¹³⁵.

Estes princípios não devem ser considerados como meros instrumentos técnicos de solução de problemas penais, mas na verdade como verdadeiros limites, margens, para a legislação penal e para a atuação judicial. Isto exige uma relação harmônica, pois participantes de cada etapa do *ius puniendi*, acabam por cooperar na delimitação das esferas de atuação do poder estatal sobre a liberdade individual.

Daí porque devemos estipular como máxima que, na realização de um sistema penal, é indispensável o reconhecimento da interdependência do Direito Penal, do Direito Processual Penal e do Direito Constitucional.

¹²⁵ Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²⁶ Artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²⁷ Artigo 5º, inciso XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²⁸ Artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²⁹ Artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁰ Artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³¹ Artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³² Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³³ Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁴ Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁵ Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Importante salientar que, em se tratando dos princípios orientadores da tutela penal, nem todos estão expressamente descritos na Constituição Federal.

Quando destacamos, por exemplo, o princípio da culpabilidade¹³⁶, que pode ser tido como presente no sistema jurídico com uma clara base constitucional implícita¹³⁷, através do fundamento da pena e do próprio *ius puniendi*, ou como limite de intervenção penal¹³⁸.

A constatação de que estes princípios orientadores acabam permeados entre previsões explícitas e implícitas, possibilita considerar que, de forma mais ampla, quando a Carta Constitucional, estabelecida com base em valores eleitos pelo Estado Democrático de Direito¹³⁹, traz valores culturais, sociais, políticos, jurídicos, administrativos, estabelecidos através de princípios norteadores de garantias e condutas, forma o núcleo fundamentador da Constituição, que também alimentam todo o sistema jurídico dela decorrente.

Assim, poderíamos acolher o posicionamento de Robert Alexy¹⁴⁰, segundo o qual os princípios devem ser considerados como normas que determinam a realização de um projeto maior, envolvendo possibilidades jurídicas e fáticas, como verdadeiros “mandados de otimização”, caracterizados por serem cumpridos em diversos graus, segundo uma ponderação, que deve incluí-los como orientadores e fundamentadores de decisões.

¹³⁶ *nullum crimen sine culpa*

¹³⁷ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal...*, p. 67.

¹³⁸ Artigo 1º, inciso III; artigo 4º, inciso II; artigo 5º, *caput* e inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁹ Artigo 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Problemas de la teoria del discurso*. Atas do “Congreso Internacional de Filosofia”, Córdoba: Universidade de Córdoba, 1988, pp. 59/70.

Afastam-se aqui percepções de que a Constituição deveria ser analisada sob a ótica de um rol exaustivo, expressamente determinado, de bens jurídicos protegidos.

O que na verdade se pode observar é uma orientação motivadora de valores fundamentais, previstos direta ou indiretamente na Constituição Federal, decorrentes de todo um sistema jurídico e político eleito, o Estado Democrático de Direito, e que possibilita a eleição, segundo suas diretrizes, de bens jurídicos que exigem ou não proteção penal.

A dedução sistemática teleológica que se percebe necessária à avaliação destes bens, segundo princípios constitucionais orientadores, envolve tanto a preservação de elementos explícitos (direito à vida), implícitos (princípio da culpabilidade) como também bens que suportem ou sustentem a preservação e manutenção de outros bens, ainda que não relacionados como preceitos ou princípios fundamentais, como é o caso da moralidade e da fé pública, protegidas segundo normas de conduta escorreita de funcionários públicos e de suas instituições.

Como Santiago Mir Puig destaca, o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito deve ter por função assegurar a proteção efetiva de todos aqueles que integram a sociedade, buscando prevenir a ocorrência de comportamentos danosos para os bens jurídicos, segundo um chamado constitucional para impor limites e garantias ao cidadão, satisfazendo a consciência jurídica geral, através de uma re-afirmação de valores sociais¹⁴¹.

Buscar, desta forma, um conceito político-criminal de bem jurídico que possa diferenciá-lo de valores meramente morais, situando-o no

¹⁴¹ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 37 e 38.

campo dos valores sociais, que constituem condições para funcionamento e eficácia do sistema jurídico, traduzindo-se em uma concreta possibilidade de tutela dos interesses individuais, é um ideal alinhado com um sistema jurídico social e democrático¹⁴².

2.2. Bem jurídico penal e direção restritiva constitucional

Para que o bem jurídico, em um sentido amplo de consideração, possa ser considerado um bem jurídico penal, em um sentido político-criminal, as condições de importância social e de necessidade de proteção do Direito Penal, em medidas proporcionalmente equivalentes.

Para imprimir em um determinado bem jurídico a proteção penal, as violações a este bem devem ser suficientemente relevantes para a sociedade a ponto de justificar esta intervenção extrema.

Assim, proibições e direitos fundamentais para a vida social, para serem passíveis de consideração jurídica penal devem emergir de parâmetros gerais de natureza constitucional, com capacidade para impor limitações à criação da norma repressora penal¹⁴³.

A função restritiva que deve ser desempenhada pelo bem jurídico penal, diante do conteúdo liberal de seu conceito, exige do legislador ordinário a observância de diretrizes e valores consagrados na Constituição Federal, quando da criação de um tipo penal.

De outro lado, o Direito Penal exige um caráter subsidiário, somente merecendo tutela penal lesões ou ameaças de lesões a bens jurídicos,

¹⁴² MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 161.

¹⁴³ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal...*, p. 90.

quando indispensáveis à vida social, visto que somente deve ser acionado quando os meios alternativos de solução de conflitos sociais, como o direito civil, não forem suficientes, sendo a reação mais forte da sociedade, somente pode ser acionada em último lugar – *ultima ratio*¹⁴⁴.

Não basta que um bem esteja dotado de suficiente importância social para que a tutela penal seja necessária. Segundo um princípio de fragmentariedade, é preciso, primeiramente, que outros meios de defesa social, menos lesivos, como a intervenção administrativa ou o direito civil, não tenham alcançado êxito na solução do problema, para só então reconhecer-se a necessidade da intervenção jurídica penal, para a proteção do bem jurídico¹⁴⁵.

As teorias constitucionais a respeito do bem jurídico, de uma forma mais adequada às concepções de Estado Democrático de Direito, não obstante constituírem uma forma garantista de assegurar orientações mais “seguras” na eleição de bens jurídicos, isto quer dizer, manterem sob uma ótica formalista legal, decorrente de norma legislativa máxima de um Estado, os princípios orientadores da repressão penal, também possibilita que os limites ao próprio Direito Penal, quanto à sua interferência nos conflitos sociais, estejam alinhados aos interesses deste modelo de sistema jurídico.

Fundamentar este caráter ideológico de bem jurídico, a princípio parece ser simples, visto que envolve os próprios elementos que compõe a Carta Magna, quais sejam os valores sociais, eleitos no modelo de Estado, bem como as garantias para que estes valores estejam assegurados.

A tutela penal, então, acaba por surgir após a revelação constitucional destes valores, o que acaba por indicar muito mais a estruturação de uma política criminal segundo um sistema jurídico fundado no modelo de

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. *Problemas...*, p. 28.

¹⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 166.

Estado Democrático de Direito, do que uma forma de seleção de bens jurídicos dignos de tutela penal¹⁴⁶.

Apesar desta concepção garantista e “segura”, encontramos alguns questionamentos quando observamos que estas teorias, segundo suas fontes, podem reconhecer na Constituição um caráter limitador negativo ou positivo¹⁴⁷.

Quando reconhecida a Constituição como forma negativa de limitação ao Direito Penal, temos que desde que as condutas criminalizadas, ou melhor, desde que o processo de eleição de delitos não afronte diretamente normas ou elementos acolhidos pela Constituição, mesmo que os bens protegidos, por estes novos tipos penais, não possuam relevância fundamental, ou proteção constitucional, esta tipificação estaria adequada e seria aceita pelo ordenamento jurídico penal.

De outro lado, um caráter limitador positivo constitucional, como aquele selecionado na abordagem sobre os princípios fundamentais no título anterior, exigiria que, para existir uma intervenção penal estatal, o reconhecimento de condutas criminosas ficasse restrito a violações ou atentados contra valores fundamentais, ou essenciais, refletidos na norma constitucional, segundo critérios sociais de eleição¹⁴⁸.

Esta mútua relação limitadora penal/constitucional positiva, conduz ao reconhecimento de um Direito Penal Mínimo, dirigido a bens jurídicos próprios de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, por consequência voltado para o desenvolvimento digno das potencialidades e a satisfação das necessidades do ser humano, para uma vida em sociedades organizadas segundo elementos políticos, culturais, econômicos, de tempo e

¹⁴⁶ HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico...*, p. 140.

¹⁴⁷ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.003, p. 55 e ss.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões...*, p. 65 e ss.

espaço, assegurando um máximo de autonomia e liberdade de vida na sociedade, com um mínimo de intervenção do Estado¹⁴⁹.

O que se deve ter em mente, todavia, é que esta limitação de cunho constitucional democrático, não aventa bens jurídicos penais concebidos dentro de um âmbito restrito de leitura formal constitucional.

A referência axiológica constitucional, responde ao Direito Penal com um bem jurídico eleito segundo uma política criminal social de *ultima ratio*, em um quadro de referenciais jurídico-constitucionais de valores, explícita ou implicitamente consagrados pela Constituição de um Estado Social e Democrático de Direito, em um exercício de proporcionalidade de bens¹⁵⁰, em uma verdadeira direção restritiva constitucional.

As críticas tecidas às teorias constitucionalistas, envolvendo a imprecisão de conceitos de correntes das normas constitucionais, bem como a conseqüente impossibilidade de eleger um conceito formal material de bem jurídico-penal, visto que os valores constitucionais confundem bens jurídicos e direitos fundamentais e, ainda, que a limitação constitucional levaria a uma limitação da realidade social como fonte primeira de eleição de bens¹⁵¹, na verdade, partem muito mais da defesa de um sistema positivista formal, do que da realidade que enfrenta uma leitura moderna destas teorias.

As teorias constitucionalistas, na verdade, conduzem aos conceitos sociológico-funcionalistas de bem jurídicos, em uma apreciação de sua concepção social, como condições para a ordem e paz na sociedade, segundo os elementos fundamentais para uma vida digna do ser humano¹⁵².

¹⁴⁹ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal...*, p. 107 e 108.

¹⁵⁰ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidade en derecho penal*. Madrid: Editorial Edersa, 1999, p. 178 e ss.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 183 e ss.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 267.

Seguindo a proporcionalidade, como princípio onde a intervenção do Direito Penal não deve ocorrer em áreas onde as condições fundamentais de vida do ser humano não estiverem em perigo ou não forem violadas, bem como a fragmentariedade, com o Direito Penal limitado ou restrito à proteção de bens jurídicos, e a necessidade e a utilidade do Direito Penal, como intervenção mínima, o que se busca é um conceito aberto, evolutivo e adequado a realidades sociais de tempo e espaço.

Determinados bens jurídicos, decorrentes de princípios fundamentais, como, por exemplo, o direito à vida não podem ser simplesmente objeto do relativismo, mas sua proteção, como sabemos, enfrenta algumas restrições: possibilidade de matar quando em legítima defesa ou em estado de necessidade; aborto na hipótese de perigo para a vida da gestante; etc.

Assim, a evolução das necessidades sociais, bem como a regionalização destas necessidades, exigem que um sistema flexível de contextos, seguindo uma orientação de valores fundamentais, segundo uma ordem constitucional, integrada a um sistema democrático e social de direito, promova a eleição de bens jurídicos protegidos penalmente, através de parâmetros e orientações constitucionais, e não de acordo com uma fixação rígida de conceitos derivados de uma interpretação unilateral de previsões legais, ainda que estas sejam constitucionais.

Além disto, a danosidade social¹⁵³, como teoria de concepção de bens jurídicos, também não pode ser abandonada, mas considerada inserta no critério de correções de condutas, segundo a potencialidade lesiva ou ofensiva e a seleção de delitos de dano e de perigo, concreto e abstrato¹⁵⁴.

¹⁵³ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 38.

¹⁵⁴ A questão dos delitos de perigo, intimamente ligada com a própria sistemática dos bens supra-individuais, é objeto de assertiva em capítulo posterior. Ainda sobre os bens jurídico-penais e os crimes de perigo: SILVA,

Temos então que, como resposta adequada à problemática dos bens jurídicos, uma intervenção do direito penal para tutela destes bens deve ser considerada como *ultima ratio*. O posicionamento moderno de intervenção mínima, tendo como fonte de legitimação material da reação punitiva estatal a eleição de valores apreciados como fundamentais para o desenvolvimento de uma vida pacífica na sociedade tem de ser reconhecido como mais adequado. Uma visão participativa decorrente de um processo político de um Estado Social e Democrático de Direito que, através dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, produziu princípios orientadores das práticas de reconhecimento e proteção da dignidade e da liberdade do ser humano, surge como elemento orientador e legitimador da teoria do bem jurídico-penal¹⁵⁵.

3. Bens jurídicos universais e tutela penal

O desencadeamento do processo de crise dos princípios fundadores do Direito Penal, segundo sua formação clássica de proteção de interesses individuais, foi iniciado, principalmente, pela proliferação no reconhecimento dos denominados bens jurídicos difusos e coletivos.

A organização do homem em sociedade consolidou a existência de certos interesses que não pertenciam a indivíduos determinados, mas a toda a coletividade, de uma forma geral. Todavia foi a sociedade moderna quem os evidenciou, em razão dos grandes conglomerados urbanos.

Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁵⁵ FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. *Teorías Actuales em el Derecho Pena – 75º Aniversario del Código Penal*. Buenos Ayres: Ad-Hoc S.R.L., 1998, p. 417 e 418.

Os efeitos da explosão demográfica, as relações econômicas transnacionais, a produção e o consumo de massas, os meios de comunicação, dentre outras atividades que escaparam do controle individual do ser humano, atingiram sua qualidade de vida e precipitaram a necessidade de proteção jurídica diferenciada.

Esta nova concepção jurídica iniciou também uma questão terminológica a respeito. Primeiramente, uma definição de bens difusos e bens coletivos que, inicialmente não possibilitava divergências quanto a serem sinônimos, acabou por encerrar-se na problemática da definição dos interesses difusos e coletivos, segundo a doutrina civil, como um todo.

A diferenciação que, alguns autores assumem¹⁵⁶, envolve o reconhecimento dos interesses difusos aqueles que envolvem um número indeterminado de pessoas em razão de um mesmo fato em comum, enquanto que os interesses coletivos seriam aqueles que se referem aos grupos ou categorias de pessoas determinadas individualizadas segundo determinada categorização ou projeção corporativa, conquanto possuam diferenças como, por exemplo, de ordem quantitativa e qualitativa, todavia permanecendo como espécies do gênero “meta-individual, supra-individual, universal”¹⁵⁷.

Os interesses públicos, ou do Estado, também compõe este mesmo grupo, relativamente à ordem pública, à segurança, à saúde pública, ainda que dentro da perspectiva clássica do conflito de interesses entre o Estado e os cidadãos¹⁵⁸.

¹⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p. 74 e ss.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 77.

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1984, p. 30.

Neste sentido, ainda que tão somente a título organizacional, poderíamos identificar, primeiramente, a questão do interesse jurídico como um fator de relevância de ordem material ou instrumental, subjetivada ou não subjetivada, conferida pelo direito positivo a determinadas situações respeitantes ao indivíduo isolado, ao grupo ou à coletividade maior¹⁵⁹.

Dentro deste contexto teríamos o interesse jurídico em sentido substancial, correspondente a um núcleo de um direito subjetivo, como interesse juridicamente protegido.

Alguns interesses jurídicos substanciais escapam a essa esfera de subjetivação, cuja proteção não se atribui ao indivíduo, mas é consequência da aplicação da própria ordem jurídica, do próprio direito objetivo.

Neste caso, teríamos os interesses jurídicos substanciais não subjetivados; que não se individualizam que não se situam numa determinada pessoa que, apenas reflexamente protegidos, acabam por representar denominados interesses difusos¹⁶⁰.

Alguns destes são denominados de interesses difusos; passíveis de serem atraídos por atos da administração pública, embora pertinentes a uma cadeia indeterminada de indivíduos (o que lhes confere a conotação de metaindividualidade), simultaneamente mantém características de interesse individual.

De outro lado temos interesses que acabam sendo identificados como coletivos, pois incidem sobre o homem socialmente engajado, não

¹⁵⁹ PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 19 e ss.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 20.

considerado como indivíduo isolado, mas, sim, como membro de comunidades menores ou grupos que se perfilam entre o indivíduo e o Estado.

Esta modalidade de interesses acaba sendo perseguida através do processo associativo, co-natural ao homem (família, corporação profissional, empresa, sindicato).

Depreende-se a autonomia dos interesses coletivos do fato de poderem estes entrar em conflito, seja com os interesses particulares dos co-associados, seja com os interesses públicos próprios.

O interesse coletivo não envolve o homem-unidade, mas, tão-só, como órgão integrante de associações ou corporações (*uti socius*); os interesses coletivos também se submetem a regime jurídico próprio. Os interesses coletivos são os pertinentes aos fins institucionais de determinada associação, corporação ou grupo intermediário, decorrendo de um prévio vínculo jurídico que une os associados, sujeitando-se a regime jurídico portador de características peculiares¹⁶¹.

Para separarmos interesses difusos e coletivos, devemos compreender que os interesses difusos representam interesses pertencentes de forma idêntica a uma pluralidade de sujeitos, mais ou menos vasta, mais ou menos determinada, não tendo qualquer expressão de vínculo associativo, pertencendo a uma série aberta de indivíduos, independentemente da existência de qualquer associação ou agrupamento intermédio, podendo assim se distinguir dos interesses coletivos.

¹⁶¹ PRADE, Péricles. *Conceito...*, p. 41.

Assim, enquanto que os interesses difusos abraçam uma série indeterminada e aberta de indivíduos, sem se limitar a certos indivíduos, como ocorre com os interesses coletivos.

Os titulares de interesses difusos se ligam apenas mediante vínculos essencialmente fáticos, por mera identidade de situações, e, não, por vínculos associativos e corporativos como nos interesses coletivos.

Temos que os interesses difusos são titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, que estão ligadas por vínculos fáticos, surgidos de alguma identidade de situação, possibilitando lesões disseminadas de forma pouco circunscrita.

Já os interesses coletivos, sob a mira formal, são os pertinentes aos fins institucionais de determinada associação, corporação ou grupo intermédio, decorrendo necessariamente de um prévio vínculo jurídico que une os associados, sujeitando-se a regime jurídico próprio.

Ficamos com características dos interesses difusos ligadas a uma ausência de vínculo associativo, ao alcance de uma cadeia abstrata de pessoas, à potencial e abrangente conflituosidade, à ocorrência de lesões disseminadas em massa e à existência de vínculos fáticos ente os titulares dos interesses.

Mas, apesar destas definições, para identificar dentro desta órbita os bens jurídico-penais, a opção por uma classificação segundo sua titularidade acaba sendo exigida. Tal exigência surge da necessidade de posicionarmos o direito penal segundo uma tutela individual e supra-individual.

Primeiramente teríamos a indicação de duas categorias ligadas aos os denominados bens jurídico-penais individuais:

- a. os bens jurídicos denominados personalíssimos, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra; e
- b. os bens pessoais, como o patrimônio.

De outro lado, entre os bens jurídico-penais supra-individuais ou universais, teríamos:

a. os bens jurídicos institucionais, relativos às pessoas jurídicas públicas ou estatais, envolvendo delitos contra a Administração Pública, a Fé-Pública, a segurança do Estado, dentre outros;

b. os bens coletivos e difusos, afetando uma generalidade de pessoas individuadas, unidas em razão de um elemento aglutinador factual, como por exemplo a saúde pública, a segurança no trânsito, a segurança no trabalho, o ambiente.

Diante deste quadro, necessário destacar que a legitimidade dos bens jurídico-penais não acaba ligada apenas a uma divisão entre individuais e supra-individuais, mas em especial a determinar se, dentro de um contexto de proteção penal, os bens jurídicos devem ser concebidos como atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado, onde o indivíduo é um instrumento de individualização de tais funções¹⁶², ou, muito pelo contrário, os bens jurídicos devem ser constituídos segundo um panorama individual, sendo considerados como legítimos apenas aqueles bens de caráter supra-individual segundo a identificação de sua função para o ser individuado.

A questão que envolve o tema, diante da profusão de variações doutrinárias e da própria evolução das teorias sobre o bem jurídico penal¹⁶³, pode ser mais bem definida com base em duas teorias alemãs, a do individualismo monista de Winfried Hassemer¹⁶⁴ e a Escola de Frankfurt, bem como, aquela

¹⁶² JAKOBS, Günther. *Fundamentos...*, p. 179 e ss.

¹⁶³ Em linhas gerais, de forma sintetizada, as teorias sobre os bens jurídico-penais, suas constituição e evolução, forma objeto de estudo no capítulo 1. Conceituação e constituição do Bem Jurídico e do Bem Jurídico-Penal, do título III - Bens Jurídicos e Direito Penal.

¹⁶⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

difundida por Günther Jakobs, denominada de teoria do funcionalismo de sistemas¹⁶⁵.

No campo do Direito Penal, sobre o tema, apesar de um posicionamento crítico severo, uma abordagem interessante dos principais aspectos e do virtual distanciamento entre ambas as teorias foi apresentada por Bernd Schünemann¹⁶⁶.

Segundo o citado Jurista Alemão, a Teoria Monista de Frankfurt destaca um bem jurídico puramente pessoal, decorrente de uma concepção moderna de Direito Penal, que cria novos tipos penais, destinados à proteção de bens jurídicos universais ou supra-individuais, definidos de modo vago. Para afastar a incerteza desta nova orientação criadora, devemos reconhecer o bem jurídico apenas como um interesse humano necessitado de proteção jurídica penal. Assim, a proteção jurídica de bens universais ou supra-individuais seria levada a cabo, tão somente como interesse mediato do indivíduo afetado, devendo ser delimitados segundo a proteção individuada de bens jurídicos¹⁶⁷.

Para o individualismo monista o destaque para o Direito Penal deve ser a proteção de indivíduos concretos e suas necessidades.

Teríamos, então, uma reorganização da teoria e do ordenamento, quanto aos bens jurídico-penais, voltada para o indivíduo, como o principal objeto e o valor máximo de proteção. Mais, ainda, os delitos de perigo abstrato responderiam como melhor instrumento de proteção de bens jurídicos universais¹⁶⁸.

¹⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos...*, 1996.

¹⁶⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Tradução de Manuel Cancio Meliá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1996.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

Bernd Schünmann critica este posicionamento monista de caráter individualista, entendendo que a concepção de bem jurídico não deve estar centrada no objetivo de possibilitar e proteger a vida do indivíduo, em um momento presente. Na verdade o objetivo concreto de proteção deve estar voltado para a sobrevivência da espécie humana, representado assim como valor supremo na constituição de bens universais¹⁶⁹.

Surge, em um segundo plano, a proteção de um meio ambiente adequado à vida humana, como sustentação do bem jurídico de preservação da espécie que, em uma sociedade moderna, pós-revolução industrial, onde a escassez de recursos remonta a uma redefinição da hierarquia de bens jurídicos dignos de proteção, impõe que os bens individuais deixem de ocupar um plano mais elevado de consideração, em consideração a esta modalidade universal de bens jurídicos.

Quanto à Escola de Frankfurt, podemos destacar que, em relação à abordagem sobre os bens jurídicos universais, quando tratam de meio ambiente, existe uma tendência a remeter para o âmbito das infrações administrativas, os delitos configurados pelas legislações penais.

Em um aspecto, tal consideração parece, a princípio, equivocada, todavia quando nos deparamos com uma realidade legal envolvendo inúmeros delitos de bagatela, senão meras violações administrativas¹⁷⁰, seguindo uma orientação acessória administrativa, levando esta modalidade de Direito Penal a uma violação de princípios de igualdade e proporcionalidade, quando acaba por encampar todas as condutas dentro de um mesmo panorama de relevância

¹⁶⁹ SCHÜNMMANN, Bernd. *Consideraciones...*, p. 21.

¹⁷⁰ Luiz Régis Prado observa de forma eficaz que a lei brasileira (Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente – Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1.998) acaba elevando à categoria de crime uma significativa quantidade de comportamentos que, quando muito poderiam representar contravenções ou simplesmente violações administrativas. PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o ambiente*, 2ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2.001, p. 32.

constitucional de bens jurídicos. O problema está em limitar a tutela penal ambiental e não, como a Escola de Frankfurt acabou por defender, em adotar um abandono em larga escala da resposta penal¹⁷¹.

Um segundo momento que merece destaque na Teoria Monista da Escola de Frankfurt, refere-se à substituição dos riscos individuais pelos riscos coletivos.

Em uma crítica aos delitos de perigo, parte para a teoria da sociedade de riscos, onde dois elementos são considerados, um primeiro quanto à diminuição dos riscos vitais do indivíduo na atualidade, em relação ao início da sociedade moderna e, em segundo, quanto ao incremento das relações sociais, decorrentes de uma sociedade industrializada, onde relações de consumo de alimentos, medicamentos, bens e serviços, por exemplo, acabam por exigir um panorama de proteção massificado, universalizado, superando as necessidades individuais, onde apenas riscos intoleráveis são passíveis de repressão.

Apenas acaba por pecar quando postula um retorno do Direito Penal a uma orientação de delitos de resultado, como solução mais adequada, afastando-se do Direito Penal Moderno¹⁷².

Quanto à teoria monista-normativista de Günther Jakobs, o Direito Penal Moderno como meio de evitar danos sociais, explicitando uma visão funcionalista, é objeto de orientação tanto de Günther Jakobs, como da Escola de Frankfurt.

¹⁷¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones...*, p. 25 e 26. Apesar desta consideração, merece certa ponderação a crítica tecida por Schünemann, visto que o Direito Penal como ciência social, integrado ao denominado *Direito de Intervenção* da Escola de Frankfurt, remete a considerações outras, segundo um enfoque de sistema aberto e adequado, não apenas de caráter penal, mas de caráter jurídico-social, que será objeto de ponderações mais ousadas no capítulo final deste estudo. Assim, por hora, tais afirmações podem ser conservadas dentro do contexto eleito pelo tema em desenvolvimento.

¹⁷² *Ibid.*, p. 33.

Assim, o distanciamento entre ambas as teorias sobre o bem jurídico-penal, passa muito mais por figura de retórica do que, propriamente, por uma contraposição lógica¹⁷³.

Todavia neste método puramente normativista, são afastadas as delimitações descritivas de conceitos dogmáticos, devendo estes ser interpretados segundo uma funcionalidade para o sistema, este como Direito Positivo, estabelecendo um círculo vicioso onde um conceito de culpabilidade deve ser erigido à condição de resultado da imputação jurídica penal, explicando-se uma pela outra¹⁷⁴.

Daí a oposição que se observa em relação à Escola de Frankfurt, para quem a proteção aos indivíduos em concreto decorre da adoção de conceitos comuns, relacionados diretamente com a realidade social, em um significado natural das palavras, opondo considerável resistência a uma interpretação orientada segundo a finalidade da norma, afastando uma fácil integração destas com o sistema.

Apesar da teoria de Günther Jakobs já ter sido objeto de consideração¹⁷⁵, cabe destacar, também em termos muito superficiais, que sua orientação dirige-se a conceitos puramente normativos de delitos, afastando-se de bens que pudessem ser relacionados sistematicamente segundo um referencial natural, conduzindo a um Direito de decisões, onde não há qualquer dificuldade em não relacionar o indivíduo como um ser social, incluindo-o como sujeito de normas de imputação, quando autor de algum delito.

¹⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones...*, p. 42.

¹⁷⁴ Ibid., p. 46. O princípio da culpabilidade, segundo o posicionamento teórico de Günther Jakobs, encontra abordagem esclarecedora, neste sentido, dentre outras, em sua obra *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid), Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1996, p. 13 e ss.

¹⁷⁵ Ainda que de forma superficial, a Teoria sobre bens jurídico-penais de Günther Jakobs, foi objeto de estudo no início deste título.

Clara configuração desta orientação doutrinária está na definição de que uma vida social não pode ser orientada através da integridade de bens jurídicos. Deve-se buscar um sentido de autor de delitos que enfrenta limites em seu status de cidadão, para antecipar a punibilidade, em reconhecimento de um âmbito interno privado e não social, onde um conceito naturalista de sujeito resulta insatisfatório, pois o que importa para a delimitação de um delinquente são os referenciais normativos¹⁷⁶.

A teoria de Jakobs busca um bem jurídico-penal orientado para garantir a própria identidade da norma, a própria Constituição e, assim, a sociedade, em uma relativização da figura do indivíduo, que deverá ser medido segundo a sociedade, orientada por normas derivadas do social, que levam o ser humano a ser identificado segundo seu lugar na sociedade e não de forma individual; da mesma forma o bem jurídico, que tem importância na mesma medida em que importa para aquela sociedade¹⁷⁷.

Com esta visão funcionalista, uma indesejável condução à anulação da eficácia limitadora do bem jurídico, pode ser reconhecida, visto que determinados valores unicamente morais, posicionamentos políticos e econômicos podem acabar por ser entendidos como funcionais para uma determinada sociedade. Acabariamos por ter, praticamente, uma concepção de que o bem jurídico é estabelecido segundo o interesse do sistema vigente, praticamente reforçando relações normativas interdependentes em detrimento do ser individuado.

Apesar destas discussões, em se tratando de uma adequada concepção de bens jurídicos universais ou supra-individuais e sua proteção penal, uma fundamentação do Direito Penal reconhecido com a função de tutelar

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Fundamentos...*, p. 219 e ss.

o ser humano, é de caráter inafastável, se desejarmos tratar de um Direito segundo a Constituição.

O âmbito de atuação do Direito Penal deve ser reconhecido segundo um princípio de subsidiariedade que reconhece o ser humano como centro dos interesses do ordenamento. O indivíduo como um ser social.

Desta forma, os pensamentos funcionais sistêmicos que buscam referendar no ser humano a eficácia do sistema, esquecem que a real função das instituições e do próprio sistema é atender às necessidades sociais e, assim, por consequência, as necessidades individuais de cada componente esta mesma sociedade.

Deve o Direito Penal assegurar os elementos pessoais, pois sua função não é, em última instância, assegurar a segurança geral ou a diminuição social do dano, mas a imputação de um fato a uma pessoa, com a individualização social do dano. Assim, uma funcionalização de interesses generalizados e do próprio Estado devem ser dirigidos ao indivíduo, reconhecido de forma singular ou coletiva.

O reconhecimento do indivíduo coletivamente conduz a uma consideração de bens jurídicos universais, somente quando estes correspondem aos interesses conciliados dos indivíduos, assegurando as necessidades vitais do ser humano¹⁷⁸.

O campo de tensão entre o indivíduo e o Estado exige que, na tutela de bens jurídicos, a proteção de instituições ou interesses difusos e coletivos só seja considerada até o limite em que é necessária à concretização da proteção dos seres humanos (preservação da espécie humana).

¹⁷⁷ JAKOBS. Günther. *Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derehco penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez, Madrid: Civitas, 1996, p. 15 e ss.

¹⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, pp. 269/271.

Trata-se de uma ligação complementar, ainda que a prioridade seja dada aos bens jurídicos individuais¹⁷⁹.

Assim, seguindo esta orientação, a diferença entre os bens jurídicos individuais e os bens jurídicos universais apenas compõe uma forma alternativa de visualização, pois ambas as modalidades de bens estão a cargo da proteção jurídica do Estado, traduzindo interesses dos cidadãos ou da sociedade, esta como legítima procuradora dos direitos individuais, conduzindo a um conceito unitário de bem jurídico individual e social.

Trata-se de uma tendência de conduzir o Direito Penal a uma socialização de valores que, necessariamente, também o conduz a um enfoque mais pessoal de seus posicionamentos.

Uma difícil identificação individuada dos bens universais, também, pode inviabilizar sua concretiza como bens jurídicos penais, pois deixariam de ter o pressuposto de personalidade para tanto¹⁸⁰.

Existe uma natural condução à potencialização do indivíduo perante a sociedade, que encontra uma valorização de seus direitos pessoais, bem como de seus direitos perante os grupos sociais aos quais ele se integra ou mesmo em relação à própria estrutura social a que pertence¹⁸¹.

Como se pode observar, neste contexto teórico, temos a evolução da concretização da proteção dos bens jurídicos individuais, através de uma expansão do âmbito de proteção do indivíduo, de forma progressiva, elevando o diâmetro de proteção até obter uma sobre posição de direitos individuais de mesma espécie e natureza, compondo assim um grupo homogêneo, que acaba sendo protegido “universalmente” da mesma forma, através da tutela de um bem

¹⁷⁹ PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*. Barcelona: Práxis, 1991, p. 51.

¹⁸⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, Parte General*. Barcelona: PPU, 1996, p. 92.

¹⁸¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, p. 103 e ss.

jurídico que passa a ser supra-individual ou universal, sem perder de vista o referencial do ser humano individuado como fonte e núcleo de fundamentação da proteção jurídica penal destinada.

Não se trata de um “antropocentrismo”, mas de uma visão realista onde a valoração de bens é realizada segundo um critério objeto de importância e perigo para o bem estar do ser humano, o qual, não preenchido, afasta da tutela penal determinados bens jurídicos, ainda que dentro de panoramas universais de visualização.

A construção deste raciocínio, ainda que simplista, não é de ser descartada como, por exemplo, a permissão de construção de hidroelétricas, que acabam por afetar o meio ambiente, mas que, seguindo um programa de gestão e impacto ambiental, aprovado pelos órgãos oficiais, pode ser realizada. Entretanto, apesar de tal liberação ter em vista uma construção segundo parâmetros de impacto ao meio ambiente, “aceitáveis” para a espécie humana, de uma determinada sociedade, de tempo e espaço, esta não deixará de causar danos, destruição de fauna, flora, ambientes sustentáveis de vida, criações naturais, dentre outros.

O contato direto com o meio social e, por assim dizer, o conteúdo social do bem jurídico só se vê sustentável como forma de proteção penal, quando enquadrado segundo critério de conveniência e oportunidade, que podem avaliar o anseio social de afastar determinadas condutas que colocam ou podem colocar em risco a convivência social¹⁸².

Podemos, assim, considerar que uma independência total da consideração e valoração dos bens jurídicos universais, sem o referencial individual, seria perigoso, pois poderia conduzir todo o sistema a uma proteção

¹⁸² CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade...*, p. 55 e 56.

jurídica penal massificada, sem parâmetros de relação causa-feito ou mesmo, ainda, de potencialidade lesiva.

A tutela penal dos bens jurídicos universais, desta forma, deve ser orientada por uma relação de complementação à tutela penal dos bens jurídicos individuais, onde a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, são elementos de preservação para um funcionamento ideal do sistema jurídico-político-social.

3.1 . Ação delitiva e titularidade de bens universais frente aos interesses penalmente protegidos

A problemática envolvendo a uma nova dimensão sobre a titularidade de bens, quando falamos de bens universais ou supra-individuais, resultado da origem individualista do conceito de bem jurídico, acabou por conduzir, também, à questão das diferenciações impostas a bens jurídicos coletivos e a bens jurídicos difusos¹⁸³.

Apesar das considerações a respeito da ausência de organização e de identificação de pessoas dos bens difusos, o que não ocorreria com os coletivos, não se pode acolher qualquer posicionamento sobre eventual subsidiariedade da titularidade de bens difusos em relação aos coletivos por este motivo.

¹⁸³ Como já anteriormente assinalado, a subdivisão que a doutrina estabeleceu quando da conceituação dos bens universais ou meta-individuais, envolvendo os denominados interesses difusos e os interesses coletivos, passam por searas envolvendo um menor ou maior grau de organização e estabilidade dos interesses, onde os bens coletivos possuíam esta sistemática organizada, enquanto que os difusos careceriam desta base de organização, decorrente da própria indeterminação de seus titulares, em uma massa de pessoas imprecisa e extensa.

Tal fator se tem como correto, pois o que é essencial para caracterizar tanto os bens jurídico-penais difusos como os coletivos é a identidade ou semelhança de situações em que se encontram os indivíduos que os compartilham, bem como as análogas aspirações de proteção contra ataques dirigidos a estes bens jurídicos identificados¹⁸⁴.

Tanto em uma categoria como em outra, os sujeitos podem ser substituídos uns pelos outros, sem que sejam afetados os bens jurídicos quanto à sua existência, porque o que seleciona os titulares destes bens é a situação em que o indivíduo se encontra.

Assim, só encontramos diferenças formais ou conjunturais entre bens jurídico-penais difusos e coletivos, visto que ambos estão relacionados como classes pertencentes aos bens universais ou supra-individuais, não existindo qualquer diferenciação com relação a critérios de titularidade¹⁸⁵.

Quanto a critérios de divisibilidade¹⁸⁶, tal critério tem muito mais relação com questões quanto ao objeto material dos bens jurídicos do que propriamente quanto ao objeto jurídico, o que inviabiliza esta contextualização.

Diversas outras classificações, quanto à disposição e disciplina diferenciada entre bens jurídicos difusos e bens jurídicos coletivos, poderiam ser suscitadas¹⁸⁷, todavia, quanto à questão da titularidade, merece menção a referência de Klaus Tiedemann identificando os denominados “bienes jurídicos supraindividuales **intermedios**”, que envolvem interesses que não poderiam ser

¹⁸⁴ GONZALES RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986, p. 83.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 84 e 85.

¹⁸⁶ Caso tenhamos bens divisíveis são coletivos e indivisíveis são difusos.

¹⁸⁷ Vide: CRESTI, Marco. *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992; GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1984, p. 30; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000; PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*. Barcelona: Práxis, 1991; entre outros.

incluídos na categoria de interesses jurídicos associados ao Estado, nem tão pouco como interesses referentes a um sujeito individual, considerado economicamente, que intervêm nas relações econômicas. Seriam bens como, por exemplo, o correto processamento de dados eletrônicos, a certificação eletrônica, o bom andamento das finanças estatais¹⁸⁸.

Alguns posicionamentos sobre uma aceitação do pensamento de Klaus Tiedemann, seguem a orientação de que de lesões a esta modalidade de bens, na realidade, estariam sob a ótica do perigo abstrato a um correlato bem jurídico-penal individual, do qual os bens *supraindividuales intermedios* seriam verdadeiras abstrações conceituais¹⁸⁹.

Esta construção conceitual deve ser corretamente afastada por um posicionamento centrado na consideração pessoal ou personalista dos bens jurídicos universais.

Considerar a existência dos denominados de supra-individuais intermediários como objeto de proteção jurídica, não é suficiente a justificar uma resposta penal para qualquer ameaça quanto aos mesmos. Quando muito seria adequada proteção extra-penal ou administrativa¹⁹⁰ ou, ainda, uma valorização da técnica de tutela de bens jurídicos individuais, considerando o patrimônio ou a livre disposição frente a condutas fraudulentas, como melhor solução¹⁹¹.

