

Crimes de Perigo Abstrato: a Tutela de Bens Jurídicos Supra-Individuais no Direito Penal Moderno

Denise Nóbrega Ferraz

INTRODUÇÃO

O Estado enfrenta atualmente permanentes mutações impostas pelo capitalismo e pelos modelos econômicos dele inerentes. A nossa sociedade passando a ser caracterizada como uma sociedade de riscos, imprevisíveis, que determinam um novo modo de atuação do direito penal.

Essas transformações exigem do direito penal uma atuação diferente da que estamos acostumados, pois, agora, diferentes são os bens jurídicos tutelados e diferente, também, é a forma de tutela desses bens.

Assim, procura-se conferir uma resposta estatal mais adequada relativamente à criminalidade organizada, aos crimes contra o meio ambiente, contra a ordem financeira e tributária, entre outros. A solução encontrada foi a de se estabelecer uma concepção do direito penal cada vez mais preventivo, o que, em última análise, significa a intervenção do sistema punitivo antes mesmo que se possa vislumbrar uma lesão ao bem jurídico tutelado.

Fala-se, assim, da expansão do direito penal, que é vista como a superação do modelo iluminista de proteção de bens jurídicos individuais para a proteção de bens jurídicos supra-individuais, sendo que os crimes de perigo abstrato são importantes instrumentos da moderna legislação penal.

O objetivo desta investigação é analisar como o direito penal alcançou essa mudança de perspectiva, especialmente, como merece ser feita a tutela dos bens jurídicos supra-individuais a partir da previsão dos crimes de perigo abstrato.

O percurso é dividido em três capítulos. De início, trataremos de analisar o processo de expansão do direito penal. Primeiramente, com um estudo do direito penal no Estado Democrático de Direito, tal qual concebido pelo modelo clássico. Depois, será estudado como a globalização e a caracterização da nossa sociedade como uma sociedade de risco contribuem para essa expansão.

O segundo capítulo tem por objetivo tratar da tutela penal conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao bem jurídico. Inicia-se com a análise de como o direito penal clássico trata a matéria, mediante o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Após, será ressaltada a mudança do estudo da teoria do bem jurídico com o advento do direito penal moderno, deixando de lado a exclusiva proteção para dar lugar à desmaterialização do bem jurídico.

Por fim, o terceiro capítulo analisará os crimes de perigo abstrato e como se poderá legitimar a sua previsão no ordenamento jurídico para a proteção dos bens jurídicos supra-individuais, a partir do estudo das propostas mais relevantes para explicar o papel do direito penal moderno na sociedade de risco: o Direito de Intervenção e o direito penal de duas velocidades.

CAPÍTULO 1 – A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

1.1. O Direito Penal no Estado Democrático de Direito

A concepção de Estado é o ponto de partida para o estudo dos limites e da legitimidade da intervenção penal. Suas características elementares determinam a maneira e os instrumentos utilizados para a resolução de conflitos na sociedade. Isto significa que o modelo estatal existente é pressuposto para a verificação dos limites impostos pelo *ius puniendi* à atuação do direito penal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, adotou-se expressamente o modelo de Estado Democrático de Direito. Ele é, na verdade, uma síntese de dois modelos que precederam-no: o Estado Liberal e o Estado Social¹.

O liberalismo, oriundo da Revolução Francesa, adotou a idéia de Estado de Direito², ou seja, governado pelo direito emanado da vontade geral expressada pelos representantes do povo³. O poder político estaria submetido às regras do direito. Foi conferida ao direito a tarefa de limitar, instituir e organizar o poder, disciplinando sua forma de atuação a fim de resguardar o que é fundamental: os direitos do homem, dentre os quais, a sua liberdade.⁴

O Estado Liberal caracteriza-se pelo individualismo patrimonial e pela não intervenção estatal nas relações pessoais⁵, exigindo do poder público o respeito a determinadas garantias que assegurassem a salvaguarda das liberdades dos cidadãos. Este modelo preocupava-se com a efetiva proteção do cidadão frente ao Estado, limitando consideravelmente sua interferência, mesmo que isso acarretasse redução de direitos.

¹ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p. 31.

² Cf., neste sentido: “O princípio do Estado de Direito (ou Estado subordinado ao direito) surge historicamente por contraposição ao Estado Absoluto, no qual prevalecia a chamada “Razão do Estado” sobre os direitos e liberdades dos cidadãos”. Baptista Machado apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Intervenção Mínima Para um Direito Penal Eficaz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT v. 800, junho 2002, p. 481.

³ MIR PUIG, Santiago, op. cit. p. 31/32.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 04.

⁵ LOBATO, Anderson Cavalcante. O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 6 n.º 22 – Jan-Mar 1998. São Paulo, p. 141/159.

O Estado continuava com a detenção da soberania e do poder, mas “sua missão era apenas garantir a paz, sendo-lhes asseguradas as atividades relacionadas à manutenção da ordem social, como imposição de impostos e policiamento, e extirpada qualquer responsabilidade no âmbito social.”⁶

Não cabia ao Estado nenhum tipo de promoção do bem comum, o que somente poderia ser alcançado se o indivíduo “emergisse livre e totalmente entregue a suas potencialidades criadoras, completamente imune de quaisquer amarras de índole estatal”.⁷

A igualdade no Estado Liberal foi estabelecida apenas formalmente, uma vez que verificado o beneficiamento das classes consideradas economicamente mais fortes sobre as menos favorecidas.⁸

O surgimento do Estado Social objetivou derrubar as barreiras que separavam o Estado da sociedade. Foi chamado a modificar as relações pessoais com o fim de promover o bem-estar social. Para tanto, considerou-se indispensável a expansão da esfera pública e a intervenção estatal para realização destes objetivos.

Assim, de um Estado preocupado em não interferir no jogo social, se passa progressivamente ao Estado intervencionista, denominado *Welfare State*, que é visto como o próprio instrumento de mudança social. Esta passagem representou, conforme assevera Mir Puig, um relaxamento e um distanciamento das garantias liberais, pois trouxe consigo os riscos dos sistemas políticos totalitários⁹. Este modelo, todavia, não implica necessariamente semelhança com a concepção autoritária de Estado.¹⁰

A passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito não significou uma ruptura, mas uma adaptação. Foi necessário que se acrescentasse um elemento que pusesse fim nas desigualdades existentes, que assegurasse a efetiva proteção do povo e transformasse a realidade existente, sem abandonar a intervenção na realidade social. Neste

⁶ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização**. São Paulo: LZN, 2005, p. 110.

⁷ Idem.

⁸ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37.

⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal dos Interesses Difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 66.

¹⁰ MIR PUIG, Santiago, op. cit. p. 33.

sentido, “o povo é que ostenta a máxima soberania e não o legislador, que deve partir do reconhecimento da autonomia do homem, que é livre para orientar seu próprio destino”.¹¹

Para Mir Puig, significa uma concepção sintética, produto da união dos princípios próprios do Estado Liberal e do Estado Social.¹² A imagem resultante do Estado supõe uma superação de seus componentes isoladamente considerados para encontrar uma das características da fórmula constitucional: a democracia.¹³

O Estado Democrático de Direito é considerado suporte valorativo do Direito Penal¹⁴, que passa a assumir as funções de proteção efetiva dos cidadãos e sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos.¹⁵

Assim, o Estado somente deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais do homem, limitando-os, “na medida em que isso se torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais dos outros”.¹⁶

Nesse âmbito, adquire duas funções importantes. A primeira é de fundamentar-se nos princípios da liberdade e dignidade humana, criando, para protegê-los, um sistema de garantias fundamentais baseado nos princípios democráticos. Estes princípios são imprescindíveis para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento da personalidade e para garantir a convivência social pacífica. Conseqüentemente, a pena é vista como medida de necessidade social.

A segunda função constitui uma conseqüência da primeira. Os princípios acima mencionados conferem valores a certos bens da vida. Atuam como limite à intervenção penal na medida em que estabelecem explícita ou implicitamente os bens merecedores de sua tutela.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 88/89.