De outro lado, sob a ótica de que o núcleo de partida para a configuração de uma proteção penal de bens jurídicos universais é o indivíduo social, devemos entender que, no modelo atual de Estado Democrático de

¹⁸⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993, p. 34 e 35.

¹⁸⁹ MANTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico – Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 105.

¹⁹⁰ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 28 e ss.

¹⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. “Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán um modelo o um escarmiento?”, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 185 e ss.

Direito, a consideração de que o conjunto social merece maior proteção jurídica que os indivíduos é fruto de um pensamento do Estado Social autoritário¹⁹², que deve ser entendido como inadequado.

Apesar de apresentar certo distanciamento da necessidade de resultado, tendo em vista a importância dos interesses difusos ou coletivos, na medida em que condicionem a vida dos indivíduos, fazendo com que o sistema social esteja a serviço do cidadão e não o contrário, a exigência da comprovação da danosidade que podem proporcionar determinadas condutas que os atinjam, com o fim de proporcionar um critério de valoração destes bens quanto à necessidade de sua conversão em um objeto do Direito Penal, ou não, existe¹⁹³.

A exigência de uma determinada gravidade decorrente da vulneração de um bem social, acompanhada da consciência de que nem todo o interesse amplamente difundido socialmente, com relevância e consideração no meio, será sujeito a uma proteção jurídica penal, quando não afetar de forma significativa a cada indivíduo ou à maneira de vida social acolhida como adequada.

Assim, medidas administrativas, por vezes, representam uma solução mais adequada, do ponto de vista de determinada sociedade de tempo e lugar, o que uma reprimenda penal.

A saúde pública acaba sendo objeto de proteção jurídica, mais que adequada do Estado. Todavia os limites desta proteção acabam por atender a certas variações que, não obstante o reconhecimento da existência de danosidade social, os interesses desta mesma sociedade e os limites por ela reconhecidos apontam diferentes medidas para situações que, de uma forma ou de outra, atingem a saúde pública.

¹⁹² MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 164.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 165.

Graus de afetação e de implicação dos interesses juridicamente protegidos¹⁹⁴, então, acabam por ser estabelecidos, como no caso da limitação do consumo de álcool e do tabaco, segundo tutelas administrativas e, de outro lado, a proibição, inclusive penal, do consumo de entorpecentes¹⁹⁵.

Entretanto, cabe considerar, também, que, por vezes, acaba passando de forma inadvertida, nesta sistemática, a questão da desconsideração da categoria de vítima destas modalidades delituosas.

As próprias limitações que, em um processo penal, são impostas à vítima, surgem como forma de manter distante da legitimação qualquer tentativa de imposição de uma vingança privada.

Nesta nova seara de discussão, envolvendo bens universais, a figura da vítima nem mesmo fica limitada, ela praticamente é considerada côm neutralizada do contexto, segundo uma visão “difusa” ou “meta-individual” da identificação pessoal daqueles afetados pela lesão ou ameaça de lesão.

A tendência de considerar estes bens universais como produtos de uma abstração, desvincula seu reconhecimento e sua identificação da figura da vítima, que passa a representar tão somente o simbolismo, parte integrante desta modalidade de proteção jurídica penal.

Esta tendência jurídica acaba conduzindo a uma nova modalidade de Direito Penal, onde não se encontram mais os parâmetros de identificação no binômio autor-vítima, mas em uma exclusão da vítima do contexto material de Direito Penal, substituindo um direito de resultado por um direito de perigo, ou seja, delitos de resultado por delitos de perigo, em uma a priorização dos bens universais em relação aos bens jurídicos individuais. A Justiça Penal como

¹⁹⁴ Segundo Péricles Prade, podemos definir, em uma forma unificadora que “interesse jurídico significa a relevância de ordem material ou também instrumental, subjetivada ou não subjetivada, conferida pelo direito positivo a determinadas situações respeitantes ao indivíduo isolado, ao grupo ou à coletividade maior”. In: *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 18.

imposição de resposta severa a lesões dos interesses mais graves das pessoas, acaba seguindo, cada vez mais, para uma conversão em instrumento de política interna, afastando ainda mais o processo penal de qualquer influência individual¹⁹⁶.

Temos, enfim, que a tutela de bens jurídicos supra-individuais acaba proporcionando dimensões mais participativas de pessoas interessadas, em um processo penal conduzindo o formalismo judicial a uma orientação e um controle destas mesmas pessoas¹⁹⁷, todavia com o perigo de desconsiderar direitos de vítimas individuais em favor de uma proteção de massas.

Assim, ações delitivas, decorrentes da proteção de bens jurídico-penais universais, são caracterizadas, em sua maioria, por condutas sujeitas à proteção jurídica antecipada. Levando a uma expansão das tutelas da ação e à desconsideração dos conceitos de resultado.

Volta-se o Direito Penal para uma superação do resultado como busca de juízo de valor, para encontrar na ação seu maior objetivo. Um Direito em sentido expansivo, rumo à superação dos delitos dolosos que eram seu núcleo, para encontrar nos delitos de imprudência ou de perigo uma visão diferenciada do fator resultado, que somente acaba por ser considerado como uma maior garantia de segurança jurídica, no momento de postular uma persecução penal contra determinada pessoa, evitando-se estender os efeitos desta persecução e a responsabilidade por este resultado a outras pessoas que, mesmo violando a norma de cuidado, não produziram com suas ações qualquer dano efetivo.

¹⁹⁵ PRADE, Péricles. *Conceito...*, p. 166.

¹⁹⁶ Díez Ripollés, José Luiz. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. *Teorías Actuales em el Derecho Pena – 75º Aniversario del Código Penal*. Buenos Ayres: Ad-Hoc S.R.L., 1998, p.431 e ss.

¹⁹⁷ JORI TOLOSA, José Luis. Problemática procesal de la protección de los intereses difusos. *Interesses difusos y derecho penal*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial (XXXVI), 1995, p. 398; DE VITA, Alberto. La tutela degli interessi difussi nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (3), 1997, p. 838 e ss.

Nos delitos de perigo o elemento jurídico do resultado desaparece. As condutas que envolvem o bem estar social é que estão em questão. A saúde pública, a segurança, o meio ambiente, o tráfego de veículos, as relações de consumo, acabam exigindo a análise de questões envolvendo a experiência e o nível técnico das pessoas, segundo as condutas perigosas que se pretende punir, sem que haja necessidade de produção de um resultado¹⁹⁸.

3.2 . Expectativa social e bens jurídicos universais

Para a identificação de uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico supra-individual não se faz imprescindível que realidade social, na qual está inserido, simplesmente desapareça.

O bem jurídico com dimensões coletivas ou difusas deve estar sujeito a diferenciações segundo elementos individuais que possam manifestar concretamente sua realização.

A proteção jurídica e a própria inserção legal desta modalidade de bens universais, ou seja, a legitimidade sobre a existência de proteção penal a uma modalidade supra-individual de bens, seguindo a evolução sistemática estabelecida neste estudo, é reflexo, evidentemente, dos preceitos desenvolvidos no modelo de Estado de Direito Liberal, preocupado em preservar a ordem social através de garantias formais de convivência em direção a um Estado Social que

¹⁹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...*, p. 281 e ss.

aspirava manter esta convivência pacificamente, através da garantia a todos os cidadãos de pressupostos materiais mínimos de bem estar¹⁹⁹.

Todavia, em regra as formulações legais de tutela de bens jurídicos universais, são apoiadas em estruturas típicas de perigo, extremamente genéricas e de fácil corrupção, decorrentes de uma condução legislativa destinada a atender desejos sociais de momento, o clamor público, com manifestações meramente simbólicas de Direito Penal, distantes da necessidade e da produção de soluções efetivas²⁰⁰.

Um Direito Penal de fundo garantista, destinado a limitar a aceitação desta modalidade de bens jurídico-penais apenas àqueles que possam ser identificados segundo uma conotação individual, conduz a uma neutralização de um fracassado conjunto de novas elaborações legislativas, destinadas muito mais às necessidades da manutenção da sociedade democrática do que a atender aos integrantes desta mesma comunidade.

As construções conceituais pouco precisas, que compõe os tipos penais identificadores de bens universais, sob a alusão de uma sociedade de risco, conduz muito mais a um Direito Penal expansivo, com imposição de penas e repressão, em desrespeito aos princípios modernos da estrutura de persecução penal e intervenção estatal, que se pretende manter e desenvolver.

A tarefa sempre presente de proporcionar uma colaboração e integração das ciências sociais, em especial a sociologia e a política criminal, conduz a uma formulação de bens jurídicos universais que sejam compatíveis com uma adequada descrição empírica das realidades sociais, merecedoras de

¹⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista..., p. 452.

²⁰⁰ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, Barcelona, nº 1, 1991, pp. 23/36.

tutela penal, em uma verdadeira realização de uma das funções empíricas do Direito Penal, segundo uma dogmática conceitual aceitável e de termos precisos.

Busca-se a elaboração de concretos conceitos de lesão material, que possam indicar a danosidade social e individual que possa decorrer de uma violação de determinado bem jurídico supra-individual, substituindo estruturas típicas de perigo, muito generalizadas em relação a identificação de seu objeto, com o fim de garantir uma eficácia no momento de aplicação da lei ao caso em concreto.

De outro lado, a superação da natureza secundária, ou meramente sancionatória imposta ao Direito Penal, não pode ser considerada como adequada, pois a adoção de uma política envolvendo decisões de penalização autônomas em relação aos demais setores jurídicos, sem importar-se se estas condutas já são reprimidas alternativamente ou mesmo consideradas como ilícitas em outra seara da legislação²⁰¹.

Tal posicionamento resultaria em uma desconsideração dos princípios de intervenção mínima e de *ultima ratio*, segundo uma orientação de subsidiariedade, que exige a intervenção penal segundo funções valorativas autônomas²⁰².

Temos que o Direito Penal, em especial quanto à proteção de bens jurídicos universais, segue um critério de valoração próprio e autônomo, até porque seu caráter singular de tutela e repressão assim exigem, mas segundo uma estrutura e uma motivação, abalizada por outros setores jurídicos da ordem social.

²⁰¹ A respeito das posições doutrinárias quanto à postura secundária do Direito Penal: CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. 5ª edição, Madrid: Tecnos, 1996, v. I, p.p. 59 e 60.

²⁰² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista..., p. 454 e 455.

Não se pode perder de vista, entretanto, que o interesse social relevante para o indivíduo é que deve ser elevado à categoria de bem digno de tutela jurídico-penal, segundo um juízo de valoração social que encontra na gravidade das conseqüências das violações a estes bens jurídicos a justificativa para uma resposta penal²⁰³.

Segundo a evolução do conteúdo dos direitos fundamentais, vista sob a própria ótica evolutiva do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, que proporcionou uma nova concepção para as garantias individuais, com base na proteção de direitos sociais como o ambiente, a economia, o patrimônio cultural, o Direito Penal foi conduzido a uma função concretizadora da realidade social, visando assegurar o equilíbrio e o desenvolvimento estrutural da própria sociedade. Com isto, deve ter em conta que, uma proteção penal a bens supra-individuais não pode atingir ou mesmo violar bens jurídicos individuais, sob pena de perder sua função.

Decididamente também existe o perigo de incorporar ao Direito Penal uma função político-governamental.

A proteção de bens jurídicos universais, segundo critérios genéricos, pouco concretos, como destacamos, em atenção a preceitos de clamor público, indica uma função promocional do Direito Penal que não pode ser aceita²⁰⁴.

A legitimidade de intervenção estatal na sociedade, passa por critérios de política criminal²⁰⁵ que não podem ser abandonados em favor de

²⁰³ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal...*, p. 104 e 105.

²⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões...*, p. 73.

²⁰⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução e introdução de Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1972.

ideologias promocionais inúteis à manutenção das garantias sociais de bem estar, e que levam a uma desvalorização das normas penais.

Os bens jurídicos universais, supra-individuais, transindividuais, meta-individuais, coletivos ou difusos, eleitos segundo critérios de relevância social e danosidade, na verdade acabam sofrendo os efeitos de uma realidade social de medo e insegurança.

A sensação de insegurança pós-revolução industrial, decorrente de novos riscos provenientes de uma abundância de recursos técnicos de exploração e consumo, incrementados pela evolução de meios de comunicação e informações desconhecidas sobre critérios seguros de julgamento sobre o bom e o ruim, criaram referências valorativas jurídicas diversas, não objetivas, em uma sociedade de massas, de forma que o único meio de intermediação entre os interesses individuais e a sociedade é o Direito²⁰⁶.

Quando tratamos de bens universais como a preservação do ambiente, das relações de consumo e da saúde pública, por exemplo, uma busca de segurança social acaba se convertendo em uma busca de tutela penal, em virtude da preservação destes bens jurídicos ser necessária à subsistência pacífica da espécie humana.

Diante de um conjunto de medos difusos, que conduz a esta realidade social, em especial quando aqui tratamos de interesses supra-individuais, vimos que os clássicos pensamentos de restrição e minimização do Direito Penal retomam sua força, frente a um Direito que é cada vez mais ampliado, sem parâmetros ou limites principiológicos, ou se os têm, são

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha da 2ª edição espanhola (Madrid: 2.001). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 32/41.

desrespeitados ou flexibilizados, muito mais com o intuito de por fim àquela angústia social de insegurança, do que de solucionar pendências jurídicas reais.

Criou-se a “indústria da criminalização” em uma busca obsessiva de normas cada vez mais rígidas e amplas em matérias como, por exemplo, o meio ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo, a corrupção pública, dentre outras²⁰⁷.

Trata-se da política de interesses, representada pela formulação de argumentos científicos como instrumentos para finalidades outras que não a persecução da verdade e da justiça²⁰⁸. Buscam-se fins estratégicos através de argumentações pseudocientíficas, com finalidades políticas, aplicando critérios de correção extremamente deficitários, em especial quando tratamos de bens jurídico-penais de caráter universal.

Talvez, para iniciar uma nova concepção de realidade social frente a uma nova sistemática jurídica que inclui a proteção penal de bens jurídicos universais, melhor seria discutirmos metas para evolução do Direito Penal, segundo uma linha de orientação reformista que poderia muito bem passar pela própria Teoria da prevenção geral positiva²⁰⁹.

Neste sentido, desenvolver a confiança do povo em normas adequadas e destinadas a promover justiça e paz, em uma construção de consciência social sobre as normas, em especial quando destinadas a promover a

²⁰⁷ Seguindo a mesma linha de pensamento de Silva Sanchez: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...*, p. 41.

²⁰⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones...*, pp. 57/59.

²⁰⁹ Winfried Hassemer desenvolveu de forma clara em suas obras os parâmetros da Teoria da Prevenção Geral Positiva: *Crítica al derecho penal de hoy*, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y filosofía del Derecho, Universidade Externado de Colombia, trad. Patricia S. Ziffer, Bogotá, 1998; *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado*, Barcelona, n° 1, pp. 23/36, 1991; *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; *A que metas puede a pena estatal visar?* São Paulo: Justitia, ano 48, vol. 134, 1986, pp. 26/31; *Fundamentos del Derecho Penal*, Casa Editorial Bosh, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984.

proteção de bens fundamentais para a subsistência pacífica da espécie humana, busca a construção de um Direito Penal integrado com as ciências sociais, parte de um controle social dos desvios de conduta, concorrendo com instâncias sociais e jurídicas outras, complementares a este modelo de controle²¹⁰, envolvendo uma socialização através de uma formalização adequada da modalidade deste controle de conflitos e desvios, segundo uma preservação de direitos universais ou supra-individuais, através de normas “vivas e válidas”, em uma sociedade moderna, atendendo a uma expectativa social de justiça²¹¹.

²¹⁰ No caso dos bens universais o Direito Administrativo Sancionador, como exemplo da influência e participação, além de elementos de políticas públicas e privadas de educação e cultura, não menos significativos.

²¹¹ Segundo parâmetros próprios da Teoria da Prevenção Geral Positiva: HASSEMER, Winfried . *A que metas pode a pena estatal visar?* Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 19 de setembro de 1984, notas de Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo: Justitia, ano 48, vol. 134, abr/jun. 1986, pp. 30 e 31.

III – TIPICIDADE SEGUNDO A TEORIA GERAL DO DELITO

Envolvendo a dogmática penal, segundo a interpretação, o desenvolvimento e a sistematização de preceitos legais e opiniões científicas, para explicar uma teoria do tipo, necessário, primeiramente, uma breve abordagem a respeito da Teoria Geral do Delito.

A dogmática jurídica possui a dimensão de elaborar conceitos e de integrá-los a um sistema, todo ele dirigido à resolução de problemas jurídicos segundo determinada orientação. Indica princípios jurídicos implícitos em um ordenamento, expondo preceitos jurídicos diversos, como consequência destes princípios, permitindo a compreensão do sentido concreto de determinadas pretensões como expressão da estrutura de um mesmo sistema jurídico²¹².

A Teoria Geral do Delito, segundo a dogmática jurídica, explica e sistematiza os elementos e os pressupostos gerais, indispensáveis para que determinada conduta possa ser qualificada como um delito sujeito a sanções²¹³.

Classificando e analisando múltiplas circunstâncias que podem surgir no caso em concreto, a Teoria Geral do Delito indica soluções possíveis, segundo uma interpretação sistemática de preceitos penais, sob a égide de

²¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 49.

princípios gerais de direito, em especial princípios de natureza penal, submetendo as soluções eleitas a uma adequação segundo os princípios fundamentais, inscritos na norma constitucional.

A partir disto temos que a implementação de uma Teoria Geral do Delito está diretamente ligada à própria concretização de um conceito material de delito, segundo uma orientação desejada pelo modelo de Estado Social e Democrático de Direito, que ora se elegeu²¹⁴.

Seguindo o posicionamento de que o Direito Penal se dirige a proteção eficaz de bens jurídicos, sendo que sua aplicação fica sujeita apenas àquelas condutas que representam ataques mais graves contra os bens jurídicos considerados mais importantes, temos que para a identificação destas condutas como delitos, devem passar por uma violação de um imperativo ou norma de determinação, fundamentada de forma axiológica segundo uma outra norma de valoração, que indica o bem jurídico selecionado pelo legislador²¹⁵.

Esta conduta, então contrária ao ordenamento jurídico, será antijurídica, ou seja, a expressão de um juízo de desvalor quanto ao fato cometido.

Ao lado da antijuridicidade, posiciona-se a culpabilidade, segundo a qual a exigência de responsabilidade pela conduta antijurídica, de um sujeito com capacidade de compreensão e liberdade de atuação, proporciona um juízo de desvalor quanto a este que será indicado como autor do fato delituoso.

Temos ainda, dentre todas as condutas antijurídicas possíveis, aquelas que são consideradas como mais graves, são selecionadas segundo um princípio de legalidade, consistente na adequação de um fato realizado a uma

²¹³ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 20.

²¹⁴ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 30 e ss.

²¹⁵ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *op. cit.*, pp. 34 e 35.

suposta descrição normativa de conduta reprovável, identificada assim a tipicidade.

Deste conjunto evolutivo dogmático, extrai-se um conceito material de delito, envolvendo aquelas condutas, positivas ou negativas, com um carácter antijurídico, típico e culpável, segundo uma subsunção de um fato comprovado a uma descrição legal típica ou reprovável.

Assim, o posicionamento dualista sobre o delito como sendo produto de um elemento objetivo ou material e de outro elemento moral ou subjetivo, herança da Escola Clássica, fez-se suceder pela teoria tridimensional compondo o delito de elementos segundo um fato típico, a culpabilidade e a antijuridicidade²¹⁶.

1. Tipo e tipicidade definidos

Para definirmos a eleição de bens jurídicos universais sujeitos à tutela penal, bem como a própria identificação legal destes bens, se faz indispensável uma análise de duas categorias integradas ao conceito de delito, quais sejam, a tipicidade e o tipo penal, segundo um estrutura lógico dogmática.

O tipo aparece como a descrição externa de uma conduta, a qual se relaciona com a pena e que, a partir deste instante acaba assumindo relevância jurídico-penal.²¹⁷

²¹⁶ MARQUES, José Frederico. Da tipicidade penal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, setembro de 1951, nº 19, vol. CXXXVII, ano XLVII, fascículo 579, p. 47.

²¹⁷ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad e imputación objetiva...*, p. 62.

A conduta, então, assume um sentido semântico, tendo em conta o valor de elementos de tempo e espaço, que levaram esta mesma conduta a uma descrição na lei²¹⁸.

Todavia, esta subsunção de uma sucessão de fatos reais a uma descrição típica não é suficiente para acarretar conseqüências jurídicas, que devem ser previstas pelo legislador no processo de imputação de um fato a seu autor.

Assim, como instrumento de descrição normativa de elementos fáticos, o tipo também exige uma natureza de norma ordenadora de interpretação e exposição de relações jurídicas, dentro de um contexto científico e jurídico²¹⁹.

A partir disto, como já havíamos exposto, para identificarmos uma configuração concreta do tipo penal, necessária a indicação de determinada conduta, realizada segundo um caráter ofensivo a um bem jurídico, onde se estabeleçam duas situações sociais conflitantes, uma decorrente da identificação normativa daquilo que se denomina de delito e outra segundo uma realidade fática vivida pelo agente. Em estas situações sociais relacionando-se, ou seja, subsumindo-se a realidade fática à identificação normativa, surge a adequação típica ou a tipicidade²²⁰.

Poderíamos considerar, então, o tipo como uma descrição da conduta proibida, levada a concretização através da expressão de uma hipótese de fato na norma penal, enquanto que a tipicidade surge como a qualidade que se atribui a determinado comportamento, subsumível à hipótese normativa infracional²²¹.

²¹⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 92.

²¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 edição. Tradução de José de Souza e Brito e de José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, pp. 524 e ss.

²²⁰ TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 130.

²²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 42.

1.1. O tipo penal segundo um conceito evolutivo

Como declarava Aníbal Bruno²²², a importância da noção de tipo como centro de toda a Teoria do Direito Penal é uma afirmativa que ainda deve ser considerada como válida, diante de uma concepção caótica de delito que se apresentava antes de Ernest von Beling²²³.

A noção de tipo decorreu, segundo Juarez Tavares, do Direito Penal renascentista, com Tiberius Decianus²²⁴, como um exame da causa formal do delito, ou do Direito Penal comum europeu, a cerca do *corpo de delito*, e da obra de Christoph Carl Stübel²²⁵.

O Franz von Liszt²²⁶, seguindo a doutrina penal da época, apesar de entender o tipo como o próprio delito, já que o visualizava como o conjunto de elementos que possibilitavam a exigência de uma pena, para uma necessária caracterização do delito, sustentando que este era composto pela ação, a

²²² BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no Direito Penal. *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1962, pp. 47/62.

²²³ Ibid., p. 47, nota 1. Sobre o assunto e, inclusive, para justificar a própria condução deste estudo, merece transcrição alguns trechos de nota explicativa de Aníbal Bruno sobre a teoria do tipo penal: “A teoria do tipo teve a sua origem na Alemanha, onde se tem processado todo o seu desenvolvimento (...) Em todo o caso, universalmente acolhida na doutrina alemã, a noção do tipo vem sendo aceita por muitos penalistas estrangeiros, que dela se servem para a explicação de problemas penais. Na Alemanha, porém é que se tem trabalhado toda a sua teoria. Não se estranhará, portanto, que na pequena bibliografia citada figurem quase exclusivamente autores alemães, que são justamente aqueles que se têm ocupado do assunto”. Daí a própria ilustração dos trabalhos doutrinários a respeito do Direito Penal, do tipo e da tipicidade, que hoje, arraigados nos estudos alemães, partindo para a doutrina espanhola e, posteriormente para sua inserção no campo sul-americano, acabam por sustentar suas teorias, como no presente caso, em elementos doutrinários desta natureza.

²²⁴ DECIANUS, Tiberius. *Tractatus criminalis*, Livro II, capítulo II, nº 4, Frankfurt am Main, 1591. Apud TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 133, nota 198.

²²⁵ STÜBEL, Christoph Carl. *Über den Tatbestand de Verbrechen nach gemeinen in Deutschland geltenden und chursächhsichen Rechten*, Wittenberg, 1795, reimpressão Keip Verlag, 1997. Apud TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 133, nota 199.

²²⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução e comentários de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 183.

antijuridicidade, a culpabilidade e a punibilidade, não deixou de impulsionar o reconhecimento do tipo como um elemento fundamentador do próprio delito²²⁷.

De outro lado, como já destacado, foi através de Ernest von Beling, que a alteração desta conceituação de tipo, com uma nova abordagem a respeito da doutrina do *Tatbestand*²²⁸, decorrente de conceito extraído do termo inscrito no § 59 do Código Penal Alemão de 1871, que este rompeu com sua função meramente descritiva da antijuridicidade e da culpabilidade, identificando o tipo como um elemento autônomo.

Assim, segundo as teorias que impulsionaram a evolução dos conceitos de tipo e tipicidade, podemos definir algumas fases deste processo construtivo, segundo um momento histórico social de elaboração da Teoria do Delito²²⁹.

1.1.2. Teoria causal e as fases da independência e do caráter indiciário de antijuridicidade

Em 1906, em verdadeira contribuição da teoria causal, segundo um modelo positivista jurídico de direito, através de um artigo, Ernest von

²²⁷ ZAFFARÓNI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 198.

²²⁸ A expressão *Tatbestand* surgiu na doutrina jurídica alemã entre o final do século XVIII e o início do século XIX, na seara do direito processual criminal, envolvendo uma tradução da expressão latina *corpus delicti*, segundo um panorama probatório de ingerência. Aparece, primeiramente, como elemento conceitual do Direito Penal na obra de Feuerbach, segundo uma concepção liberal do Estado de Direito, seguindo por toda a doutrina penal alemã do século XIX, todavia confundido como representação de toda a totalidade do delito, ou seja, quase que seu sinônimo, senão a soma de todos os elementos e fatores que devem existir para que se possa aplicar a pena como consequência do crime. In: LUISI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987, pp. 13 e ss.

²²⁹ Luiz Jimenéz Asua aponta fases evolutivas do conceito de tipo, como sendo: a fase da independência, a fase do caráter indiciário, a fase da *ratio essendi*, a fase defensiva e a fase destrutiva (In: Luiz Jimenéz Asua. *La ley y el delito – Principios de derecho penal*. 2ª edição. Buenos Aires: Ed. Sulamericana, 1978, p. 237), enquanto que Juarez Tavez aponta para as influências da Teoria Causal, do Neokantismo, o Finalismo, a Teoria Social e o Finalismo (In: *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 134 e ss.).

Beling²³⁰ acabou por implementar uma conceituação de tipo, independente da antijuridicidade e da culpabilidade, proporcionando a distinção entre a conduta e sua previsão legal, e assim, também, a própria elaboração de um conceito de ação²³¹.

No modelo causal o tipo é compreendido como descrição objetiva e neutra do desenvolvimento de uma conduta legalmente prevista, onde a realidade causal, representada pela ação do agente, está interligada ao resultado, parte integrante da própria ação causal, pois indispensável a todos os delitos.

Envolve um formalismo jurídico que reconhece o delito e a pena como uma representação conceitual, segundo uma consideração técnico-jurídica, desenvolvida em um sistema fechado, com preceitos concretos previstos em lei²³².

Segundo a teoria da causalidade deve o tipo penal estar formulado em termos claros e precisos, em um firme limite para figura típica, tendo em uma compreensão cada vez mais restrita de seus termos uma maior garantia para as liberdades civis, limitando o julgador à linguagem do legislador, impedindo que os termos dêem lugar a uma incerteza sobre quais fatos são considerados vedados²³³.

Ernest von Beling²³⁴ partiu de uma formulação dedutiva do conceito de tipo, concebendo este como um conjunto de circunstâncias que caracterizam abstratamente o delito conforme sua definição legal, em uma ação punível objetivamente descrita.

²³⁰ BELING, Ernest von. *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, reimpressão Keip Vewrlag, 1997. Apud TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 135, nota 204.

²³¹ TAVAREZ, Juarez. *Teoria...*, p. 134.

²³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...*, p. 51.

²³³ BRUNO, Aníbal. *Sobre o tipo no Direito Penal...*, p. 47 e ss.

²³⁴ BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doutrina del delito tipo*. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944, pp. 55 e ss.

O modelo de Ernest von Beling caracterizou-se de forma significativa por dois elementos básicos envolvendo a objetividade, com a exclusão do tipo dos critérios subjetivos de culpabilidade, bem como pela ausência de valoração legal ou de conteúdo valorativo, em uma função puramente descritiva e autônoma, distante da antijuridicidade²³⁵.

Em um segundo momento, ainda sob a égide causal, a tipicidade passa a funcionar como indício objetivo da antijuridicidade.

Max Ernst Mayer²³⁶, impõe ao conceito causal de tipo, um indício objetivo, um meio de conhecimento da antijuridicidade, com a pregação de que desde que uma determinada ação possa ser identificada segundo uma descrição típica legal, tal fato passa a constituir um indício objetivo da incidência da norma proibitiva nesta mesma ação.

Os tipos penais, para Max Ernst Mayer contêm elementos relacionados ao próprio autor do delito, elementos que podem ser identificados como subjetivos, além de elementos normativos, o que demonstra a necessidade de elementos valorativos no momento do julgamento do fato, segundo a norma repressora.

Existe uma conservação da estrutura básica da teoria do *Tatbestand*, mas com a presença de elementos normativos que conduzem a certa obscuridade a respeito de limites entres tipicidade e antijuridicidade²³⁷.

²³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tradução de Dirego Manuel Luzón Pena, Madrid: Civitas, 1997, v. I, p. 278. TAVAREZ, Juarez. *Teoria...*, p. 136.

²³⁶ MAYER, Max Ernst. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1ª edição, 1915, reimpressão da 2ª edição, Heidelberg, 1923, Frankfurt am Main, 1997. Apud TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 136, nota 205.

²³⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 62.

1.1.3. O neokantismo e a fase *ratio essendi* da antijuridicidade.

A doutrina de Max Ernst Mayer, posiciona-se influenciada pelo pensamento neokantiano, que conduzia a um enriquecimento de elementos normativos, sedentos de valoração para a compreensão de seu significado, bem como de elementos subjetivos que afastavam a identificação da ação como uma concepção meramente descritiva, introduzindo considerações axiológicas e materiais²³⁸.

Ainda segundo este posicionamento, conseguiu demonstrar que o tipo penal não é realmente neutro, mas que muitos deles contem expressões de conotações axiológicas, assim valorativas²³⁹.

Sob a ótica desta alteração de perspectivas, influenciadas pelo movimento neokantista é que desponta, de forma significativa, uma sistematização e ampliação da matéria por Edmund Mezger²⁴⁰, tanto no que se refere aos elementos subjetivos como aos elementos normativos do tipo, com a identificação da razão de ser, *ratio essendi*, da antijuridicidade²⁴¹.

Identifica a tipicidade como fundamento da antijuridicidade, entendendo que a análise da tipicidade não se produz segundo uma análise individuada, mas como base real da antijuridicidade²⁴², considerado o delito como um injusto culpável. O tipo de injusto, assim, seria, na verdade, uma antijuridicidade tipificada, afastadas causas de justificação, dependente da

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, pp. 55/57.

²³⁹ LUISI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 18.

²⁴⁰ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*. 6ª edição. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1944. Não obstante o destaque de Edmund Mezger, Juarez Tavares bem aponta outros precursores do neokantismo: Max Grünhut, August Hegler, Johannes Nagler. In: *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 137.

²⁴¹ LUISI, Luis. *Op. cit.*, p. 19.

²⁴² CAMARGO, Chaves. *Tipo penal...*, p. 09.

vontade do agente, em uma definição de delito como ação tipicamente antijurídica e culpável²⁴³.

1.1.4. A fase defensiva de Ernst von Beling

Diante das concepções evolutivas trazidas pelo neokantismo, bem como das severas críticas que sua teoria do tipo penal acabou por sofrer, em 1930 Ernst von Beling apresenta uma revisão de sua posição doutrinária²⁴⁴. Passou a destacar duas modalidades no tipo penal: o delito-tipo e o tipo reitor.

O delito-tipo de Ernest von Beling, envolve um esquema unitário segundo cada figura delitiva, vista de forma autônoma, ilustrado sempre de forma normativa, transformando-se em um sistema regulador dos elementos do delito, uma garantia indispensável mas sem se identificar com o próprio delito, mas em estreita relação com o princípio da legalidade²⁴⁵.

De outro lado, o modelo reitor, de caráter eminentemente externo, busca uma integração dos elementos do delito, sendo o correspondente abstrato e conceitual do próprio delito-tipo.

O tipo de delito responderia pelas características relativas de cada um dos delitos contidos na parte especial do estatuto penal, segundo componentes objetivos e subjetivos, enquanto que o tipo reitor despontando como elemento conceitual, seria um objeto primário de investigação, complementar à análise dos demais tipos de delito²⁴⁶.

²⁴³ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal...*, p. 145 e ss.

²⁴⁴ BELING, Ernest von. *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930; *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª edição, Tübingen, 1930. Apud TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 135, nota 204. BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doutrina del delito tipo*. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

²⁴⁵ CAMARGO, Chaves. *Tipo penal...*, p. 11.

²⁴⁶ TAVAREZ, Juarez. *Op. cit.*, p. 136.

A revisão defensiva de Ernst von Beling não prevaleceu, tanto que, posteriormente, o próprio autor assumiu posição diversa, entendendo que o tipo como integrante da antijuridicidade, mas sem jamais apresentar demonstração concreta²⁴⁷.

1.2. O tipo penal e o finalismo

Durante o período nazista, as teorias sobre o bem jurídico, segundo a Escola de Kiel, acabaram por sofrer um processo de negação crítica destrutiva, reduzindo sua contextualização a uma lesão ao dever²⁴⁸.

Superada a Segunda Guerra Mundial, com a queda do sistema nazista, ocorre uma retomada da evolução dogmática jurídica, com base na Teoria Finalista de bases ontológicas, decorrente de uma retomada evolutiva do sistema neokantiano²⁴⁹.

A doutrina finalista²⁵⁰, segundo a qual o conceito de ação recebe o paradigma da voluntariedade, enquanto que a culpabilidade assume um conteúdo valorativo²⁵¹, assume uma concepção de tipo penal como reflexo da própria conceituação de ação final²⁵².

A atividade humana como realidade é ordenada e organizada com um contexto ontológico específico, mesmo antes de sua definição segundo a norma, ou seja, a lei apenas limita-se à descrição de uma realidade pré-

²⁴⁷ TAVAREZ, Juarez.. *Teoria...*, p. 136.

²⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción...*, p. 25 e. 26, nota 108.

²⁴⁹ TAVAREZ, Juarez. *Op. cit.*, p. 139.

²⁵⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista*, tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²⁵¹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação...*, pp. 29/32.

²⁵² TAVAREZ, Juarez. *Op. cit.*, p. 139.

concebida, onde os conceitos não criam nem constróem objetos segundo uma tutela jurídica, apenas decorrem de estruturas preexistentes ao conhecimento²⁵³.

O tipo penal aparece, por tanto, como uma descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana, ou seja, constituído da vontade de acolher a ação com seus elementos como objeto de valoração jurídica, situando-se como a descrição de uma conduta segundo uma matéria de proibição²⁵⁴.

O fim desejado pelo agente passa a fazer parte integrante da estrutura do tipo penal, incluindo-se aí o dolo e a culpa, afastando-se do modelo meramente objetivo, não valorativo, de tipo penal, adotado por Ernst von Beling; apresentam-se elementos objetivos e subjetivos²⁵⁵.

As condutas dolosas são integradas de duas partes: os tipos objetivos e os tipos subjetivos. Os objetivos são uma exteriorização da ação e os subjetivos relacionados à tendência a que se destina esta ação. De outro lado a culpabilidade aparece como juízo de valor, onde o crime doloso assume um resultado danoso, consciente e voluntariamente produzido, enquanto que a culpa o desvalor da própria ação é avaliado segundo uma perspectiva de um modelo pré-estabelecido, hipoteticamente relacionado às realização ideais de prudência e consciência²⁵⁶.

Por fim, dentro desta contextualização de tipo penal, quanto à antijuridicidade, segundo o finalismo, o tipo penal assume uma posição de indício de antijuridicidade.²⁵⁷

Assim, a atividade humana aparece como exercício da denominada “ação final”, assumindo o tipo penal tanto as condição objetivas de

²⁵³ LUISI, Luis. *O tipo penal...*, p. 37 e 39.

²⁵⁴ TAVAREZ, Juarez. *Teoria...*, p. 139.

²⁵⁵ LUISI, Luis. *Op. cit.*, p. 42.

²⁵⁶ TAVAREZ, Juarez. *Op. cit.*, p.142.

punibilidade quanto os elementos de culpabilidade e antijuridicidade; inclui-se o dolo e a culpa como elementos do tipo, a antijuridicidade resta como contradição entre a norma de proibição realizada na conduta típica e as orientações do ordenamento jurídico, ficando a culpabilidade consignada como um juízo normativo de valor²⁵⁸.

1.2.1. A teoria da adequação social

Hans Welzel conduziu uma evolução no pensamento a respeito de ações que não poderiam configurar condutas antijurídicas²⁵⁹.

Apesar de modelo de conduta proibida, o tipo penal surge com características sociais na busca por uma vida ordenada segundo determinados parâmetros de uma determinada comunidade. Assim, determinadas condutas, embora sendo realizadas segundo os termos da definição legal, desenvolvem-se dentro de um contexto socialmente admitido, ou melhor, dentro de um contexto adequado segundo determinadas sociedades²⁶⁰.

Assim, a teoria da adequação social instrumentaliza a justificação de um comportamento típico, com base na ordem moral, nas orientações ético-sociais da vida em comunidade.

²⁵⁷ TAVAREZ, Juarez. *Teoria...*, p.143.

²⁵⁸ WELZEL, Hanz. *Derecho Penal alemán*. 4ª edição, tradução de Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1997, p. 53 e ss.

²⁵⁹ BRUNO, Aníbal. *Sobre o tipo no Direito Penal...*, p. 47 e ss.

²⁶⁰ WELZEL, Hanz. *Op. cit.*, p. 66 e ss.

1.3. O tipo penal e o pós-finalismo

Em uma fase denominada de transição, a dogmática jurídico-penal acabou por introduzir correntes de metodologia eclética²⁶¹.

A característica desta nova fase encontra-se em suas referências teleológicas, com uma maior ou menor normatização de conceitos jurídico-penais, segundo categorias dirigidas à política criminal e sua intervenção no Direito Penal²⁶².

1.3.1. O tipo penal segundo o funcionalismo teleológico

Dentro destas novas concepções, um posicionamento dominante das teorias funcionalistas, que buscam a construção de um sistema aberto, capaz de permanentes remodelações segundo uma evolução social e diante de conseqüências político-criminais, com a finalidade de proporcionar um modelo mais representativo da realidade, na busca de uma aplicação mais fidedigna do Direito Penal, com redução da intervenção estatal aos limites do estritamente necessário, se faz destacar²⁶³.

Segundo estas características teleológico-funcionais, podemos distinguir correntes moderadas e radicais²⁶⁴.

²⁶¹ Jesús-María Silva Sánchez aponta para a metodologia espanhola de Rodríguez Muñoz como um de seus exemplos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...*, p. 63.

²⁶² *Ibid.*, p. 64.

²⁶³ *Ibid.*, mesma página.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 68 e ss.

As teses moderadas, na busca da superação da contraposição entre o dogmaticamente correto e o politicamente satisfatório, superando as barreiras criadas entre o Direito Penal e a Política Criminal em busca de um sistema adequado às necessidades sociais, diante dos fins a que se destina o Direito Penal²⁶⁵.

Dentre os funcionalistas moderados, poderíamos destacar como seu maior representante Claus Roxin²⁶⁶, não obstante seu posicionamento quanto a ineficácia dos tipos penais abertos neutros para cumprirem uma função de elemento fundamental da estrutura do delito²⁶⁷.

Claus Roxin abandona o conceito de ação final proposto por Hans Welsel, buscando a sedimentação de um posicionamento onde a ação constitui elemento de uma teoria de tipicidade, longe do ontologicamente previsto, constituindo verdadeiro conceito jurídico-normativo, afastando a aplicação da lei ao caso em concreto como legitimação do sistema jurídico penal, em substituição a uma afirmação de que os fins político-criminais são os próprios fins da pena, segundo um Estado Social e Democrático de Direito²⁶⁸.

Desenvolve-se um conceito funcional de ação, de acordo com a exteriorização da personalidade do ser humano, caracterizador tanto de ações dolosas como culposas, absorvendo os elementos do delito, com a constituição de um tipo penal de considerações valorativas e jurídicas, com conteúdos sociais limitadores das condutas finais, envolvendo todos os pressupostos positivos e negativos da valoração do fato, em uma teoria da tipicidade com as características sociais da ação²⁶⁹.

²⁶⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal...*, p. 18 e ss.

²⁶⁶ Ibid., mesma página.

²⁶⁷ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal – Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução de Enrique Bacigalupo, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 265.

²⁶⁸ Idem, *Problemas...*, p. 53; 128 e ss; *Derecho Penal...*, p. 377 e ss.

²⁶⁹ Idem, *Problemas...*, p. 128 e ss.

Claus Roxin propõe um “tipo total”²⁷⁰, onde o tipo e a antijuridicidade estão organizadas em uma formulação global de injusto, que mantém um conteúdo da totalidade dos pressupostos substanciais para uma apuração de um juízo de injusto, abarcando os elementos negativos e positivos, expressos ou não, significativos para as ações comissivas ou omissivas²⁷¹.

Este modelo de “tipo total”, que superaria o tradicional tipo penal que só congrega prescrições elementares da Parte Especial²⁷², pois resultaria de posicionamentos sistemáticos, dogmáticos e práticos, compreenderia a totalidade do juízo do injusto, com dedução de todas as suas circunstâncias descritivas e determinantes, compreendidas no dever jurídico²⁷³.

Assim, à Parte Geral ficaria a tarefa de indicar princípios que regem a ação típica e as relações entre sujeitos ativo e o resultado, ficando o tipo subjetivo representado pelo dolo e demais elementos subjetivos, que fundamentam e reforçam o juízo de desvalor social sobre o fato, que não assumiria distinção entre injusto e culpabilidade²⁷⁴.

De outro lado, em uma concepção mais radical do funcionalismo teleológico, poderíamos destacar o pensamento de Günther Jakobs, que se afasta da preocupação prática de Claus Roxin, rumo a uma fundamentação metodológica²⁷⁵.

Günther Jacobs segue por um pensamento funcionalista, influenciado por Niklas Luhmann, com base na imputação objetiva e na

²⁷⁰ ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal...*, p. 273 e ss.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 279.

²⁷² *Ibid.*, p. 294.

²⁷³ Suporta este conceito de tipo, segundo o próprio Claus Roxin que somente “o tipo total é realmente um tipo ‘fechado’”, todavia isto não indica uma desconsideração, para o autor, dos tipos abertos, senão uma crítica ao sistema tópico, pretendendo um sistema mais apto à solução de realidades, em um “sistema aberto” de orientação teleológica. Vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...*, p. 69. Neste sentido a sustentação de que para Roxin o modelo de tipos penais abertos, desenvolvido segundo Welzel, não satisfaz a Teoria do Delito. In: *Teoria del tipo penal...*, p. 294 e nota 259.

²⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 311 e ss.

²⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 69 e ss.

imputação do resultado, levando a própria concepção do tipo penal, de modo não muito esclarecedor, como sendo uma etapa da imputação²⁷⁶.

Pretende o reconhecimento do tipo do injusto como produção do confronto entre a tipicidade e a antijuridicidade, sendo representado pelo conjunto de características representativas de uma inaceitabilidade social de determinada conduta, que somente pode ser afastada com a incidência de norma permissiva²⁷⁷.

Segundo esta inaceitabilidade, o agente deve ser um indivíduo integrado socialmente, com conhecimento dos comportamentos considerados como inadequados ou ilícitos por esta comunidade, segundo suas expectativas de vida digna e adequada²⁷⁸.

Günther Jakobs assume um tipo penal objetivo como sendo a expressão da relevância social e, assim, a exteriorização do próprio delito e da constatação da existência de efeitos externos de uma ação. Seu reconhecimento como expressão do injusto, todavia, exige uma conjunção com o tipo subjetivo, sob pena de tornar-se irrelevante²⁷⁹.

Fundamentado na imputação objetiva do comportamento²⁸⁰, embora considerando o tipo penal como indício da antijuridicidade, o funcionalismo de Günther Jakobs o reconhece como um conjunto de elementos básicos, sem os quais um juízo de valor jurídico seria irrelevante²⁸¹.

²⁷⁶ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte general; fundamentos y teoria de la imputación*. Tradução Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 9 e ss.

²⁷⁷ TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...*, p.145.

²⁷⁸ JAKOBS, Günter. Op. cit., p. 312.

²⁷⁹ Ibid., p. 223 e ss.

²⁸⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação...*, pp. 105/107.

²⁸¹ JAKOBS, Günter. Op. cit., p. 192.

1.3.2. O tipo penal e o Direito Penal como ciência social

A Escola de Frankfurt busca o desenvolvimento de um Direito Penal sob o enfoque de ciência social²⁸², em um caráter humanista que propõe, corretamente, que as experiências práticas assimiladas pelas ciências sociais são imprescindíveis para uma Política Criminal no momento de reformas legislativas, as quais devem sempre perseguir um Direito Penal segundo um sistema que produza efeitos reais para a sociedade²⁸³.

O principal expositor das idéias da Escola de Frankfurt, Winfried Hassemer, modernamente vem defendendo que tanto o Direito Penal prático como o teórico dogmático exige o reconhecimento de transformações, que o tem conduzido de um formalismo e de uma vinculação para a adoção de conceitos valorativos.

A tipicidade para Winfried Hassemer deve surgir com uma função crítica do sistema do fato punível, onde se podem reconhecer as grandes linhas que tutelam o sistema jurídico penal entre a liberdade de um e a liberdade de outro, caracterizando-se como o âmbito de liberdade de ação²⁸⁴.

Assim, as informações positivas oferecidas pela tipicidade caracterizariam o setor do comportamento humano no qual o Direito Penal é componente, determinando, ao mesmo tempo interesses humanos e bens jurídicos penalmente protegidos, segundo critérios de valoração jurídica.

Para Wolfgang Naucke, outro expoente da Escola de Frankfurt, o Direito Penal e a determinação dos fatos juridicamente relevantes, devem estar, necessariamente, ligados a uma ameaça de pena de acordo com as correspondentes necessidades da sociedade na elaboração dos fins do Direito

²⁸² CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação...*, p. 34 e ss.

²⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...*, p. 86.

Penal, bem como dos controles dos resultados obtidos com o auxílio de conceitos que estão comprometidos com a discussão da relação entre direito penal e dignidade humana, em um direito penal como parte do controle social; assinala para um direito penal comprometido com fins politicamente eficazes²⁸⁵.

No mesmo sentido, Klaus Lüderssen busca o reconhecimento de uma teoria do delito voltada para a prevenção geral, esta precedida de argumentos procedentes das ciências sociais, que tem por objeto os comportamentos humanos, analisados como objetos de valoração na concepção de um Direito Penal de cunho valorativo²⁸⁶.

Pode-se observar que o pensamento da Escola de Frankfurt, não obstante não restar imune a críticas, envolve a concepção de um Direito Penal valorativo, onde a adoção de valores e conceitos emana os desejos de uma sociedade de tempo e lugar, alinhados a uma perspectiva de dignidade da pessoa humana, elegem critérios de política criminal social como orientadores na própria criminalização ou não de fatos jurídica e socialmente relevantes.

Trata-se da visualização do Direito Penal com características próprias de absorção das idéias proferidas nas demais ciências sociais, não mais utilizando destas ciências como auxiliares, mas deixando-se instruir por elas, modificando criticamente seu próprio conteúdo, sem uma observação distante dos efeitos produzidos pelo direito penal, mas um entrelaçamento da realidade produzida por este direito, com o seu próprio processamento teórico, em um processo de aprendizado constante e dinâmico²⁸⁷.

²⁸⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 261 e 262.

²⁸⁵ NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw, Colección: Maestros del Derecho Penal, n° 14, Montevideo - Buenos Aires: Editorial B.de F., 2004, p. 32 e ss.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 83 e ss.

²⁸⁷ HASSEMER, Winfried; *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, tradução do original alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, abril-junho – 1994, p.59.

Defende-se uma reestruturação de todo o sistema, mediante novos critérios de racionalidade, correção, relevância e justificação, segundo uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências. Todavia, cabe salientar que esta reestruturação teórica tem sido superada por um Direito Penal de segurança, com um caráter eminentemente funcional que destroça as idéias anteriores²⁸⁸.

2. Funções e concretização da tipicidade

Segundo a análise moderna e integrada dos posicionamentos colacionados, podemos assentir com um conceito de tipo de acordo com uma descrição externa de determinada conduta, à qual se relaciona uma pena, atribuindo-lhe relevância jurídico-penal²⁸⁹.

Entretanto, para a concretização de uma determinada conduta em consonância com a descrição legal, ou seja, a afirmação da tipicidade da conduta segue, como necessário, primeiramente, a subsunção do fato real e suas conseqüências àquela descrição típica, em segundo lugar, uma análise subjetiva da previsibilidade da ação e do desejo de sua realização, e, por fim, a correlação entre tipo objetivo e tipo subjetivo, onde a ação dirigida produz o resultado esperado²⁹⁰.

Quanto às fases seguintes, da eficácia daquilo que determinamos como persecução penal, quais sejam, as delimitações da antijuridicidade, da existência ou não de causas de justificação, e da culpabilidade como exigência da responsabilidade penal do autor, devem ser observadas no atendimento a um

²⁸⁸ HASSEMER, Winfried; *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra...*, p. 59 e ss.

²⁸⁹ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 62.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 62 e 63.

juízo de valor sobre as circunstâncias concretas de cada caso, para a apuração de uma conduta delitiva ou não e, assim, alcançar a punibilidade com a aplicação de uma sanção adequada.

Neste sentido, quando falamos do primeiro elemento do delito, identificamos a tipicidade como uma derivação do princípio da legalidade, que garante que somente condutas eleitas pelo legislador, segundo critérios de intervenção mínima e identificadas na norma penal como delitos, é que acabam sujeitas a uma reprimenda penal.

O controle dos conflitos sociais através da imposição de normas limitadoras de condutas exige um elemento de *ultima ratio*, com a finalidade de conseguir o respeito da norma como forma de adequação comportamental, segundo aquilo que a sociedade entende como correto.

Assim a tipicidade pode ser entendida como uma expressão genérica do primeiro conceito dogmático de delito, conforme características que devem integrar determinada conduta para subsumir-se à norma, como uma qualidade atribuída a um comportamento, em uma adequação do fato cometido pelo homem, com a descrição que a lei penal faz deste mesmo fato²⁹¹.

Desta forma, podemos identificar claramente algumas funções da tipicidade.

Primeiramente uma função garantista, decorrente do princípio da legalidade²⁹². Em segundo uma função de seleção de condutas penalmente relevantes, dentro de parâmetros de intervenção mínima. Em terceiro uma função motivadora, com o intuito de orientar as condutas dos cidadãos de acordo com o que a sociedade entende como correto. Por fim, em quarto, uma função indiciária de antijuridicidade, pois não obstante de um ponto de vista objetivo, poder ser

²⁹¹ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad...*, p. 70.

²⁹² ROXIN, Claus. *Teoria del tipo pena...*, p. 170.

considerada formalmente típica determinada conduta, esta somente será considerada como proibida, caso não concorram quaisquer causas de justificação que, em tese, possam converter o ato em algo lícito.

Com isso, possível afirmar, também, que apesar da seleção de condutas proporcionada pela tipicidade ocorrer quanto a ações antijurídicas, não se pode assegurar que toda a conduta típica, necessariamente seja antijurídica²⁹³.

3. Materialização do tipo penal

Para entender a própria materialização do tipo penal, necessário conhecer sua estrutura interna básica.

Podemos identificar o tipo penal, segundo sua estrutura, como composto de dois elementos básicos.

Primeiramente temos o denominado tipo objetivo que envolve a descrição de uma ação externa, de acordo com a percepção do legislador. Todavia este elemento, por si só, não é suficiente a identificar como típica uma conduta.

A segunda parte do tipo, e assim complementar em sua estrutura, envolve o tipo subjetivo. Uma reunião de elementos subjetivos que incidem sobre a própria ação.

O tipo subjetivo, diferentemente do objetivo descritivo, é composto de exigências como o conhecimento e a vontade de realizar a conduta

²⁹³ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad...*, p. 71.

objetiva, assim identificado como dolo, o impulso ou *animus* de lucro, de ofender, caracterizadores dos motivos e intenções do agente e também do fato punível²⁹⁴.

Importante destacar que o próprio tipo objetivo, por sua característica descritiva deve trazer presentes elementos suficientes a indicarem a existência de um tipo subjetivo.

Para a identificação destes dois elementos, também indispensável uma linguagem precisa e de fácil compreensão, que afaste interpretações ambíguas ou contraditórias, recorrendo-se a uma metodologia descritiva e delimitadora de comportamentos puníveis e não puníveis.

Esta metodologia, em uma ciência de pós-modernidade, exige uma adequação e concepção de caráter evolutivo, ou seja, que acompanhe o momento e o desenvolver social²⁹⁵.

Temos o tipo em geral composto de um núcleo que representa ação ou omissão e o seu objeto, fundamentados na lesão a um bem jurídico, em uma concretização de seu reconhecimento como uma norma de conduta destinada a estabelecer os limites de intervenção estatal²⁹⁶. Como concretização de uma idéia, assim, o tipo penal deve ser visto como projeção de uma conduta comportamental, ou atividade humana²⁹⁷.

²⁹⁴ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad...*, p. 75.

²⁹⁵ Destacamos o posicionamento sobre a adoção de um sistema aberto, onde as normas repressoras devem acompanhar o contexto e a evolução da sociedade em que se encontram, sob pena de restarem injustas e inúteis.

²⁹⁶ TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...*, p. 175 e 176.

²⁹⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Tipo penal e tipo de culpabilidade. *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. Coordenação de Rubens Prestes Barra e Ricardo Antunes Andreucci, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pp. 264/274.

3.1. Conformação técnica objetiva do tipo penal

Reconhecer a estrutura do tipo penal, segundo a percepção do legislador, materializada na descrição normativa de uma ação externa, exige um dimensionamento de seus elementos segundo critérios classificatórios de seus elementos objetivos.

Estruturalmente, de acordo com a evolução da sociedade, os tipos penais exigem o reconhecimento de componentes descritivos e normativos.

Os elementos descritivos envolvem a expressão de realidades naturalísticas ou decorrentes de outras ciências sociais, como saúde, a morte, dentre outros, enquanto que os elementos normativos ou valorativos²⁹⁸, exigem uma análise de valor judicial do caso em concreto, como a insolvência, a obscenidade. No último caso podemos apresentar destaque para conceitos jurídicos indeterminados ou variáveis, de acordo com local e costumes, como a moral, por exemplo.²⁹⁹

Os elementos normativos não envolvem a ilicitude, mas a valoração do objeto da ação delituosa, em conceitos axiológicos, já valorizados em normas preexistentes ou a critério do interprete, pra um sentido a ser aplicado, dentro de quadros culturais de época e lugar, para sua compreensão³⁰⁰.

Neste quadro de destaques, podemos elencar além destes elementos descritivos e normativos, outros envolvendo os sujeitos do delito, a conduta externa e o objeto material da ação, dentre outros elementos de conotação axiológica, em juízos de interpretação no momento da aplicação da

²⁹⁸ ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal ...*, p. 59.

²⁹⁹ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad ...*, p. 78 e 79.

³⁰⁰ LUISI, Luis. *O tipo penal...*, p. 59 e 60.

norma jurídica penal. São alguns elementos comuns e necessários para sua configuração, bem como específicos e singulares acessórios.

Assim, podemos destacar quanto aos elementos típicos de acordo com os sujeitos, que podem ser comuns, onde qualquer pessoa aparece como sujeito ativo; especiais ou próprios, onde uma qualidade, profissão ou função caracteriza o sujeito ativo especial.

Os sujeitos próprios ou especiais, previstos na norma tipificadora restringem a possibilidade de efetiva autoria, através de qualificações naturais ou jurídicas, como sexo e função pública.

Existem, também, os denominados delitos de mão própria, quando o sujeito ativo é figura precisa identificada no tipo.³⁰¹

Temos, ainda, o sujeito ativo primário, que realiza a ação típica e o sujeito ativo secundário, que coopera para a concretização do delito, mas não realiza ação propriamente dita³⁰².

De acordo com o número de sujeito, podem ser unipessoais ou monosubjetivos, bastando uma única pessoa para sua consumação, ou pluripessoais, plurisubjetivos ou de concurso necessário, quando, como exemplo nos delitos que envolvem o reconhecimento de quadrilha ou bando, adultério, rixa, onde a presença de mais de mais pessoas é exigência para a configuração do tipo penal, em uma multiplicidade de sujeitos como *conditio sine qua non*³⁰³.

Quanto à conduta, o tipo penal segue segundo uma ação ou omissão, exigindo a realização de conduta determinada, positiva ou negativa, dirigida a um resultado.

³⁰¹ O infanticídio, onde apenas a mãe pode ser autora do delito é um exemplo eficaz desta modalidade. Artigo 123 do Código Penal Brasileiro.

³⁰² LUISI, Luis, *O tipo penal...*, p. 44.

³⁰³ *Ibid.*, p. 47.

No tocante à conduta, subscrevem-se, também tipos transitivos, quando estes fazem referência ao objeto material do delito e, por vezes ao próprio sujeito passivo, como no furto³⁰⁴, onde o objeto de ação é *coisa alheia móvel*³⁰⁵, e os tipos intransitivos, que envolvem apenas a descrição da conduta típica, como os delitos formais e de mera conduta; a conduta em si constitui a própria consumação típica envolvendo desrespeito de diretivas de ordem.

De outro lado temos os chamados delitos omissivos propriamente ditos, por exemplo, o legislador descreve a conduta devida, como na omissão de socorro³⁰⁶.

Dentre outras classificações, merece destaque, ainda, a quanto à consumação ou resultado, da ação típica, onde se encontram os delitos instantâneos e os permanentes, segundo uma consumação imediata ou um prolongamento do momento consumativo, enquanto a conduta típica se posterga³⁰⁷.

Assim, o bem jurídico tutelado, apesar de alguns não o incluírem como elemento do tipo penal³⁰⁸, aparece presente em sua estrutura, visto que os próprios fins do Direito Penal, dirigido à proteção de bens jurídicos, justificam sua consideração³⁰⁹.

Temos, então, segundo uma relação com o bem jurídico, os tipos penais de lesão, onde o bem jurídico, geralmente indicado expressamente no tipo penal, fica sujeito a uma lesão ou violação como requisito para a consumação do delito, e os tipos penais de perigo, onde para a consumação da ação típica basta a criação de uma situação de risco para o bem jurídico.

³⁰⁴ Artigo 155, do Código Penal brasileiro.

³⁰⁵ LUISI, Luis. *O tipo penal...*, p. 49.

³⁰⁶ Artigo 135, do Código Penal brasileiro.

³⁰⁷ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad* ..., pp. 83 ess.

³⁰⁸ A exemplo Edmund Mezger. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*. 6ª edição. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1944.

³⁰⁹ LUISI, Luis. *Op.cit.*, p. 50.

IV – PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA SELEÇÃO DE BENS JURÍDICO-PENAIS UNIVERSAIS E TIPIFICAÇÃO PENAL

Existem certos pontos de discussão que, nas avaliações do presente estudo já restam aclarados.

Os bens jurídicos, com o desenvolver da história, acompanharam a evolução da realidade social que se instalou.

O patrimônio, as relações sexuais, a saúde pública, as relações de consumo, o meio-ambiente, traduziram concepções e interesses existentes que, de um ponto de vista estrutural e funcional não podem ser protegidos senão de acordo com os princípios em que se funda o sistema.

Assim, as alternativas que estão plantadas para a problemática da proteção de bens universais passam, primeiramente, por uma tipificação desta modalidade de bens, de acordo com dois critérios a escolher:

- a. os bens jurídico-penais seriam eleitos orientados pelos princípios fundamentais do Direito Penal em uma modalidade garantista ou;
- b. para a seleção de bens jurídico-penais adotar-se-ia um modelo de Direito Penal eficaz, caracterizado pela funcionalização dos princípios de Direito Penal através de uma política criminal efetiva.

Existem críticas a este segundo posicionamento, muito mais pelo fato de que os Estados Sociais e Democráticos atualmente têm adotado, sem resultados convincentes, uma variação deste modelo, no qual se estabelecem

confusões entre as categorias de bens jurídicos e as razões de tutela penal, as quais não constituem propriamente bens jurídicos. Tal linha equivocada de pensamento está dirigida a substituir o conceito de bem jurídico por outros instrumentos técnico-jurídicos, mais alinhados com uma visão expansiva de Direito Penal, desconsiderando os atuais princípios orientadores da estrutura sistemática de intervenção penal³¹⁰.

A conseqüência deste posicionamento desvirtuado leva a proliferação de objetos fictícios de tutela penal, avançando para a opção da incriminação de condutas, com a finalidade de abandonar os princípios fundadores do Direito penal, sob a justificativa de acompanhar um progresso econômico, social ou cultural, em um verdadeiro abuso com o incremento de bens jurídico-penais.

A doutrina destinada ao abuso de bens jurídico-penais, em especial de bens supra-individuais, leva a uma ampliação arbitrária dos limites de intervenção punitiva do Estado na sociedade³¹¹.

Ainda para encerrar a crítica, uma política criminal alinhada com as orientações de um Direito Penal como *ultima ratio*, primeiramente se sustenta em definir com precisão os bens jurídicos supra-individuais, sem que ocorra uma supressão da figura dos bens jurídicos, como propõe, dentre outros, o funcionalismo de Günther Jakobs³¹², ou mesmo um dismantelamento do sistema jurídico de garantias penais. Ao contrário, o que se busca é um aprofundamento destas garantias através da materialização de um conceito de bem jurídico-

³¹⁰ HASSEMER, Winfried. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. *Dei delitti e delle pene*, n° 1, ano II, gennaio-aprile 1984, p. 275 e ss.

³¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Los bienes jurídicos colectivos”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 11, 1986, pp. 153 e ss.

³¹² O funcionalismo de Jakobs propõe muito mais uma busca de um Direito Penal dirigido à reafirmação e proteção das normas jurídicas, do que propriamente à proteção de bens jurídico-penais. JAKOBS, Günther. *Fundamentos...*, p. 184 e ss.

penal³¹³, o que se pode entender extensivo também aos princípios fundadores do Direito Penal.

Na verdade, o que se observa é que, frente a todo este panorama de discussão sobre a opção por um modelo garantista ou por um Direito eficaz, nenhum destes dois modelos poderão se afastar da necessária condução de um processo de seleção de bens jurídico-penais supra-individuais.

O que se apresenta, após o reconhecimento de que a proteção penal, informada pelos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, assumiu o bem jurídico como limite ao Direito de punir do Estado, é que este exercício de resposta penal passa pela criação técnica do fato punível penal, após um processo de seleção de bens jurídicos dignos de proteção.

Todavia, para atingir uma resposta equilibrada e adequada, em ambos os modelos apresentados, este processo de seleção deverá ocorrer segundo uma orientação de princípios fundamentais.

Inevitavelmente, assim, a opção por um Direito Penal de princípios, conduz a adoção de um posicionamento segundo parâmetros de proteção exclusiva, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade e legalidade.

1. Princípio da proteção exclusiva de bens jurídico-penais e tipificação de bens jurídicos universais

Quando envolvemos o ambiente, a saúde, a tutela das relações de consumo, o patrimônio histórico e cultural, encontramos bens jurídicos vagos,

³¹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Los bienes jurídicos colectivos”..., p. 163 e 164.

difíceis de individualizar; existe o perigo de comprometer uma visão segura quanto à validade dos princípios fundamentais do sistema jurídico penal.

Assim, de uma necessidade de que em todo o tipo penal venha referida a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico, pode-se extrair um Princípio, fundamentador do Direito Penal, de Exclusiva Proteção de Bens Jurídico-Penais³¹⁴.

Em conjunto com o princípio da intervenção mínima, desponta este princípio com grande relevância no tocante a bens supra-individuais, pois subordina intervenção do Direito Penal, não àqueles bens considerados como dignos de uma proteção e regulamentação segundo outros ramos do Direito, mas tão somente a determinados e concretos bens jurídicos e formas de ataque, que tenham sido introduzidos na esfera penal.

Um princípio de proteção exclusiva de bens jurídico-penais, apesar de surgir como garantia fundamental do Direito Penal moderno³¹⁵, também encontra outras denominações como princípio de ofensividade ou de lesividade³¹⁶, ou mesmo em referência à danosidade social³¹⁷, ou ainda uma definição fora da categoria de princípio, mas como uma missão conjunta com a prevenção, em um caráter instrumental na proteção de bens jurídicos³¹⁸.

Discutir este princípio é reconhecer que ele traz algumas questões de fundo importantes e problemáticas.

³¹⁴ Este princípio desenvolve-se segundo um raciocínio de que nem todo o bem jurídico requer tutela penal, não se convertendo em um bem jurídico-penal. In: MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico penal como limite del *ius puniendi*. *Estudios de Derecho Penal y Criminología* (XIV), 1991, p. 205; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...*, p. 227.

³¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Il bene giuridico...*, pp. 104/113.

³¹⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª Edición, Valencia: tirant lo blanch, 1999, p. 215.

³¹⁷ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 38.

³¹⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Curso de Derecho Penal español*. Parte Geral, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 23 e ss e 53.

Primeiramente exige uma delimitação das considerações de dignidade do Estado, em relação a bens jurídicos a serem protegidos, em segundo lugar se o legislador ordinário recebe uma orientação sobre os limites desta dignidade e, objetivamente, quais bens se adequam a esta realidade ou fica a cargo deste legislador sua seleção.

Na verdade estes questionamentos acabam orientados, em Estados Sociais e Democráticos de Direito, por uma direção restritiva constitucional dirigida à seleção e criação de determinados bens jurídico-penais, em especial quando se tratam de bens universais ou supra-individuais.

De outro lado temos que a materialização deste princípio nos âmbitos de atuação de caráter geral e em relação aos princípios fundadores do Direito penal, se revelam segundo a dogmática penal e a própria política criminal, através do cumprimento de funções intra-sistemáticas e extra-sistemáticas.

Em uma função intra-sistemática, revelam-se as operações de dogmática, onde o princípio da proteção exclusiva de bens jurídico-penais sugere uma interpretação teleológica dos tipos penais, segundo sua classificação e ordenamento, bem como dos limites de pena impostos, em um verdadeiro princípio de dogmática penal.

Já em relação à política criminal, a concepção limitadora ou restritiva constitucional surge, ficando o princípio da proteção exclusiva de bens jurídico-penais com uma função fora do sistema, extra-sistemática, em conjunto com os demais princípios fundadores do Direito Penal, afastando os tipos penais que realmente não protegem bem jurídico-penal algum e destacando, quando se coloca como necessária, a introdução de um novo bem jurídico no sistema penal de proteção.

Assim não pode o legislador punir condutas, reprimindo sua realização ou obrigando que se realizem, ainda que dirigidas a bens jurídicos universais, se não houver uma vinculação a uma prova de que resultam lesivas para um bem jurídico-penal³¹⁹.

A exigência de um bem jurídico como pressuposto para a própria existência da norma, conduz o princípio da proteção exclusiva de bens jurídico-penais a uma condição de limitador do poder punitivo do Estado, atendendo aos reclamos de legitimidade e valor deste bem jurídico como um bem jurídico-penal.

Isto quer dizer que, para considerarmos o bem jurídico como digno de tutela penal enfrentamos duas vertentes: uma dignidade formal e outra material³²⁰.

No tocante à dignidade formal, poderíamos considerar que, para uma adequada seleção de bens jurídico-penais, um encaminhamento segundo a Constituição de Estado Social e Democrático de Direito, esta considerada como norma valoradora e orientadora do sistema de valores a serem tutelados, já afasta uma qualquer idéia de considerar como satisfatórias tão somente de razões éticas e de valorações sociais previstas no ordenamento jurídico, decorrentes de uma orientação do modelo de Estado Liberal. Isto quer dizer que para uma seleção de bens jurídico-penais, estes critérios são insuficientes.

Uma necessária reformulação dos critérios de intervenção punitiva no Estado Social e Democrático passa pela conscientização de que suas funções não estão restritas à tutela de bens jurídicos estritamente individuais, procedentes de valores próprios de um Estado Liberal, ligados à liberdade e à propriedade³²¹.

³¹⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal...*, p. 215.

³²⁰ *Ibid.*, mesma página.

³²¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 216.

A prevenção de condutas delitivas de maior significado, em uma consideração formal, na seleção de bens jurídico-penais, acolhendo critérios constitucionais valorativos por excelência, supera os limites jusnaturalistas e os valores ético-culturais, como elementos satisfatórios para o legislador nesta seleção³²².

De outro lado, uma dignidade material dos bens jurídico-penais eleitos passa, necessariamente, pela assunção social de um determinado valor que resta submetido a ataques e lesões, sendo colocado em grave perigo e sujeito a tutela penal, visto que uma valoração constitucional, por si só não é suficiente para a configuração desta necessária tutela penal, ainda que o legislador constitucional tenha realizado previsões expressa como, por exemplo, nas hipóteses de meio ambiente; relações de consumo; família, criança, adolescente e idoso³²³.

Estas previsões constitucionais devem ser vistas como uma exigência de atuação exclusiva do Estado, mas de acordo com um caráter subsidiário e de intervenção mínima do Direito Penal.

Condutas consideradas imorais, antiéticas ou antiestéticas que, de nenhum modo possam ser consideradas como atentados ou perigo a liberdades alheias, coletivas ou difusas, incidem em uma violação do critério de dignidade material e, por consequência, devem ser impedidas de uma tipificação ou de consideração penal³²⁴.

Um princípio de exclusiva proteção de bens jurídico-penais, ou de ofensividade, repousa na visão do delito como uma ação contrária à norma de

³²² MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de intervención mínima Del Derecho Penal em la Reforma Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 12, 1987, pp. 243 e ss.

³²³ Artigos 225; 5º, inciso XXXII e 170, inciso V; 226, 227 e 230, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³²⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal...*, p. 217.

valor e assim como um critério determinante na tipificação ou não de condutas, em especial, no caso, quando tratamos de bens jurídicos supra-individuais.

2. Princípio da Intervenção Penal Mínima e bens jurídicos universais

A denominação do princípio da intervenção mínima não é pacífica na doutrina. Para o mesmo foco de atenção fundamental, têm sido utilizados termos como: “princípio da subsidiariedade”, “*ultima ratio*”, “princípio da fragmentariedade”, “princípio da utilidade e da intervenção penal”, “princípio de economia penal” e até mesmo “princípio de oportunidade”.

Não obstante todas as denominações, o princípio da intervenção mínima pode ser identificado como uma especificação do princípio da subsidiariedade do Direito em geral³²⁵.

Quanto ao princípio da subsidiariedade, sua existência remonta à antiguidade pré-cristiana, acolhendo a denominação atual através da Teoria do Catolicismo Social³²⁶.

Uma adequada concepção de sua orientação se dirige à máxima da construção de uma sociedade com tanta liberdade quanto possível para seus integrantes e com tanta intervenção estatal quanto necessária, relacionando a

³²⁵ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000, p. 105.

³²⁶ A abordagem a respeito das origens do princípio da subsidiariedade, bem como sua evolução conceitual em uma teoria do catolicismo social, recebe uma ampla abordagem por parte de Arthur Kaufmann, que destaca, particularmente, a Encíclica “Quadragesimo anno”, do Papa Pio XI, como precursora desta denominação, destacando a subsidiariedade como um princípio representativo do catolicismo social em uma sociedade secularizada. In: “Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft”, *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin: W. de G., 1974, pp. 89 a 92. Apud SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, pp. 105/107.

subsidiariedade como um critério global segundo uma regra de competência do sistema social³²⁷.

A intervenção do Direito Penal somente quando imprescindível para a manutenção da ordem pública, exigindo garantias jurídicas especiais, apresenta uma descrição do princípio da intervenção penal mínima como forma de redução da intervenção do Direito Penal àquilo que seja estritamente necessário em termos de utilidade social geral³²⁸.

Orienta-se pelo principado de utilizar-se da sanção e aplicação penal somente quando a efetiva intervenção de meios menos lesivos como, por exemplo, as medidas estatais de política social, o Direito Civil, o Direito Administrativo, não produzir efeitos preventivos concretos. Daí o caráter subsidiário do Direito Penal que deve sempre esperar por efeitos preventivos similares aos seus, por parte de soluções alternativas menos gravosas.

A existência da aplicação do Direito Penal deve responder a um princípio de intervenção mínima do controle social sobre o cidadão, incrementando seus valores de certeza na aplicação da lei e nos efeitos sociais e individuais que ela produz.

Operando principalmente no momento da configuração de tipos penais, de acordo com uma necessária análise dos momentos e fatos, o principado de intervenção mínima surge onde é possível cumprir-se uma prevenção geral mediante a introdução de mecanismos de renúncia à pena ou prescindindo da incriminação de determinados fatos que podem, muito bem, ser satisfatoriamente tutelados através de sanções administrativas ou reparatórias de natureza civil³²⁹.

³²⁷ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 90.

³²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...*, p. 246.

³²⁹ *Ibid.*, p. 248.

A orientação pela intervenção mínima, segundo elementos ou critérios de subsidiariedade do Direito Penal, pode refletir dois campos de abordagem.

Primeiramente teríamos uma subsidiariedade *lato sensu*, melhor delineada no terreno da vitimodogmática, onde o Direito Penal não se apresenta como subsidiário tão somente em relação a outros ramos do Direito, mas também com relação a medidas de autoproteção da vítima, em uma aplicação do princípio da subsidiariedade para muito além da incriminação de condutas³³⁰.

Tal perspectiva envolve a distribuição de responsabilidades, segundo critérios de competência, onde por um lado podemos visualizar uma vítima que, através de seus atos antes e durante o desenvolver da ação criminosa acaba por suportar certa responsabilidade pelo ocorrido³³¹ que, de um lado, pode ser vista como uma sobrecarga de responsabilidade que não lhe pertence³³² e, por outro lado, segundo uma percepção moderna respeito das teorias da autocolocação da vítima em risco e da imputação objetiva³³³.

Trata-se de verdadeiro processo de limitação do âmbito de proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, bem como da própria margem de liberdade na disponibilização deste bem, por parte do sujeito a quem, em tese, a proteção ao bem jurídico é destinada, em um verdadeiro “princípio de auto-responsabilidade”³³⁴.

³³⁰ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 143 e ss; p. 183 e ss.

³³¹ Aqui podemos estacar a referência que a doutrina em geral faz aos casos de crimes contra os costumes, onde mulheres, por exemplo, optando pelo uso de vestes provocante em locais ermos ou de trânsito costumeiramente perigoso, estariam incrementando o risco da ocorrência de uma conduta delituosa, sem que isto importe em falarmos de uma ausência de tipicidade. No mesmo sentido, delitos contra a pessoa, como o perigo de contágio de moléstia grave nos casos de relações homossexuais.

³³² SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *Op. cit.*, p. 154 e ss.

³³³ Sobre o tema, importante destaque para a profunda obra de Alessandra Orcesi Pedro Greco: *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2.004.

³³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*. Barcelona: PPU, 1993, p. 26 e ss.

De outro lado temos o princípio da intervenção mínima, acompanhando uma “subsidiariedade *stricto sensu*”, onde a intervenção penal estatal se esgota na criminalização, ou não, de condutas, sem fundamentar pretensões vitimodogmáticas, em especial no momento de aplicação dos tipos penais³³⁵.

Sob este campo de visão *stricto sensu*, é que um Direito Penal orientando pela intervenção mínima na tutela de interesses supra-individuais se torna efetivo.

Toma-se o bem jurídico tutelado, segundo um exame individual da norma penal regulamentadora e das sanções penais concretamente impostas, para uma análise de acordo com a possibilidade do cumprimento de idêntica função desempenhada pelo Direito Penal, caracterizada em especial pela função preventiva geral, através da aplicação de uma pena menos severa, através da introdução de elementos de renúncia à pena ou ao processo³³⁶ ou, até mesmo, prescindindo de uma criminalização do fato, na condução de sua tutela à esfera das sanções administrativas reparatórias e indenizatórias civis³³⁷.

Assim, a cada alteração legal, com aumento dos limites de sanção impostos a um delito, merece destaque, de acordo com o princípio da intervenção mínima, um questionamento sobre sua necessidade, segundo esta ótica de pensamento.

Em fim, não significa que, em especial em se tratando de bens supra-individuais, devemos prescindir do Direito Penal. Não se trata de uma concepção abolicionista, mas a defesa de um mínimo de intervenções possíveis

³³⁵ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *Perspectivas...*, 1998, p. 161 e ss.