¹² Por isso conceitua-o como Estado Social e Democrático de Direito.

¹³ MIR PUIG, Santiago, op. cit. p. 31.

¹⁴ Idem.

¹⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit. p. 66.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 75.

Pode-se, então, afirmar que a importância de um modelo de Estado Democrático e de Direito aplicado ao direito penal reside na proteção de bens jurídicos considerados essenciais para a existência do indivíduo na sociedade, quando tais bens são objeto de comportamentos danosos e quando os cidadãos considerem graves estas ações.

1.2. A globalização e o direito penal

Essa perspectiva da proteção de bens jurídicos, entretanto, não pode ignorar a evolução social na qual a sociedade está inserida atualmente. Assim, o Estado vem enfrentando permanentes mutações impostas pelo capitalismo e pelos modelos econômicos dele inerentes, as quais refletem diretamente nas relações sociais entre os indivíduos.

Pode-se conceituar o fenômeno da globalização como sendo o “processo social extremamente dinâmico capaz de tornar globais os espaços econômicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primordialmente, sob as fronteiras do Estado Nacional”.¹⁷

É, assim, um fenômeno que ultrapassa a dimensão econômica e que pode ser analisado também sob o aspecto social, político, cultural, religioso e jurídico. Sob a perspectiva econômica, a globalização se expressa pela expansão do capitalismo, caracterizada pela “transnacionalização dos mercados, a mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação do tempo e do espaço, em face do avanço da informática, das telecomunicações e dos transportes”.¹⁸

Assim, o Estado, em face da complexidade produzida pela globalização econômica, “já não consegue regular a sociedade e economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, perdendo progressivamente o controle da coerência sistêmica de suas leis ao substituir suas normas abstratas, genéricas e impessoais por normas particularizantes, específicas e voltadas a determinados fins.”¹⁹

Diante disso, “a concepção do direito como um sistema fechado, hierarquizado e axiomático de normas de conduta, concepção proveniente do

¹⁷ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros, op. cit. p. 178.

¹⁸ BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no direito penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, julho-setembro 1998, p. 98.

¹⁹ Idem.

constitucionalismo, foi sendo substituída por um direito visto como conjunto de microssistemas legais aptos a captarem a crescente complexidade da realidade socioeconômica”.²⁰

No âmbito penal, a globalização impõe uma responsabilidade maior, visto que tende a mudar a feição de diversos segmentos sociais e científicos, impondo a necessidade de aprimoramento da eficácia penal. Surgem “novos interesses ou novas valorações de interesses pré-existent”²¹ que demandam do direito a criação de novos bens jurídicos.

O direito penal da globalização, para Jesús-Maria Silva Sánchez, será um direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual as regras de imputação serão flexibilizadas e as garantias político-criminais, materiais e processuais, serão relativizadas.²²

Desta forma, “o Direito Penal da globalização não fará mais do que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra a criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção.”²³

O autor baseia essa hipótese em quatro constatações básicas. Em primeiro lugar, entende que a globalização dirige ao direito penal demandas fundamentalmente práticas, que exigem uma abordagem mais eficaz da criminalidade.²⁴

Em segundo lugar, a análise da criminalidade muda de foco: os delitos do paradigma clássico do processo de criminalização, como, por exemplo, o homicídio ou os crimes tradicionais contra o patrimônio (*crimes of the powerless*) são substituídos por delitos classificados criminologicamente como *crimes of the powerful*, que ainda tem uma regulação

²⁰ Ibidem, p. 99.

²¹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

²² Ibidem, p. 75/76.

²³ Ibidem, p. 76.

²⁴ Idem.

legal insuficientemente assentada e cuja dogmática se encontra parcialmente pendente de elaboração.²⁵

Em terceiro lugar, entende que a resposta à delinquência da globalização deve ser efetuada de forma punitivista, com vistas a evitar hipotéticas lacunas, assim como deve haver o reequipamento jurídico-penal diante de modelos de delinquência que geram insegurança não somente no indivíduo, mas também no próprio Estado.²⁶

Finalmente, considera o autor que o direito penal da globalização não pode deixar de lado a tradição jurídico-penal anglo-saxã (*common law*) na resposta à delinquência transacional.²⁷

Assevera, assim, que duas são as características mais significativas da criminalidade da globalização. “Por um lado, trata-se de uma criminalidade, em sentido amplo, *organizada*. Vale dizer, nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas seja na forma estrita da organização criminal”.(...) “Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis”.²⁸

Será objeto de estudo, neste momento, um dos produtos da globalização, que é a concepção da nossa sociedade pós-industrial como uma sociedade de risco. A compreensão do seu significado é imprescindível para a análise de suas conseqüências no direito penal.

1.3. A Sociedade moderna: sociedade de riscos

A sociedade pós-industrial é caracterizada por ser uma sociedade de risco. Isso significa que, em contraposição à sociedade industrial, em que vivíamos numa “sociedade segura”²⁹, o avanço tecnológico e industrial da contemporaneidade e a produção

²⁵ Ibidem, p. 77.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Ibidem, p. 80.

²⁹ BIANCHINI, Alice, op. cit. p. 65.

de riquezas acarretam crescente exposição do ser humano a riscos, os quais são inerentes ao processo de evolução.

É uma sociedade surgida surpreendentemente, eis que derivada do superdesenvolvimento da modernidade industrial, que acabou gerando efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade da época industrial.³⁰

De acordo com Marta Rodriguez de Assis Machado, a sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. É uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento.³¹

Adverte que o conceito de risco sempre foi inerente à sociedade, mas os novos riscos surgidos nas sociedades pós-industriais possuem características distintas dos riscos existentes anteriormente. Tais riscos advieram como conseqüências implícitas do progresso tecnológico e industrial, sob uma perspectiva de aparente normalidade, e logo passaram a significar ameaças globais à humanidade.³²

Além dessa perspectiva principal, a mencionada autora destaca algumas peculiaridades da dinâmica dos riscos. Assim, “destaca-se como diferença essencial entre os novos riscos e as catástrofes naturais o fato de que estas últimas se concebiam como algo que apenas poderia ser imputado ao destino, enquanto os riscos derivam necessariamente de decisões de âmbito industrial ou técnico-econômico de pessoas ou organizações”³³, ou seja, são riscos derivados sempre de decisões humanas, ligadas à exploração e ao manejo de novas tecnologias.

São riscos, por conseguinte, considerados como efeitos colaterais indesejados do processo de modernização, em contraposição ao conceito de ação racional

³⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, p.30.

³¹ Ibidem, p. 31

³² Ibidem, p. 38.

³³ Idem.

direcionada a um fim. Esses efeitos colaterais freqüentemente causam danos sistemáticos, muitas vezes irreversíveis, e, ainda, permanecem invisíveis por um longo período.³⁴

São caracterizados, também por sua indeterminação espacial e temporal e, freqüentemente apresentam dimensões e potencial destrutivos superiores ao dos riscos naturais.³⁵

Além disso, “em contraste com os riscos conhecidos da era industrial os novos riscos não são delimitáveis nem no tempo nem no espaço, não podem ser tratados segundo as regras estabelecidas da causalidade e da culpa e, além disso, dificilmente podem ser compensados ou indenizados quer porque suas conseqüências não podem ser delimitadas, quer porque o desastre atinge dimensões tão grandes que nenhuma companhia de seguros seria capaz de arcar com o custo indenizatório”.³⁶

Acrescenta, ainda, que esta possibilidade de destruição coletiva poderia em tese ocasionar efeitos de tendência igualitária, ou seja, as suas conseqüências não poderiam ser limitadas a uma classe ou grupo social.³⁷

Finalmente, a opinião pública começa a ter influência considerável no âmbito até então privado da administração empresarial do planejamento produtivo, da escolha do equipamento técnico para a produção etc.³⁸

Tais riscos, portanto, se referem a “danos não delimitáveis, globais, e, com freqüência, irreparáveis; que afetam a todos os cidadãos; e que surgem de decisões humanas”³⁹. Geram, conseqüentemente, uma sensação geral de insegurança na sociedade, ou seja, “uma forma especialmente aguda de viver os riscos”.⁴⁰

Assim, “tudo evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional - alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem

³⁴ Ibidem, p. 39.