³³⁶ Uma solução procedimentalizada, segundo um pensamento moderno de um Direito Penal voltado para a ciência social, envolvendo alternativas com características similares ou da mesma natureza daquelas envolvendo a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstas na Lei 9.099/95, são exemplos concretos de um princípio de intervenção mínima através de uma solução alternativa de conflitos penais.

³³⁷ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *Aproximación...*, p. 248.

para possibilitar uma tutela mais efetiva do máximo de bens jurídicos dignos, necessitados e suscetíveis de proteção penal³³⁸.

2.1. Justificativa constitucional

O Direito Penal como *ultima ratio*, seja sustentado constitucionalmente por uma derivação do princípio da proporcionalidade, como elemento que administra quantitativamente e qualitativamente a existência de penas, bem ainda como consequência do princípio da prevalência do *status libertatis*³³⁹, aparece como representação de um preceito de liberdade, como regra geral para todo o cidadão, e da sanção, restrição, prisão, como exceção ou última opção.

Trata-se de considerar o princípio do *in dubio pro libertate*, como uma regra de não penalização de acordo com um máximo de liberdade possível, ou uma criminalização de condutas somente dirigida àquelas socialmente danosas³⁴⁰.

O princípio da intervenção mínima, reconhecendo um Direito Penal segundo a subsidiariedade, busca a validação dos direitos fundamentais, em especial da liberdade, com a restrição de normas jurídico-penais em uma interpretação de acordo com a Constituição.

A preponderância da liberdade sobre a lei limitadora de liberdade, resta demonstrada na necessidade de fundamentação e justificação da existência

³³⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal...*, p. 204.

³³⁹ Artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, como exemplo da liberdade destacada no capítulo que regulamenta direitos e garantias fundamentais, apesar da expressão de seus respeito e proteção como princípio basilar do Estado Social e Democrático de Direito aparecer em inúmeros outros dispositivos constitucionais.

³⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 39 e ss.

de um perigo, claro e indiscutível, à vida em comum, orientada pelos valores constitucionalmente eleitos, onde, para a configuração de qualquer tipo penal prevalece a interpretação da lei segundo um *in dúbio pro libertate*, que acolhe a adequação social como orientação, no desenvolver do processo penal uma produção de acordo com o princípio do *indubio pro reo*, e na fase de execução penal, uma aplicação de pena com fundamento no princípio da ressocialização³⁴¹.

Assim, afastar posicionamentos de que o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, no tocante à proteção de bens jurídicos, deva ser visto como um elemento de política criminal³⁴², pois deixaria amplas margens para a atuação do legislador, se torna adequado, pois sua existência como exigência constitucional derivada do direito fundamental à liberdade, em um respeito ao conteúdo essencial da Constituição por parte das leis penais, aparece como muito mais satisfatório e representativo dos valores fundamentais eleitos pela sociedade do Estado Democrático de Direito.

2.2. A subsidiariedade e a fragmentariedade como princípios

A atuação punitiva e limitadora do Estado, apresentada em consonância com um princípio de intervenção mínima, acabam por acolher duas conseqüências para a configuração de bens jurídicos supra-individuais, envolvendo a subsidiariedade e a fragmentariedade, quase que como sub-princípios.

³⁴¹ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, pp. 113 e 115.

³⁴² ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 25 e 26.

2.2.1. O princípio da subsidiariedade

A subsidiariedade surge como princípio orientador das atividades do Estado em uma atuação punitiva, indicando que sua intervenção somente deve ser aceita quando reconhecidos como ineficazes os demais meios de contenção de ilícitos, em um critério decisivo para reduzir os tipos de crimes³⁴³.

Em uma concepção externa ou exteriorizada de subsidiariedade do Direito Penal³⁴⁴, identificamos um roteiro adequado às medidas concretas de intervenção do Estado.

Poderíamos destacar, primeiramente, a utilização de recursos do Estado, destinados a políticas públicas de prevenção, educação e adequação sócio-cultural-econômica, para combate a criminalidade de massas, como no caso de combate aos entorpecentes, em uma política criminal preventiva.

Superada a instância, sem o sucesso esperado destas medidas, buscam-se meios sancionatórios outros que não os penais localizados nos demais ramos do direito, como as sanções administrativas e as medidas indenizatórias.

Restando, também, ineficazes estas alternativas, não assegurando a estabilização do contexto social, só então o Direito Penal acaba legitimado para intervir na sociedade, com a legitimação da necessidade social e da paz pública³⁴⁵.

De outro lado, em uma subsidiariedade destacada pelo elemento interno ou dirigida ao próprio Direito Penal, operacionalizada apenas quando verifica a ineficácia dos meios alternativos de garantia de vida digna e paz social,

³⁴³ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais...*, p. 57 e ss.

³⁴⁴ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 118 e ss.

³⁴⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 28 e ss.

o processo de autocrítica, desencadeado pela limitação do princípio da intervenção mínima, também ocorre.

Não se trata de um processo destrutivo do Direito penal, mas uma revitalização de suas bases, segundo um Direito Penal voltado para o ser humano, nunca um abolicionismo³⁴⁶.

Este processo interno de redimensionamento de bases importa na adoção de instrumentos eficazes, na determinação expressa de condutas puníveis e de castigos adequados.

Trata-se de limitar às hipóteses expressamente previstas na lei a punição de condutas culposas, por exemplo.

Assim, qualquer aplicação de cláusulas genéricas de criminalização de condutas culposas, que conduz o intérprete da lei a verificar a possibilidade ou impossibilidade técnica de ações culposas em cada uma das figuras típicas, resta afastada ou substituída por hipóteses expressamente limitadas pelo legislador³⁴⁷.

Especificamente no tocante aos bens jurídico-penais de natureza supra-individual, um desejo globalizado pela erradicação das condutas culposas, tipicamente previstas na legislação penal, decorre do fato de estes tipos penais ampliarem excessivamente a intervenção punitiva do Estado, muitas vezes para evitar problemas de delimitação entre o que a doutrina denomina de culpa consciente e dolo eventual³⁴⁸.

Outra vertente deste procedimento interno de subsidiariedade, diz respeito à limitação, apenas aos casos expressamente previstos, das punições a atos preparatórios.

³⁴⁶ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Aproximación...*, p. 18 e ss.

³⁴⁷ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 126.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 127.

A supressão de qualquer sistema de tipificação genérica de atos preparatórios, envolvendo a instigação ao delito, a simples organização com a finalidade de delinquir, sem que nenhum efeito seja produzido, também pode ser visto como uma representação de um controle de subsidiariedade interno do Direito Penal.

Também a ausência de punição às condutas tentadas, no tocante aos delitos envolvendo a proteção de bens jurídico-penais universais, ante um critério de insignificância, também encontra guarida entre o grupo de instrumentos ora declinado.

Ao lado destes elementos poderíamos destacar outros como a incorporação de elementos subjetivos ao tipo penal, que surge como mecanismo de retardação da intervenção penal, com a necessidade da realização de uma parte subjetiva para a configuração do tipo penal³⁴⁹, e acaba por receber especial significado em se tratando de bens jurídico-penais supra-individuais.

Ocorre que através dos elementos subjetivos do tipo o legislador pode dosar os limites de intervenção penal, introduzindo especiais finalidades para o perigo produzido pela ameaça aos bens jurídicos universais. Podemos destacar hipóteses em que o objetivo destina-se a estabelecer crises no mercado financeiro, como os crimes contra as finanças públicas, causar epidemias ou situações de pânico na administração da saúde pública, como no envenenamento de água potável, atingindo a paz pública e a moral, como nas hipóteses dos crimes contra o respeito aos mortos.

A incorporação de condições objetivas de punibilidade e de procedibilidade, também preenche o espaço destinado a este controle interno de subsidiariedade.

³⁴⁹MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...*, p. 261.

Quanto aos elementos objetivos de punibilidade destacaríamos critérios de conveniência e política criminal, adotados pelos legisladores na persecução penal específica de determinadas fatos, como a sentença declaratória da falência no crime falimentar, o resultado morte ou lesão grave no delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio³⁵⁰.

Já em relação a condições de procedibilidade, a própria queixa-crime e a representação, nos delitos de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada, respectivamente, convertem-se em opção de acesso ou restrição de acesso à tutela penal do estado, ficando os interesses da sociedade em geral, submetidos ao interesse da vítima, como representante maior do dano.

Outros instrumentos também merecem menção.

A presença de escusas absolutórias, isentando o agente de pena por expressa determinação legal, como nas hipóteses de delitos patrimoniais praticados em detrimento de parentes³⁵¹. Razões de conveniência e solidariedade para com a família aliadas há razões político-criminais, como a preservação dos interesses públicos podem ser usadas para limitar a atuação do Direito Penal.

Podemos ainda citar os limites monetários e os limites de maioria penal. Os limites monetários conduzem o ilícito administrativo para a esfera penal, ou seja, até certos limites financeiros o ilícito mantém-se na esfera de sanção extrapenal. Atingindo de forma mais significativa, monetariamente, a sociedade, passa ou pode passar aquela conduta a uma persecução de natureza penal. Na mesma linha os limites de idade, em especial a maioria ou minoridade penal, que impede a aplicação da intervenção penal a menores de dezoito anos, os quais, ainda assim, acabam por sofrer uma intervenção estatal, mas na esfera da tutela de interesses da criança e do adolescente.

³⁵⁰ Artigo 122 do Código Penal brasileiro, em que a aplicação de pena fica condicionada a estes elementos.

³⁵¹ Artigo 181, do Código Penal brasileiro.

2.2.2. O princípio da fragmentariedade

Respondendo por parcela da definição de um Direito Penal segundo o princípio da intervenção mínima, o princípio (ou sub-princípio) da fragmentariedade aparece como um produto para a seleção de bens jurídico-penais³⁵².

Segundo o princípio da fragmentariedade somente as modalidades de ameaças e ataques mais graves aos bens jurídico-penais devem ser consideradas como fatos penalmente relevantes³⁵³.

Concorrem junto a este princípio elementos de proporcionalidade e de utilidade ou necessidade.

Tal fato permite concluir que uma despenalização de condutas, com conseqüente condução a outro ramo do Direito, que não o Penal, para a sua tutela, pode ser a resposta adequada a uma sanção penal inadequada, desnecessária ou mesmo desproporcional.

Acaba desta forma, o princípio da fragmentariedade, ainda que representante de um Direito Penal Mínimo, submetido a uma variante de tempo, que envolve, por exemplo, na solução para a persecução penal de atentados a um bem jurídico-penal, que não esteja em destaque ou com maior relevância no âmbito de proteção jurídica penal, a criminalização somente de ações consumadas na forma omissiva, por exemplo.

³⁵² SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 137.

³⁵³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases Del Derecho penal. Concepto y Método*, Barcelona: Bosch, 1976, p. 126 e ss.

Como expressão da adoção do Direito Penal como *ultima ratio*, o princípio da fragmentariedade não é mais que um processo de seleção de bens jurídicos e de condutas lesivas ou que possam lesar os mesmos, que pretensamente poderiam ser consideradas no campo da proteção e repressão penal.

Evidentemente que este processo de seleção conduz, também, à criação de diferentes formas de proteção de bens jurídico-penais.

Poderíamos identificar a criação de tipos penais que não estabelecem uma proteção completa do bem jurídico, distanciando-se da tipificação de todas as condutas que ameacem este bem jurídico, proporcionando a identificação de apenas algumas modalidades de condutas que mereceriam uma repressão penal.

De outro lado, com relação ao próprio ordenamento jurídico, este processo de fragmentariedade do Direito Penal surge com a identificação de que somente uma pequena parcela da antijuridicidade constitui, verdadeiramente, uma antijuridicidade penal³⁵⁴.

Esta pequena parcela envolve os casos de lesão patrimonial decorrente, por exemplo, de um processo falimentar ocasionado por gestão desleal, fraudes à execução e a credores, descumprimento de contratos onde a princípio determinadas ações acabam isentas de qualquer pena.

Por fim, sobre um terceiro ângulo de visão, a fragmentariedade do Direito Penal enfrenta a sua manifestação através de um processo de exclusão de condutas consideradas meramente imorais, como a falta de educação e postura moral e a utilização de mentiras, distanciando-as de qualquer tipo de apenação.

Com a fragmentariedade apresenta-se um rol de proteção penal incompleto, mas jamais estanque.

Não obstante uma seleção de condutas, segundo critérios de fragmentariedade, a eleição de condutas puníveis e de bens jurídico-penais passa por uma conexão com a própria evolução social, afastando conceitos e valores superados socialmente, sem impedir a assunção de novos, como na hipótese dos bens jurídicos supra-individuais, em uma verdadeira exclusão daqueles bens que deixaram de cumprir os pressupostos decorrentes do princípio da intervenção mínima, em favor de novos bens e valores dignos de proteção penal³⁵⁵.

3. O princípio da culpabilidade e os bens jurídicos universais

Antevisto como norteador do próprio Direito Penal, como sendo um de seus princípios orientadores, a culpabilidade aparece com concepções diversas na doutrina.

Considerando-a como princípio que somente assume posição de limitador das possibilidades de intervenção jurídica do Estado na sociedade, através da incidência de outros princípios correlatos, de natureza político-criminal, como a funcionalidade, ou de natureza jurídico-política, como a proporcionalidade, a culpabilidade, dentro desta concepção, é vista como um produto, uma síntese dos diversos objetivos a que se destina o Direito Penal³⁵⁶.

É sob esta ótica que podemos reconhecer, em sentido amplo, que o princípio da culpabilidade aparece como um ponto básico na imposição da reprovação penal, segundo uma política criminal que está diretamente ligada à

³⁵⁴ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 137.

³⁵⁵ *Ibid.*, mesma página.

³⁵⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...*, p.294.

missão do Direito Penal de proteção e revalidação de bens jurídicos penalmente eleitos³⁵⁷.

Exige o reconhecimento da existência de um elemento subjetivo do delito, apresentando que a ação, como fato ou comportamento humano valorado, somente pode ser assim reconhecida se decorrente de uma decisão. E, em assim sendo, estas ações somente poderiam estar sujeitas a uma reprovação penal do Estado, quando identificada consciência e vontade de seus autores dotados de capacidade de entendimento e liberdade de escolha³⁵⁸.

Neste sentido, como um princípio de política criminal, a culpabilidade pode ser recebida como um limite claro à intervenção estatal, diante de sua natureza informativa em um modelo de Estado Democrático e Social de Direito, que é fundamentado pela dignidade da pessoa humana. A determinação da reprovação penal ao autor de um fato típico e antijurídico é elemento essencial na busca pela limitação do poder de punir do Estado. Trata-se de uma clara demonstração de que, em determinadas ações antijurídicas, a realização de condutas segundo um tipo penal merece a incriminação, bem como a imposição de pena, com uma única justificativa plausível: a proteção do bem jurídico-penal³⁵⁹.

A culpabilidade pode ser reconhecida, então, como um elemento conceitual essencial, um juízo, para a justificação de uma reprovação penal e, assim, para a própria legitimação do exercício do poder de punir do Estado.

Despontando do sentido clássico de dolo e culpa *stricto sensu*, com uma função estritamente retributiva, a partir da adoção da teoria finalista do

³⁵⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade...*, p. 217.

³⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2002, p. 390.

³⁵⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Op. cit.*, p. 225.

injusto penal³⁶⁰, com acolhimento de elementos subjetivos no tipo, o princípio da culpabilidade acabou por acolher, primeiramente, uma forma indicadora de pressupostos para a reprovação de uma conduta típica³⁶¹.

Neste sentido aparece a culpabilidade vinculada a critérios de dolo ou imprudência, em uma conexão do sujeito com o fato injusto, como um mecanismo essencial para a formação de uma cultura jurídico-penal³⁶².

Posteriormente, através de elementos decorrentes de uma visão político-criminal, a culpabilidade alcançou segundo uma posição funcionalista teleológica, uma função de prevenção³⁶³.

De acordo com um posicionamento funcionalista normativo³⁶⁴, a culpabilidade pode ser estabelecida com uma finalidade preventiva geral, com a missão de identificar qual a motivação do autor para agir contrariamente ao Direito onde, ao não cumprimento da norma, é imputada uma culpabilidade evidenciada na pena. Com uma função estabilizadora do ordenamento jurídico.

De qualquer forma, melhor considerarmos que a representação, ou materialização da constatação, de que determinado agente deve e merece ser reprovado por um fato reprovável que, em regra, pode ter desencadeado, é a própria expressão do princípio da culpabilidade.

A reprovação de condutas típicas e antijurídicas indica uma interiorização no sistema, da proteção de determinado bem jurídico que, na ausência de culpabilidade destas condutas, como limite normativo do reconhecimento da necessidade de uma pena, aparece como uma forma de seleção da atuação penal do Estado³⁶⁵.

³⁶⁰ TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...*, 2.000.

³⁶¹ Destacando o finalismo segundo Hans Welzel: CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação...*, p. 114.

³⁶² SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 152.

³⁶³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação...*, p. 114 - Destacando a política criminal de Claus Roxin.

³⁶⁴ *Ibid.*, mesma página - Destacando o funcionalismo de Günther Jakobs.

³⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 171 e ss.

Assim, a prevalência do princípio da culpabilidade no Direito Penal se projeta através da fundamentação constitucional, como já destacamos, derivando de elementos de dignidade da pessoa humana e de segurança jurídica na reprovação penal, onde a apresentação de um denominador comum entre estes elementos, identificado na busca do valor fundamental da liberdade, surge como justificativa aos ideais de paz social que são desejados.

Fortalecer com a maior proteção possível valores fundamentais, com um mínimo de repressão e sacrifício da liberdade, deve ser considerado como seu objetivo.³⁶⁶

Uma consequência desta visão conceitual do princípio da culpabilidade no Direito Penal, em especial conduzindo à discussão sobre a proteção de bens jurídicos universais, é a indicação da opção da imputação objetiva do resultado lesivo à determinada conduta perpetrada pelo denominado sujeito ativo, como um pressuposto da culpabilidade, em um Direito Penal motivado por esta nova modalidade de bens.

A explicação da causalidade e da periculosidade, agora dentro de um contexto social, assume um processo de substituição desta relação de causalidade pela imputação objetiva, destacada de concepções funcionalistas que acreditam não ser possível o reconhecimento de uma causalidade em fenômenos sociais, visto que envolvem basicamente relações de interação sem possibilidade de estabelecimento de antecedentes e consequentes, senão de condutas³⁶⁷.

Seria ilógico pretender esgotar a questão da culpabilidade e da imputação objetiva neste momento, até porque a expressão de sua manifestação no Direito Penal como resposta limitadora no tocante aos bens jurídicos supra-individuais passa primeiro pela sua característica definidora de afetação de uma

³⁶⁶ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 147.

pluralidade de pessoas e, em segundo, de forma mais concreta, pela necessidade de serem estabelecidos inúmeros vínculos causais entre agentes e objetos de tutela para sua materialização³⁶⁸.

O que se busca, ao momento, é tão somente estabelecer que existem parâmetros para a discussão dos efeitos de um estudo dirigido à determinação da relação de causalidade na responsabilidade pelo produto, diante de ações objetivas imputadas ao agente, bem como garantias outras derivadas da concretização de uma efetiva tutela de bens jurídicos supra-individuais.

Portanto, uma concepção da relação entre a culpabilidade e a imputação objetiva pode ser considerada segundo a possibilidade desta última de verificar, ainda que de uma maneira limitada, a necessidade e a proporcionalidade da reprovação a ser imposta, de acordo com princípios orientadores de um Direito Penal moderno que busca a satisfação de expectativas de determinado grupo social, com a reafirmação de valores vigentes em um Estado Social e Democrático de Direito³⁶⁹.

Seguindo esta linha de pensamento, podemos destacar, no tocante aos bens jurídicos universais, um especial enfoque onde, em materializando nestes bens uma moderna parcela de proteção jurídico-penal, com uma reprodução da realidade social atual, levando-se em consideração os valores elementares e condicionadores de cada grupo, a culpabilidade aparece como permissão de reprovação de condutas que se portam contrárias a estes valores vigentes, em uma seleção de fatos juridicamente relevantes.

³⁶⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *La imputación objetiva. Teorías actuales em el Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 212.

³⁶⁸ A questão acaba abordada de forma mais eficaz, em especial em delitos que afetam a saúde pública, nos estudos realizados em casos práticos, relacionados como *responsabilidade pelo produto*. In: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, 1995.

³⁶⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação ...*, p. 116.

Para a proteção dos bens jurídicos supra-individuais, a verificação da relevância penal dos fatos encontra no princípio da culpabilidade a representação de um elemento fundamental para a materialização da reprovação, bem como para todos os demais elementos do crime: a comprovação da consciência da ilicitude³⁷⁰.

De forma natural destaca-se também na culpabilidade um caráter normativo do fato.

Conotada pela relação de causalidade, pela imputabilidade e pela intencionabilidade, resta composta exatamente por aqueles elementos indispensáveis ao fato, para acabar ficando sujeito a um juízo de reprovabilidade, indicando a responsabilidade de alguém que devia e podia ter atuado de outra forma³⁷¹.

Quanto ao estabelecimento da relação entre critérios de culpabilidade e a proteção jurídica dos bens supra-individuais, seguindo esta orientação normativa, encontramos um juízo deôntico da culpabilidade, envolvendo a relação entre elementos objetivos e subjetivos do fato delituoso, que não podem ser separados ou contrapostos.

Estes elementos definem a qualidade jurídica da ação e não de seu autor, em uma conexão proporcionada pela culpabilidade, vista como uma modalidade deôntica de conotações psicológicas.

Isto ocorre porque, como possibilidade de atuar e não de ser, esta conexão não impede a responsabilização de uma conduta, restando a aferição dos graus de responsabilidade de cada autor, ou melhor, de agir culpável, a uma

³⁷⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação ...*, p. 133.

³⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 399.

dedução de limites da culpabilidade, segundo, agora sim, elementos subjetivos de moralidade, antecedentes, personalidade, dentre outros³⁷².

Mantém a orientação a respeito da culpabilidade como elemento do fato, alcançando assim sem maiores dificuldades a violação a bens universais, segundo a possibilidade de ações ou omissões, imputadas à voluntariedade materializada de uma intenção ou de um objetivo fático concreto.

Não se pode deixar de destacar os elementos negativos de culpabilidade, ou excludentes, onde diametralmente opostos ao livre arbítrio do agente, não existe a possibilidade da omissão ou recusa na ação, ou a não exigibilidade, decorrente de uma impossibilidade de atuação diversa, em uma “inexigibilidade do impossível”³⁷³, que na verdade deve ser considerada como uma inexigibilidade “estatal” de conduta diversa.

4. O princípio da proporcionalidade e os bens jurídicos universais

A otimização de uma abordagem sobre o princípio da proporcionalidade emprega certa dificuldade.

Objeto de análises profundas³⁷⁴, ainda que tão somente sob seu critério como condutor de política criminal, o princípio da proporcionalidade

³⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 400.

³⁷³ Apesar de extremada, esta expressão da tradução da obra de Ferrajoli nos conduz a uma boa idéia da percepção que podemos ter das excludentes objetivas como o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal. In: *Ibid.*, p. 400.

³⁷⁴ Além de fazer constar como princípio obrigatório de abordagem em quase uma totalidade de obras que tratam do Direito Penal como ciência aplicada, da pena e suas variantes ou, ainda, da reprimenda penal e da colisão de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade é também analisado inúmeras vezes de forma destacada de uma contextualização mais ampla de Direito Penal, como no caso da obra de

assume um vínculo direto com a própria pena, em se considerando um caráter estrito senso em sua abordagem.

Como manifestação do poder em um Estado Democrático, o princípio da proporcionalidade surge como instrumento capaz de captar a sensibilidade popular às violações de normas, bem como a valorização social racional do próprio sentido das penas.

Neste sentido, aliás, a própria a Constituição Federal brasileira³⁷⁵ quando no apropriado dimensionamento de tratamento mais ou menos severo a determinadas infrações penais, segundo um grau de valorização de sua gravidade ou de sua menor potencialidade, a adoção inequívoca da “reserva legal proporcional”³⁷⁶.

A mitigação ou valorização de princípios de legalidade estrita ou de disponibilidade, no exercício da ação penal, também são expressões indiscutíveis do princípio da proporcionalidade como titular de uma orientação de política criminal.

Assim, podemos encontrá-lo como um critério regulador de caráter geral, que carrega uma postura de transcendência social³⁷⁷, buscando uma moralidade socialmente útil, estabelecendo conceitos em termos de preeminência, visando dirigir o Direito Penal para o que é socialmente danoso e não para o que é moralmente reprovável.

Para obter uma determinação arraigada em valores e princípios, afasta-se o limitado campo de atuação do positivismo jurídico, reconhecendo um

Mariângela Gama de Magalhães Gomes: *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

³⁷⁵ Art. 5º, inciso XLIII, e art. 98, inciso I, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. alli. *Juizados Especiais Criminais – comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª. edição, São Paulo, 1999, p. 37.

³⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción...*, p. 158 e ss.

princípio de proporcionalidade como integrante de uma proposta de sistema aberto, ou seja, presente, mesmo que indiretamente, em todo o ordenamento jurídico, através do reconhecimento da existência de contraposições jurídicas admissíveis, como regulador de conflitos na aplicação dos próprios princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito³⁷⁸.

Em relação aos bens jurídicos universais, o destaque dentro do âmbito de atuação do princípio da proporcionalidade está diretamente ligado ao seu caráter estrito de determinação de uma pena adequada e “proporcional”.

O princípio da proporcionalidade aparece com uma carga regulatória de limites de tratamento e de interesses ressocializadores, a ele integrados, ofuscando ou afastando uma ineficácia na curta ou na longa duração de uma pena, por assim dizer, que poderia ser “desproporcional”.

Para dimensionar sua presença na determinação, seleção e aplicação de penas no campo dos direitos universais, podemos assumir a delimitação do princípio da proporcionalidade por classes de atuação³⁷⁹.

4.1. Princípio da proporcionalidade abstrata ou legislativa e da proporcionalidade concreta ou judicial

No âmbito da proporcionalidade abstrata ou legislativa, teríamos o princípio atua diretamente no momento da configuração do próprio tipo, estabelecendo modalidade de reprimenda, penas entre máximos e mínimos

³⁷⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional...*, p. 80.

³⁷⁹ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 182 e ss.

admitidos, sanções alternativas, sempre com base na devida necessidade de equivalência entre o que seria antijurídico, culpável e punível.

Neste momento se estabelece a relação direta de intervenção, onde o Direito Penal enfrenta a comparação de critérios de necessidade, eficácia e validade, com relação a outras modalidades de Direito sancionador, como o Administrativo, em uma valoração da gravidade dos fatos examinados, com o objetivo de afastar excessos de tratamento penal de figuras cujo deslinde de seu âmbito natural de soluções, são muito melhor identificados no âmbito extra-penal, em verdadeira aplicação do princípio da *ultima ratio*³⁸⁰.

Já no campo da proporcionalidade judicial, o operador do direito, na fase de individualização da pena ou reprimenda, procedendo à sua concretização, obtém patamares adequados e satisfatórios para a imposição, através de um critério de valores proporcionais, em uma proporcionalidade concreta.

Podemos, então, definir que o equilíbrio na aplicação do princípio da proporcionalidade, neste aspecto, está ligado diretamente a campos específicos de criação e ingerência dentro sistema.

Um primeiro campo onde a proporcionalidade abstrata é dirigida com um caráter mandatário diretamente aos cidadãos e a concreta ao sistema judicial.

De outro lado, a abstrata atingindo fins de prevenção geral e a concreta de prevenção especial.

E, por último, onde a proporcionalidade abstrata decorre de uma ingerência direta a independente do Poder Legislativo, enquanto que a proporcionalidade concreta impõe aos órgãos judiciais esta atuação.

³⁸⁰ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais...*, p. 28.

Ao legislador incumbiria uma tarefa de reconhecer uma proibição de excesso na criminalização de condutas de escassa relevância, bem como uma prerrogativa de valoração, com espectro de dever constitucional, na busca de limites e meios adequados para alcançar êxito na imposição de reprimendas³⁸¹.

De outro lado, à jurisprudência restaria a aplicabilidade adequada destes limites ao caso em concreto.

4.2. Princípio da proporcionalidade qualitativa e da proporcionalidade quantitativa

Em outros limites, encontraríamos uma proporcionalidade qualitativa, onde na determinação da reprimenda impera uma análise seletiva de bens ou classe de bens jurídicos dos quais seriam privados os infratores, configurando a restrição à liberdade de ir e vir, de contratar, de dispor livremente de seus bens, dentre outras.

O campo qualitativo da proporcionalidade indica um ramo de política criminal, destinado a afastar excessos e imposições ineficazes, buscando características reparadoras sociais, muito mais adequadas que simples reprimendas sem seleção.

Com relação à proporcionalidade quantitativa, os limites de quantidade em relação a uma maior ou menor gravidade da infração.

Surgem como dois elementos básicos da proporcionalidade administrativa, onde primeiramente o legislador seleciona a sanção e posteriormente seus limites máximos e mínimos.

³⁸¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, pp. 24 e 25.

4.3. Princípio da proporcionalidade externa ou por conexão e da proporcionalidade interna

Podemos também identificar critérios classificatórios de proporcionalidade externa e interna.

No campo interno de proporcionalidade, temos a necessidade de estabelecimento e respeito a critérios de correlação, existentes entre ação ilícita e reprimenda, na própria configuração do tipo, o que nos parece o critério lógico de concepção e criação de tipos repressores.

Enfoque diferente cabe à proporcionalidade externa ou por conexão.

Na proporcionalidade por conexão, o âmbito de atuação é legislativo, onde se realiza a organização, segundo critérios de valoração, da identificação de um tipo penal em concreto, com outros que possuam uma mesma concepção de proteção jurídica, selecionando-os por capítulos, títulos ou seções, em uma operação de ordenamento de importância e complexidade de bens jurídicos tutelados.

Observados os parâmetros de importância destes bens jurídicos, segundo critérios sociais de tempo e lugar, passando-se à identificação de diferentes graus de ofensa a estes mesmos bens, após uma análise de potencialidade lesiva, ou seja, uma análise do nível de dano a que ficam sujeitos em razão da conduta identificada, poderá, então, definir uma espécie de reprimenda. Em seguida, definida a reprimenda, esta sugere o estabelecimento de limites máximos e mínimos, sempre considerando a ocorrência de consumação ou tentativa, o grau de participação, a condução voluntária e consciente ou a

imprudência das ações, as circunstâncias individuais do autor, a participação da vítima e a eventualidade do erro, tudo de forma a definir uma pena proporcional ao dano causado.

5. O princípio da legalidade e os bens jurídicos universais

O princípio da legalidade e relação com a proteção de bens jurídicos universais, deve ser analisado sob uma contextualização da lei como fonte reguladora da matéria penal, determinante de uma singularidade e independência do caráter eminentemente sancionador do Direito Penal, identificando sua intervenção e atuação legitimada tão somente quando acordada pela vontade dos representantes democráticos da soberania popular, ou seja, através de um devido processo legislativo³⁸².

Para entendermos a dinâmica da aplicabilidade do princípio da legalidade em relação à proteção jurídica de bens universais, acolhemos, primeiramente, que todo o tipo de natureza penal, identificado na parte especial da legislação, necessariamente, para obter sentido e consequência jurídica, deve ser relacionado com os dispositivos da parte geral. O tipo penal contém uma proposição incompleta, que exige da parte geral o complemento para sua eficácia³⁸³.

Quanto ao ponto de concentração de estudo e discussão do princípio da legalidade, como orientador na configuração de bens jurídico-penais universais, este complemento do tipo penal também deve ser visto em sua

³⁸² SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, p. 197.

relação direta com a necessidade de introdução de conceitos oriundos de outros ramos do ordenamento jurídico, para uma descrição típica.

Todavia a conexão com disciplinas extra-penais, para a configuração de bens jurídico-penais universais, encontra posicionamentos distintos em teorias que justificam o processo de criação destes conceitos.

A Teoria Sancionadora do Direito Penal justifica que, para a utilização de conceitos oriundos de outras disciplinas, na criação de tipos penais, estes conceitos devem ser interpretados conforme suas próprias origens.

Desta forma a elaboração de tipos penais sobre bases autônomas, tão somente contribuiria para gerar insegurança jurídica e confusão terminológica, conduzindo o Direito Penal a uma sujeição ao ramo matriz do direito que orienta este conceito e, por consequência a produção de uma *administrativização* ou *privatização*.

Tal argumentação, decorrente da criação oriunda de Jean-Jacques Rousseau³⁸⁴, que reconhece as leis criminais como muito mais que uma classe particular de leis, na verdade seriam estas uma forma de sanção de todas as demais leis, sustenta que quando um bem jurídico se transforma de civil, administrativo ou trabalhista, por exemplo, em penal, o legislador ou considera que os mecanismos da disciplina matriz não foram suficientes para uma adequada proteção do bem, ou que a própria natureza/origem do bem assim o exige.

Como Jesús Maria Silva Sanchez³⁸⁵ expõe, uma concepção puramente sancionadora do Direito Penal, conduziria a uma impossibilidade de

³⁸³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción...*, p. 40.

³⁸⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. trad. de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 69.

³⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, p. 275.

limitação do Direito Penal, quando da seleção de quais ataques contra bens jurídico-penais coletivos deveriam ficar sob tutela, visto que, na verdade, o que faz “penal” uma determinada infração não é a sanção desta através de uma pena, mas as características materiais da própria infração.

De outro lado temos a Teoria Autônoma Pura, que considera que quando da utilização de conceitos extra-penais no Direito Penal, na descrição típica, estes conceitos devem sofrer uma total reformulação e interpretação, onde o Direito Penal, de forma autônoma, defina limites e parâmetros próprios³⁸⁶.

Assim, teríamos de um lado uma teoria sancionadora, que identifica o Direito Penal como acessório, entendendo que uma unidade do ordenamento jurídico produziria confusão terminológica e, por fim, conduzira o Direito Penal a uma “privatização” ou “administrativização”, enquanto que, de outro lado, uma teoria autônoma, que simplesmente conduz a uma negativa da unidade do ordenamento jurídico, que somente seria concebível em termos formais.

Para equilíbrio destes paradigmas, uma terceira teoria eclética³⁸⁷ concebe a harmonização entre os diferentes ramos do ordenamento jurídico, produzindo uma unidade, através do reconhecimento de que todos estes ramos estão a serviço e submetidos a princípios e preceitos constitucionais que orientam a própria proteção de bens jurídico-penais.

Em consequência, o princípio da legalidade, orientado segundo uma teoria eclética, pauta a produção de tipos penais protetores de bens jurídico-penais universais, através de sua adequação aos princípios fundadores do

³⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 234.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 305 e 306.

Direito Penal, sem dispensar conceitos da disciplina matriz nem deixar de adequá-los a uma interpretação segundo estes princípios.

Sem prejuízo de toda a argumentação, importante deixar registrado que, em se tratando do instituto das “leis penais em branco”, onde o tipo penal não repete a definição do comportamento proibido pela norma, mas abre um “branco”, a ser preenchido por conteúdo existente em outras normas, das mais diversas origens, a contextualização segundo uma orientação sob a tutela dos princípios fundadores do Direito Penal não é afastada.

As normas extra-penais, na hipótese das *leis penais em branco* aparecem como um complemento eficaz e capaz de modificações, sem que impeça a sobrevivência ou exija a modificação da norma penal. Tal complemento surge, em geral, justificado por questões técnicas, quando o ritmo de evolução social é superior à atualização da legislação ou, ainda, quando a própria evolução do Direito Penal assim exige³⁸⁸.

Na hipótese de evolução do Direito Penal, encontramos a proposta de incorporação de uma modalidade mais complexa de bens jurídico-penais, envolvendo criações de um Estado social e tecnológico moderno, onde a tipicidade tradicional se torna insuficiente, dependendo, assim, de uma complementação extra-penal como elemento substancial.

É exatamente o caso da identificação e constante evolução conceitual dos denominados bens jurídicos difusos ou coletivos.

Temos assim que, sob o aspecto da legalidade, a convergência dos bens jurídicos universais para a seara da proteção penal, deve atentar a parâmetros equilibrados na adoção de conceitos próprios de um ordenamento

³⁸⁸ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal...*, pp. 212 e ss.

jurídico dinâmico e evolutivo que, ainda que produza constantemente novos valores, novas dimensões de proteção e reconhecimento, em se tratando de ampliação ou criação de um bem jurídico-penal, necessariamente serão submetidos a uma adequação segundo os princípios orientadores do Direito Penal, que introduzirão preceitos esclarecedores, de forma a obter uma fisionomia típica própria.

V - TIPICIDADE E CRIMES DE PERIGO

A concepção da sociedade pós-moderna como uma sociedade de risco, tem sido reconhecida na doutrina como expressão de um dos elementos fundadores da expansão do Direito Penal, rumo à introdução de novos tipos penais, como meio de controle social mais eficaz na tutela de bens jurídicos difusos e coletivos.³⁸⁹

A seleção jurídico-penal destes bens, como já salientado, necessariamente passa pela adoção e subsunção a princípios orientadores do próprio Direito Penal. Todavia sua proteção penal, frente ao risco potencial produzido pelo próprio homem, através da evolução tecnológica da sociedade, não é realizada por instrumentos satisfatórios.

Por envolver uma série de perigos potenciais de danos a bens que, em tese, não são passíveis de recuperação imediata, estas atividades de manejo e evolução tecnológica podem produzir lesões ao próprio ser humano que as desencadeou³⁹⁰.

Fugindo, em geral, à capacidade analítica atual para prevenção de riscos, esses novos perigos condicionados pela ciência e pela constante evolução tecnológica, provocam uma maior insegurança, pois ultrapassam os limites da esfera individual de proteção, alcançando panoramas coletivos e difusos, que

³⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, pp. 15 e 21.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 23.

produzem percepções diferenciadas nos integrantes da sociedade e, assim, uma insegurança jurídica aliada à ameaça constante do denominado perigo de dano³⁹¹.

É com o intuito de tutelar esta situação, de forma mais efetiva, que o Direito Penal tem se socorrido de legislações simbólicas e dos denominados delitos de perigo, com o intuito de demonstrar ao cidadão que os interesses essenciais da sociedade estão sendo protegidos pelo Estado; reafirmando que os valores eleitos pelo sistema jurídico estão assegurados, ainda que esta intervenção simbólica possa vir a representar ou demonstrar a inexistência de uma política criminal adequada na repressão a estas lesões, ou a este perigo de lesão³⁹².

Esta forma de tipificação de perigo, ainda que insatisfatória, exige atenção, diante da necessidade de sujeição da criação dos tipos penais aos mesmos critérios de eleição de bens jurídico-penais, defendida no caso dos bens supraindividuais.