³⁵ Ibidem, p. 40.

³⁶ Ibidem, p. 41.

³⁷ Ibidem, p. 43.

³⁸ Ibidem, p. 44.

³⁹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, op. cit. p. 29.

⁴⁰ Ibidem, p. 33.

embargo, a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de conseqüências lesivas”.⁴¹

Jesús-Maria Silva Sánchez⁴² traça as características dessa sociedade de risco. É uma sociedade majoritariamente configurada de sujeitos passivos, ou seja, classes passivas tais como pensionistas, desempregados, consumidores, aposentados, pessoas ou entidades subvencionadas, que são os beneficiários da transferência da riqueza. Não há uma vítima determinada do delito, que ou é difusa ou é o próprio Estado.

Caracteriza-se, também, pela restrição progressiva das esferas de atuação arriscada⁴³. Quer-se dizer que há uma redução dos níveis do risco permitido, que era tido como limite para a incriminação de condutas nas sociedades industriais do século XIX, em razão da sobrevalorização da segurança. A liberdade de ação deverá ceder ante a liberdade de não-padecer.⁴⁴

Além disso, parte-se do axioma de que sempre existirá um terceiro responsável a quem se deve imputar o fato e suas conseqüências, sejam elas patrimoniais ou penais. É a expansão da imputação de responsabilidade como característica cultural da sociedade contemporânea⁴⁵. Preocupa-se, agora, com a criminalidade dos poderosos em proteção a essas classes passivas.

Conseqüentemente, há uma supervalorização da vítima. Tem-se o fenômeno da identificação social com a vítima, o sujeito passivo, mais do que com o autor, o sujeito ativo. Este fenômeno fundamenta-se na caracterização da sociedade de risco como uma sociedade de classes passivas, ocasionando, inclusive, uma mudança de concepção da lei penal, que passa de *Magna Charta* exclusivamente do delinqüente para ser considerada também a *Magna Charta* da vítima.⁴⁶

⁴¹ Ibidem, p. 31.

⁴² Ibidem, p. 41.

⁴³ Ibidem, p. 44.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem, p. 47.

⁴⁶ Ibidem, p. 50/51.

Essas características se aliam a outros fatores a fim de explicar a expansão do direito penal. O autor cita também o descrédito de outras instâncias de proteção. Ressalta a inexistência, insignificância ou o desprestígio de outros mecanismos não penais, que são a ética social, o direito civil e o direito administrativo.⁴⁷

Estes ramos não detêm a autonomia necessária para tutelar lesões a bens jurídicos, o que conduz a um alastramento da delinquência e incremento de proibições penais. Trata-se o direito penal como o “único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização”, supondo uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*.⁴⁸

Outro fator são os novos gestores da moral coletiva, ou gestores atípicos da moral, que são as associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas, antidiscriminatórias, ou, em geral, as ONGs que protestam contra a violação de direitos humanos. Essas associações contribuem para uma progressiva ampliação do direito penal na medida em que cresce a necessidade de efetiva proteção dos seus interesses.⁴⁹

Conforme adverte Renato de Mello Jorge Silveira, “a sociedade de risco mostra-se assim, de um lado, com esses diversos avanços, sendo enormemente complexa, e, de outro, caracterizada pela verdadeira quebra de um estado de bem-estar social, de todo, sempre almejado. Nela, são percebidas inter-relações sociais nunca antes vistas, sendo, pois, notável uma verdadeira sensação social de insegurança, um dos marcos mais significativos das sociedades da era pós-industrial”.⁵⁰

Então, para conter a insegurança dessa denominada sociedade de risco, a realidade reclama uma adaptação do direito, primordialmente do direito penal, a essa complexidade, pois os seus instrumentos tradicionais - crimes de resultado e de lesão - se afiguram insuficientes frente a essa nova ordem globalizada. Surge, então, uma nova concepção de direito penal, denominada por Hassemer⁵¹ de direito penal moderno.

⁴⁷ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, op. cit. p. 57/62.

⁴⁸ Ibidem, p. 61.

⁴⁹ Ibidem, p. 62/63.

⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. **Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

⁵¹ HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, p. 144/145.

1.4. O Direito Penal Moderno: direito penal do risco

O direito penal clássico, para Hassemer, possui um centro ideal, ao qual pertencem as tradições democráticas da determinação e da subsidiariedade. “É, na verdade, um meio violento, mas é ao mesmo tempo um instrumento da liberdade civil. É, por isso, irrenunciável para o convívio dos homens e deve, sem dúvida, ser colocado na corrente, pois não pode se tornar independente. Não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos problemas sociais”.⁵²

Já o moderno direito penal se desenvolve “como um instrumento de solução dos conflitos sociais, o qual, de acordo com a percepção pública, não se distingue mais, por um lado, pela sua utilidade e, por outro, pela sua gravidade, dos outros instrumentos de solução dos conflitos; o Direito Penal, apesar dos seus instrumentos rigorosos, torna-se um *soft law*, um meio de manobra (*Stewerung*) social. As expectativas de solução dos problemas, que se dirigem ao Direito Penal, explodem; e visto desse modo, o Direito Penal torna-se, quanto às expectativas, algo novo.”⁵³

Assim sendo, novas concepções penais tomam corpo. Busca-se, agora, uma intervenção penal como instrumento de política estatal, cujo objetivo principal se resume na redução da demanda dos riscos e produção do sentimento de segurança. Mais que isso: o paradigma do direito penal deixa de ser exclusivamente a proteção do indivíduo, passando a se preocupar também com a tutela de interesses supra-individuais.

Fundamenta-se “na lógica da prevenção geral negativa, ou seja, no fato de que a simples criminalização de condutas tem força suficiente para coibir os excluídos do sistema globalizado de delinqüirem”⁵⁴.

Segundo ensina Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira⁵⁵, “interessa à ideologia de fortalecimento do Estado “criar” crimes de pura previsão conceitual, para tornar poderoso e dominador o ente público, transformando-o em uma finalidade em si mesmo”.

⁵² Idem, p. 146/147

⁵³ Ibidem, p. 149.

⁵⁴ BICUDO, Tatiana Viggiani, op. cit. p. 101.

⁵⁵ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira. Crimes de Perigo Abstrato. In: **Revista Jurídica**. São Paulo: Notadez, ano 52, n. 325, novembro 2004, p. 98.

Para Hassemer, no direito penal moderno há o favorecimento de determinados campos de reformas, sendo que outros não são colocados em vista. Vislumbra, deste modo, que são feitas diversas reformas na legislação penal relativamente ao meio ambiente, economia, processamento de dados, drogas, tributos, comércio em geral: a criminalidade organizada.⁵⁶ De fato, é nesses campos de atuação que a criminalidade vem se especializando, merecendo, assim, que novas alternativas para a sua prevenção e repressão sejam alcançadas.

Conseqüentemente, os âmbitos nos quais o direito penal se concentra estão apenas indiretamente relacionados com os indivíduos, pois a proteção dos bens jurídicos torna-se a proteção das instituições, ou seja, bens jurídicos universais.⁵⁷ A proteção aos bens jurídicos deixa de ser um critério negativo para ser agora um critério positivo de criminalização.⁵⁸

Quanto às suas funções, o direito penal “tende muito menos à reação às lesões mais graves ao interesse de liberdade dos cidadãos e tende a se tornar muito mais um instrumento de defesa da política interna. Desse modo, ele desocupa, inclusive, a sua posição no elenco dos âmbitos do Direito e aproxima-se das funções do Direito Civil ou do Administrativo.”⁵⁹

Com estas considerações, verifica-se que os novos riscos exigem do direito penal moderno uma adaptação que o distancia do modelo clássico. Conforme esclarece Marta Rodriguez de Assis Machado, “a idéia que permeia os anseios por tutela é a de que a materialização desses fenômenos deve ser evitada e prevenida a qualquer custo. Daí porque se rejeita o modelo de direito penal de resultados, que atua, repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo.”⁶⁰

O novo paradigma do direito penal é a sua utilização preventiva, sendo que a criação dos tipos penais de perigo abstrato para tutelar bens jurídicos especialmente relevantes são sua maior evidência. “A utilização desses mecanismos criminalizadores

⁵⁶ HASSEMER, Winfried, op. cit. p. 150.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Ibidem p. 148.

⁵⁹ Ibidem p. 151.

⁶⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit. p. 96.

representa justamente o momento de incertezas, medos e inseguranças na contemporaneidade”.⁶¹

Nas palavras de Wunderlich, “os crimes de perigo abstrato ou presumido aparecem na doutrina moderna em contraposição aos de crimes de perigo concreto, são oferecidos como remédio político-criminal pela dogmática contemporânea como fonte de criminalização e controle da criminalidade não-convencional”.⁶²

O legislador age desta forma porque os crimes de perigo abstrato facilitam de maneira extraordinária a aplicação do direito penal. Isso porque “se se renuncia à prova de um dano, não se pode mais encontrar a prova da causalidade”.⁶³

Mas são eles objeto de severas críticas por parte da doutrina brasileira, que entende serem inconstitucionais, porquanto violam o princípio da ofensividade da conduta, o qual somente entende legítima a intervenção penal a partir de uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Entretanto, o tema merece ser estudado mais profundamente. É que, a previsão dos crimes de perigo abstrato, muito embora realmente não se legitime frente à desenfreada atuação estatal na criminalização de condutas, deve ser aceita excepcionalmente legítima, quando verificada sua estrita necessidade.

Assim, “a participação efetiva do Direito Penal na proteção de bens jurídicos coletivos, como é, v.g., o caso do meio ambiente ou do consumidor, deve gizar-se dentro de um princípio de estrita necessidade da pena. Portanto, tem ele de agir de modo restrito, procurando evitar um inflacionismo penal que ultrapasse a função meramente simbólica da norma”⁶⁴.

Desta forma, deve-se buscar um equilíbrio para evitar que a nossa sociedade se veja desprotegida frente à criminalidade, mas também para evitar que se torne “refém de

⁶¹ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros, op. cit. p. 183.

⁶² WUNDERLICH, Alexandre. Uma reflexão sobre os delitos de perigo abstrato ou presumido. In: **Revista Jurídica**. São Paulo: Notadez, ano 48, nº 270, abril 2000, p. 51

⁶³ HASSEMER, Winfried, op. cit. p. 151

⁶⁴ SILVEIRA, Renato, op. cit. p. 29.

absurdas imposições legislativas, as quais guardam mais lembrança de regimes de força do que, propriamente, de regimes democráticos.”⁶⁵.

⁶⁵ SILVEIRA. Renato, op. cit. p. 33.

CAPÍTULO 2 – A TUTELA PENAL DO BEM JURÍDICO

Verificou-se no capítulo precedente que o direito penal criou novos contornos para evitar os riscos surgidos com a globalização e tentar criar um sentimento de segurança para os cidadãos.

Essa mudança de modelo ocorreu devido à ineficácia do direito penal clássico para dar respostas adequadas à nova criminalidade, visto ser um direito eminentemente protetor de bens jurídicos individuais.

Cumprido, neste momento da investigação, analisar como é efetivada a tutela do bem jurídico no âmbito penal. Será analisado, primeiramente, como essa proteção ocorreu no direito penal clássico, para, a partir de então, estabelecer as peculiaridades da proteção dos bens jurídicos no direito penal moderno.

2.1. A tutela do bem jurídico no direito penal clássico: o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

O direito penal visto pela concepção iluminista cumpre uma função eminentemente garantista no ordenamento jurídico. Isto significa que assenta suas premissas na proteção das relações de coexistência⁶⁶ dos indivíduos na sociedade, fornecendo meios para que haja um convívio pacífico, com a possibilidade de desenvolvimento do ser humano e de suas qualidades essenciais. Este é o núcleo central do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que visa ao estabelecimento da paz social mediante a proteção de bens jurídicos considerados fundamentais.

⁶⁶ Para Zaffaroni e Pierangeli, a função de garantia de coexistência se cumprirá na medida em que se garanta a cada um a possibilidade de dispor – de usar – o que considere necessário para sua auto-realização”. In ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

De acordo com Rogério Zeidan, “esse princípio impede que o Direito Penal sirva à proteção de todo e qualquer interesse, estratégias ou convicções morais, cuja lesão careceria de uma autêntica repercussão negativa na sociedade.”⁶⁷

Assim, somente os bens mais relevantes para a existência do cidadão em sociedade podem ser objeto de tutela penal e diante das mais graves agressões, pois, segundo Luiz Flávio Gomes, “a única proteção proporcional e admissível é a de natureza fragmentária e subsidiária”.⁶⁸

Estas considerações são adequadas quando se considera que o direito penal é a forma mais agressiva de intervenção do Estado na liberdade do cidadão e por si só gera uma violência. Para tanto, deve existir um equilíbrio entre a ação punitiva estatal e a proteção aos direitos fundamentais da pessoa, pois a dignidade do infrator e sua liberdade também são valores que devem ser resguardados.

Conseqüentemente, estão excluídos da atuação do direito penal vários bens, valores e condutas. Na prática, o legislador, quando da atividade criminalizadora de uma conduta, deve considerar diversos fatores. O primeiro é que se deve criminalizar uma conduta que fira um consenso amplo na sociedade, dada a pluralidade de grupos sociais. Devem ser toleradas as concepções éticas, morais e ideológicas dos diversos grupos e subculturas existentes⁶⁹.

Além disso, impõe-se que haja respeito à liberdade. Permite-se o exercício da máxima liberdade individual não comprometida da liberdade alheia. Este princípio está inscrito no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, onde “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por isso devem ser toleradas as peculiaridades, modo de vida das pessoas, desde que não causem dano à sociedade⁷⁰.

Outro fator importante é a não proteção de valores morais, considerados em sentido estrito. Não significa, entretanto, que seja vedada a criminalização de uma conduta de

⁶⁷ ZEIDAN, Rogério. *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais. Aspectos de Legitimidade e Limites da Potestade Punitiva*. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 2002, p. 61.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

⁶⁹ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁷⁰ Ibidem, p. 31/32.

conteúdo moral, sendo permitida desde que outros valores sociais ou individuais também sejam lesados. A “punição de condutas imorais só pode ser legítima, quando através de tais condutas se ponham em causa as condições essenciais de uma vida em comum.”⁷¹

Esta é a função limitadora do *ius puniendi* atribuída à teoria do bem jurídico, cujo objetivo é impedir o Estado de criminalizar condutas inofensivas, socialmente toleradas e puramente morais. Por tais fatos, “resulta abominável todo tipo de Direito penal de autor, que sanciona a pessoa não pelo que ela faz, senão pelo que ela é ou pelo que pensa. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos coaduna-se, na verdade, com o denominado Direito penal do fato”⁷².

Deve-se analisar, neste momento, o significado atribuído pelo direito penal clássico ao termo bem jurídico, cujo conteúdo designará quais merecerão tutela penal e seu fundamento constitucional.

2.1.1. O bem jurídico-penal

Para Luiz Régis Prado, bem, no seu sentido amplo, é tudo o que tem valor para o ser humano⁷³. São coisas materiais e incorpóreas, às quais o homem atribui importância e por isso são considerados valores. Estas características, importância e valor do bem, demonstram sua essencialidade. Fazem com que ele possa ser objeto de lesão e para tanto deva ser protegido.⁷⁴

Claus Roxin entende que bens jurídicos são “os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum, que se concretizam numa série de situações valiosas, como por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade.”⁷⁵

Heleno Cláudio Fragoso entende que o bem jurídico “é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do

⁷¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Estudos e Monografias**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 140.