1. Constituição do perigo

Invariavelmente os delitos de lesão ou de dano são o núcleo básico dos códigos penais tradicionais.

Todavia o desenvolvimento da sociedade de risco exigiu a intervenção penal em fases prévias, antes da constituição da lesão, diante da gravidade dos prejuízos que poderiam advir de algumas condutas, em especial para a vida e a saúde das pessoas, muitas vezes irreparáveis³⁹³.

³⁹¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 148.

³⁹² BUSTOS RAMIREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. *Pena y Estado*, n. 1, 1991, p. 109.

³⁹³ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad...*, p. 84 e 85.

Os delitos de dano, então considerados como aqueles que identificam fatos ou atos que acabam por lesionar o bem jurídico protegido pelo tipo, acabam dando espaço para a criação dos denominados delitos de perigo, que envolvem a consumação do tipo, através da concepção de uma situação de perigo para o bem jurídico protegido.

Esta concepção traz uma antecipação progressiva da intervenção penal, com o aumento da distância entre o bem jurídico protegido e o tipo penal, gerando uma severa problemática na criação e aplicação destes tipos penais, em especial, relacionada à insegurança jurídica produzida com uma maior intervenção punitiva frente a um menor controle legal³⁹⁴.

Com a antijuridicidade ligada diretamente à colocação em perigo dos bens jurídicos protegidos, a intenção do legislador acaba ficando sujeita a elementos de política criminal, que identificam na natureza do perigo uma característica irreduzível da própria dimensão pragmática da linguagem, qual seja, sua indeterminação³⁹⁵.

A insegurança jurídica criada acaba por exigir, de outro lado, uma imprescindível situação que possibilite ao juiz a análise da conduta do agente, de forma concreta, com verificação objetiva do perigo caracterizado pela ação, bem como a própria existência de um risco não permitido, decorrente da mesma, capaz de produzir dano relevante ao bem jurídico protegido.

Todavia, na criação desta situação, enfrentamos o problema de que a sociedade moderna não dispõe de mecanismos para que o legislador, antecipadamente, consiga prever todas as hipóteses de perigo à integridade de

³⁹⁴ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad...*, p. 85.

³⁹⁵ COSTA, José Francisco Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 591 e ss.

bens jurídicos supraindividuais e, assim, determinar, de forma abstrata, todas as possibilidades de riscos para os bens jurídicos em questão³⁹⁶.

Diante desta constatação, a doutrina assume uma posição normativista, buscando uma teoria de perigo em que este acaba definido pela idoneidade e capacidade de determinado ato causar lesão ao bem jurídico e, por consequência, primeiramente, aparece como necessária a ocorrência da situação de perigo objetivo; pressuposto e limite da própria incriminação e punição³⁹⁷.

Assim, é imprescindível a existência de um indício, uma situação teórica que, insuficiente, exige o caso em concreto como instrumento para obtenção de forma e conteúdo, suficiente à identificação da probabilidade de lesão a um bem jurídico.

Resta, então, a determinação do resultado perigoso como parte de um juízo tipicamente normativo, apresentando um conceito válido de perigo, aplicável e constituído de um caráter objetivo, capaz de delimitar, em certa perspectiva, a amplitude e a generalidade dos delitos de perigo³⁹⁸.

2. Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato

A doutrina tradicional tem manifestado duas modalidades distintas de delitos de perigo, consideradas como aquelas de perigo abstrato e de perigo concreto³⁹⁹.

³⁹⁶ SCHÜNMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução Jesus-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 108 e ss. No mesmo sentido: JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva em derecho penal*. Tradução Manuel Cancio Mellia. Bogotá: Leyer, 1994, p. 19.

³⁹⁷ COSTA, José Francisco Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, pp. 559/565

³⁹⁸ Ibid., mesma página.

³⁹⁹ PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o ambiente...*, p. 70 e ss. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 40.

Os delitos de perigo concreto constituiriam delitos de resultado em que este se materializaria através da criação de um perigo efetivo para o bem jurídico, fazendo a exigência da comprovação da efetiva ocorrência do perigo parte do próprio tipo penal, como elemento normativo determinante da consumação do delito⁴⁰⁰.

Assim o perigo não resta tão somente como motivação, mas apresenta-se como elemento do próprio tipo.

Neste sentido o tipo penal não funciona somente como indício da ilicitude, um parâmetro abstrato da conduta proibida. Traz o tipo penal no caso dos crimes de perigo concreto uma carga selecionadora, afastando da realidade comportamentos de cunho ideológico ou que se orientam segundo uma determinada conduta socialmente aceita e conhecida, para indicar aquelas condutas que realmente possuem uma carga socialmente danosa, capaz de interferir na vontade e no entendimento do agente, em um conteúdo material de ilegalidade, composto de um juízo ético-social e de um valor atribuído pelo próprio tipo incriminador⁴⁰¹.

Quanto aos delitos de perigo abstrato, estes envolveriam uma categoria residual de delitos de mera atividade, onde o legislador selecionou e tipificou determinadas condutas, através de critérios de gravidade implícita, todavia sem que seja necessária a constatação, no caso em concreto, que a conduta efetivamente colocou em perigo o bem jurídico protegido, em uma presunção que não admite prova em contrário⁴⁰².

⁴⁰⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...*, p. 208.

⁴⁰¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127.

⁴⁰² Nesta hipótese, Paz Mercedes de Cuesta Aguado bem identifica a presença da presunção de periculosidade *iure et de iure*. In: *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 86.

O perigo, nos crimes de perigo abstrato, aparece então não como elemento constitutivo do tipo, mas como motivação⁴⁰³.

A periculosidade, assim, não reside como atributo de uma ação individualmente considerada, mas na própria natureza da conduta, bastando a existência de um risco genérico a determinados bens jurídicos para a possibilidade de punibilidade⁴⁰⁴.

Assim a presunção de periculosidade da conduta, como adotada, evidentemente não satisfaz requisitos mínimos de lesividade material, que determinado ato deve reunir para que, sob a égide do Direito Penal, seja passível de punição.

Esta modalidade de delito, diante da formulação típica antecipada da lesão ao bem jurídico, acaba por produzir insatisfatórios efeitos limitadores de intervenção punitiva, afrontando o próprio princípio da segurança jurídica, permitindo uma intervenção quase que sem controle do poder de punir do Estado, atingindo significativamente a esfera de tutela privada dos cidadãos⁴⁰⁵.

A construção normativa que se segue para evitar esta abrupta violação envolve a concorrência de um conteúdo real de lesividade, adaptado às exigências constitucionais dos Estados de direito, de forma a conduzir a presunção para o caráter *iuris tantum*, admitindo-se prova em contrário.

Para isso se sustenta a coexistência de duas modalidades de delitos de perigo abstrato, co-substanciados nos delitos de perigo abstrato formais e nos delitos de perigo abstrato materiais⁴⁰⁶.

⁴⁰³ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo...*, pp. 620/621.

⁴⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...*, pp. 358/359.

⁴⁰⁵ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad...*, p. 86.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 87.

Os delitos de perigo abstrato formais consistiriam em violações de condutas que, não obstante reprováveis, sob a égide do Direito Penal, não afetam nenhum bem jurídico apto a ser penalmente protegido.

Teríamos, então, as violações de regras ético-sociais de convivência, violações de condutas religiosas, desobediência de regras administrativas, violações de deveres políticos, dentre outras, que, na concepção da doutrina moderna, caso penalmente tipificadas, deveriam ser consideradas como inconstitucionais, pois violadoras do princípio de segurança jurídica que tutela os Estados de Direito⁴⁰⁷.

Em outro lado estão os delitos de perigo abstrato, onde a periculosidade da conduta justifica a intervenção penal, sempre que esta, através da via interpretativa, reste adequada aos princípios orientadores do Estado de direito, sendo capaz, apta, idônea para a criação de um risco ou perigo proibido pelo tipo penal. Estes os crimes de perigo abstrato material.

Os delitos de perigo abstrato material podem ser identificados nas condutas de falso testemunho, abandono de menores, delitos contra a saúde pública, dentre outros.

3. Crimes de perigo e segurança jurídica

Na constituição básica dos crimes de perigo temos, então, que nos delitos de perigo concreto o tipo penal requer uma lesão real ao bem jurídico, enquanto que nos delitos de perigo abstrato basta a periculosidade da conduta,

⁴⁰⁷ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad...*, p. 87.

que supostamente é inerente ao ato, salvo em hipóteses onde, em uma análise do caso em concreto, se possa verificar que esta periculosidade restou excluída⁴⁰⁸.

Ficando a questão da lesividade expressamente prevista no tipo penal, no tocante aos delitos de perigo concreto, a problemática se volta para os crimes de perigo abstrato, em especial quando envolvem bens jurídicos supraindividuais, exigindo uma análise sob a ótica do risco, não podendo ser admitida a pretensão de punição de situações que não possuem capacidade comprovada de lesão ao bem jurídico protegido.

Existe uma necessidade de substituir a presunção de proteção genérica, ou o parâmetro médio de sociedade, que a atual modalidade de delitos de perigo abstrato adota, para um Direito Penal que exija uma real individualização da conduta e de seus efeitos, segundo o fato em concreto e seus agentes, onde a efetividade do comportamento para alcançar uma lesão é elemento determinante, como forma de reconhecer a possibilidade de punição de violações a bens jurídicos supraindividuais.

Apesar disto, o que continua se observando nas hipóteses de crimes de perigo abstrato é uma antecipação de proteção penal, que distancia o tipo do bem jurídico protegido, assumindo a caracterização de um Direito Penal de risco⁴⁰⁹, em que nas áreas difusas e coletivas, diante da novidade da possibilidade de proteção penal desta modalidade de bens, o legislador atual se afastou dos princípios de subsidiariedade e fragmentariedade, substituindo o Direito Penal como *ultima ratio* para uma posição de primeira opção.

A antecipação de tutela penal afronta o princípio da segurança jurídica, determinante dos Estados de direito, permitindo uma dimensão de intervenção do poder de punir, quase que de forma globalizada, capaz de violar

⁴⁰⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...*, pp. 223/224.

⁴⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 61. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones...*, p. 29.

significativamente o campo de tutela privada dos cidadãos, podendo criar figuras penais inconstitucionais, caso não se adaptem, através da utilização de critérios de interpretação teleológica, aos princípios que orientam o Estado Democrático de Direito.⁴¹⁰

Uma solução para os crimes de perigo abstrato, que equilibra, ainda que parcialmente, a problemática da insegurança jurídica que sua construção causa, passaria pela análise do próprio risco da conduta, onde poderíamos adotar a mesma concepção dos delitos de imprudência.

Nos delitos de imprudência a conduta perpetrada até mesmo pode ser típica, mas para ser considerada antijurídica é necessário analisar se o dever de cuidado, no caso em concreto, foi violado, ocorrendo um risco de lesão além daquele socialmente admitido.

Tal construção possibilita a identificação de um direcionamento mais claro entre a própria ação e a possibilidade do resultado, caracterizado o dever de cuidado como uma atuação prudente, naquelas situações consideradas como de risco ou de perigo⁴¹¹.

O problema que se põe é que esta construção não se apresenta como satisfatória, em todos os seus aspectos, quando tratamos de bens que pertencem a um patamar tão elevado de abstração que, de forma globalizada, sua proteção representa a proteção de outros bens, socialmente considerados como mais importantes, como a própria vida, o bem estar social, a saúde, aqui materializados através de uma nova e universal representação de interesses, ainda que em certa medida vaga e imprecisa.

⁴¹⁰ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de. *Tipicidad...*, p. 86.

⁴¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 408; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...*, p. 797.

4. Bens jurídicos universais e a tipificação penal de perigo abstrato

Winfried Hassemer sustenta que as características do Direito Penal moderno passam pela proteção de bens jurídicos, pela prevenção e pela orientação para as conseqüências⁴¹².

A prevenção, como destacada pelo jurista alemão, fica ligada a uma característica de objetivo primário, segundo princípios de igualdade e tratamento igualitário⁴¹³.

A orientação para as conseqüências, também assume uma posição prevalente, seguindo princípios de igualdade e justa retribuição, convertendo o Direito Penal em um instrumento de “pedagogia social”⁴¹⁴.

É neste campo pedagógico social que a proteção de bens jurídicos universais, como o ambiente, a infância e juventude, o consumidor, através da conversão desta proteção em um critério positivo para a criminalização de condutas, instituiu um mandato de criminalização globalizada, ampliando ou criando novos tipos penais difusos ou coletivos.

Todavia esta criação utilizou de uma formula que causa insegurança jurídica, qual seja, a dos delitos de perigo abstrato, superando os delitos de lesão e de perigo concreto, pois ao se prescindir do prejuízo se prescinde, igualmente, de demonstrar e exigir a relação de causalidade, bastando a ação típica, presumida perigosa, sem que ocorra um juízo de valor por parte do magistrado⁴¹⁵.

⁴¹² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 22.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 24.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 25.

⁴¹⁵ *Ibid.*, pp. 29/30.

Um evidente cerceamento de garantias e oportunidades de defesa, bem como dos próprios pressupostos para a aplicação de uma retribuição penal, se faz presente na utilização de delitos de perigo abstrato.

Quando enfrentamos a sistemática dos bens jurídicos universais, a utilização dos delitos de perigo abstrato leva a considerações dramáticas, envolvendo, por exemplo, delitos caracterizados pela ausência de vítimas individualizadas. Delitos estes que não exigem dano, não restando como um resultado cientificamente previsto para determinada ação.

Com isto, o Direito Penal assume um caráter ampliado, com redução da importância de seu núcleo tradicional, deixando de ser considerado como retribuição ou reação a lesões graves à liberdade dos cidadãos, assumindo uma forma de instrumento de política de segurança, se afastando de sua atual condição estrutural, no ordenamento jurídico, em uma perigosa aproximação do direito civil e administrativo⁴¹⁶.

Assume o Direito Penal “do perigo”, uma condição de “prima ratio”, sempre intervindo quando seja interessante politicamente, afastando-se das orientações de subsidiariedade, igualdade e proporcionalidade como primárias.

Coloca-se como objetivo primário não uma resposta adequada ou justa ao delito, mas que a reprimenda alcance a prevenção do delito futuro, em uma substituição dos critérios eletivos do Direito Penal.

Com isto um déficit de realização surge com muita força, indicando que o Direito Penal está fadado a perder suas funções reais, adquirindo um caráter meramente simbólico, quando não só as Leis não funcionam, mas, além disto, quando aplicadas produzem conseqüências injustas e arbitrárias.

⁴¹⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 31.

A utilização de delitos de perigo, neste moderno Direito Penal, conduz a uma deterioração das diferenciações entre imputação objetiva e subjetiva, onde as diferenças entre autoria e participação, tentativa e consumação, dolo e culpa, quando não desaparecem passam a ser objeto de conceitos secundários, abrindo espaço para uma ampliação das conseqüências do delito e da arbitrariedade jurídica⁴¹⁷.

Neste sentido o Direito Penal Econômico, o Direito Penal ambiental, dentre outros, encontram na imputação individual tradicional um obstáculo que exige superação. Com a redução dos pressupostos da imputação, surgem danos irremediáveis ao Direito Penal, em busca de uma Política Criminal eficaz, ainda que não justa, com uma criminalização mais ampla e superficial de condutas perigosas, com flexibilidade significativa.

De outro lado, não menos grave se tornou a discussão sobre a consideração ou desconsideração dos princípios clássicos orientadores do Direito Processual Penal.

É certo que a introdução de alternativas de consenso e oportunidade, aliadas à denominada negociação penal, por alguns doutrinadores é vista como uma superação ou desconsideração da relevância de princípios básicos do Direito Processual Penal⁴¹⁸, todavia, como veremos mais adiante, tal consideração, em alguns aspectos merece uma discussão mais ampliada⁴¹⁹.

⁴¹⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 34.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 36 e nota n.º 25.

⁴¹⁹ Cabe observar que estas considerações estabelecidas por Winfried Hassemer a respeito das alternativas negociadas do Direito Processual Penal, levando-se em conta a abordagem do problema feita por Schumann, quando enfrenta a questão da Administração da Justiça penal, em sua obra “Tratar com Justiça” – In: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 36 e nota n.º 26 -, deixou de considerar aspectos de uma “teoria procedimental fundada materialmente na verdade e na justiça”, segundo bem expõe Arthur Kaufmann, em sua obra *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*, monografias jurídicas 77, tradução de Luis Villar Borda, Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998. De outro lado, opções como a “delação premiada” para crimes de potencial ofensivo significativo, como o tráfico de entorpecentes, onde em uma negociação, por vezes, a impunidade supera qualquer aspecto de justiça, alcançando tão somente uma

Evidente que o principal problema que enfrenta o Direito Penal moderno alinhado a uma tipificação de perigo, é sua distância entre sua capacidade real e as expectativas de solução que acaba por gerar⁴²⁰, visto que considerado como *prima ratio*, acaba por buscar ampliar quantitativamente e qualitativamente seus campos de incidência através do Direito Processual Penal, é neste aspecto que a doutrina critica uma negociação penal que supera ou desconsidera os princípios básicos limitadores da atividade jurídica.

Daí a crítica de que esta ampliação leva em conta que um processo penal, orientado segundo garantias do Estado Democrático de Direito é custoso e demorado, ficando as opções negociadas como alternativas no aumento de uma capacidade funcional, estabelecida segundo uma íntima relação entre um Direito Penal de incriminações massificadas e um Direito Processual Penal também massificado, provido de decisões vagas e amplas, criando um “problema de Justiça”⁴²¹.

Assim, nas searas do meio ambiente, dos entorpecentes, do crime organizado, das violações contra a ordem econômica e da saúde pública, dentre outras, uma resposta penal acaba por surgir como primeira opção no controle de instabilidades, instituindo um Direito Penal aliado às políticas de segurança pública, em um caráter eminentemente funcional, desconsiderando princípios orientadores de um sistema penal ajustado ao conjunto de instrumentos legais disponíveis para o controle de conflitos, em um abandono de um Direito Penal do resultado ou das conseqüências⁴²².

justificativa funcional, acabam por sustentar seu posicionamento quanto a um Direito Processual Penal moderno, de caráter funcional.

⁴²⁰ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 36.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 37.

⁴²² HASSEMER, Winfried; *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, tradução do original alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, abril-junho – 1994, pp. 62/63.

O princípio da proteção de bens jurídicos, como limitador da criminalização, com enfoque voltado para as conseqüências, agora assume um desgastante papel funcional, com um caráter criminalizador, ao indicar, nesta nova leitura, que todo o bem jurídico (universal) merece proteção penal, como um princípio dominante da cominação e imposição de penas, através da criação de tipos que não exigem uma ameaça concreta, nem um dano a bem jurídico, mas a simples prática de conduta considerada tipicamente perigosa⁴²³.

⁴²³ HASSEMER, Winfried; *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra...*, p. 64 e ss.

VI – CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS E ANÁLISES ALTERNATIVAS SOBRE O DIREITO PENAL DA PÓS-MODERNIDADE E OS BENS SUPRA-INDIVIDUAIS.

Promover o encaminhamento do sistema jurídico para um Direito Penal pós-moderno, orientado pela da proteção da sociedade diante de novos riscos decorrentes da evolução, constitui-se tarefa primária do jurista na seleção de bens jurídico-penais.

A questão está em reconhecer que este encaminhamento, ainda que sob o manto de uma eficiência na proteção de novos bens jurídicos difusos e coletivos, com a elaboração de delitos de perigo abstrato, acaba por conduzir os conflitos decorrentes da violação ou o atentado a esta espécie de bens para o campo da intervenção máxima ou globalizada do Direito Penal.

Neste campo de expansão identificamos significativos conflitos de valores.

1. A ampliação de espaços para um Direito Penal da insegurança

Com a atual situação do Direito Penal, um dos acontecimentos que bem demonstram a insegurança jurídico-social implantada decorrente da

criminalização sem precedentes que tomou conta dos Estados, por exemplo, é o direito penal mínimo, defendido em especial pelos estudiosos da Escola de Frankfurt, em contrapartida ao Direito Penal “máximo”, empregado pelo Estado persecutor.

Decorrência do enfrentamento de um direito penal considerado como opção fácil para a solução de problemas sociais e que evolui, deslocando para mandados de otimização e ordem o que deveria ser objeto de soluções instrumentais que, efetivamente, proporcionassem proteção, o Direito Penal Mínimo como proposta restritiva do Direito Penal, acaba tomando por referência os direitos humanos, bem como um Direito Penal “básico”, mantido sob a égide das máximas garantias legais, materiais e processuais⁴²⁴, tudo isto como consequência da insegurança jurídica criada com uma expansão ou ampliação do âmbito de ingerência do Direito Penal.

Com a identificação de uma nova série de bens jurídico-penais (supra-individuais), a ampliação de situações de riscos jurídicos relevantes, proporcionada pela flexibilização das regras de seleção e imputação de condutas com uma séria relativização dos princípios político-criminais que asseguravam a estabilidade do sistema⁴²⁵, não encontramos elementos suficientes a acolher como correta uma ampliação de espaços de atuação e intervenção do Estado, através do recurso da força penal.

Não é sem motivo que, na busca permanente do Estado ao recurso da legislação penal como solução primeira, no caso de novos riscos sociais, acabou sendo criada uma nova e insustentável situação de insegurança jurídica

⁴²⁴ Jesús-María Silva-Sanchez bem aponta para esta tendência e para uma obra de referência do *Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt* (ed) (Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra – ed. Exp.), *La insostenible situación de derecho penal*, Granada, 2.000. In: *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 2.^a edição, tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21 e nota 11,

⁴²⁵ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 21 e ss.

na sociedade. Sua origem e seus motivos são objetos do questionamento da real finalidade do Direito Penal.

A geração de novas realidades e novos riscos como, por exemplo, a reconstrução do conceito de realidades abundantes e ricas em nossa sociedade, como o meio ambiente, através da recomposição dos valores anteriormente a elas atribuídos, tudo isto aliado a incrementos criativos como os conglomerados econômicos e financeiros, causas prováveis da concepção de novos bens jurídico-penais, voltam nossa atenção, também, para a sociedade de riscos de Ulrich Beck, em especial pela consideração do manejo das aplicações e dos avanços técnicos da sociedade, produzidos pelos integrantes da mesma, causando ameaças aos demais integrantes desta e a eles próprios. Neste contexto existe uma possibilidade de danos não delimitáveis, globais e freqüentes, com caráter irreparável, decorrentes de decisões humanas que, por isso, causam insegurança e a necessidade de medidas preventivas eficazes⁴²⁶.

Assim, as decisões humanas são destacadas não pelas conseqüências que produzem, mas pela possibilidade de gerarem riscos e, também, de aumentarem ou distribuírem estes riscos, criando um fenômeno psicológico social da sensação de insegurança, ou multiplicação emocional do risco existente⁴²⁷.

É neste campo de atuação que frutifica a opção pelo Direito Penal, como solução a uma busca pelo fim da insegurança, pois a sociedade não aceita ter de pagar o preço do risco (risco permitido) da evolução e da industrialização, em uma ponderação de custos e benefícios, decorrentes da valoração prévia das condutas⁴²⁸.

⁴²⁶ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 28 e ss.

⁴²⁷ Outro fator que colabora para a atual situação que se encontra esta sensação de insegurança são os meios de comunicação de massa - SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 30 e ss.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 42.

A sociedade pós-moderna, de novos bens jurídico-penais supraindividuais, supervalorizou a segurança em detrimento da liberdade de agir, considerando esta como um perigo abstrato em si mesma⁴²⁹, em uma restrição progressiva dos campos onde a atuação estaria sob a égide do risco, permitido ou desaprovado, resistindo a concepções de que, por exemplo, as relações de consumo, por si só, ampliadas e totalmente reorganizadas, representam uma estrutura de riscos permitidos⁴³⁰.

Podemos ainda reconhecer que nossa sociedade é uma sociedade de vítimas, onde o Direito Penal responde a uma identificação social com os sujeitos passivos dos delitos, muito mais que com os autores, em um claro e exponencial crescimento da defesa dos direitos e garantias materiais e processuais das vítimas⁴³¹.

É neste panorama que a nova concepção de bens jurídico-penais universais, como aqueles envolvendo a criminalidade organizada, ligada ao terrorismo, narcotráfico e pornografia, bem como a denominada criminalidade empresarial, ligada ao meio ambiente, aos delitos econômico-fiscais, às relações de consumo, dentre outros que também podem envolver a corrupção político-administrativa, encontra respaldo para um Direito Penal expansivo, bem recebido em relação ao que a doutrina e a sociedade passa a reconhecer como uma “criminalidade dos poderosos”⁴³².

Trata-se de considerar que, em uma expansiva proteção de vítimas e supostas vítimas, um Direito Penal mínimo não deve ser considerado adequado

⁴²⁹ GÜNTHER, Klaus. *La insostenible situación de derecho penal*, Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt - Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2.000, p. 503. No mesmo sentido, tratando do problema da aplicação de normas no desenvolvimento da consciência moral, na obra *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, tradução de Claudio Molz, São Paulo, Landy Edotira, 2.004, p. 121 e ss.

⁴³⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 42 e ss.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 51 e ss.

⁴³² *Ibid.*, mesmas páginas.

em um Estado Democrático de Direito, de máximas garantias, máximos benefícios e máxima integração e participação social, convertendo-se um Estado-PoliciaI em um Estado-Preventivo, protetor ao máximo das garantias que propõe defender.

O detalhe é que, contraditoriamente, para se fazer valer deste caráter garantidor e previdente, o Direito Penal pós-moderno, caminha na defesa de bens jurídicos supraindividuais, através da estrada da insegurança, acabando por relativizar princípios garantidores, como da irretroatividade e da proibição de analogia, bem como as próprias regras da imputação, quando se trata de tutelar aquilo que denominamos de “criminalidade de poderosos”, subtraindo daqueles que estejam sujeitos a esta tutela penal os mesmos direitos e garantias que, na forma da “máxima expansão”, visa defender na forma de um Estado-Providência.

Uma indiscutível violação dos princípios de igualdade e isonomia, em afronta a mais um princípio garantidor, sob a justificativa de manter a “segurança social” e atender aos reclamos de paz e justiça. Uma política de “os fins justificam os meios”. Trata-se de incrementar os instrumentos de controle social em um enérgico Direito Penal da insegurança ou do perigo, em um caminho para o que parte da doutrina denominou de “Direito Penal do inimigo”⁴³³.

Neste contexto se atribuiu ao Direito Penal funções de gestor de grandes riscos, gestor atípico da moral social, revitalizador da sociedade, em uma responsabilidade de proteger e sustentar os interesses gerais das gerações futuras, como no caso do meio ambiente, exatamente porque as instituições

⁴³³ Sobre o tema o trabalho de Günter Jakobs e Manuel Cancio Meliá: *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas Ediciones, 2003 (edição brasileira: *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*, organização e tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005).

políticas e os grupos sociais não conseguiram resolver estas pendências, resultando em um Direito Penal como instrumento de pedagogia político-social, em evidente demonstração de que a sociedade vem perdendo seus referenciais valorativos, em razão de uma atribuição desproporcional de responsabilidades não lhe seriam naturais, sobrecarregando o mesmo e desvirtuando sua idéia como última alternativa, em troca de uma verdadeira função promocional de sua expansão.

2. Administrativização, globalização e delitos de acumulação.

Como maior expressão da nova situação imposta pelos bens jurídicos supra-individuais, o Direito Penal teve modificada a própria estrutura do conteúdo material dos tipos penais, através da combinação entre a introdução de novos elementos de proteção e a forma antecipada de materialização da mesma.

Aliás, esta expectativa penal criada, nem mesmo levou em consideração elementos como o meio ambiente, onde a idéia de proteção penal decorre da necessidade de manutenção das condições de sobrevivência humana, que deve ser entendida segundo os âmbitos de proteção estabelecidos de acordo com limites administrativos de proteção que, quando violados, provocam a intervenção do Direito Penal. Nesta intervenção se processa na forma de gerenciador de riscos de ordem coletiva, com um caráter de regulação, próximo do intervencionismo expresso pelo direito administrativo⁴³⁴.

⁴³⁴ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 114 e ss.

A administrativização do Direito Penal de bens jurídicos universais⁴³⁵ leva ao rompimento de parâmetros limitadores, ou diferenciadores, entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, até por que este último, em sua concepção, reconhece que o poder sancionador da administração deve ser exercido segundo princípios decorrentes da ordem penal, com um suporte teórico na inexistência de diferenças ontológicas entre a pena e a sanção administrativa, mas com um alerta ao fato de que as finalidades perseguidas pelo Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são diferentes⁴³⁶.

Enquanto o Direito Penal, em regra, persegue a proteção de bens concretos, em casos concretos, segundo critérios de lesividade, periculosidade e imputação individual do injusto, o Direito Administrativo Sancionador rende-se à proteção de modelos de gestão setorial, sem análise de critérios de lesividade e periculosidade concreta, em uma atenção à afetação geral e estatística, em uma persecução sujeita a critérios de oportunidade, como verdadeiro reforço da gestão administrativa⁴³⁷.

Assim, fica claro que no âmbito administrativo, este Direito Sancionador tem interesse na manutenção do modelo global de gestão, tipificando e sancionando sob o efeito de perspectivas gerais, segundo uma orientação para a supressão de riscos determinados pelas políticas macroeconômicas ou macrossociais, deixando de lado a necessidade de que a conduta seja relevantemente perturbadora ou mesmo propensa à lesão de um bem jurídico em concreto, orientando-se por critérios de oportunidade na

⁴³⁵ SCHÜNMANN, Bernd. *Consideraciones...*, p. 25 e ss.

⁴³⁶ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 116.

⁴³⁷ DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997. Dominguez Vila, em sua obra, bem retrata as características do Direito Administrativo Sancionador, quando traz suas características marcantes e orientadoras, sob o aspecto de sua evolução histórica, em especial na Europa, culminando com uma abordagem profunda sobre seus princípios orientadores e a ótica de sua visão evolutiva no Direito Espanhol.

repressão a perigos para a manutenção da ordem de um determinado setor de atividades⁴³⁸.

É exatamente o que se pode observar das legislações penais de proteção tributária, financeira e fiscal, de proteção do meio ambiente, de proteção das relações de consumo, dentre outras.

Como um Direito de dano cumulativo, o Direito Administrativo Sancionador, retira da possibilidade de repetição de condutas que, se realizadas pelos participantes de determinado setor social, até mesmo por sua eventual consideração como lícita, possibilitam uma expectativa estatística ou global de limites de contenção, criando situações de perigo, determinante da restrição ou sanção administrativa. Todavia este critério deve ser reconhecido como inadmissível para a imputação penal de responsabilidade a uma pessoa individuada, em razão de fato determinado ou isolado.

Esta modalidade de sanção não admite nem comporta elementos de lesividade em concreto, seja a própria lesão ou perigo de lesão, pois acaba por se valer de situação de perigo estatístico ou presumido.

Assim, podemos destacar como diferença significativa entre o que se apresenta como Direito Penal e o que se apresenta como Direito Administrativo Sancionador, que no primeiro as infrações restam individualizadas e referentes a fatos concretos, em quanto que no caso do Direito Sancionador, as infrações decorrem de um perigo global, geral, estatístico, de probabilidade de consecutivas ações, no mesmo sentido, poderem produzir ou risco de danos⁴³⁹.

⁴³⁸ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 117.

Jesús Maria Silva-Sanchez, destaca exemplo significativo para esta diferenciação, tratando no campo ambiental da hipótese em que determinada empresa superasse em muito os limites de toxicidade em seus resíduos, limites estes estipulados pela norma administrativa, mas em uma produção que ainda não estabeleça perigo ao ecossistema. A intervenção do Direito Administrativo, com sanções, pode ser considerada como adequada e pertinente, levando-se em conta que, se todas as demais empresas desta natureza, em vendo a inação da Administração, também começassem a produzir tal nível de toxicidade, certamente a cumulação produziria danos ao meio ambiente. A perspectiva de perigo que existe, tem uma natureza estatística, global que, todavia, não permite, com a individualização do caso em concreto, uma intervenção do Direito Penal⁴⁴⁰.

De outro lado, e na mesma linha de raciocínio, em casos econômicos, de sonegação fiscal ou lavagem de capitais, para que um ato, por si só alcance ou produza efetivo perigo à ordem econômica, necessário que este tenha como referenciais valores significativos, pois em razão de uma previsibilidade de lesão, em casos de cumulatividade, o perigo estatístico ou global somente admitiria uma intervenção do Direito Administrativo. Para a configuração da necessidade de intervenção do Direito Penal, tão somente a violação normativa ou regulatória não seria suficiente, exigindo ou estes referenciais de valores significativos ou sua integração à sistemática de atuação de uma organização criminosa.

Nestes exemplos podemos identificar que a atual criminalização de condutas, que põe em risco bens supraindividuais, vem enfrentando na sociedade pós-moderna assimilando, em legislações penais próprias, uma

⁴³⁹ Estas hipóteses são bem estudadas, em se tratando da problemática da corrupção, por Afonso Sabán Godoy, em sua obra *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid: Editorial Civitas S.^a, 1991.

⁴⁴⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 119.

tipificação de condutas com o fim de sistematizar a lesividade decorrente de situações que são somente globalizadas, ou com um caráter cumulativo, efetivamente, produziram um perigo concreto de dano.

Assim a administrativização do Direito Penal apresenta-se como opção das atuais legislações.

Acabam totalmente desvirtuados os restritos limites de atuação do Direito Penal, pois estas legislações acabam por avançar para um campo natural do Direito Administrativo, constituindo uma formulação própria de gestão ou gerenciamento de problemas sociais, com alcance e abrangência que não são naturais ou cabíveis no campo da repressão penal⁴⁴¹.

Temos, então, que a tipificação de condutas, segundo uma potencialidade lesiva estatística, incerta e massificada ou cumulativa, em se tratando de proteção a bens jurídicos supraindividuais, em uma contemplação global de uma “causalidade cumulativa”, apenas conduz à criminalização de uma hipótese ou perspectiva, muito distante do perigo concreto de dano.

Trata-se de verdadeira violação às limitações impostas pelo princípio da culpabilidade, quando na tipificação desta modalidade de condutas, vemos o legislador fundar a lesividade em uma possibilidade de a massificada realização da mesma levar a um tumulto ou bloqueio no correto funcionamento do sistema legal, como, por exemplo, nos casos de delitos contra

⁴⁴¹ No direito pátrio, as legislações que contêm crimes contra a ordem econômica e tributária, tipificam condutas que, efetivamente, em sua individualidade não representariam perigo concreto suficiente a sua consideração penal, conquanto esta situação é clara, quando a própria legislação econômica busca a alternativa da extinção da punibilidade, com o pagamento do tributo, que hoje é acolhida nos tribunais superiores, inclusive após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como que reconhecendo fato novo superveniente, em uma espécie de revisão criminal, que acaba por desconstituir a punição estabelecida, deixando claro que o único e principal objetivo da repressão penal é estabelecer a ordem jurídica, com o pagamento do tributo, tarefa primária e natural do Direito Administrativo e não do Direito Penal.

as relações de consumo ou, ainda, nas hipóteses em que se buscava a proibição da venda regular de armas de fogo e munições⁴⁴².

Os grandes riscos, que o Direito Penal na tutela de bens universais busca controlar, não são problemas decorrentes de um atuar individual, mas do próprio setor social envolvido, levando uma sanção de caráter penal, aplicada a uma pessoa em um caso em concreto, a violar princípios como o da proporcionalidade em sua aplicação, visto que a repressão não está unicamente dirigida ao perigo em concreto produzido pela conduta, mas à probabilidade de perigo, estatística ou global, que esta conduta poderia gerar, caso estimulasse, em uma característica indiscutível de probabilidade, uma seqüência de ações similares que aí, então, produziriam um perigo de dano.

Uma teoria busca atingir fins não importando os meios utilizados, que utiliza da criminalização de perigos muito mais estatísticos, cumulativos ou globais, do que efetivamente concretos, sob a ótica da prevenção, com a ameaça de sanções a condutas que constituem pequenas parcelas de contribuição para problemas sistêmicos ou setoriais, em uma antecipação dos problemas que, com a modernização industrial e o crescimento populacional, serão considerados muito mais significativos⁴⁴³, acolhida na sociedade moderna⁴⁴⁴, sob o argumento

⁴⁴² A Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2.003, estipulou em seu artigo 35 e § 1.º, a proibição do comércio de arma de fogo e munições, que somente entraria em vigor após submeter-se a plebiscito, em outubro de 2.005. Não obstante a opção popular pela não entrada em vigor do dispositivo restritivo, caso o contrário ocorresse, o Estado teria criado hipótese de criminalização de condutas que, por si só, diante da legalidade anterior, não se apresentavam como de perigo, mas que agora, com inúmeros proprietários de armas regulares, sem acesso a munição para seu efetivo funcionamento, poderiam recorrer a formas ilegais de aquisição, passando então a poder figurar como criminosos, nos termos do artigo 14, da mesma lei, no mínimo por manter em depósito, receber ou adquirir, munição de uso permitido, em desacordo com a determinação legal.

⁴⁴³ Consideremos aqui os problemas ambientais e das relações de consumo, como também do próprio tráfego de veículos.

⁴⁴⁴ KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordenação Santiago Mir Puig & Diego-Manuel Luzón Peña, Barcelona: José Maria Bosch Editor, S.L., 1996, p. 235.

de que o Direito Penal, introduzindo certos custos maiores, superando benefícios individuais, é instrumento adequado e necessário aos problemas atuais⁴⁴⁵.

A desconsideração de princípios naturais do Direito Penal como a culpabilidade e a proporcionalidade, já foram destacados e merecem reiteração também sob este ponto, como desconsideração desta teoria como apropriada ao Direito Penal como conhecemos.

No mesmo sentido, a força emprega a esta tese leva à consideração de que a grandiosidade do problema, se enfrentado em seu caráter cumulativo ou estatístico, no caso de imposição de uma pena grave a sujeitos individuais, decorrentes da contribuição que suas condutas, também individuadas, proporcionaram ao evento, evidentemente viola a proporcionalidade, conquanto que suas condutas isoladas seriam consideradas insignificantes para o problema que se pretende tutelar.

Se esta função, típica do Direito Administrativo Sancionador, aportar como regra definitiva ao Direito Penal atual, então a alternativa da segregação de liberdade não poderia ser considerada como opção, ante a própria flexibilização que as funções do Direito Penal acabou por sofrer, sob pena de passarmos para um Estado Policial puro.

Não se trata de considerarmos estas hipóteses como de autoria acessória, visto que não são situações de co-autoria de um mesmo fato delituoso, sobre o qual se identificariam várias contribuições individuais, mas a constituição de um fenômeno globalizado, decorrente da ocorrência cumulativa

⁴⁴⁵ Jesús-María Silva Sanchez, sob esta ótica, também traz considerações críticas sobre as teorias defendidas por Lothar Kuhlen, sobre os delitos de acumulação ou *Kumulationsdelikte*, em especial das obras *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, ZStW, 105 (1993), p. 697 e ss., e *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung* (§ 324 StGB), GA, 1986, p. 389 e ss. In: SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 121 e ss. e notas.

de inúmeras ações que, por si só, não constituiriam elementos suficientes a uma criminalização, ante a ausência de elementos necessários de espaço e tempo concomitantes e integrados, nesse comportamento eminentemente massificado⁴⁴⁶.

Também não podemos deixar de reconhecer que a legislação atual, em especial a legislação criminal pátria, aponta para inúmeros referencias típicos desta natureza. O que não se pode aceitar é que a pena de prisão seja a opção primária recepcionada, em um apelo populista nesta criminalização de condutas que supostamente atentam contra bens universais⁴⁴⁷.

Esta expansão do Direito Penal para um estado de insegurança, acolhendo características próprias de um sistema administrativo, proporciona uma figura do Estado como um “Estado de Prevenção”, na verdade decorrente de

⁴⁴⁶ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 124.

⁴⁴⁷ Exemplos vários são encontrados nas legislações ambientais, de proteção à economia popular e relações de consumo, contra a violação de regras fiscais, econômicas e tributárias, contra condutas violadoras de saúde pública. Em especial o Código Penal traz título inteiro que bem exemplifica esta modalidade de criminalidade. No Título VIII – Dos crimes contra a incolumidade pública, podemos destacar como exemplos, os delitos de Perigo de inundação, no artigo 255; de atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo, ao qual se impõe a pena de prisão (reclusão de 2 a 5 anos), de Arremesso de projétil, artigo 264; de Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico, do artigo 266, com imposição de pena de prisão (detenção de 1 a 3 anos); de Corrupção ou poluição de água potável, do artigo 271, com imposição de pena de prisão (reclusão de 2 a 5 anos); de Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, do artigo 273 e parágrafos, em especial as alterações impostas pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998, que incluíram, por exemplo, agentes que, em qualquer das condutas de falsificação ou alteração, bem como de importação, venda, manutenção ou distribuição, utilizaram de cosméticos ou saneantes, impondo-lhes uma absurda pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão. Estes alguns dos exemplos só do Código Penal. Conquanto que, nas legislações especiais também se multiplicam estas hipóteses como, por exemplo, na Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que tutela o meio ambiente, de onde uma construção fática pode levar a uma pena de detenção de até 2 anos, como no caso do artigo 29, que trata das condutas de matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, que combinado com seu parágrafo 4.º, se identificarmos, por exemplo, a conduta de perseguição realizada em período noturno. No caso de crimes econômicos, dentre outros, podemos citar o artigo 1.º, da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que atribui à conduta de suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante, por exemplo, a conduta de missão de informações, ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, a absurda pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão.

uma construção equivocada, pois violadora das próprias garantias individuais que o modelo de Estado Social e Democrático de Direito dispõe.

3. Questões sobre alternativas sistêmicas: “Direito de Intervenção”, “Direito Penal de duas velocidades”, “Direito Penal do inimigo” e “Sistema Penal de emergência”.

Não obstante ser indiscutível, como demonstraremos, que as soluções para a problemática instalada pela ampliação do Direito Penal moderno na proteção de bens jurídicos universais, passam necessariamente pelo Direito Processual Penal, já que o problema é sistêmico e não simplesmente de direito material, uma abordagem primária sobre a proposta material se apresenta como adequada, até porque, na defesa desta mesma proposta, as críticas a um Direito Processual com alternativas de flexibilidade, são significativas⁴⁴⁸.

3.1. “Direito de Intervenção”

Uma proposta pelo redimensionamento do Direito Penal passa, inicialmente por um Direito Penal “básico”, liberal ou nuclear, formado pela repressão às lesões e aos perigos graves de lesões dos bens jurídicos individuais, em contra partida à pretensão atual de equiparação de medidas repressivas entre estas lesões e aquelas produzidas contra os bens jurídicos institucionais⁴⁴⁹,

⁴⁴⁸ Sobre este ponto Winfried Hassemer In: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 36 e ss.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 42.

devendo qualquer medida neste sentido, partir da consideração da identificação e precisão destes bens universais com base nos bens jurídicos individuais.

Não se trata, assim, de desconsiderar a real e significativa importância, defendida neste estudo, da proteção dos bens jurídicos universais, mas da incapacidade do Direito Penal de solucionar adequadamente os problemas decorrentes da sociedade moderna, na proteção desta nova modalidade de bens, essenciais à manutenção da vida e do bem estar social.

É nesta seara que se destaca a proposta do Direito de Intervenção, que se dispõe a não enfrentar a limitação dos princípios básicos de Direito Penal, como a culpabilidade, a proporcionalidade e o *in dubio pro reo*, além das próprias garantias processuais penais, liberando responsabilidades inerentes à proteção que essa nova modalidade de direitos exige.

Afastando do Direito Penal clássico os setores característicos de “déficit de realização”, em especial os delitos de perigo abstrato e os acordos processuais penais, buscando uma pureza do Direito Penal, para que este consiga manter intactas suas funções e eficazes seus mandatos e suas proibições, orientado por um sistema jurídico de respeito a princípios básicos, sem sobrecarregar sua massa repressiva com situações modernas, que exigem alternativas modernas, muito mais satisfatórias⁴⁵⁰.

A proposta de Winfried Hassemer, apesar de muito genérica para a construção de todo um novo sistema⁴⁵¹, o que pode também ter sido sua

⁴⁵⁰ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad ...*, p. 44 e 45.

⁴⁵¹ Isto fica claro pela abordagem da matéria em suas obras: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 43 e ss.; *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, tradução do original alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, abril-junho – 1994, p. 71; *Perspectivas del derecho penal del futuro*. Tradução de Enrique Anarte Borralló, in Revista Penal 1/40, enero, 1998.

intenção⁴⁵², na verdade propõe uma transferência dos mecanismos que deseja o Direito Penal moderno utilizar, mas que o faz em uma evidente violação de suas orientações “principiológicas” básicas, ainda que se busque uma consideração dos princípios de Direito Penal, em face da tutela penal de bens jurídicos universais⁴⁵³.

Segundo o jurista alemão,⁴⁵⁴ esta nova modalidade de sistema, o Direito de Intervenção, estaria localizado entre o Direito Penal clássico e o Direito Administrativo Sancionador, com determinados níveis de garantias e formalidades processuais mais reduzidos, atribuindo sanções menos intensas, em especial destacaríamos sanções alternativas à pena de prisão, afastando-se da estrita legalidade, exigida pelo Direito Penal, em busca de um caráter fático de adequação de medidas ao caso em concreto, afastando características de compensação, retribuição e castigo, em favor da prevenção de danos, do controle de riscos e na segurança de atividades institucionais.

Propondo um controle adequado das atividades perigosas, bem como uma adequada reparação civil, quando apesar das medidas os danos seguirem produzidos⁴⁵⁵, as observações de Winfried Hassemer, quando trata do

⁴⁵² Em um ponto de vista muito particular, penso que a proposta de Hassemer desponta muito mais para uma iniciativa para fomentar idéias alternativas para um sistema novo de repressão, com atenção voltada diretamente para a proteção de bens jurídicos universais, desde sua criação e concepção, propondo instigar os doutrinadores e pensadores do direito a proposição de novas idéias ou à adequação daquelas já existentes, em uma alternativa voltada para um novo sistema, sem sobrecarregar o Direito Penal já em operação.

⁴⁵³ Ainda que se proponha a uma exposição da adequação dos princípios de direito penal na proteção jurídica de bens universais, como apresentado no capítulo “V – Princípios orientadores da seleção de bens jurídico-penais universais e tipificação penal”, evidente que uma linha tênue de sustentação, continuamente violada nos casos concretos, com práticas particularmente abusivas para um Direito Penal clássico, é uma realidade.

⁴⁵⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 46 e 47.

⁴⁵⁵ Apesar das considerações, indispensável observar nota de Francisco Muñoz Conde, na obra conjunta com Winfried Hassemer - *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 55, nota 8 – indicando que nestas hipóteses, não fica descartada a aplicação do Direito Penal, para sanção de danos e riscos mais graves, aos bens jurídicos universais, mas sempre em segundo plano de intervenção, como acessório, da mesma forma em que atua perante outros ramos do Direito. Todavia esta observação, no início de desenvolvimento do sistema em questão, por si só já enfraquece sua consideração como solução alternativa inquestionável.

“Direito Penal simbólico”, que atualmente cuida da proteção de bens jurídicos universais, pode ser usada como espelho do que se prega para o Direito de Intervenção.

Envolvendo uma antecipação do momento de atuação do direito de repressão, para o castigo ao perigo abstrato de dano, bem como a flexibilização dos pressupostos da punibilidade, com ampliação do dever de cuidado, no âmbito empresarial, por exemplo, produzindo uma redução das garantias e fases processuais, recorrendo a leis setoriais mais técnicas e a normas penais em branco, deixando ampla margem de discricionariedade e arbítrio judicial, em uma funcionalidade do sistema, de modo a atender às peculiaridades dos casos concretos de violações a bens jurídicos difusos e coletivos⁴⁵⁶, o Direito de Intervenção, assim concebido, responderia como o Direito Penal atualmente o faz, mas sem os compromissos exigidos pelos princípios básicos orientadores de sua atividade repressora.

Assim, estes conceitos acabam por concretizar um pouco mais a visão sobre o Direito de Intervenção⁴⁵⁷.

Sua identificação, diante deste contexto, como uma opção “mais radical”⁴⁵⁸ não comporta acolhimento, visto que em uma análise pormenorizada

⁴⁵⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad ...*, p. 54.

⁴⁵⁷ Fica claro em nosso posicionamento que o Direito de Intervenção, proposto por Winfried Hassemer, acaba por restar configurado por características que o próprio Hassemer critica existentes no Direito Penal, mas que descaracterizam o mesmo, por desrespeitarem, ainda que parcialmente, seus princípios gerais orientadores, ou decorrentes do que denominamos caráter simbólico do Direito Penal, o que todavia restaria especialmente adequado a uma modalidade “alternativa” de sistema, adequada especificamente à proteção de bens jurídicos universais, ou seja, criado para esta finalidade.

⁴⁵⁸ Renato de Mello Jorge Silveira, em sua obra *Direito Penal Supra-individual – Interesses Difusos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 199, quando menciona o Direito de Intervenção, indica que com base nesta orientação de Winfried Hassmer, poderíamos defender uma “brutal descriminalização de condutas”, deixando que o Direito Civil ou o Direito Administrativo cuidasse desta proteção, o que realmente não existe. Ocorre que a proposta construtivista não tem o condão de acolher apenas no Direito Civil ou no Direito Administrativo as alternativas para este novo sistema, mas em uma visão muito mais ampla que isto, selecionar medidas jurídicas destes sistemas, bem como atuantes no Direito Penal quando trata de direitos universais, para a

da obra que alicerça sua construção, podemos observar propostas construtivistas, acolhedoras de medidas várias já existentes em nosso sistema jurídico como um todo, já aplicadas aos bens jurídicos universais, mas que por questões de semântica e oportunidade acabaram por serem introduzidas em sistemas já existentes, mas inadequados para a tutela pretendida da forma como é, como especificamente o caso do Direito Penal.

As críticas à sua condição de autoritário⁴⁵⁹ ou até descriminalizador⁴⁶⁰, não comportam uma aceitação imediata ou plena, até porque, ainda que assim o seja, como conjectura ou plano de construção, o Direito de Intervenção surge como alternativa viável, de vanguarda, ainda que audaciosa, mas adequada e criativa, para uma problemática enfrentada pela colisão entre um Direito Penal de princípios e a violação de seus elementos de orientação por ele próprio, através de regras para a proteção de uma nova modalidade de bens jurídicos institucionais, nele introduzidas muito mais em razão de toda uma pressão pelo simbologismo que o Direito Penal comporta, do que efetivamente pela produção de soluções satisfatórias, adequadas e eficazes.

Um novo sistema jurídico, com elementos de natureza penal, todavia orientado em termos preventivos, renunciando à reprovação pessoal como única forma de resposta penal, bem como à aplicação eminentemente de penas privativas de liberdade, acolhendo assim o Direito de Intervenção uma

criação de um “novo sistema” sustentado por uma coletânea de idéias novas e velhas, mas atualizadas, idealizadas e adequadas às novas necessidades da sociedade moderna de risco e de bens jurídicos universais.

⁴⁵⁹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale ‘minimo’ e nuevo forme di criminalità*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1999, p. 812.

⁴⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 204, nota 65 – onde o autor destaca posicionamento de Winfried Hassemer, em “Perspectivas de uma moderna política criminal”, resumo de César Roberto Bittencourt, *Três temas de direito penal*, Porto Alegre: Editora da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993, p. 98.

forma aberta à recepção da imputação objetiva, como forma de responsabilização.

3.2. “Direito Penal de duas velocidades”

Na pretensão de eximir-se da rota de colisão de críticas, que o Direito de Intervenção produz, uma posição paralela, defendida por Silva Sanchez⁴⁶¹, com uma proposta pelo “Direito Penal de duas velocidades”, apesar de tentadora, não escapa da problemática de flexibilização na consideração dos princípios limitadores do Direito Penal, quando da adoção de medidas de repressão e prevenção a lesões a bens jurídicos universais.

Na análise sobre o tema, Jesús-María Silva Sanchez busca sua linha de sustentação, argumentando que os sistemas jurídicos, penal e administrativo sancionador, não devem ter, necessariamente, apenas uma modalidade de garantias, podendo estipular exigências diferentes segundo conseqüências jurídicas diferentes⁴⁶².

Com isto, empreende-se uma busca de consideração, no sentido de que o Direito Penal possa estipular uma sistemática de graduação quanto às regras de imputação e aos princípios garantidores e limitadores de sua aplicação, sem exigir a criação de um novo sistema, como no caso da proposta do Direito de Intervenção.

A defesa pela manutenção do sistema penal como suporte à responsabilização por violações a bens jurídicos universais, neste posicionamento, sofre uma primeira influência do caráter “neutro”,

⁴⁶¹ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 136 e ss.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 138.

“despolitizado” do Direito Penal, em relação ao próprio Direito Administrativo, por exemplo.

Trataria de se conduzir uma nova concepção de Direito Penal que, mantidas as garantias próprias como a prisão, abriria espaço para alternativas pecuniárias e privativas de direitos, em busca da reparação, através de regras de imputação, equalizando princípios e garantias segundo dois níveis de consideração⁴⁶³, entendendo o Direito Penal como uma composição de diversos âmbitos parciais de garantias e atuações, que não guardam relação vinculatória uns com os outros, dispondo de estruturas típicas, regras de imputação, princípios orientadores, sanções e procedimentos substancialmente distintos, mas consolidados em um único Direito Penal, com características expansivas, sob um caráter de múltiplas abordagens, segundo elementares bens jurídicos protegidos.

Tem-se, então, a proposta de que naquela seara de responsabilização penal, onde a flexibilização dos princípios e garantias penais e processuais penais vigore, as penas de prisão não sejam consideradas como possíveis e, de outro lado, naquelas hipóteses onde a prisão seja a pena aplicável, em especial com penas severas, severa seja, também, a exigência do respeito dos princípios e regras básicas de apuração e responsabilização penal, exigindo o estrito cumprimento, principalmente, das garantias processuais⁴⁶⁴.

Importante destacar na defesa de Silva Sanchez que o enfrentamento desta dualidade de um Direito Penal moderno, é visto segundo fatos e conseqüências jurídicas, em um direito que se constituiria de significativos blocos de delitos, onde a prisão como sanção definiria um deles enquanto que, no tocante ao outro, as demais sanções acabariam como determinantes. Mantidas, assim, preservadas as regras de imputação e as

⁴⁶³ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 142.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 143.

garantias processuais plenas de um Direito Penal liberal, restaria legitimada a parte flexibilizada das garantias e princípios orientadores, através da recepção da expansão do Direito Penal para novos bens jurídicos difusos e coletivos, como uma conseqüência da exigência social possível de ser realizada⁴⁶⁵.

Característica, então, desta expansão legitimada do Direito Penal, seriam a imparcialidade do juízo e a manutenção do simbólico *status* de “ilícito penal”, sem que ocorra a condução a um modelo de “Direito Penal máximo”, nem impondo o “Direito Penal mínimo”, mas sim de um modelo *garantis e funcional*, ao mesmo tempo.

Em um sistema, assim concebido, o questionamento envolvendo o sistema de imputação e culpabilidade, no tocante à pessoa jurídica, poderia ser superado, com um abrandamento no modelo de imputação, exatamente porque as penas privativas de direitos e ou pecuniárias não exigem uma afetação pessoal direta, ou uma imputação individual, desde que a sanção mantivesse sua imposição por uma instância judicial penal, em uma manutenção da estigmatização social e da capacidade simbólica do Direito Penal⁴⁶⁶.

Teríamos desta forma um sistema priorizando a pena de prisão para delitos que lesionam bens individuais, enquanto que as penas consideradas como alternativas e de multa, restariam aplicadas aos delitos contra bens universais. Uma “primeira velocidade” na prisão, asseguradas máximas garantias penais e processuais, enquanto a “segunda velocidade” nas penas alternativas ou pecuniárias, com o abrandamento das mesmas garantias.

Desta forma, o que se vê é um posicionamento tutelado pela pena imposta, muito mais que pela conduta violadora, deixando de considerar as demais variantes constituidoras da ilicitude, inclusive a valoração de bens e a

⁴⁶⁵ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 144.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, pp. 146/147.

afetação social, seja pela criminalização, seja pela flexibilização procedimental, e assim podendo ser considerado como de caráter muito restritivo ou de parâmetros muito limitados.

3.3. “Direito Penal do inimigo” e “Sistema Penal de emergência”

Identificada com o fenômeno da globalização, parte da doutrina encontrou refúgio em teorias que, ainda que de forma impactante, defendem um Direito Penal “da prisão”, com uma flexibilização “máxima” das garantias penais e processuais penais, para casos de delinquência profissional ou reiterada, envolvendo delitos patrimoniais, contra a liberdade sexual, o terrorismo, o tráfico internacional, o crime organizado⁴⁶⁷.

O “Direito Penal do inimigo”, proposto para aqueles que, através de suas atitudes na sociedade, sua ocupação profissional, sua vinculação a organizações criminosas, abandonaram ou recusaram a sociedade de Direito em que vive, acaba composto de critérios de antecipação da proteção penal, de inadmissibilidade de reduções de penas, restrição de garantias processuais, que demonstram ausência de mínima segurança para o convívio em sociedade.

A identificação do “inimigo”, sua concepção e individualização decorre de critérios objetivos de apuração de reincidência, habitualidade, profissionalismo nas atividades ilícitas, participação de organizações criminosas,

⁴⁶⁷ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*..., pp. 87/88.

identificando faticamente um contexto de periculosidade latente que, também, justificaria o tratamento severo diferenciado.

Aliás, a periculosidade do agente passa a ser determinante da proteção e prevenção penal, como, por exemplo, nos crimes contra o Estado, em um verdadeiro “Direito Penal de emergência”⁴⁶⁸, decorrente da absoluta necessidade da intervenção penal, de caráter subsidiário e eficaz.

Tratando-se de um verdadeiro Direito Penal tutelado pela figura do autor e não conduzido pelo fato, determina sua punição com base no ser humano que viola regras sociais e não nas violações causadas, punindo a periculosidade e afastando a proporcionalidade como princípio definidor da pena imposta sem o respeito e adoção de garantias penais e processuais, em um caráter simbólico do direito, de cunho retributivo, buscando, inclusive a antecipação de tutelas penais, em especial na modalidade de bens jurídicos universais, com a finalidade muito mais de resposta imediata a reclamos sociais, do que produto de uma busca de solução para a criminalidade organizada, por exemplo.

O “Direito Penal do inimigo”, acolhe propostas que submetem o sistema penal à desconsideração de cidadãos, criando uma determinada classe de excluídos, que, mesmo sendo portadores de direitos na mesma medida dos demais, segundo um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, enfrentam uma reação desigual deste mesmo o Estado, entendendo que, em crimes como o terrorismo, como os agentes, em tese, não se sujeitam aos ideais do Estado e da sociedade, não devem receber deste mesmo Estado a segurança

⁴⁶⁸ PÉREZ TORO, William Fredy; VANEGAS YEPES, Alba Lucía; e ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Carlos Mario. *Estado de derecho y sistema penal*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos y Biblioteca Jurídica Díké, 1997, p. 19 e ss.

de terem seus direitos e garantias preservados da mesma forma dos demais cidadãos.

Assim, propõe abertamente a identificação de duas categorias distintas de integrantes da sociedade, uma contendo os cidadãos sujeitos às garantias legais e a outra dos inimigos que, em razão de sua personalidade, sujeitam-se a tratamento diferenciado.

O Estado pode proceder de modos diferentes com os delinquentes, segundo o cometimento de um erro, ou segundo aqueles que se portam contra a segurança do Estado e das demais pessoas, integrantes da sociedade, tratando em todos os sistemas de controle associados à realização de um delito, da possibilidade de dizer que uma classificação como “inimigo” deriva de quaisquer das condições que possam converter um cidadão em um “estranho à comunidade”.

A doutrina funcional normativa de Günther Jakobs⁴⁶⁹ conduz a organização de um sistema segundo uma revalidação de normas, com redução da importância do ser humano, que se incluído em determinadas condutas pode passar a ser considerado “inimigo”, rompendo com o modelo de Estado que propugnamos, mas defendendo a missão do Direito penal como a própria estabilização do sistema, segundo a revalidação normativa, o que deve ser garantido pela pena, para quem se afasta a função de proteção a bens jurídicos, em favor da missão de manutenção das normas como modelos de orientação para a organização social.

O radicalismo da proposta, em si mesmo reconhece as objeções à sua aplicabilidade, em especial para bens jurídicos universais, principalmente

⁴⁶⁹ JAKOBS, Günther. *Fundamentos...*, p. 179 e ss.

porque não flexibiliza princípios, mas efetivamente os desrespeita, até porque o delinqüente contumaz nem mais é considerado como verdadeiro cidadão de direitos, por parte da sociedade e de um Direito Penal “de categorias”.

Podemos considerar que esta proposta de Jakobs acompanha uma “Direito Penal de crises”, onde uma ruptura imprevista do funcionamento normal do sistema jurídicos, impulsionando respostas rápidas, que possam fazer retornar o sistema ao seu modo inicial de estabilidade, ou mesmo institucionalizar este novo modo, acabam por conduzir a uma distância cada vez maior entre as importantes características político-jurídicas que orientam todo este mesmo sistema e as ações públicas, executivas, legislativas e judiciárias, em direção a um fortalecimento e a uma operacionalidade repressiva, encontrando na “força” uma fórmula de resposta satisfatória, mas sem dúvida que limita os institutos de um sistema democrático de Estado Social⁴⁷⁰.

Em um sistema de emergência⁴⁷¹, a crise do Direito Penal recebe como resposta o próprio Direito Penal. A impunidade se combate com altas doses de Direito Penal, fabricando-se categorias criminalizantes, como a questão dos crimes de perigo abstrato, por exemplo, e mesmo opções negociadas de recompensa por colaboração, destaque à denominada delação premiada,

⁴⁷⁰ PÉREZ TORO, William Fredy; VANEGAS YEPES, Alba Lucía; e ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Carlos Mario. *Estado de derecho...*, p. 35 e 36.

⁴⁷¹ Importante salientar que parte da doutrina não considera como um “Direito Penal de emergência” a instrumentalização coativa penal, como meio de repressão às ofensas à ordem tributária e econômica, na tutela de bens jurídicos difusos e coletivos, indicando neste caso uma degradação extorsiva da lei penal, ou em outros casos de proteção destes mesmos bens jurídicos uma banalização do Direito Penal rumo ao Direito Administrativo, a administrativização. Apesar deste respeitável posicionamento, dele ousamos discordar. É que, esta mesma doutrina defende como elementos fundamentais para a identificação de um Direito Penal de “emergência”, a existência de fatos novos ou extraordinários, um apelo público-social para soluções imediatas e repressoras a estes fatos, a utilização da lei penal, que não soluciona o problema, mas com seu caráter simbólico impõe a sensação de solução, através de regras especiais ou diferenciais, importando em certo rompimento com os preceitos do Direito Penal clássico, o que efetivamente encontramos nas alternativas penais impostas à criminalização de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos universais, bem como na abordagem extraordinária que se propõe com o “Direito Penal do inimigo”. Na doutrina o posicionamento contrário questionado: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. Teorías actuales em el Derecho Penal - 75.º aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1998, p. 617.

vulnerando garantias penais e processuais, em um típico sistema de gerenciamento de crises.

Assim considerada a opção pela sistemática da crise, da emergência e do inimigo, a evidente distância entre os princípios orientadores do Estado Social e Democrático de Direito, contidos na Constituição formal, leva à identificação de um Direito Penal que não mais se constitui ou se submete a valores constitucionalmente declarados, mas a valores constitucionais não declarados, provenientes de uma “Constituição real”, na eleição muito mais de um verdadeiro instrumento de guerra do que em um sistema de ordenação jurídico-social civilizada⁴⁷².

⁴⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. *Teorías actuales em el Derecho Penal - 75.º aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1998, p. 123.

VII – A PESSOA JURÍDICA E A PROPOSTA PROCESSUAL

1. A responsabilização da pessoa jurídica nos crimes universais

A culpabilidade⁴⁷³ é um dos elementos determinantes no enfrentamento de situações envolvendo a responsabilização penal da pessoa jurídica, em especial, no tocante aos bens universais.

Dentre as objeções da doutrina ao reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, podemos destacar a ausência de personalidade⁴⁷⁴, ou seja, a total falta de elementos volitivos e intelectivos imprescindíveis à aplicação da pena⁴⁷⁵, e assim a não culpabilidade, uma incapacidade nata de ação e a própria pena, como criação voltada para aplicação ao ser humano, ser inadequada na espécie à aplicação às pessoas jurídicas.

Claus Roxin⁴⁷⁶, no mesmo sentido, repele a responsabilidade penal da pessoa jurídica, diante da carência de elementos espirituais e psicológicos capazes de sustentar a vontade livre e consciente de agir.

⁴⁷³ Uma abordagem mais profunda do tema: Item n.º 3 do título “V – Princípios orientadores da seleção de bens jurídico-penais universais e tipificação penal”.

⁴⁷⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...*, p. 205.

⁴⁷⁵ CASTELO BRANCO, Fernando. *A pessoa jurídica no processo penal*, São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 62.

⁴⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, p. 258 e ss.

Apesar destes elementos, destacarem, de forma clara, que a responsabilidade pessoal como princípio orientador da atividade penal advindo da Revolução Francesa⁴⁷⁷, deve prevalecer no Direito Penal, na sociedade pós-industrial (pós-moderna), a criação de novos riscos e a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, difusos e coletivos, segundo a experiência advinda do próprio Código Penal Francês atual, em vigor desde 1.º, de março de 1994⁴⁷⁸, uma responsabilidade “quase-penal” da pessoa jurídica não estaria, nem pode estar, obstada⁴⁷⁹.

Tal fato destaca-se porque o Direito Penal fundamentado na culpabilidade não se faz apresentar como instrumento suficientemente eficaz, para combater a moderna criminalidade, em especial aquela envolvendo delitos econômicos e ambientais⁴⁸⁰.

A necessidade absoluta da comprovação da fórmula tradicional da *conditio sine qua non*, em lesões típicas resultantes de decisões coletivas, produzidas por integrantes e responsáveis por pessoas jurídicas, indicaria uma quase impossível identificação da relação de causalidade. Desta forma, para ser eficaz sob a ótica da responsabilidade penal, esta comprovação exigiria uma alternativa de exceção, sob pena de um inaceitável resultado de impunidade.

Aliás, neste sentido, em sendo a principal problemática do reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o respeito aos princípios orientadores do Direito Penal clássico, em especial quanto aos bens jurídicos difusos e coletivos, a proposta do “Direito de Intervenção” de Winfried

⁴⁷⁷ CASTELO BRANCO, Fernando. *A pessoa jurídica...*, p. 63.

⁴⁷⁸ Artigo 121-2, Code pénale, édition 2.002, Juris Classeur, Paris: Litec – Groupe LexisNexis, 2002.

⁴⁷⁹ TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 11 jul/set, 1995, p. 21.

⁴⁸⁰ No Brasil, a Lei 9.605, de 13 de fevereiro de 1.998, acabou por normatizar, no campo do Direito Ambiental, a responsabilidade penal da pessoa jurídica cumprindo a determinação constitucional dos artigos 173, § 5 e 225, § 3., que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos casos de lesão ao meio ambiente, lesões à ordem econômica e à economia popular. Vide também: CASTELO BRANCO, Fernando. *Op. cit.*, p. 65.

Hassemer, que reconhece em uma modalidade nova de sistema de responsabilização por violações a regras de conduta, mediante uma flexibilização adequada e funcional de requisitos, pressupostos e princípios orientadores, preservado o Direito Penal nuclear, passa a ser reconhecida como sustentável alternativa, apesar de, como já demonstrado, carecer de elementos suficientes ao seu reconhecimento como uma proposta concreta ou viabilizada.

Assim, indispensável destacar que a doutrina europeia e por consequência o direito europeu, têm dado amostras da necessidade de reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em especial das empresas e seus órgãos, decorrente dos produtos por elas produzidos ou comercializados⁴⁸¹, através da responsabilização daqueles integrantes de empresas, responsáveis pelas decisões que, executadas, acabaram por produzir danos a terceiros.

A sociedade de riscos pós-industriais, na responsabilização de entes coletivos, em uma fórmula que visa acompanhar uma política criminal voltada para a proteção de uma nova série de bens jurídicos, não pode render-se a uma responsabilidade penal sem culpa, uma responsabilidade penal objetiva, sob pena de violações inaceitáveis dos princípios orientadores do próprio sistema.

É neste sentido que, então, acaba voltando-se para o reconhecimento da vontade da pessoa jurídica como uma representação da vontade pessoal de seus integrantes, representantes ou dirigentes onde, no caso

⁴⁸¹ Dentre outras obras que abordam o tema no direito europeu: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; MIR PUIG, Santiago & LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordenação, Barcelona: José Maria Bosch Editor, S.L., 1996; TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 11 jul/set, 1995; PRADO, Luiz Régis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.001; CASTELO BRANCO, Fernando. *A pessoa jurídica no processo penal*, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

de empresas, a responsabilidade penal por seus produtos, ou melhor, pelos danos decorrentes de seus produtos, produzidos ou comercializados, unicamente poderá ser levada em consideração, com relação aos membros individuais das empresas⁴⁸².

Nesta sistemática as decisões acabariam acolhendo dois momentos em sua construção. Primeiramente determinando, no tocante ao julgamento da “organização produtiva”, se seu comportamento danoso decorreu de uma ação ou de uma omissão, se este comportamento deu causa às lesões de terceiros e se existe ou se produziu um resultado contrário ao dever de cuidado, inerente à própria atividade. De outro lado, em segundo lugar, reconhecido o vínculo entre a ação/omissão e o dano, a responsabilidade será imputada a um ou mais integrantes individuais da empresa, na medida em que compatível com uma análise sobre a posição ocupada por estes integrantes e os limites de responsabilidade a eles atribuídos⁴⁸³.

Ora, este posicionamento, bem destacado da jurisprudência alemã⁴⁸⁴, acaba, por fim, considerando o comportamento da empresa como o comportamento de uma pessoa física que atua como fabricante, através de atos de ação ou omissão, sendo que, na medida em que os responsáveis pelas decisões da empresa são processados, serão responsabilizados penalmente como pessoas físicas e como responsáveis pelos atos de ação ou omissão da própria empresa, ficando a posição de cada um deles constituída e limitada, em um âmbito de competência e responsabilidade, impedindo que a responsabilidade penal se

⁴⁸² KUHLEN, Lothar. Cuestiones..., p. 236.

⁴⁸³ Ibid., mesma página.

⁴⁸⁴ Lothar Kuhlen faz uma abordagem crítica das decisões dos Tribunais Supremos da Alemanha e da Espanha em casos de responsabilização de empresas, por danos decorrentes de seus produtos, em especial decisão do tribunal alemão: BGHSt 37, 106 – “*Lederspray, BGH 1990*” – *spray para couro*. In: Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordenação Santiago Mir Puig & Diego-Manuel Luzón Peña, Barcelona: José Maria Bosch Editor, S.L., 1996, p. 232 e ss., notas.

encerre no campo exclusivo da execução⁴⁸⁵. Com isto se leva em conta uma maneira mais adequada de enfrentamento da nova realidade social pós-moderna⁴⁸⁶.

Assim, a responsabilidade acaba continuando com seu caráter pessoal, a partir da determinação do grau de participação subjetiva de cada um dos distintos intervenientes do processo de criação e introdução de produtos na sociedade, no caso da pessoa jurídica empresarial ou industrial, com a determinação de suas cotas de responsabilidade, todavia orientando-se, sempre por fins político-criminais de caráter preventivo, legitimados democraticamente, com base nos princípios constitucionais orientadores do Direito Penal, que exigem uma adaptação dos critérios funcionais e de eficácia⁴⁸⁷, sem deixar, todavia, como já sustentado, que a responsabilidade penal se encerre na fase final, ou seja, na execução, reconhecendo o que poderíamos denominar de uma “imputação plurisubjetiva”⁴⁸⁸.

Apesar deste posicionamento ainda enfrentar uma fase inicial, encontrando problemas tanto no campo da eficiência como da própria justiça de sua aplicação, a necessidade de dotar os deveres penalmente relevantes das pessoas jurídicas, com “contornos precisos”⁴⁸⁹, aparece como questão de urgência desta nova modalidade de riscos da sociedade pós-moderna.

⁴⁸⁵ Naqueles que, por exemplo, colocam produtos nas prateleiras para venda ou que não retiram produtos das prateleiras, fisicamente falando, empregados responsáveis pela execução direta de determinado posicionamento decidido pela empresa.

⁴⁸⁶ KUHLEN, Lothar. *Cuestiones...*, pp. 237/238.

⁴⁸⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, pp. 52/53 e nota 6.

⁴⁸⁸ Winfried Hassemer, quando aborda a questão da culpabilidade, encerra o problema da imputação de reponsabilidade, nos casos de pessoas jurídicas e bens jurídicos universais, com o reconhecimento de uma necessária “imputação plurisubjetiva”. In: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 170 e ss.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 245.

2. A proposta processual penal

O Direito Penal de “crise”, que a sociedade pós-industrializada enfrenta hoje, no tocante à tutela de bens jurídicos universais, pelo que se pode observar, ainda não encontrou no direito material, soluções adequadas ou suficientemente adequadas à preservação da segurança jurídica que o sistema penal exige, caminhando para opções abstratas, que enfrentam perigos estatísticos, por vezes até imprevisíveis, muito mais buscando atender a reclamos da sociedade com uma finalidade simbólica do Direito Penal, do que a utilizar de uma medida eficaz na proteção destes valores.

No processo penal, com sua conformação clássica voltada para a pessoa física e para os bens jurídicos individuais, a nova sistemática envolvendo pessoas jurídicas e bens jurídicos difusos e coletivos, naturalmente exigiu alternativas para apuração de responsabilidades e, também, para o próprio enfrentamento da crise que o Direito Penal, com características de “emergência”, acabou suscitando na sociedade atual.

Todavia as alternativas, por vezes, contam com a flexibilização de máximas penais, decorrentes de seus princípios clássicos orientadores, em busca de efetividade, funcionalidade e, principalmente, justiça, de forma mais célere, menos formal, acolhendo oralidade, oportunidade e economia processual como orientação.

2.1. Críticas às propostas processuais penais

A evidente ampliação da capacidade de atuação do Direito Penal atual, na proteção de bens jurídicos universais, acabou por introduzir, ou reconhecer, o princípio da oportunidade, aplicado em um sistema processual

penal, como alternativa para solução de controvérsias envolvendo esta modalidade de delitos, em um amplo uso da negociação penal.

A crítica a este uso amplo ou progressivo nos sistemas processuais penais modernos, encontra elementos na produção de soluções desiguais e de difícil controle, com a subtração, muitas vezes, do conflito propriamente dito ao crivo da publicidade como princípio⁴⁹⁰.

Além desta denominada “quebra de garantia jurídica processual penal”⁴⁹¹, a supressão de instâncias da prática probatória, também em destaque, leva a críticas severas de que estas opções negociadas levam a uma significativa diminuição das garantias processuais tradicionais, advindas de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito⁴⁹².

Assim, as incriminações massificadas do Direito Penal, acabariam por produzir estratégias de atuação também massificadas no Direito Processual Penal⁴⁹³, constituídas de um programa vago e amplo de decisões penais, decorrentes dos denominados “acordos”, em uma busca de capacidade funcional que desconsidera princípios e garantias, descaracterizando o processo penal tradicional⁴⁹⁴.

Seguiria este modelo processual penal, segundo a crítica⁴⁹⁵, um sistema de *justiça negociada*, que deixaria em segundo plano os valores orientadores de “verdade” e “justiça”.

⁴⁹⁰ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad...*, p. 38.

⁴⁹¹ Ibid., mesma página.

⁴⁹² Bernd Schünmann critica a ciência alemã, diante da preocupação com os estudos sobre a negociação penal e os acordos no processo penal, que deixaram de analisar e estudar a fundo as múltiplas ilegalidades decorrentes destas práticas, rumo a um estudo das várias formas alternativas de compromisso que poderiam se estabelecer. In: *Consideraciones...*, p. 60 e 62.

⁴⁹³ HASSEMER, Winfried. *Crítica...*, p. 89 e ss.

⁴⁹⁴ Sobre as considerações críticas da Escola de Frankfurt à descaracterização do Direito Processual Penal: SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 35 e ss.

⁴⁹⁵ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 69.

Acolhendo opções como o “pacto de imunidade”, promovidos pelos promotores com certos imputados colaboradores⁴⁹⁶, bem como as mais diversas formas de mediação⁴⁹⁷, estaríamos caminhando cada vez mais para uma justiça casuística, uma justiça privada, contratual, em um verdadeiro desencargo de responsabilidades, a parte de elementos valorativos, em uma gestão eficiente de problemas⁴⁹⁸.