⁷² GOMES, Luiz Flávio. **Norma (...)**, op. cit. p. 53/54.

⁷³ PRADO, Luiz Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2 Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

⁷⁴ TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Vol. I**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 33.

⁷⁵ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 27.

sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito.”⁷⁶

Há bens que foram selecionados e tutelados pelo direito e outros que, dada sua maior importância, são tutelados pelo direito penal. Isto significa que há relevante diferença entre o conceito de bem jurídico e de bem jurídico-penal, pois nem todos os bens jurídicos são dignos da tutela penal⁷⁷. É necessário ter em vista os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal.

A fragmentariedade decorre da concepção de que o direito penal não atua sobre toda a realidade fática, mas sobre parte dela. Deste modo, os ilícitos penais são parte integrante de um grupo maior de condutas ilícitas, assim como são os ilícitos civis, administrativos e tributários.⁷⁸ Somente receberão a etiqueta criminosa as condutas “cuja proteção penal seja absolutamente indispensável”⁷⁹, verificada quando haja um ataque intolerável ao bem jurídico.

O direito penal, por outro lado, não está autorizado a proteger todos os interesses juridicamente relevantes, mas apenas os mais essenciais e em face dos ataques mais graves. Conforme Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “esta idéia de intolerabilidade está ligada à exigência de proporcionalidade entre crime e pena”.⁸⁰

Sendo assim, o direito penal é chamado a atuar somente em condições excepcionais e quando são verificados certos fatores. O primeiro refere-se à dignidade penal do bem jurídico. Ela é determinada a partir do grau de relevância que o referido bem adquire na sociedade, o que faz com que este receba a qualificação de bem jurídico-penal e exija a tipificação das condutas que o afetam. Para esta análise, é essencial o significado conferido ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, pois somente os bens imprescindíveis ao

⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, a nova Parte Geral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 277/278.

⁷⁷ Cf., nesse sentido: “não são todas as relações sociais (os bens) que contam com hierarquia (e valor) suficiente para integrar o rol dos bens jurídico-penais” GOMES, Luiz Flávio, op. cit. p. 105.

⁷⁸ Para Maria da Conceição Ferreira da Cunha, o Direito Penal é fragmentário porque não abarca todos os fatos ilícitos, mas apenas os mais graves, possuindo dupla vertente de só tutelar os bens mais fundamentais e apenas das formas mais graves de lesão. Op. cit. p. 142.

⁷⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 119.

⁸⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, op. cit. p. 217, nota n.º 606.

desenvolvimento do cidadão e de sua personalidade é que poderão ser considerados dignos da tutela penal.

Além disso, somente os fatos que tiverem elevada danosidade e reprovabilidade social são passíveis de receber a denominação criminosa e receber a sanção penal.⁸¹ Corroborando um tal entendimento, citamos o entendimento de Giovanni Fiandaca: “a sanção penal deve ser aplicada não em presença de qualquer ataque a um bem digno de tutela, mas somente nos casos nos quais a agressão atinja um tal nível de gravidade que resulte intolerável.”⁸²

Além de atentar contra um bem jurídico-penal, a conduta deve ofendê-lo. Da ofensividade da conduta decorre que seja grave a lesão e considerável o dano. Neste sentido: “a ordem jurídica tutela valores e não há necessidade de que os mecanismos de imposição do Direito Estatal entrem (*sic*) em ação se não houver lesão a esses valores (que são os bens jurídicos) ou quando sequer sejam ameaçados. E mesmo que haja lesão é necessário que seja de tal monta que justifique a movimentação da máquina estatal”.⁸³

Mas deve-se ter em mente que a proteção de um bem jurídico não é função exclusiva do direito penal, pois a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do direito não mais se mostrem eficazes na defesa do bem jurídico. O ordenamento jurídico brasileiro é composto por outros instrumentos igualmente eficazes para uma tutela suficiente.

A atuação do direito penal liberal somente é reputada necessária quando os outros ramos de controle social, tais como a família, escola, trabalho, religião intervieram e não foram eficazes para a proteção do bem jurídico e solução do conflito, sendo, portanto, subsidiária.

⁸¹ ZEIDAN, Rogério, op. cit. p. 67.

⁸² FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloísa E. Salomão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT v. 776, junho 2000, p. 436.

⁸³ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. O Conceito o Bem Jurídico e o Princípio da Insignificância. **Revista do Ministério Público Militar**. Vol. 10 n.º 13, p. 49.

Decorre da atuação em *ultima ratio*⁸⁴ como regra limitadora do *ius puniendi*.⁸⁵ Neste sentido:

é maioritariamente aceite, actualmente, a caracterização da intervenção penal como subsidiária, como a *ultima ratio* do sistema social e devendo actuar apenas quando se mostre adequada, ou seja, só deverá haver recurso à pena quando tal se torne absolutamente necessário, por não existir uma outra forma suficientemente eficaz de proteção do valor essencial em causa e, concomitantemente, quando ela se apresente idónea, eficaz, apta a proteger esse valor.⁸⁶

Para Maria da Conceição Ferreira Cunha, as considerações acerca do conceito de bem jurídico ainda são demasiadamente vagas, dada a ausência de um instrumento idóneo que sirva de mediador desta conceituação.⁸⁷ Este instrumento é majoritariamente entendido como a Constituição.⁸⁸

Para responder a este questionamento é necessário um estudo sobre as teorias constitucionais de determinação do bem jurídico, para as quais se atribui fundamento amplo e estrito. De acordo com Luiz Régis Prado, a diferença entre elas refere-se à maneira de vinculação à norma constitucional⁸⁹.

2.1.2. Teorias Constitucionalistas

As teorias constitucionais amplas verificam na Constituição um parâmetro genérico, que fundamenta o sistema punitivo a partir do conceito de Estado constitucionalmente adotado. Não há um catálogo preestabelecido de bens cuja tutela se faça imprescindível, mas a estipulação de princípios que possibilitem a determinação dos bens jurídicos.

⁸⁴ De acordo com Luis Luisi: “o critério básico, portanto, desse processo de escolha, há de guiar-se pelo princípio da *ultima ratio* que, partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessária a intervenção penal”, op. cit. p. 107.

⁸⁵ ZEIDAN, Rogério, op. cit. p. 65.

⁸⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, op. cit. p. 25.

⁸⁷ Ibidem, p. 112.

⁸⁸ Neste sentido: “a actual intencionalidade no sentido de se encontrar um conceito de bem jurídico com função crítica do Direito Penal e orientador do legislador na sua tarefa criminalizadora, foi acompanhada da busca de um instrumento legítimo e vinculante, mediatizador deste conceito. Esse instrumento foi encontrado, dissemo-o já, na Constituição de cada Estado.” op. cit. p. 115.

⁸⁹ PRADO, Luiz Régis, op. cit. p. 51.

Concede-se certa liberdade ao legislador no momento de optar pela criminalização ou não de uma conduta⁹⁰. É uma opção adequada, pois permite a valorização do bem jurídico de acordo com o contexto histórico e cultural de determinada sociedade, possibilitando a criminalização de ataques a novos bens jurídicos.

Este é o entendimento de Claus Roxin, acentuando que o bem jurídico não abarca apenas realidades previamente dadas, mas interesses em devir, o que corrobora o caráter social do atual Estado de Direito.⁹¹

A crítica feita a esta teoria está na inexistência de um limite efetivo para a atividade criminalizadora, pois permite seja realizada a tutela de bens não considerados fundamentais para o desenvolvimento do homem na sociedade.

Na verdade, a teoria do bem jurídico é apenas uma das limitações impostas ao Estado no exercício do *ius puniendi*, fornecendo uma denominação daquilo que é “lícito considerar digno de proteção na perspectiva dos fins do direito penal.”⁹²

Não lhe é atribuída a missão de, isoladamente, estabelecer um limite efetivo à atividade legislativa de criminalização de condutas, mas de fornecer o pressuposto primário para possibilitar a legitimação da tipicidade. Para tanto, o seu estudo é feito em conjunto com outro princípio de igual objetivo, que é a ofensividade da conduta. Além destes, podemos citar ainda o princípio da legalidade, proporcionalidade, fragmentariedade e subsidiariedade. Neste sentido, “no Estado Constitucional de Direito, que é o Estado dos direitos e das garantias fundamentais, não é um só, senão vários os princípios que se articulam e se complementam na tarefa de delimitar o poder punitivo (a potestas) estatal.”⁹³

Em contrapartida, as teorias de fundamento constitucional estrito descrevem “prescrições constitucionais específicas, a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as

⁹⁰ “Para os seguidores da teoria constitucionalista genérica (ampla ou elástica), a norma constitucional não constitui o fundamento *obrigatório* de dedução lógica dos bens jurídicos (obrigação de criminalização), senão unicamente um *marco de referência*.” GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.

⁹¹ ROXIN, Claus, op. cit. p. 28.

⁹² Ibidem, p. 61.

⁹³ GOMES, Luiz Flávio. **Norma (...)**, op. cit. p. 32.

atividades do legislador infraconstitucional.”⁹⁴ Desta forma, a Constituição estabelece diretamente o objeto da tutela penal.

Esta teoria é criticada pela extrema rigidez, posto que pode haver um bem jurídico cuja tutela seja desnecessária em um determinado momento histórico e imprescindível para a proteção da sociedade num momento posterior. Ademais, a natureza do bem jurídico poderia não ser seguramente delimitada e gerar incerteza quanto à adequação da realidade à norma constitucionalmente prevista.

Por isso o legislador infraconstitucional deve possuir certa autonomia para verificar na realidade social do determinado momento histórico quais bens possuem valor fundamental que os eleve à categoria de bem jurídico-penal.

O melhor entendimento identifica a Constituição como um limite relativo, ou seja, “ponto de referência obrigatório para a seleção (e uma relativa hierarquização) dos valores ou interesses penalmente protegíveis.”⁹⁵

Entendida como referencial⁹⁶, não cabe à Constituição fixar um catálogo fechado que determine quais bens são suscetíveis de tutela penal. Ela constitui um quadro axiológico, de conteúdo incontestável, com o objetivo de orientar o legislador na escolha de quais bens serão dignos de tutela penal.

Reportando-se à ineficácia da limitação axiológica constitucional para o reconhecimento de bens jurídico-penais, Gianpaolo Poggio Smanio assevera que “a rapidez com que ocorrem as mudanças sociais e os valores e necessidades da sociedade de massa contemporânea fazem com que seja de todo recomendável que o próprio legislador penal possa ter espaço próprio para a escolha dos bens jurídico-penais reconhecidos.”⁹⁷

⁹⁴ PRADO, Luiz Régis, op. cit. p. 53.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma (...)**, op. cit. p. 95

⁹⁶ Isaac Sabbá Guimarães, a propósito, afirma que “a Constituição desenvolve uma função de orientação, na medida em que, possuindo o caráter fragmentário, não prevendo ou protegendo a totalidade de bens e de valores, mas apenas aqueles que mais representativos e essenciais aos cidadãos, permite ao legislador apenas guiar-se dentro de certos limites”, op. cit. p. 486.

⁹⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 10, n.º 39, julho-setembro 2002, p. 132.

Cabe à realidade social e ao seu dinamismo dizer quais coisas e interesses são dotados de valores, a partir de sua relevância para a autodeterminação do homem na sociedade, e às políticas criminais selecioná-los.

Nesta atividade, incumbe ao legislador determinar precisamente qual o bem jurídico tutelado pela norma, não sendo permitida a proteção de bens indetermináveis.

2.1.3. Conceito de bem jurídico-penal

O conceito de bem jurídico-penal fundamenta-se em critérios valorativos e relativos. São valorativos porque exigem do constituinte e, posteriormente, do legislador ordinário um juízo de valor sobre o bem. São também considerados relativos, pois são válidos sob a vigência de um determinado sistema e em um específico momento histórico e cultural.

Mas a definição de bem jurídico na doutrina não é unânime, principalmente quando se tem em vista uma conceituação que forneça elementos básicos para caracterizá-lo como um limite ao poder punitivo estatal.

Neste sentido, a categoria bem jurídico é utilizada em duas acepções. Para o conceito dogmático de bem jurídico, a lei define o objeto de proteção. Considera-o representação do conteúdo material do ilícito penal⁹⁸, sem, contudo, informar os elementos a serem considerados no momento da seleção de bens jurídicos dignos de tutela penal. Mir Puig assevera que para esta concepção importam os bens efetivamente protegidos pelo Direito⁹⁹, ou seja, basta ler cada tipo penal para se extrair qual bem jurídico foi valorado nas respectivas normas.

O sentido político criminal do termo estabelece que os bens jurídicos seriam prévios ao direito penal, ou seja, bens considerados essenciais à existência da pessoa, de acordo com suas necessidades na sociedade em que vivem. Sendo assim, o bem jurídico é um produto da sociedade e sua seleção depende de políticas criminais que determinarão quais bens serão protegidos penalmente.

⁹⁸ BIANCHINI, Alice, op. cit. p. 42.

⁹⁹ MIR PUIG, Santiago, op. cit. p. 160/161.

No entendimento do citado autor, são necessárias duas condicionantes para que um bem jurídico seja considerado bem jurídico-penal: suficiente importância social e necessidade de proteção pelo direito penal.¹⁰⁰

A importância social do bem jurídico deve ser compatível com a gravidade das consequências originadas pelo direito penal. Para aplicação de uma sanção grave, deve ter ocorrido uma infração igualmente grave.

Adotaremos a conceituação oferecida por Maria da Conceição Ferreira da Cunha. Para ela, bem jurídico-penal consiste no bem fundamental para determinada comunidade que só possa ser eficazmente protegido através da intervenção penal.¹⁰¹ Compatível é o pensamento de Gianpaolo Poggio Smanio, que acertadamente encontra a noção de bem jurídico-penal “como aquela espécie de bem jurídico cuja importância fosse considerada vital para a manutenção da sociedade e que é objeto da proteção das leis penais.”¹⁰²

2.1.4. Classificação do bem jurídico-penal

Considerando que o bem jurídico deve ser detentor de uma importância fundamental, é necessário esclarecer-se para quem é dirigida essa relevância: para o homem, para a coletividade ou para ambos.

Assim é que surgem três posicionamentos diferentes na doutrina: a concepção dualista, monista-pessoal e a monista-estatal ou monista coletivista¹⁰³.

Para os adeptos da concepção monista-estatal ou monista-coletivista do bem jurídico, todos os bens jurídicos são reflexos de um interesse do Estado ou da coletividade. Bens jurídicos individuais não seriam reconhecidos enquanto tais, porquanto o indivíduo

¹⁰⁰ Ibidem p. 162.

¹⁰¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, op. cit. p. 26.

¹⁰² SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit. p. 131.

¹⁰³ GRECO, Luis, “Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito” In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49, julho-agosto 2004, p. 102.

somente será protegido na medida em que isso interessasse ao Estado ou à coletividade¹⁰⁴. É uma posição extremista que tem Binding como seu precursor.

De outra banda, para a concepção monista-pessoal do bem jurídico, o ponto de partida são os interesses individuais. Os bens jurídicos da coletividade somente serão reconhecidos legítimos na medida em que referentes a bens jurídicos individuais, ou seja, essa categoria, por si só, não é objeto de tutela por meio do direito penal. É o que entende Von Liszt e Hassemer, para quem todos os bens jurídicos são bens das pessoas.