Traríamos, através da opção negociada penal, com uma ampla aplicação dos critérios de oportunidade, um desprezo pela formalidade e pelo conteúdo, em favor de instrumentos rápidos e eficazes, contornando os estreitos atalhos definidos pelos princípios orientadores do Direito Processual Penal, adequando soluções necessárias às realidades fáticas, sem vinculações externas, afastando-se de uma “comunidade ideal de diálogo”, que somente um processo formal, com as partes esforçando-se na busca da validade de suas teses, mediante uma argumentação probatória ampla⁴⁹⁹.

As críticas, em questão, suscitam o surgimento de uma manifestação administrativo-executiva, decorrente de um esvaziamento do Direito Penal de seu conteúdo e pretensão de validade, decorrente muitas vezes do colapso a que está sujeito o sistema judiciário, desformalizando e privatizando o próprio sistema, em uma diminuição de garantias geradora de déficits de legalidade e imparcialidade.

⁴⁹⁶ Trata-se da denominada “delação premiada”, acolhida no sistema pátrio, em diversos momentos de nossas legislações penais: Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n.º 7.492/86, de 16 de junho de 1986 – alterada pela Lei 9.080, de 19 de junho de 1995 – que incluiu o § 2.º ao artigo 25); Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei n.º 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990 – alterada pela Lei 9.080, de 19 de junho de 1995 – artigo 16, parágrafo único); Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990 - art. 8º § único); Lei do Crime Organizado (Lei n.º 9.034 de 03 de maio de 1995 – art.6º); Lei da Lavagem de Capitais (Lei n.º 9.613 de 03 de março de 1998 – art. 1º, §5º); Lei de Proteção às vítimas e testemunhas (Lei 9.807 de 13 de julho de 1999 – arts. 13 e 14); Nova Lei e Tóxicos (Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2.006 - art. 41); artigos 65, III, “b”; 66 e 159, § 4º, do Código Penal.

⁴⁹⁷ No Brasil, evidentemente, podemos mencionar e destacar a Transação Penal e a Suspensão condicional do Processo, nos artigos 76 e 89, da Lei n.º 9.099/95.

⁴⁹⁸ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 70.

A certeza e a própria severidade do castigo acabam posicionando-se em um patamar de questionamento, quando difundida uma desformalização, em favor de soluções de “emergência”, o que acaba privando o ente público de seu conteúdo simbólico⁵⁰⁰.

A negociação penal, em sentido amplo, reconhecida pela doutrina crítica como um recurso a “soluções informais” nos trâmites processuais⁵⁰¹, em decorrência da criminalidade de massa e seu aumento cotidiano, acabou por se converter em restrição prática importante ao princípio da legalidade⁵⁰².

Tachado como “comércio da justiça”, por implicar na possibilidade de antecipação de procedimentos, sem dispensa de sanção, os procedimentos negociados afastam-se de um critério de igualdade em sua aplicação, já que nem todo o acusado está em condições de oferecer algo que possa sujeitá-lo a semelhante tratamento, além de acabar finalizando a causa sem um controle público e um procedimento equilibrado, coordenado perante um juiz, cumprindo um ordenamento processual regular.

Claus Roxin, quando aborda o tema, apresenta considerações significativas sobre a problemática envolvendo a negociação penal no sistema jurídico alemão⁵⁰³.

Admite o autor que o princípio da legalidade – obrigatoriedade – que rege a ação penal pública é constituído de tantas exceções, em se tratando da criminalidade leve e, em grande parte, também, da criminalidade média, que na

⁴⁹⁹ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 70 e nota 152.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 73 e 74.

⁵⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Crítica...*, p. 89.

⁵⁰² SCHÜNEMANN, Bernd. *Crisis del procedimiento penal? (marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo?)*. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 288 e ss.

⁵⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000, pp. 90 e ss.

prática a regência do sistema está a cargo, na verdade, do princípio da oportunidade⁵⁰⁴.

Destacam-se nesta sistemática, aqueles fatos que são considerados insignificantes, ou onde não existe interesse na persecução penal, bem como aqueles onde o interesse de persecução penal pode ser satisfeito de outra forma, alternativa.

Nestes casos a culpabilidade do autor é extremamente reduzida e o fato em geral insignificante, ficando um procedimento complicado, em muitos casos, como pouco conveniente e produtivo⁵⁰⁵.

Estas disposições práticas buscam um uso que permita por fim à duração “apenas tolerável”, de alguns procedimentos penais, que assim poderiam ser considerados desnecessários, constituindo então tais disposições instrumentos eficazes na solução de casos de criminalidade leve.

Todavia, apesar das considerações sobre argumentos de eficácia, Claus Roxin lembra que estas mesmas disposições, objeto de uma denominada “lei de descongestionamento da administração da justiça”, criticadas sob o argumento de constituírem uma “comercialização da administração da justiça penal”, continuam mantendo as mesmas máculas criticadas quando de sua projeção, envolvendo graves violações constitucionais quanto à incerteza das causas e das condições de sobrestamento do processo, bem como também ao princípio da independência de poderes, diante da execução destes acordos por parte do fiscal (promotor de justiça), com distanciamento da sujeição ao crivo do juízo. Ademais, considera, ainda, que a posição social do imputado pode

⁵⁰⁴ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal...*, p. 90.

⁵⁰⁵ Claus Roxin aborda as disposições dos parágrafos 153 e seguintes, do Estatuto Processual Penal Alemão (StPO), que contam com as possibilidades de extinção da persecução penal, sobrestamento da persecução, em casos onde a criminalidade ou o objeto do crime sejam insignificantes, ou ainda ausente o interesse do Estado em promover a persecução penal; também nas hipóteses em que o imputado, “arrepentido”, acaba por evitar um maior perigo para o Estado com sua contribuição, como quando servir de testemunha do Estado “testigo de la corona”. In: *Derecho procesal penal...*, p. 90 e ss.

favorecer, ainda que indiretamente, a opção negociada, diante de uma posição defensiva mais qualificada⁵⁰⁶.

Para minimizar estes efeitos, acaba por propor uma ampliação dos obstáculos legais à aplicação destas alternativas, dissolvendo a fórmula vazia da ausência de interesse público, com critérios objetivos de aferição de danos, caráter primário do imputado e ou sua situação social⁵⁰⁷.

O que se pode observar, de forma geral, é que as inúmeras críticas à opção negociada gravitam muito mais em torno de sua constituição, em aspectos formais, que por vezes negligencia direitos e garantias individuais, do que propriamente por seus efeitos solucionadores.

Neste sentido, abre-se caminho para uma argumentação segundo elementos de reafirmação e defesa da solução processual, como alternativa à crise do Direito Penal pós-moderno e a tipificação de perigo abstrato dos bens jurídicos supra-individuais.

2.2. Enfrentamento da questão: uma solução processual penal adequada

O direito processual penal nas sociedades pós-modernas está conduzido, segundo parâmetros ocidentais de comparação, basicamente por dois modelos: o anglo-americano e o continental europeu.

É certo, também, que alguns elementos diferenciadores básicos em ambos os sistemas, os mantêm com certa distância e independência⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal...*, p. 92 e 93.

⁵⁰⁷ Ibid., mesmas páginas.

⁵⁰⁸ A própria origem do sistema americano, decorrente de um sistema de adversários, onde a apresentação de provas fica a cargo das partes oponentes, perante, na maioria das vezes, um júri de leigos, mas com a aplicação da

Mas é no campo das soluções alternativas procedimentais que uma importante transmissão ou importe de institutos, em especial em razão da criminalidade massificada, da crise conjuntural de corrente da sobrecarga dos tribunais e, também, do enfrentamento de novas questões da sociedade pós-moderna, como a proteção de bens jurídicos difusos e coletivos e a responsabilização penal da pessoa jurídica, acabou por conduzir a um sem número de críticas a uma nova conformação do denominado modelo processual continental europeu.

Esta questão crítica, já assistida e discutida⁵⁰⁹, concentra-se na adoção dos acordos penais, comuns no direito processual penal americano, sob a égide de direitos e garantias legais e processuais, decorrentes de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, para equacionar de forma adequada um processo penal moderno às alternativas absorvidas de sistemas diferentes, envolvendo soluções negociadas, em consonância com os princípios orientadores da persecução penal, os institutos devem ser observados segundo uma nova ordem processual penal, sendo reestruturados segundo estes mesmos princípios.

2.2.1. A verdade e a justiça

As teorias procedimentais, decorrentes da filosofia do direito que se dirigem à formulação de um direito justo, buscando a veracidade das propostas normativas, devem orientar a formação do próprio direito, não

reprimenda por um juízo togado, em contrapartida à origem do sistema penal europeu, decorrente do juízo inquisitivo, onde o acusado era o principal, quando não o único objeto do processo de instrução, conduzido por juízes togados, já dá a conotação de suas diferenças.

⁵⁰⁹ Item 2.1., deste capítulo.

segundo uma natureza preconcebida ou uma formulação geral abstrata de lei, mas utilizar destas, como matéria prima para atos de formação processual, como a jurisprudência e a atividade jurídica em geral, na concepção de um direito concreto⁵¹⁰.

Assim, poderíamos dizer que o direito se materializa unicamente mediante sua concretização no processo, onde a idéia de consenso acaba por ser vista como critério decisivo no alcance da verdade e da justiça.

Sob estes marcos fixamos que, o desenvolvimento das teorias processuais da verdade e da justiça como modelos de pensar são eternamente convenientes e úteis, na medida em que consideradas, segundo um valor heurístico, como um sucedâneo comparativo da *conditio sine qua non*, que é muito adequada para o contexto de confirmação ou não da causalidade, servindo as teorias processuais para o controle de concordância e plausibilidade⁵¹¹.

As teorias processuais propõem que a verdade ou exatidão deve emergir do normativo, não só através de processos, mas nos próprios processos, como produtos dos sujeitos que conhecem e aplicam as normas.

Neste sentido, qualquer discurso normativo, segundo uma teoria processual de verdade e justiça, exige um tema, configurador de seu conteúdo, decorrente da experiência, em uma complementação de seus fins.

Desta forma, para que os enunciados processuais sejam considerados devidamente fundamentados e verificados positivamente, devem ficar sujeitos à prática e à experimentação, sob pena de contradizer as teorias que os sustentam, no momento em que enfrentam fatos concretos⁵¹².

⁵¹⁰ KAUFMANN, Arthur. *La filosofia...*, p.42.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 53.

⁵¹² *Ibid.*, p. 65.

Assim, para que uma teoria processual da verdade ou da exatidão acabe sujeita a uma concepção correta, deve proporcionar que os sujeitos processuais, entre si, alcancem com relação ao mesmo assunto (fato) conhecimentos convergentes e objetivos.

O procedimento, então, assegura que a busca pela verdade e pela justiça se materializem no caso em concreto.

Se assim fixado, podemos então dizer que cabem aos institutos processuais uma aplicação do direito material, de forma individuada, caso a caso, segundo necessidades particulares, promovendo um discurso de consenso entre as partes envolvidas, de forma a proporcionar decisão ou solução que atenda aos reclamos daquela demanda, possibilitando liberdade de agir e disponibilidade de direitos, dentro do âmbito do que o sistema permita.

Todos estes elementos são importantes para fixar algumas justificativas à adoção, nos sistemas jurídicos originados do modelo continental europeu, de origem francesa, de opções do sistema anglo-americano, sem o impacto violador de garantias fundamentais, em especial se nos voltamos para a figura dos bens jurídicos universais e, de todo o modo, afastando-se da simples idéia de um “sistema de emergência”, destinado a solucionar o problema da “morosidade da justiça”, mas ao contrário, reconhecendo que as opções negociadas, desde que devidamente adaptadas a uma realidade constitucional de direitos e garantias, avançam rumo ao reconhecimento de eficácia justa e segurança jurídica, na certeza de uma resposta reparadora ou educadora, e não simplesmente retributiva ou rápida.

O enfrentamento de um sem número de críticas à adoção, perante os sistemas processuais penais de origem continental européia, de opções negociadas, se faz necessário quando reconhecemos que a adequação

procedimental, segundo experiências e materializações jurisprudenciais, em verdadeira experimentação no sistema, tutela-se pela concretização dos princípios orientadores do devido processo legal, em um Estado Social e Democrático de Direito, e não por uma simples flexibilização dos mesmos.

O sistema acolhe a negociação penal adequada a uma busca de soluções, mediante consenso, oportunidade, participação, alternativas à pena, alternativas a um processo desgastante e estigmatizador, concretizando a possibilidade de um diálogo fora do regime limitador de regras processuais penais rígidas, que está muito mais orientado pela formalidade de atos do que efetivamente, realmente, pela segurança de garantias constitucionais.

2.2.2. Fundamentos para um processo penal negociado como alternativa para o problema da proteção justa e exata.

Os princípios de Direito Processual Penal podem e devem configurar-se como modelos que possibilitam e assegura a compreensão dos fatos, protegendo os imputados e demais partícipes do processo, construindo um sistema de compreensão e comunicação, canalizando a violência que acompanha a existência do próprio fato gerador da persecução, para um patamar de soluções adequado⁵¹³.

Este patamar exige o respeito a uma ordem jurídica orientada por valores políticos e ideológicos, segundo momentos históricos, formando um

⁵¹³ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 214.

processo como ordenação comunitária, representante do interesse social e das diretrizes básicas do sistema político vigente.

Assim, quaisquer normas processuais penais exigem uma adequação aos princípios, garantias e direitos constitucionais, em uma interpretação segundo o modelo de Estado adotado, eliminando normas que desrespeitem os parâmetros deste modelo, em um verdadeiro uso da tutela constitucional do processo, de forma que uma jurisdição constitucional das liberdades, do acesso à justiça, do direito ao processo exato e justo, represente um processo penal orientado pelos mandamentos nucleares de um sistema de proteção organizado que reconhece bens e valores eleitos pela sociedade, como dignos de proteção penal⁵¹⁴.

A visão realista de que não se deve instaurar processos nem proceder a aplicação de uma pena de prisão, em razão de todas as infrações comunicadas às autoridade, em opção por uma maior atenção para delitos de maior gravidade e para a criminalidade estruturada, já indica que a simplificação de processos, eleitos parâmetros constitucionais (princípios, garantias e bens jurídicos), em um rompimento com a obrigatoriedade (legalidade), destina-se a obedecer a um tratamento individualizado, diferenciado, às diversas formas de criminalidade, muito mais do que atender a um “estado de emergência”. A finalidade de atender às necessidades fáticas, concretas, individuais de cada demanda, atropela o formal, em busca de um consensual de garantias constitucionais.

⁵¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 3.^a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.003, pp. 16/20.

Assim, duas situações se põem em relevo. O processo, como “pólo metodológico do direito processual”⁵¹⁵, deve estar sujeito às orientações constitucionais, mas não a um intervencionismo estatal, que impõe o processo e a jurisdição com incrementos de formalidade, como forma de assegurar as garantias constitucionais, em especial uma igualdade formal de tratamento.

É equivocado adotar posicionamentos que sustentam que uma opção procedimental diversa da tradicional amplamente formal é indevida ou inconstitucional, em um apelo à possibilidade de igualdade de tratamento processual.

A igualdade como princípio constitucional, aplicado ao Direito Processual Penal, deve ser considerada segundo dimensões práticas de experimentação e vivência, levando-se em conta desigualdades individuais, que proporcionam diferentes capacidades reais de adquirir direitos e contrair obrigações, nas situações jurídicas em que se colocam os imputados, em uma proporcionalidade de diversidades, evitando o tratamento igual aos diferentes, mas preservando a oportunidade de, segundo cada situação fática e pessoal, analisada em concreto, todas as oportunidades processuais ficarem disponíveis.

Isto quer dizer que, para que um tratamento igualitário ocorra, as diferenças devem ser consideradas segundo o momento jurídico e fático em que o indivíduo se encontra, possibilitando a qualquer um que se encontra nas mesmas condições fáticas as mesmas oportunidades jurídicas.

O acesso à justiça criminal, ou o acesso às alternativas jurídicas penais, decorrentes de uma disponibilidade econômica, técnica e física, de tempo

⁵¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional...*, p. 31.

e espaço, são garantidas constitucionalmente⁵¹⁶, na preservação do tratamento igualitário.

A necessidade está em proporcionar oportunidades jurídicas iguais, em um tratamento igualitário às pessoas que tenham se colocado em iguais situações fáticas, sujeitas a uma tutela jurisdicional penal.

Se estas pessoas, em razão de suas condições pessoais de conhecimento de situações, capacidade de cumprimento de obrigações ou mesmo de vontade de sujeição a regras ou situações jurídicas disponibilizadas, acabarão utilizando, por exemplo, uma opção negociada, na verdade cuida-se da garantia de tratamento individuado ao caso em concreto, em um verdadeiro “princípio da individualização” do processo penal.

A adoção de institutos novos por um sistema, em especial aqui a adoção de institutos de negociação penal, decorrentes de modelos anglo-americanos, pelos sistemas europeus continentais, exige muito mais que simples introdução normativa legal, do instituto, no sistema jurídico pátrio.

Existem algumas necessidades básicas como a adaptação do modelo negociado à realidade constitucional do país, bem como à experimentação, através de um estudo de sua materialização jurídica (jurisprudência), para a produção de compensações necessárias à uma sujeição adequada aos princípios orientadores da atividade jurídica penal.

Se ocorrida a absorção, segundo uma adaptação jurídica constitucional, mas com a experimentação se observa que os efeitos produzidos são muito mais paleativos do que de uma alternativa garantidora efetiva e justa, é indiscutível que seu funcionamento deve ser ampliado, restrito ou

⁵¹⁶ Artigo 5.º, inciso LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

redimensionado, segundo necessidades sociais de tempo e lugar, muito mais do que acreditar em uma simples exclusão do sistema ou de uma recusa em sua aceitação como alternativa viável.

Os problemas constatados na ineficácia formal ou material de determinado instituto, estão muito mais ligados a uma realidade conjuntural do Estado, da sociedade ou do sistema judiciário, quando de sua adoção ou incorporação ao sistema jurídico, do que a um problema da própria natureza deste mesmo instituto, como no caso da negociação penal.

Reconhecer que a negociação penal deve ser vista como uma materialização das idéias de argumentação, convergência e consenso⁵¹⁷, é também defender a inexistência de uma violação à garantia ao procedimento integral⁵¹⁸.

Quando estabelecidos para o caso em concreto determinados procedimentos, às partes deve ser garantido que o judiciário irá observar o cumprimento em sua integralidade, segundo uma ordem cronológica coordenada, vinculado a regras estabelecidas, sem supressão ou inversão de fases ou atos, mesmo que com concordância das partes, sob pena de nulidade e violação ao devido processo legal⁵¹⁹.

Uma das críticas que se tece à negociação penal está exatamente ligada à supressão de fases processuais, violando garantias de um procedimento

⁵¹⁷ KAUFMANN, Arthur. *La filosofia...*, p. 54 e ss.

⁵¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional...*, p. 114.

⁵¹⁹ Um paralelo com as disposições contidas no “micro sistema” estabelecido pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que tutelam a negociação no campo penal, estabelecendo legalmente um processo que deve ser respeitado – devido processo legal – serão adequadas à materialização das observações de uma adoção de negociação penal segundo os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito no Brasil. Quanto a uma ordem procedimental; “Da competência e dos atos processuais” - artigos 63 e seguintes; “Da fase preliminar”- artigos 69 e seguintes; “Do procedimento sumaríssimo”- artigo 77 e seguintes.

integral, produzindo celeridade e funcionalidade, em detrimento de verdade e justiça⁵²⁰.

Ora, tal acontecimento se dá, única e exclusivamente, em razão de um acolhimento desadaptado dos institutos negociados, bem como da consideração diferenciada da necessidade de persecução penal segundo um grau de gravidade no desvalor da ação⁵²¹.

Se não vejamos. No caso do princípio da publicidade, não ocorre a subtração de um amplo conflito de valores e posicionamentos, como defendem os críticos.

No caso específico da negociação penal, a sua apresentação perante o juízo, para validação, execução ou homologação de acordos, ou mesmo seu desenvolvimento, necessariamente através de um órgão oficial do Estado, o Ministério Público, no caso de ação pública, coloca todo o procedimento sob o crivo da publicidade⁵²².

Um amplo conflito sob o crivo da publicidade é substituído por uma “ampla negociação”, trocando as técnicas de enfrentamento e colisão por regras de argumentação e consenso⁵²³.

As instâncias não são suprimidas, mas reorganizadas segundo uma limitação de recursos das decisões de execução ou homologação de acordos ou negociações⁵²⁴, proferidas na primeira instância, sem jamais impedir a possibilidade de reexame, diante do princípio da falibilidade, integrante, juntamente com a argumentação e o consenso (convergência), como princípios

⁵²⁰ A esse respeito o item 2.1., deste capítulo.

⁵²¹ “Do procedimento sumaríssimo”- artigo 77 e seguintes c.c. artigo 61 da Lei 9.099/95.

⁵²² Artigos 60, 64, 72, 73, 74, 76 e parágrafos, artigo 89, § 1.º, todos da Lei 9.099/95.

⁵²³ Artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95.

⁵²⁴ Artigos 82 e 83, da Lei 9.099/95.

integrantes do conhecimento racional de valor, em um sistema segundo uma teoria processual de verdade e justiça⁵²⁵.

A prática probatória continua existindo, mas dentro de um importe de consideração do necessário a cada espécie de negociação, evidentemente sendo dispensada, não obstada, quando desnecessária ou quando não se fizer obrigatória para um juízo prévio de subsunção à própria negociação⁵²⁶. Isto quer dizer que a matéria probatória pode até existir e ficar sujeita a uma apreciação, caso a negociação não se efetive, bem como deverá existir ao menos no estreito limite do necessário à identificação de que existe uma situação que deverá ficar sob o crivo do judiciário e que, eventualmente, fica sujeita a uma negociação penal⁵²⁷.

O desprezo da formalidade não ocorre na opção negociada. O que se observa, na verdade, é uma seleção de atos formais essenciais, dispensando aqueles que não se prestam à indispensabilidade, mantidas regras procedimentais básicas, segundo uma orientação normativa em um micro sistema organizado⁵²⁸.

A oficialidade das propostas negociadas, ou seja, sua execução perante órgãos públicos, em atividade pública típica de persecução penal⁵²⁹, descaracteriza as considerações sobre uma privatização do sistema.

A equivalência entre crime e castigo (proporcionalidade), ainda que em alguns sistemas prévia a uma questão de responsabilidade⁵³⁰, são efetivas

⁵²⁵ KAUFMANN, Arthur. *La filosofia...*, p. 54.

⁵²⁶ Os requisitos mínimos, provas indiciárias, para a constatação da materialidade e de indícios suficientes de autoria, indispensáveis à sujeição do fato à tutela do judiciário.

⁵²⁷ Artigo 69, da Lei 9.099/95.

⁵²⁸ A Lei 9.099/95 é um exemplo deste micro sistema e as regras contidas nos artigos 76 e 89, indicam a necessidade de respeito a determinadas formalidade processuais para o reconhecimento de uma negociação efetiva.

⁵²⁹ Artigos 60, 69 e 72, da Lei 9.099/95.

e levam em conta a gravidade do fato e as próprias condições do agente quando de sua atribuição, ficando os próprios tribunais sujeitos à impugnação, por exemplo, de propostas absurdas por parte de um negociador público (Ministério Público), que vise tão somente atender um pressuposto formal de proposta de alternativa negociada, sem realmente desejar obtê-la⁵³¹.

Um sistema penal misto, com opções negociadas de oportunidade, limitadas pelas imposições de obrigatoriedade (legalidade), importa em busca de equilíbrio em alternativas que, de um lado ou de outro, por participarem de um mesmo sistema jurídico, exigem adaptem-se aos princípios orientadores do mesmo modelo de Estado, sob pena de serem consideradas inconstitucionais, fazendo com que uma ampliação natural de limites, decorrentes da experimentação de institutos negociados (jurisprudência), torne possível configurar estas formas mitigadas de obrigatoriedade e oportunidade como garantias processuais constitucionais.

O perfil instrumentalista do direito processual não pode ser negligenciado em razão do formalismo, defendido como instrumento de garantia de direitos constitucionais.

A sobrecarga de causas nos tribunais, com conseqüente morosidade do judiciário, elevação dos custos processuais e restrição no acesso à Justiça, são também indiscutíveis violações às garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

⁵³⁰ No caso da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, previstas nos artigos 76 e 89, da Lei 9.099/95, extinta a punibilidade pelo cumprimento das condições estabelecidas na proposta negociada, não ficarão os imputados sujeitos aos efeitos da condenação - § 6.º, do artigo 76.

⁵³¹ No caso na Lei 9.099/95, o Ministério Público deve respeitar critérios de equivalência e proporcionalidade, inclusive na proposta de pena alternativa, sob pena de revisão de seus termos, ou mesmo de intervenção do juízo, sendo que a efetividade e a característica preventiva da alternativa negociada, vem com a extinção de punibilidade decorrente do efetivo cumprimento do acordo – o que a experiência moldou, através da jurisprudência, em conformidade com a teoria processual de verdade e justiça, observada a falibilidade e o consenso.

O equilíbrio entre garantias produzidas por um sistema penal arraigado no formalismo, com amplas oportunidades processuais de manifestação, discussão e argumentação sobre os fatos, sujeitos à tutela do Estado, e as necessidades sociais, também garantidas constitucionalmente, de uma justiça célere, eficaz, justa e efetiva, é que deve ser buscado. Todavia, neste contexto a cessão de espaços de ambos os lados é necessária.

O sistema precisa seguir prioridades, proporcionadas pela experimentação das normas no caso concreto, com a conseqüente opção de determinadas fórmulas em detrimento de outras, prevalecendo a preservação de um princípio sobre outro⁵³².

Um sistema de ponderação que considera os princípios como *mandados de otimização*, determinantes influenciadores com relação às possibilidades fáticas e jurídicas que surgem como expressão do princípio da proporcionalidade, considera e acolhe valores em detrimento de outros valores, mas nunca de forma definitiva, inflexível. Busca, isto sim, uma alteração dinâmica, através de um processo argumentativo e probatório, segundo casos em concreto que exigem uma nova consideração⁵³³. Assim possível estabelecer um equilíbrio na convivência com institutos negociados em um sistema de plenas garantias processuais.

A própria voluntariedade do imputado⁵³⁴ para participação do processo negociado, sob pena de seu afastamento e sujeição ao procedimento

⁵³² ALEXY, Robert. *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, in: Derecho y Filosofía, org. E. Garzón Valdés, Barcelona-Caracas: Alfa, 1985, pp. 43-57; *Problemas de la teoría del discurso*, Actas del Congreso Internacional de Filosofía, Argentina: Universidad de Córdoba, 1988, pp. 59-70; *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa, n. 5, 1988, pp. 143 e ss.; *Teoría de la argumentation jurídica*, tradução de Manuel Atienza, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁵³³ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*, tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 268.

⁵³⁴ Princípio da liberdade, princípio da livre-iniciativa, princípio do livre arbítrio, liberdade de escolha, ou qualquer outro nome que se queira estipular à capacidade do cidadão, em um Estado Social e Democrático de

comum, com reconhecimento de um direito subjetivo, preenchidos requisitos legalmente exigidos⁵³⁵, surge como elemento determinante da existência da negociação penal no caso em concreto. Diretamente ligada ao livre-arbítrio no exercício das garantias, das opções e das alternativas, que um sistema social e democrático prevê, podendo disponibilizar, até mesmo, garantias processuais previstas para determinado procedimento penal, a voluntariedade na adoção a garantias de celeridade, economia e uma prestação jurisdicional efetiva, eficaz e justa, carreadas em uma modalidade procedimental negociada, é princípio orientador no sistema processual penal moderno.

Forma-se, assim, um sistema jurídico arraigado em idéias reguladoras de pretensões, adequadas para o caso em concreto⁵³⁶. Este um modelo capaz de acolher a negociação penal com as características desejáveis do Estado Social e Democrático de Direito.

Em um único ponto as críticas merecem acolhimento, ainda que não de forma pacífica.

Trata-se da alternativa negociada, nas hipóteses de crimes de alto grau de ofensividade, seja pelo desvalor da ação, violenta ou em afronta a elementos de moral e bons costumes, seja na consolidação por meio de organizações paralelas ao Estado (organizações criminosas).

Os acordos por impunidade, perdão judicial, redução de penas, aplicação de reprimendas alternativas, que privilegiam as delações, comportam

Direito, quando o mesmo Estado disponibiliza esta oportunidade, escolher o caminho que melhor se adequar às suas pretensões, ainda que seja um caminho de poucas garantias e grande eficácia. Errado para alguns certo para outros, a responsabilidade por seus atos e suas escolhas, em uma sociedade de risco, é predicado para uma vida em comunidade. A autodeterminação afasta do Estado a função de “grande irmão” (*big brother*).

⁵³⁵ Artigos 76 e 89, da Lei 9.099/95.

⁵³⁶ ATIENZA, Manuel, *As Razões do Direito...*, p. 269.

uma séria medida de instabilidade para um sistema processual penal, sustentado pela verdade e justiça.

No sistema brasileiro, a negociação nos crimes de alto desvalor da ação ou na criminalidade organizada, assumiu a denominação de “delação premiada”⁵³⁷, que comporta vantagens pela delação de co-autores ou partícipes, constituindo verdadeira troca utilitária do juízo de reprovação por informações processuais úteis à solução do delito e à prisão de seus autores, da mesma forma que surge como prevenção geral na repressão dos fenômenos criminais de maior gravidade, diante de seu caráter que favorece uma desagregação de organizações criminosas.

Apesar de contar com uma visão de que o acusado colaborador, com a delação acaba por reconhecer seu crime e auxiliar a justiça, redimindo-se de sua parcela de participação na infração penal, bem como surgindo para a sociedade como uma alternativa para a coleta de provas para a captura de grupos criminosos, se sentido, em parte, ressarcida com sua colaboração, a delação premiada também amplia o espaço de provas duvidosas produzidas por “supostos arrependidos”, que conservam o direito de mentir.

Além desta crítica, aliada àquelas que visualizam na negociação apenas um componente na desobstrução da justiça penal, a delação como acolhida rompe com o princípio da proporcionalidade da pena, possibilitando

⁵³⁷ Prevista em várias leis: Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n.º 7.492/86, de 16 de junho de 1986 – alterada pela Lei 9.080, de 19 de junho de 1995 – que incluiu o § 2.º ao artigo 25) ; Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei n.º 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990 - alterada pela Lei 9.080, de 19 de junho de 1995 – artigo 16, parágrafo único); Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990 - art. 8º § único); Lei do Crime Organizado (Lei n.º 9.034 de 03 de maio de 1995 – art.6º); Lei da Lavagem de Capitais (Lei n.º 9.613 de 03 de março de 1998 – art. 1º, §5º); Lei de Proteção às vítimas e testemunhas (Lei 9.807 de 13 de julho de 1999 – arts. 13 e 14); Nova Lei de Tóxicos (Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2.006 - art. 41); artigos 65, III, “b”; 66 e 159, § 4º, do Código Penal.

punições diferentes a pessoas com os mesmos graus de envolvimento no fato delituoso, desrespeitando a culpabilidade, levando o direito a uma didática de antivalores, corrompendo o sistema jurídico penal material e instrumental, forjado, em tese, sobre teorias que preservam a exatidão e buscam o justo.

Neste compasso, apesar das circunstâncias, não há como negar a presença e a manutenção desta modalidade de negociação, no moderno modelo processual penal em vigor. Com algumas distorções, nos demais modelos europeus continentais de processo penal, a negociação penal deste gênero, também importada do sistema anglo-americano, permanece com os mesmos problemas.

A solução que se avista mais rápida e eficaz, consiste no acolhimento da proposta reparadora de Claus Roxin⁵³⁸, para quem, como já destacado, estes institutos realmente maculam o processo penal com um caráter funcional sem limites ou parâmetros democráticos e sociais adequados, e assim exigem uma revisão legal, em um juízo alternativo e questionador de represamento. Este juízo envolvendo a valorização de requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da oportunidade de acordos, pode se identificar como próximo àquele utilizado no sistema brasileiro, trazendo, por exemplo, para a figura do juiz a responsabilidade por aplicar ou não, determinar os parâmetros e impor as medidas cabíveis, nas hipóteses de delação premiada,

⁵³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal...*, pp, 92 e 93 e Nota 505.

segundo parâmetros específicos previstos em lei⁵³⁹, bem como os requisitos necessários à aplicação da suspensão condicional do processo⁵⁴⁰.

As críticas à sistemática de acordos, vistos por Bernd Schünemann como consequência de uma absorção pelos sistemas continentais europeus de “corpos estranhos”, vindos do sistema anglo-americano, como solução para uma “crise do procedimento penal”, são profundas e significativas⁵⁴¹, daí porque uma necessidade de revisão do sistema ainda se põe como absoluta, diante da evolução da sociedade pós-moderna. Isto quer dizer que as soluções, até o momento, não são satisfatórias.

3. Um sistema alternativo de composição material e processual na solução para a problemática da proteção de bens jurídicos universais?

Cercados de uma insegurança sem precedentes, produzido por iniciativas desproporcionais e decorrentes de uma doutrina muito mais voltada para um Direito Penal do inimigo, o processo aparece como garantidor adjetivo da própria atividade repressora e reparadora, destinada ao Direito Penal,

⁵³⁹ No Brasil, salvo na nova legislação destinada à repressão de entorpecentes (art. 41, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006), ainda carente de experiências concretas, todas as demais previsões sobre delação premiada além de contarem com diversas exigências objetivas e subjetivas para sua concretização, estas só se operam pelas mãos do juiz, cabendo ao Ministério Público apenas a responsabilidade por eventual proposta ou opinando pela sua concretização, quando os requisitos formais restarem cumpridos pelo “colaborador” (direito subjetivo).

⁵⁴⁰ Artigo 89, da Lei 9.099/95, que aponta a necessidade de que o delito sujeito, à suspensão, tenha pena mínima igual ou inferior a um ano, bem como que seu acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, bem como os requisitos do artigo 77, do Código Penal, que autorizam a suspensão condicional da pena, quais sejam, que o imputado não seja reincidente em crime doloso; que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade (subjetivos) do imputado, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a medida. Exemplo este significativo da proposta de Claus Roxin.

⁵⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Crisis del procedimiento penal? (marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo?)...., p. 288 e ss.

construindo um caráter simbólico muito mais eficaz, no caso de proteção penal de bens jurídicos meta-individuais, do que as alternativas materiais hoje disponíveis.

Consolidada, assim, a necessidade de alternativas à crise do Direito Penal pós-moderno e a tipificação de perigo abstrato dos bens jurídicos supra-individuais, as críticas ao sistema processual penal consensual como sendo um sistema de emergência, na verdade decorrem da falta de adequação dos institutos de negociação a um sistema de garantias processuais penais amplas como acima tratado.

No campo do Direito Processual Penal, a deformalização e a delegalização, cunham opções por um processo moderno, mais simples, rápido e econômico, com fácil acesso para a sociedade, capaz de enfrentamento, com eficiência e exatidão, de determinados conflitos específicos na sociedade moderna, aliado a alternativas pré-processuais, capazes de evitar seu início através de uma prévia conciliação institucionalizada, estimulada pelo juízo, e até mesmo a submissão, em determinados casos de pouca complexidade e baixo desvalor de ação, a soluções extra-legais, com conciliações obtidas pelos envolvidos, fora do processo⁵⁴².

Aparte dos interesses universais cabe destacar que a integração da vítima, participando ativamente da negociação, nos casos em que interesses individuais foram afetados, também faz parte desta proposta modernizadora⁵⁴³.

⁵⁴² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional...*, pp. 198/199.

⁵⁴³ “A participação da vítima, no pensamento negociado, como modalidade alternativa de controle social, pretende evitar a esfera penal de atuação, acolhendo solução de conflitos em uma forma desjudicializada ou preliminar, mas não sem controle sistemático e regulado pelo Estado, já que suas propostas integram uma participação dos representantes oficiais na sua realização. A vítima surge como parâmetro definidor de relevância social do fato, bem como das exigências necessárias à resposta social para o conflito, visto que se torna fator de aumento ou diminuição destas medidas, enquanto acolhe uma satisfação de anseios, através de uma negociação reparadora, material ou moral. Não existe como dissociar a vítima do panorama de Justiça Penal Negociada, fazendo parte integrante de todo o instrumento alternativo” – In: PEREIRA, Claudio José. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*, São Paulo; Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 174.

De outro lado, em se tratando de interesses difusos e coletivos, como pudemos observar durante todo este estudo, alguns elementos singulares e nevrálgicos, como a destacada insegurança da tipificação de perigo abstrato e o significativo envolvimento de pessoas jurídicas nos pólos ativos do ilícito penal, a discussão sobre uma criminalidade “sem vítimas” em uma especial consideração para os delitos econômico-tributários e os delitos contra o meio ambiente, passam a reconhecer uma alternativa sistêmica própria como solução.

A criminalidade de baixo desvalor moral, envolvendo delitos que não comportem violência ou grave ameaça, aliados à delinquência proveniente da afronta à nova modalidade de bens jurídicos universais, é campo fecundo para tratamentos processuais diferenciados.

No campo processual, quanto às infrações de “menor potencial ofensivo”, os sistemas processuais têm buscado alternativas ao longo e desgastante processo de conhecimento, que em geral não comporta o interesse de persecução do Estado, em razão de baixos níveis de culpabilidade⁵⁴⁴ ou do diminuto, quando não ausente, clamor social, com agentes desprovidos de personalidade criminal e perigosa, proporcionando alternativas únicas ao sistema.

Quanto a bens universais, na hipótese em que, ainda que não se identifique uma infração de menor potencial ofensivo, as alternativas negociadas como o “termo de ajustamento de conduta”⁵⁴⁵, promovido na ação civil pública e no juízo da infância e juventude, apesar de alcançar um arquivamento do inquérito civil público, através da produção de um título extrajudicial ou mesmo judicial, na hipótese de homologação do acordo perante o juízo, na prática

⁵⁴⁴ No âmbito brasileiro, o procedimento diferenciado da Lei 9.099/95, aliado às propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, são marcantes neste sentido.

⁵⁴⁵ Estatuto da criança e do adolescente – Lei 8.069/90. Lei da ação civil pública – Lei 7.347/95.

alcança, também, os significativos e esperados efeitos penais, já que o promotor deixa de apresentar denúncia quando o dano restar reparado, mediante o acordo firmado, com uma reeducação na promoção de condutas responsáveis tendo efeito, em um verdadeiro caráter preventivo especial e geral educador, em um contexto claro de alternativa processual viável, eficaz e justa.

Aliás, o termo de ajustamento de conduta, nas hipóteses de delitos ambientais⁵⁴⁶, alcança precedentes significativos, também, como uma celeridade e uma economia processuais, em hipóteses onde a reparação e a educação são objetivos que não necessitam do processo longo e desgastante, nem mesmo da pena restritiva de liberdade como meios de repressão preventiva integradora.