Luiz Flávio Gomes é adepto **dessa** concepção, pois assevera que “em uma época em que a socialização e a abusiva intervenção penal são cada vez maiores, não há dúvida de que uma visão crítica do Direito penal pode ser obtida mais facilmente com uma concepção personalista do bem jurídico, que teria um duplo significado: (a) “desde uma visão antropocêntrica do mundo, os bens jurídicos supra-individuais ou coletivos ou universais só são legítimos enquanto sirvam ao desenvolvimento pessoal do indivíduo”, (b) os bens jurídicos supra-individuais ou coletivos dever ser interpretados segundo a concepção personalista, porque “só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar com legitimidade uma concepção liberal do Estado, é dizer, uma concepção que legitime a a cão do Estado desde o ponto de vista da pessoa”.¹⁰⁵

Finalmente, a terceira corrente, que defende a concepção dualista do bem jurídico, estabelece que há bens jurídicos tanto individuais quanto supra-individuais ou coletivos, sendo que não se podem reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo, estando vedado também pensamento em sentido contrário, de reduzir os bens jurídicos coletivos em individuais. De acordo com Luís Greco¹⁰⁶, para essa teoria os bens jurídicos individuais e coletivos são legítimos e admissíveis.

Os bens individuais são os que pertencem às pessoas **singularmente consideradas** , tais como a vida, saúde pessoal, liberdade, propriedade, hora. Por sua vez, há uma certa confusão terminológica quando se trata de conceituar os bens jurídicos supra-individuais.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 103.

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma (...)**, op. cit. p. 142.

¹⁰⁶ GRECO, Luís, op. cit. p. 104.

Isso porque a doutrina brasileira adota os termos “bens jurídicos difusos” “bens jurídicos coletivos” e “bens jurídicos supra-individuais” como sinônimos, mas, na verdade não o são¹⁰⁷. É necessário compreender que os interesses supra-individuais ou metaindividuais detêm uma concepção ampla, genérica, que tanto abrange os interesses coletivos quanto os difusos.

Os interesses coletivos possuem uma concepção menos lata do que os difusos, pois se referem a interesses de uma coletividade de pessoas interagindo apenas entre si. Os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico¹⁰⁸.

Os bens jurídicos difusos, por sua vez, dizem respeito a uma valoração de pessoas e valores genéricos, pessoas e interesses de massa, conflitando entre si. Têm a característica de pautarem-se em dados de fato acidentais e mutáveis, pois se referem, em geral, à qualidade de vida¹⁰⁹.

Exemplificando, a teoria dualista reconhece sem dificuldades o meio ambiente como um bem jurídico coletivo, mas para a teoria monista todas as infrações ao meio ambiente são classificadas como crimes de perigo abstrato contra a vida ou a integridade física de pessoas concretas.

Neste trabalho considerar-se-á que a posição dualista merece prevalecer ante a teoria monista-pessoal, uma vez que nem sempre será possível referir o bem jurídico coletivo aos interesses de indivíduos concretos.

2.1.5 O Princípio da Ofensividade

O direito penal clássico exige, ainda, para que se justifique a intervenção penal, a existência de uma lesão sofrida pelo bem. Além de proteger bens jurídicos com dignidade penal, sua atuação somente será legítima quando estes bens tiverem sido ofendidos.

O princípio da ofensividade tem expressão eminentemente garantista. De seu conteúdo decorre, como ensina Luiz Flávio Gomes, que “unicamente o fato ofensivo – lesivo ou concretamente perigoso – a um bem jurídico importante pode ser objeto de

¹⁰⁷ Cf, v.g., as transcrições dos posicionamentos de Luiz Flávio Gomes e Luís Greco feitas na página anterior.

¹⁰⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Artigos Doutrinários/Tópicos Jurídicos**. p. 58

¹⁰⁹ SILVEIRA, op. cit. p. 61.

criminalização e de sanção penal”¹¹⁰, ou seja, não há crime sem ofensa a um bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*).

De acordo com Zaffaroni e Batista, “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo.”¹¹¹

Como bem adverte Paulo de Souza Queiroz, “à decisão de criminalizar-se um certo comportamento haverá de preexistir uma efetiva transgressão de um interesse, de terceiro, particular, difuso ou coletivo, juridicamente tutelado, devendo, no entanto, ser esse interesse definido, concretamente identificado ou identificável (...). Sem essas condições ou pré-condições, qualquer intervenção penal, a par de ser inútil, é de todo arbitrária.”¹¹²

Este princípio atua em dois planos, vale dizer, possui dupla função. A primeira delas é político-criminal¹¹³, orientando o legislador no momento da criminalização de uma conduta, sendo que a elaboração do tipo penal está vinculada ao conteúdo ofensivo a bens jurídicos relevantes do ato, ou seja, atua não permitindo que sejam criminalizadas condutas que não acarretem uma ofensa significativa ao bem jurídico tutelado.

A segunda função é interpretativa ou dogmática, cuja incidência reside no momento da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto pelo magistrado. De acordo com o mencionado autor, a primeira função constitui um limite ao *ius puniendi*, ao passo que a segunda é um limite ao *ius poenale*¹¹⁴.

2.1.5.1. A função político-criminal do princípio da ofensividade

Limitar a matéria sujeita à tutela pelo direito penal constitui a função primordial deste princípio. Atua em nível legislativo, buscando impedir que o legislador configure tipos penais que não prevejam condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico tutelado.

¹¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 14.

¹¹¹ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A. et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹¹² QUEIROZ, Paulo de Souza, op. cit. p. 110.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio (...)** op. cit. p. 28.

¹¹⁴ Idem.

Admitido-se esta premissa, exclui-se deste âmbito qualquer tipo de delito que não contenha em seu núcleo uma ofensa ao bem jurídico de terceiro(s).

Luiz Flávio Gomes reconhece três dimensões garantistas¹¹⁵. A primeira delas constitui uma garantia ao próprio modelo democrático de Estado, à medida em que visa a impedir o arbítrio e degeneração do poder punitivo, característico de regimes autoritários. Procura impedir que o direito penal funcione como meio de proteção do próprio Estado e de seus representantes.

A segunda dimensão procura fazer com que o princípio da ofensividade sirva de barreira contra a expansão ou hipertrofia do direito penal, dada a intensa e crescente tutela penal de interesses desnecessários e irrelevantes ou da tentativa de atribuir ao direito penal a solução de problemas sociais e econômicos.

Finalmente, a terceira dimensão relaciona-se ao controle do conteúdo material da lei penal, em relação ao objeto da proteção - o bem jurídico - e à exigência do conteúdo ofensivo do delito.

2.1.5.2. A função dogmática (interpretativa) do princípio da ofensividade

A segunda função atribuída ao princípio da ofensividade refere-se ao plano dogmático ou interpretativo. Ela possui aplicabilidade em nível jurisdicional, vinculando também o intérprete.

Ocorre quando o legislador, desprovido de razoabilidade, não cumpre a sua tarefa de elaborar o tipo penal lesivo. É o momento derradeiro, no qual cabe ao juiz corrigir os excessos cometidos, verificando a concreta presença de uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, após o cometimento do fato ilícito.

Para Gianpaolo Poggio Smanio, “o intérprete deve reconstruir os tipos de crimes com a ajuda do critério do bem jurídico, excluindo os comportamentos não ofensivos ao bem tutelado pela norma incriminadora”¹¹⁶.

¹¹⁵ Ibidem, p. 30/31.

¹¹⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela (...)**, op. cit. p. 83.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, “quando o legislador não cumprir sua tarefa de delinear o tipo penal em termos ofensivos (leia-se: quando ele descumpriu o *nulla lex sine iniuria*) é que o intérprete e o aplicador da lei devem fazer valer (no caso concreto) o *nullum crimen sine iniuria*.”¹¹⁷

Este é o denominado método da ponderação, proposto por Luiz Flávio Gomes como uma radical mudança de método e paradigma.¹¹⁸ A conduta que não acarreta lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico há de ser considerada atípica.

Constitui, verdadeiramente, uma mudança de método compatível com nosso modelo de Estado. Procura-se com o princípio da ofensividade ir além da mera subsunção formal do fato à norma, ou seja, a tarefa de aplicar o direito penal ao caso concreto não se resume na adequação do fato à letra da lei.

Além disso, cabe ao aplicador da lei verificar naquele caso qual bem jurídico está sendo protegido pela norma, se ele foi objeto de ataque e, principalmente, se deste ataque resultou um perigo concreto ou uma lesão intolerável. Somente após a análise aqui proposta é que o magistrado deve concluir pela tipicidade ou atipicidade da conduta.