Assim, aliada aos instrumentos da transação penal e da suspensão condicional do processo⁵⁴⁷, como solução alternativa de conflitos capaz, no embate com direitos universais, também o “termo de ajustamento de conduta” cumpre uma tarefa que o direito material de perigo não alcançou.

O retorno ao enfrentamento das mesmas problemáticas com garantias constitucionais, que podem estar sendo superadas com estes acordos, afastando a segurança jurídica que o Estado Democrático de Direito espera, continuam a existir.

Daí, antes da eleição de uma linha de atuação de vanguarda, evidentemente sujeita à mesmas críticas impostas ao Direito de Intervenção de Winfried Hassemer⁵⁴⁸, necessário observar que, ao menos no direito brasileiro, estas alternativas processuais acabaram distribuídas nas mais diversas leis

⁵⁴⁶ Gilberto Passos de Freitas, de forma destacada enfrenta a questão: *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85 e ss.

⁵⁴⁷ Nestas hipóteses, em razão de um receio na aplicação ampla destes institutos negociados, o legislador restringiu seu campo de atuação utilizando de uma avaliação muito pouco adequada, que foi a limitação destes institutos a crimes com determinadas penas. Na suspensão do processo – artigo 89, da Lei 9.099/95 -, por exemplo, esta tem como um dos requisitos objetivos a aplicação apenas a delitos com pena máxima igual ou inferior a dois anos.

⁵⁴⁸ Item 3.1. (“Direito de Intervenção”), do capítulo VII (Considerações críticas e análises alternativas sobre o Direito Penal da pós-modernidade e os bens supra-individuais).

especiais, que tutelam direta ou indiretamente a proteção de bens jurídicos universais, como no caso da Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/98, no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, na Lei de Ação Civil Pública – Lei 7.347/85, no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, na Lei de Juizados Especiais Criminais – Lei 9.099/95, que podem ser destacadas como exemplos, exatamente com a finalidade de garantir uma avaliação de seus efeitos pontuais, inclusive nas garantias constitucionais.

O legislador brasileiro utilizou destas técnicas de inclusão de alternativas negociadas na proteção de bens universais, pontualmente, em razão de elementos de experimentação, que exigem uma evolução natural da aplicação dos institutos, para a constatação de sua validade, eficiência e exatidão na promoção do justo e adequado, bem como de tratamento diferenciado a cada seara de proteção, apesar de institutos genéricos⁵⁴⁹ que cada vez mais acabam recebendo uma salutar ampliação, para aplicação em um maior número de delitos, diante da produção de resultados satisfatórios neste campo de experimentação, também existirem.

Cabe observar que, no campo das garantias e direitos constitucionais ou do Estado de Direito, que estariam sendo violadas com a adoção de alternativas negociadas, a discussão sobre a disponibilidade de bens jurídicos individuais cairia como que viável, sob pena de sustentar que na sociedade de risco atual, o ser humano que vive em comunidade deve ter em mente que seus direitos e garantias individuais, em face de uma persecução penal do Estado, poderão ser colocados sob a esfera da disponibilidade voluntária, no

⁵⁴⁹ Quando indico como genéricos, pretendo a representação das hipóteses da transação penal e da suspensão condicional do processo, que tomaram por elementos identificadores de seu campo de atuação não a natureza do ilícito, mas o *quantum* de pena aplicado, sendo que receberam uma ampliação deste campo, com a Lei 10.259/01, que elevou o conceito de crimes de menor potencial ofensivo – artigo 61, da Lei 9.099/95 – do patamar de crimes com penas máximas iguais ou inferiores a um ano, para penas máximas iguais ou inferiores a dois anos, estejam previsto no Código Penal ou em leis especiais.

caso da opção, também voluntária, por um meio alternativo de solução de conflitos.

Quanto aos bens jurídicos universais, a sistemática continua a mesma, pois a disponibilidade de garantias e direitos individuais, atinge àqueles que ofendem os bens difusos e coletivos, nada obstando uma argumentação sobre a disponibilidade, dentro de critérios de voluntariedade.

No campo da pessoa jurídica, considerada como capaz de afrontas aos bens jurídicos universais, melhor se avizinha a solução negociada, diante da já prévia existência de problemas com a individualização da pena e a culpabilidade, muito mais ferozmente identificados em penas de encarceramento do que se posta em hipóteses de acordos ou negociações, que visam muito mais que alcançar a reprimenda, reparar o dano material, o dano moral e o dano social, que o ilícito provocou, com fins reeducadores e reparadores. Alcançar uma punição real individual não se presta aos fins a que se propõe o direito material e processual nestes casos.

Em fim, a imagem de um Direito Processual Penal com uma única visão orientadora, ou com um único campo de manifestação, tornou-se obscura, visto que em realidade o processo penal está perdendo sua uniformidade, requerendo, cada vez mais, questões de menor potencial ofensivo ou que tutelam o envolvimento dos interesses difusos e coletivos, estruturas processuais próprias⁵⁵⁰, micro-sistemas, que, todavia, para se afastem de um conceito de “economia de mercado na administração da justiça penal”⁵⁵¹, precisam e devem estar acompanhados de garantias reais, exercidas durante todo o processo de negociação.

⁵⁵⁰ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. *Processos Penais da Europa*, coord. Mireille Delmas-Marty, tradução Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 712.

3.1. Idéias alternativas

Se o sistema repressivo penal, material e processual, acaba por ficar, em seus conceitos nucleares de segurança jurídica, decorrentes do respeito e da defesa das garantias, dos direitos e dos princípios constitucionais orientadores, fragilizado, em uma flexibilização de alternativas que o acaba posicionando próximo do direito administrativo sancionador e, por assim dizer, de soluções do direito civil, o problema não se pode afirmar que está nas soluções negociadas propostas, que parecem adequadas e tem alcançado os fins a que se destinam, ainda que em aspectos, em parte, funcionalistas.

O problema está na localização sistêmica destas opções negociadas e a falta de instrumentalização de garantias próprias, que assegurem sua execução segundo princípios constitucionais.

Da mesma forma que os delitos de perigo abstrato, construção mais comum na tipificação de condutas objetivando proteger bens jurídicos universais, as alternativas processuais negociadas acabaram por surgir em meio à legislação especial, ainda que por vezes buscando uma ampliação de seu campo de atuação para outras legislações, como no âmbito da delação premiada nas hipóteses de crime organizado⁵⁵², onde a legislação visa a tutela de qualquer delito cometido através da organização ilícita de pessoas com este fim.

A proposta de um deslocamento desta proteção material, juntamente com suas alternativas negociadas, no âmbito da defesa de interesses

⁵⁵¹ TULKENS, Françoise. *Justiça Negociada...*, p. 717.

⁵⁵² Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995 – art.6º).

universais, para um campo de “intervenção”, ou para uma “terceira via”, parece muito mais tentadora do que real.

As dificuldades de criação de um novo sistema, que gravite entre o penal e o administrativo sancionador, são tantas que mesmo Winfried Hassemer, quando fala no “direito de intervenção” restringe-se, muito mais, quando não unicamente, ao âmbito material, indicando propostas vagas e imprecisas, típicas de uma construção simplesmente de bases.

Uma construção com conteúdo também processual, sob bases teóricas de verdade e justiça, constituiria demanda ainda maior de organização, sem contar a superação de teóricos, técnicos e práticos problemas de aceitação, aliados à necessidade de reconstrução de sistemas que já agreguem as alternativas penais e processuais que se pretende assumir, ou organizar, em um único sistema.

De outro lado, o reconhecimento de que estas previsões materiais de perigo e processuais de negociação, em sua natureza, já constituiriam uma “terceira via”, daí porque, quando de sua criação, em qualquer legislação, ainda que própria ou especial de uma determinada área de proteção como, por exemplo, do meio ambiente, diante de suas características de especialidade e conformidade com a proteção pretendida e a resposta desejada para a tutela de bens universais, deveria necessariamente seguir parâmetros orientadores próprios desta “terceira via”, sob pena de não serem aplicados ou serem considerados “inconstitucionais” (violadores de princípios orientadores do Estado Democrático de Direito), por parte da doutrina e da jurisprudência.

Os parâmetros orientadores daí, necessariamente, deveriam integrar previsão genérica própria para proteção de bens supra-individuais, próprio de uma orientação constitucional, que admitiria ou estivesse esperando

regulamentação em lei especial, assumindo parâmetros de penas alternativas ao encarceramento (multas, restrições de direitos, obrigações de fazer ou de não fazer,...), bem como alternativas processuais negociadas (acordos, termos de ajustamento de conduta, transações,...), como principal meio de instrumentalização da solução dos conflitos, sempre buscando evitar um processo de conhecimento longo e desgastante.

Estas soluções, todavia, devem estar aparelhadas de requisitos, principalmente objetivos, de repesamento de aplicação, capazes de proporcionar a negociação apta para hipóteses adequadas.

E, aqueles casos onde, apesar da identificação de uma tipicidade de perigo, em tutela de bens universais, em razão da impossibilidade de preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, necessários à instrumentalização de uma ampla, ou mesmo limitada, negociação, poderiam ficar sujeitos, ai sim, a um juízo processual de conhecimento e apuração de responsabilidades, nos termos em que vimos hoje ocorrer no juízo penal, mas com vistas a uma resposta do Estado limitada à reparação e à reeducação, com produção de título executivo judicial, em caso de descumprimento, muito próximo do que observamos, no direito pátrio, na alteração da pena de multa não cumprida, que inscreve-se como dívida ativa da Fazenda Pública, para ser cobrada no juízo fiscal⁵⁵³, sem necessidade de segregação de liberdade.

Poderiam ser produzidos, ainda, por exemplo, efeitos paralelos como impedimento de atividades profissionais no mesmo campo de atuação da origem da violação, restrições a créditos públicos, revogação de licenças e registros (de marcas e patentes), penhoras “on line” em contas bancárias,

⁵⁵³ Artigo 51, do Código Penal Brasileiro.

impostos diretos ou indiretos, dentre outras medidas eficazes, adequadas e alternativas.

A diminuição aceitável de garantias processuais e materiais, com tipos estatísticos e de ajustamento de conduta, não comportariam, com um campo de voluntariedade no âmbito da negociação, violações constitucionais agregadas a núcleos do sistema penal, pois suas execuções, tuteladas pela lei e um devido processo alternativo, dentro desta “terceira via”, representariam, com o incremento de elementos de participação direta, voluntariedade e oportunidade, uma capacitação no uso adequado de um livre-arbítrio.

Diante destes elementos básicos, podemos observar um início de ensaio à construção de procedimento próprio, verdadeiro micro-sistema, que seria adequado a uma proteção efetiva, exata e justa de bens jurídicos universais.

Na materialização deste ensaio, poderíamos aventar algumas sugestões legais, que poderiam muito mais orientar uma materialização das idéias aqui defendidas, do que, necessariamente, um projeto organizado.

A conformação legal poderia estabelecer parâmetros, segundo uma estrutura de disposições gerais assim constituídas:

Art. 1.º São denominados interesses universais, supra-individuais ou meta-individuais, os interesses difusos e coletivos, assim entendidos aqueles que envolvem um número indeterminado de pessoas, em razão de um mesmo fato em comum, ou que se referem a grupos ou categorias de pessoas determinadas individualizadas, segundo determinada categorização ou projeção corporativa, conquanto possuam diferenças ordem quantitativa e qualitativa, dentre eles o meio

ambiente, as relações tributárias e econômicas, as relações de consumo, a saúde pública, etc.

Art. 2.º Esta lei orienta-se por critérios objetivos e subjetivos, segundo princípios e valores do Estado Democrático de Direito, dentre outros inclusive a oportunidade, a oficialidade, a voluntariedade, a informalidade, a celeridade processual, a oralidade, a economia, a participação social e a via negociada na solução de conflitos de forma consensual.

Art. 3.º As sanções previstas nesta lei são alternativas, comportando multa, restrição de direitos, perdimento de bens, revogação de licenças e registros, proibição de participação em concursos, licitações e concorrências públicas, restrição no exercício de atividade profissional, proibição de recebimento de financiamentos e incentivos fiscais ou creditícios públicos, perda de títulos ou certificados, interdição de bens e direitos patrimoniais, acompanhamento de atividades por tempo determinado, prestação de contas pessoais e empresariais, dentre outras de mesma natureza que não ultrapassem os limites desta lei, sempre condicionada à obrigatória reparação de danos.

Art. 4.º . Os procedimentos e as sanções previstas nesta lei aplicam-se a pessoas físicas e a pessoas jurídicas, dentro dos limites de sua capacidade e eficácia, respeitada a imputação de responsabilidade aos limites dos atos praticados e da responsabilidade pessoal ou contratual existente.

Art. 5.º . Dentro da coletividade de vítimas, alcançada a determinação de pessoa ou grupo afetado de forma direta, serão chamados a participarem dos procedimentos previstos nesta lei, com a finalidade de integração e colaboração na conciliação e obtenção de solução reparadora e educadora, necessária à demanda.

Art. 6.º . Na aplicação das sanções previstas nesta lei, serão observadas a gravidade do dano, o perigo da conduta ou o desvalor da ação, os limites dos prejuízos produzidos ou a produzir, os antecedentes históricos dos agentes coletivos ou individuados, a situação econômica e social dos imputados e a capacidade de reparação.

Art. 7.º . Os procedimentos previstos nesta lei serão orientados pela negociação e pelo consenso, presididos por mediadores leigos ou oficiais, sujeitos à homologação de autoridade judiciária, ficando as demandas sujeitas a procedimento sumaríssimo, tão somente na hipótese de infrutífera a negociação.

Art. 8.º . Ficam sujeitos às alterações materiais e processuais previstas nesta lei os fatos que, não sendo realizados com violência ou grave ameaça à pessoa, nem produzindo efeito lesão corporal ou morte, tipificados no Código Penal nos artigos (...); no Capítulo III – Dos crimes contra a saúde pública, do Título VIII – Dos crimes contra a incolumidade pública (artigos 267 a 285), (...); nas leis 7.492, de 16 de junho de 1986; 8.078, de

11 de setembro de 1990; 8.137, de 27 de dezembro de 1990, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (...).

(...).

Assim, teríamos que destacar, ainda que de forma vaga e imprecisa, seguindo a mesma linha argumentadora deste ensaio, que as normas orientadoras do micro-sistema seriam aplicadas como discurso, com o fim de resgatar um consenso racionalmente motivado, por meio de argumentos, em processos de entendimento, nos quais, sob especiais condições de interação, os participantes ingressam em um discurso negociado, buscando cooperativamente a verdade e a justiça, excluídas na conciliação quaisquer coações exceto a dos melhores argumentos⁵⁵⁴, retirando da esfera de proteção penal aqueles fatos que, motivados pela proteção a bens jurídicos supra-individuais, em sua tutela exigem elementos de flexibilidade, com utilização de novos elementos alternativos de voluntariedade, oportunidade e consenso, que em um sistema repressivo penal ficariam comprometidos ou constituiriam elementos violadores de garantias, direitos e princípios, nucleares do direito penal.

Daí, então, delineadas algumas linhas iniciais de uma proposta alternativa, uma “terceira via”, para uma atuação material e instrumental, apta à demanda decorrente da proteção de bens jurídicos universais, construída segundo as características marcantes destes próprios bens jurídicos, a necessidade de elementos de consideração de aptidão na responsabilidade de pessoas jurídicas, na recepção de construções materiais, agora extra-penais, de perigo, com a utilização procedimental primária da negociação ampla, regulada por elementos objetivos e subjetivos de represamento, com uma voluntariedade na recepção do procedimento e a oportunidade da persecução de causas que apresentem como

⁵⁵⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação...*, p. 75 e ss.

dignas de importância, em real afronta ou perigo de afronta aos bens protegidos, sempre se sujeitando à adoção ou aplicação de sanções entre as quais não se inclui a prisão.

Apenas a título de argumentação, as alternativas restariam adequadas aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, porquanto respeitariam a dignidade da pessoa humana, reprimindo mais adequadamente as violações a determinada classe de bens, que não são aptos a uma resposta penal exata, justa e eficaz, optando por elementos de oportunidade e voluntariedade que, alinhados ao direito de escolha e participação ativa dos envolvidos na própria produção de soluções argumentadas para os prejuízos ou o perigo de prejuízos produzidos, manteriam intactas as próprias estruturas do sistema penal de persecução e proteção, em uma segurança jurídica adequada aos reclamos da sociedade atual.

CONCLUSÕES

1. A orientação jurídica penal na pós-modernidade, enfrenta situações inusitadas de espaço e tempo, exigindo uma releitura dos institutos tradicionais de repressão.

2. A atual sociedade é marcada por elementos de adequação social e risco permitido, que enfrentam a teoria tradicional do delito.

3. A expansão do direito penal, rumo a uma criminalização de condutas não é uma criação própria do sistema jurídico, mas uma resposta a evolução da globalização das relações sociais.

4. Diante do efeito da sociedade pós-moderna, social, jurídica e economicamente globalizada, a manutenção das condições de vida, segundo um critério de paz social, desencadeou a necessidade de proteção jurídica diferenciada a uma nova modalidade de bens: os bens jurídicos difusos e coletivos.

5. O direito penal, acessado como sistema solucionador para a proteção desta nova modalidade de bens jurídicos, assumiu no campo legislativo e no campo judicial um caráter de *prima ratio*, superando padrões de subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade, rumo a um Direito Penal máximo, em uma expansão na gravidade de repressão e de campo de atuação.

6. Iniciou-se uma tipificação de condutas lesivas a bens jurídico-penais supra-individuais, seguindo critérios tradicionalmente concebidos para bens jurídicos individuais, não encontrando a eficácia pretendida pelo sistema.

7. As estruturas típicas se voltaram para uma modalidade de perigo abstrato, sem consideração significativa da ação individuada, segundo os riscos inerentes à conduta perpetrada pelo agente e o seu próprio desvalor.

8. A sistemática jurídica tem aceitado a tipificação de perigo abstrato como adequada ao modelo constitucional vigente, sem atentar para elementos de risco permitido, adequação social e imputação objetiva, socializando situações de risco e afrontado os princípios orientadores do atual modelo de Estado Democrático e Social de Direito adotado.

9. O legislador penal brasileiro optou pela criação de tipos penais de perigo, na proteção de bens jurídicos universais, segundo a ótica de proteção dos bens jurídicos individuais, desconsiderando princípios orientadores da atividade jurídica que não podem ser superados.

10. A adoção de uma política criminal voltada a uma interpretação do sistema jurídico penal, segundo princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, pode acolher, ainda que provisoriamente, soluções que sustentem uma dogmática jurídica capaz de interpretar e aplicar adequadamente a proteção penal, legitimando as instituições.

11. O simbolismo é marca do sistema jurídico-penal de proteção de bens universais no Brasil, visto que atende de forma rápida e impactante aos reclamos sociais, muitas vezes fomentados pela propaganda enganosa de situações fáticas de crise de impunidade, fomentando o desconforto e o inconformismo sociais como elementos de pressão para um legislador

despreparado, muito mais voltado para a expansão na criminalização de condutas do que para a solução de conflitos.

12. As formulações destinadas a uma tutela penal de interesses difusos e coletivos não atende às necessidades de proteção jurídica desta modalidade de bens, buscando na antecipação da proteção penal uma solução que, na verdade, não é eficaz, verdadeira ou justa.

13. Encontramos na atual formulação repressora penal de infrações que atingem bens jurídicos supra-individuais, uma busca de atingir fins não importando os meios utilizados. Acolhe-se uma tipificação de perigos estatísticos, cumulativos ou globais, sob argumentos de prevenção, com a adoção de sanções a condutas que constituem pequenas parcelas de contribuição para problemas sistêmicos ou setoriais. A antecipação dos problemas decorrentes da modernização industrial e do crescimento populacional, como argumentos de um Direito Penal de custos maiores, que supera benefícios individuais, é o instrumento utilizado para os atuais problemas de proteção de bens universais.

14. A idéia da restrição do Direito Penal a esferas de proteção jurídica individual como regra, deve ser considerada como importante, restando às condutas difusas e coletivas a repressão penal como *ultima ratio*, segundo os princípios de um Direito Penal mínimo.

15. Para a concretização de um Direito Penal mínimo, ou como *ultima ratio*, na proteção jurídica de bens universais, outros sistemas jurídicos de proteção são necessários, a fim de ocuparem um campo de proteção indispensável na atual sociedade pós-moderna.

16. A responsabilização individual e a responsabilização da pessoa jurídica precisam compartilhar um mesmo sistema de proteção jurídica de bens

supra-individuais, que atenda a reclamos específicos dos princípios que orientam a eleição desta modalidade de bens jurídicos.

17. A criação de um novo modelo jurídico, um Direito de Intervenção, ainda carece de elementos estruturais satisfatórios, todavia comporta uma concepção que não se mostra satisfeita por fórmulas outras nascidas do Direito Penal, mas conduzidas a estados emergenciais ou pouco isonômicos na garantia de direito e garantias fundamentais (Direito Penal de duas velocidades; Direito Penal do inimigo; Direito Penal de emergência).

18. A administrativização do Direito Penal também não satisfaz as necessidades de uma nova modalidade de proteção jurídica. O Direito Administrativo Sancionador exercido segundo princípios decorrentes da ordem penal, não é adequado, pois segue finalidades diferentes daquelas naturais do Direito Penal.

19. O Direito Administrativo Sancionador busca a proteção de modelos de gestão setorial, sem análise de critérios de lesividade e periculosidade concreta, em uma atenção à afetação geral e estatística, em uma persecução sujeita a critérios de oportunidade, como verdadeiro reforço da gestão administrativa, o que verdadeiramente não atende plenamente aos reclamos de proteção jurídica de bens difusos e coletivos.

20. Um direito repressor que não tenha características exclusivas penais, mas que não deixe de considerar o Direito Penal como necessário em situações extremas (*ultima ratio*), exige uma conformação alternativa, constituída de elementos materiais e processuais adequados e próprios para uma política orientada por uma teoria de justiça e verdade.

21. O enfrentamento da limitação imposta pela culpabilidade, pela proporcionalidade e pelo *in dubio pro reo*, naturais do Direito Penal individual,

além das próprias garantias processuais penais, em um novo sistema jurídico repressor, adequado à proteção de bens universais, exige a liberação do sistema destas responsabilidades.

22. Aliado há determinados níveis de garantias e formalidades processuais mais reduzidos, com sanções menos intensas, alternativas à pena de prisão, e afastando-se da estrita legalidade natural do Direito Penal, um novo sistema jurídico adequado buscaria um caráter fático de adequação de medidas ao caso em concreto, com desconsideração de características de compensação, retribuição e castigo, e adoção da prevenção de danos, do controle de riscos e da segurança nas atividades institucionais como fundamentos.

23. Entretanto, para complementação de solução sistêmica pós-moderna adequada à proteção de bens jurídico supra-individuais, a definição de uma teoria que busca elementos de verdade e justiça em sua formulação, deve passar, necessariamente, pela segurança de um caminho sólido, onde o respeito aos direitos fundamentais seja seu principal objetivo.

24. O direito não pode pretender demonstrar apenas logicamente qualquer tipo de verdade empírica. Seu dever está em buscar justificar posicionamentos e decisões mediante a aceitação e o consenso sobre as mesmas.

25. O jurista deve utilizar-se de argumentos que sempre logrem convencer e atender aos reclamos comuns, e não tão somente aos reclamos de uma única vertente.

26. Trata-se de considerar que a criação de um novo sistema deve basear-se na universalização, que implica em um discurso prático que muito mais que do que o direito material pode dispor.

27. A exigência da participação efetiva do jurista, através de uma interpretação segundo as necessidades da sociedade, em um discurso prático, mas recorrente à justiça e à proteção e aplicação de um direito que atende às realidades humanas concretas, se faz indispensável.

28. O ser humano deve ser o centro da imputação de um Direito justo e eficaz, destacando-se o horizonte dos direitos fundamentais como orientador de qualquer nova concepção de sistema de proteção jurídica.

29. Assim, um novo sistema jurídico somente restará legitimado por meio de um reconhecimento pessoal dos direitos humanos fundamentais, onde um discurso real que gere um Direito justo, sem abreviar regras e condições que assegurem uma responsabilidade pelo produto de suas ações, gere uma verdadeira teoria procedimental sustentada pelo personalismo, materializado em um processo reconhecido como abrigo das relações jurídicas justas.

30. Reconhecido o processo como elemento constitutivo essencial, ao lado do direito material, de qualquer novo sistema jurídico de proteção, um caminho a ser percorrido na busca por um Direito justo, evidentemente que passa por um processo judicial que não pode ser concebido como um processo silogístico, limitado a concepções mecanicistas e normativistas, absolutas e rígidas.

31. Ao processo exige-se uma atividade interpretativa ajustada aos moldes de uma sociedade de tempo e lugar, que clama por justiça através do sacrifício de conteúdos materiais formais insatisfatórios.

32. Aos juízes não cabe desconhecer nem modificar as leis, sob pena de desconsiderarem o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, desequilibrando a estrutura liberal da separação de poderes, todavia devem

interpretá-las segundo a equidade e os princípios gerais, em atenção ao verdadeiro significado dos fatos cujo alcance jurídico tem que definir.

33. A construção de uma política processual a luz dos direitos fundamentais, visando atender ao déficit jurídico-material que a tutela de bens jurídicos universais enfrenta, trata exatamente de reconhecer a jurisdição como uma atividade criadora do Direito, que não pode ser limitada à aplicação cega da legalidade sob o pretexto de proteção à segurança jurídica.

34. Para uma teoria procedimental materializada segundo um processo destinado à eficácia na solução de conflitos envolvendo bens jurídicos universais podemos concluir:

a. que o processo venha se impor como instrumento público de tutela de direitos substanciais e garantias constitucionais de ordem individual, social, coletiva e supra-individual, adotando mecanismos modernos e efetivos na busca da realização do princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, que o formalismo não é nem nunca será um fim em si mesmo, devendo ser suprimido pela solução justa e adequada;

b. que o processo judicial assumira a condição de caminho dirigido à solução de conflitos segundo a justiça como valor fundamental;

c. que o processo assumira uma adequação definitiva ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito, através da adoção precípua dos fundamentos da Carta Constitucional como fonte justificadora do próprio processo, na direção de um juiz criador do Direito que não está a serviço de um modelo de Estado policial, garantista, ou simplesmente garantidor da ordem jurídica, a ser superado de forma definitiva em nosso sistema.

d. o processo requer uma situação única, uma necessária unificação e integração que supere o sistema tradicional de burocracia e escrita, apegado à documentação excessiva e desnecessária, com a lentidão como principal característica, para dar lugar à valorização na simplificação dos atos, sem eliminar os meios probatórios de busca da verdade, observando-se os princípios de isonomia e igualdade, oralidade, imediatidade e celeridade, publicidade e concentração probatória, em um direito processual que não se esgota nas formas.

e. um novo sistema jurídico processual necessita estar orientado segundo princípios processuais como fatores de mudança social e recuperação de uma teoria do processo fundada em direitos fundamentais e na estimativa de justiça, sem sacrifício do pluralismo cultural e das numerosas opiniões do modelo complexo de sociedade que enfrentamos.

35. A criação de um novo sistema jurídico adequado para a proteção de bens jurídicos difusos e coletivos é uma necessidade da sociedade pós-moderna, diante da atual crise criada pela inadequada expansão do Direito Penal clássico, para a proteção destes bens jurídicos.

36. Este novo sistema jurídico exige a integração e a interdependência material e processual como principado. Trata-se de uma fórmula capaz de superar os déficits de eficácia que as atuais alternativas jurídicas de proteção de bens jurídicos universais têm proporcionado.

BIBLIOGRAFIA

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidade en derecho penal*. Madrid: Editorial Edersa, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentation jurídica*, tradução de Manuel Atienza, Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1989.

_____. *Problemas de la teoria del discurso*. Atas do “Congreso Internacional de Filosofia”, Córdoba: Universidade de Córdoba, 1988.

_____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa, n. 5, 1988.

_____. *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, in: Derecho y Filosofia, org. E. Garzón Valdés, Barcelona-Caracas: Alfa, 1985.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e Oportunidade – Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, editora Almedina, Coimbra, 1992.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*, São Paulo: Saraiva, 2000.

ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatório y Derecho Penal*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1995.

- ASUA, Luiz Jimenéz. *La ley y el delito – Principios de derecho penal*. 2ª edição. Buenos Aires: Ed. Sulamericana, 1978.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da argumentação jurídica*, tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul-set. 2000.
- BARRETO, Vicente. “Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito”. In: *Revista de Direito Administrativo*, volume 203 – janeiro/março, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.
- BELING. Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doutrina del delito tipo*. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BINDING, Carlo. *Compendio de diritto penale – parte generale*, tradução de Adelmo Borettini, Roma: Atheneum, 1927.
- BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no Direito Penal. *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *La imputación objetiva -. Teorias actuales em el Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- _____. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994.
- _____. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico meio ambiente. *Pena y Estado*, n. 1, 1991.

_____. “Los bienes jurídicos colectivos”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 11, 1986.

_____; LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*. Barcelona: PPU, 1993.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

_____. *Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro*, São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

_____. “Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito”. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*, São Paulo: Editora Método, 2001.

_____. *Culpabilidade e Reprovação Penal*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

_____. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5^a. edição, Coimbra: Almedina, 1991.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principio constitucionales*, 3^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CASTILLO, Gerardo Barbosa & PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. “Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre um concepto de bien jurídico para Colômbia”, *Monografías de Derecho Penal 12*, Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1996.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3^a Edición, Valencia: tirant lo blanch, 1999.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte General. 5ª edição, Madrid: Tecnos, 1996.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Tipo penal e tipo de culpabilidade. *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. Coordenação de Rubens Prestes Barra e Ricardo Antunes Andreucci, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

Code pénale, édition 2.002, Juris Classeur, Paris: Litec – Groupe LexisNexis, 2002.

COSTA, José Francisco Faria. *Direito Penal Econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

_____. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

CRESTI, Marco. *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

CULON, Eugenio Cuello. *La moderna penología – represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1958.

CUESTA AGUADO, Paz Mercedes De la. *Tipicidad e imputación objetiva*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1995.

DELMAS-MARTY, Mireille (org.) et alli. *Processos Penais da Europa*, tradução de Fauzi Hassan Choukr com colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

_____. *Processo Penal e Direitos do Homem, Rumo à consciência europeia*, trabalhos do seminário organizado no Centro Georges-Pompidou pela Biblioteca Pública de Informação e pelo jornal *Lê Monde*, tradução de Fernando de Freitas Franco, Barueri: Manole, 2004.

- DE VITA, Alberto. La tutela degli interessi difussi nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (3), 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal – Revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. *Teorías Actuales em el Derecho Pena – 75º Aniversario del Código Penal*. Buenos Ayres: Ad-Hoc S.R.L., 1998.
- DI FRANCO, Carlos Alberto. “Dossiê, imprensa e Judiciário”, in: *O Estado de São Paulo*, caderno 1, São Paulo: 17 de janeiro de 2.005, p. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, 16ª edição, São Paulo, 2.000.
- DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª edição, tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts*, provenientes do *The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts*, in Student’s Edition, da Foundation Press, E.U.A., 1993.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 3.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.003.
- _____. *A reação defensiva à imputação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *O papel da vítima no processo criminal*, São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. *Teorías Actuales em el Derecho Pena – 75º Aniversario del Código Penal*. Buenos Ayres: Ad-Hoc S.R.L., 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradutores Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Poder Constituinte*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, tradução de Eugênio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer, 2ª edição, Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GABER, Carlos A. *!La mediación funciona!*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

GAINO FILHO, Itamar. *Positivismo e retórica – uma visão de complementaridade entre o positivismo jurídico de Hans Kelsen e a nova visão de Chaïm Perelman*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica - Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. alli. *Juizados Especiais Criminais – comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, Editora Revista dos Tribunais, 3^a. edição, São Paulo, 1999.

_____. A problemática dos interesses difusos. *A tutela dos interesses difusos*. Coordenação, São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1984.

GÜNTHER, Klaus. *La insostenible situación de derecho penal*, Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt - Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2.000.

_____. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz, São Paulo: Landy, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Editora Celso Bastos, 1^a. edição, São Paulo, 1999.

GONZALES RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*, tradução de Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1989.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*, traducción de Patricia S. Ziffer, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, tradução do original alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, abril-junho – 1994.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, Barcelona, n° 1, 1991, pp. 23/36.

_____. *A que metas pode a pena estatal visar?* Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 19 de setembro de 1984, notas de Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo: Justitia, ano 48, vol. 134, abr/jun. 1986.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal*, Casa Editorial Bosh, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984.

_____. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. *Dei delitti e delle pene*, n° 1, ano II, gennaio-aprile 1984.

_____ ; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____ ; _____. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

_____ ; _____. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989

_____ ; SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1997.

_____ ; LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid: Tecnos, 1997.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1991.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, tradução de André Luis Callegari, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Derecho Penal – Parte general; fundamentos y teoria de la imputación*. Tradução Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Buenos Aires: Ad-Hoc, s.r.l., 1996.

_____. *Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derehco penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez, Madrid: Civitas, 1996.

_____. *La imputación objetiva em derecho penal*. Tradução Manuel Cancio Mellia. Bogotá: Leyer, 1994.

_____; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, s.r.l., 1997.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*, organização e tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____; _____. *Sobre la gênesis de la obligación jurídica, Teoria y praxis de la injerencia, El ocaso del dominio del hecho; Dogmática y política criminal em uma teoria funcional del delito*, tradução dos textos em alemão por Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª edição, tradução de José Luis Manzares Samaniego, Granada: Comares, 1993

JORI TOLOSA, José Luis. Problemática procesal de la protección de los intereses difusos. *Interesses difusos y derecho penal*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial (XXXVI), 1995.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, tradução Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1988.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Monografias Jurídicas, traducción de Luis Villar Borda, Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998.

_____ ; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*, tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, tradução J. Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado Editora, 1962, v. 1 e 2.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordenação Santiago Mir Puig & Diego-Manuel Luzón Peña, Barcelona: José Maria Bosch Editor, S.L., 1996.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil parte general*, tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picave, Madrid: Ed. Edersa, 1978.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 edição. Tradução de José de Souza e Brito e de José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução e comentários de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, tomo I

LUISI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000.

MANTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal econômico – Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Anotado*, editora Revista dos Tribunais, 1^a. edição, São Paulo, 1991.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1999.

MARQUES, José Frederico. Da tipicidade penal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, setembro de 1951, n^o 19, vol. CXXXVII, ano XLVII, fascículo 579, p. 47.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (org.). *Processo Civil Coletivo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, 12^a. edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 2^a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de José Arturo Rodrigues Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1995.

_____. *Derecho Penal: Parte General*. 6^a edição. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1944.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, Parte General*. Barcelona: PPU, 1996.

_____. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1994.

_____. Bien jurídico y bien jurídico penal como limite del *ius puniendi*. *Estudios de Derecho Penal y Criminologia* (XIV), 1991.

_____. Sobre el principio de intervención mínima Del Derecho Penal em la Reforma Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, , n° 12, 1987.

_____. *Introducción a las bases Del Derecho penal. Concepto y Método*, Barcelona: Bosch, 1976.

_____; PEÑA, Diego-Maunel Luzón (coord.). *Responsabilidad penal de las empresas e sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2ª. edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MONNERAT, Carlos Fonseca. *Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro*, Santos: Comunnicar, 2006.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal – una explicación basada en la razón*, Valencia: editora tirant lo blanch, 1997.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Curso de Derecho Penal español. Parte Geral*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi s.r.l., 2000.

_____. *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜERSSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*, tradução por el Dr. Gustavo Eduardo Aboso y la Prof. Tea Löw, Montevideo-Buenos Aires: B de F ltda, 2004.

- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência*, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- NUNES, Luiz Antonio. *Liberdade – norma consciência, existência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito Penal – o crime precipitado pela vítima*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.003
- PEREIRA, Claudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2.000.
- PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*. Barcelona: Práxis, 1991.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 2ª. ed. Madrid: Technos, 1986
- PÉREZ TORO, William Fredy; VANEGAS YEPES, Alba Lucía; e ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Carlos Mario. *Estado de derecho y sistema penal*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos y Biblioteca Jurídica Diké, 1997.
- PIERANGELLI, Jose Henrique. Agressões à natureza e proteção dos interesses difusos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 649, p. 377-387, novembro. 1989
- PORTO, Hemínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques (org.) *Processo Penal e Constituição Federal*, São Paulo: Editora Acadêmica Ltda., 1993.
- PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2003.

_____. *Crimes contra o ambiente*, 2ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2.001.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado – uma aproximação crítica a seus fundamentos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, 2ª. edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1999

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*, tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000.

_____. *Derecho Penal: parte general*. Tradução de Diego Manuel Luzón Pena. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, traduções de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo, 3ª. edição, Lisboa: Vega Universidade/Direito e Ciência Jurídica, 1988.

_____. *Teoría del Tipo Penal – tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, versión castellan del Enrique Bacigallupo, Buenos Aires: Ediciones Delpalma, 1979.

_____. *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*, tradução de Francisco Muñoz Conde, Casa Editorial Bosh, Barcelona, 1972.

_____; SANCINETTI, Marcelo A. *Desciación del curso causal y “dolus generalis”*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002.

SABÁN GODOY, Afonso. *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid: Editorial Civitas, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, traducción de Lourdes Baza, Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

_____, et alli. *Teorías actuales en el Derecho Penal - 75º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, s.r.l., 1998.

_____. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana*. Tradução de Manuel Cancio Meliá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1996.

_____. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução Jesus-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid: Dykinson, 2000.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

_____. *Juizados Especiais Criminais*, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____ (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____ (coord.). *Processo Penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____ ; COSTA, José de Faria (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Eficiência e Direito Penal*, tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, São Paulo: Editora Manole Ltda., 2004.

_____. *A expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha da 2ª edição espanhola (Madrid: 2.001). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Política Criminal y Persona*, Buenos Aires: Ad-Hoc s.r.l., 2000.

_____. *Consideraciones sobre la Teoría del Delito*, Buenos Aires: Ad-Hoc s.r.l., 1998.

_____. *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

_____. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, José Maria Bosh Editor S.A., Barcelona, 1992.

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

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela Penal dos Interesses Difusos*, São Paulo: 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, Belo Horizonte: Livraria Editora Del Rey ltda., 2000.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 11 jul/set, 1995.

_____. *Lecciones de Derecho penal econômico (Comunitário, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. *Processos Penais da Europa*, coord. Mireille Delmas-Marty, tradução Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal- parte general*. 6ª edição, Buenos Aires: Ediar, 1981.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina da ação finalista*, tradução de Luiz Régis Prado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Derecho Penal alemán*. 11ª edição, tradução de Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1997.