Desta forma, estão excluídos os delitos de mera desobediência à norma e os de perigo abstrato, considerados mera “infrações da norma interpretativa”¹¹⁹, ou seja, condutas que, embora possuam adequação típica, “em concreto mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado”.¹²⁰

Este é o antagonismo entre as concepções formal e material de delito. Na hipótese de subsunção formal da conduta à descrição legal, mas sem ofensa ao bem jurídico, a posição aqui adotada é que “a tipicidade não se esgota na adequação literal ou gramatical da conduta, sendo mister, sempre, o *plus* da afetação concreta do bem jurídico (delito em sentido material)”.¹²¹

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio** (...) op. cit. p. 99.

¹¹⁸ Ibidem, p. 14.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio** (...) op. cit. p. 103.

¹²⁰ Ibidem, p. 106.

¹²¹ Ibidem, p. 114.

2.1.5.3. A determinação da ofensividade e a intolerabilidade da lesão

Como visto anteriormente, é da Constituição que se retiram os valores que, direta ou indiretamente, necessitam de proteção por parte do direito penal. Não significa, entretanto, como adverte Bianchini, “que todas as condutas atentatórias a ele serão criminalizadas. A atuação do legislador penal encontra-se, em face do princípio da fragmentariedade do direito penal, condicionada, dentre outros, à existência e à gravidade da agressão”.¹²²

Maria da Conceição Ferreira da Cunha apresenta duas correntes que buscam solucionar o problema. A primeira delas propõe que, pairando dúvida acerca da ofensividade, o legislador estaria obrigado a recorrer à prova da danosidade, uma vez que a pena “se pode traduzir numa limitação da liberdade pessoal e se traduz sempre numa afetação da dignidade humana.”¹²³

Esta exigência de prova plena pode obstaculizar a atividade legislativa de criminalização, fazendo com que a tutela penal fique “aquém da previsão constitucional”¹²⁴, pois pode tornar praticamente impossível qualquer decisão criminalizadora.

Uma outra corrente doutrinária propõe a não exigência de prova da ofensividade da conduta, dando ao legislador liberdade de apreciação dos casos criminalizáveis. De acordo com Bianchini, “tal solução também não parece acertada, visto que pode implicar restrição da liberdade individual em relação a comportamentos que, bem analisados, nenhuma lesividade causam à sociedade.”¹²⁵

As críticas às posições acima descritas ensejaram a busca de outras soluções, dando origem à posição intermediária, proposta por Cunha¹²⁶. Assim, em cada caso concreto, deve o legislador examinar não só a extensão, mas, também, a intensidade da presumível danosidade social da conduta averiguada; analisar o grau de probabilidade de sua ocorrência e verificar o tipo e o grau de lesão acarretada pela criminalização aos direitos fundamentais do criminalizado. Deste modo, não se exige prova plena da ofensividade nem se deixa a questão ao alvedrio do legislador.

¹²² BIANCHINI, Alice, op. cit. p. 58.

¹²³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, op. cit. p. 160.

¹²⁴ BIANCHINI, Alice, op. cit. p. 58.

¹²⁵ BIANCHINI, Alice, op. cit. p. 59.

¹²⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, op. cit. p. 163.

Comprovada a ofensividade da conduta, não se realiza, necessariamente a sua criminalização. “Quando se tratam de condutas com elevado grau de reprovabilidade e danosidade social é comum o entendimento de que só um meio particularmente vigoroso, no caso a intervenção penal, poderá, a contento, proteger a sociedade.”¹²⁷ Às condutas que, ao contrário não se atribui alto grau de reprovabilidade, não resulta legitimada a intervenção penal.

2.1.5.4. *Concepção material de delito: o delito como ofensa a bem jurídico-penal*

A elaboração do princípio da ofensividade decorreu do abandono de uma posição formalista do direito penal, em que a caracterização do delito resumia-se à infração à norma isoladamente considerada. O conceito formal de crime é “toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena”¹²⁸, ou seja, tudo o que a lei define como tal¹²⁹.

Apesar da importância deste conceito, em termos de segurança jurídica, o mesmo não constitui requisito suficiente para a caracterização do evento delituoso¹³⁰, haja vista não considerar a antijuridicidade material entre o fato e a norma.

De acordo com Luiz Flávio Gomes “não cabe dúvida de que no Direito Penal, *como ponto de partida*, temos de nos apoiar no conceito “formal” de delito. Mas isso evidentemente não impede a elaboração de um conceito “material”, que é o único que lhe pode outorgar um maior grau de legitimação democrática e conferir aos cidadãos, ao mesmo tempo, mais liberdade e segurança jurídica.”¹³¹ (grifos no original)

Isto porque o delito não constitui apenas uma infração formal, mas “uma violação da esfera jurídica alheia”¹³², ou seja, uma lesão a bem jurídico de outrem. É necessário que se caracterize uma efetiva lesão ao bem, que constitui o elemento material do crime.

¹²⁷ Ibidem, p. 64.

¹²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. Atualizado por Fernando Fragoso. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 221.

¹²⁹ ALMEIDA, Carlota Pizarro de. **Casos e Materiais de Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 203.

¹³⁰ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 90.

¹³¹ GOMES Luiz Flávio. **Princípio (...)**, op. cit. p. 77.

¹³² SANTORO FILHO, Antônio Carlos, op. cit. p. 91.

Conforme o aspecto material, o crime é denominado “um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou a um valor da vida social”¹³³.

Na concepção de José Frederico Marques, o crime, analisado no sentido substancial, “pode ser definido, ainda, com a lesão de um bem jurídico penalmente tutelado, uma vez que essa tutela descansa justamente no juízo de valor que considerou delituosa determinada conduta em razão de estar em antagonismo com interesses vitais da coletividade.”¹³⁴

Ainda, Jorge de Figueiredo Dias ressalta que o conceito material de crime é previamente dado ao legislador, indicando-lhe o que pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal.¹³⁵

Sendo assim, o modelo de crime que pode ser considerado compatível com a Constituição Federal é aquele estruturado como ofensa a um bem jurídico-penal, seja na forma de lesão ou colocação em perigo de lesão, pois a característica democrática do Estado brasileiro impede seja o crime considerado um sintoma de periculosidade ou antisocialidade individual, ou, ainda, como “mera desobediência de deveres”¹³⁶. Não se admite, ademais, como elemento componente da “estrutura do crime”¹³⁷, a imposição de “posições políticas, religiosas ou éticas”¹³⁸.

Assim, o bem jurídico deve ser o conceito central do tipo, constituindo um importante instrumento de interpretação. À existência de tipos penais desprovidos de bens jurídicos a resposta deve ser sempre negativa¹³⁹.

¹³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições (...)*, 2003, op. cit. p. 175.

¹³⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal - Vol. II*. Ed. rev., atualizada e amplamente reformulada por Antônio Cláudio Mauz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. São Paulo: Millennium, 2002, p. 5.

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit. p. 55.

¹³⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela (...)*, op. cit. p. 84.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ JESCHECK Apud BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt; CONDE Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 140.

2.2. A tutela do bem jurídico no direito penal moderno: o processo de desmaterialização dos bens jurídicos

As características explicitadas acerca do bem jurídico fundamentam o **modelo** clássico do direito penal. São elas o fundamento da legitimidade da intervenção penal no Estado de Direito.

Todavia, como foi precedentemente explicado, o direito penal também foi chamado a atuar em relação às ameaças criadas pelos novos riscos tecnológicos, razão pela qual essa concepção vem sendo mitigada pela “incorporação de bens jurídicos supra-individuais imateriais e imprecisos ao espectro de proteção jurídico-penal”.¹⁴⁰

Sendo assim, a adaptação do direito penal ao surgimento da sociedade do risco revela o predomínio “de iniciativas voltadas à prevenção em grande escala de situações problemáticas e ao estabelecimento de garantias públicas a favor de bens de conteúdo amplo e abstrato, em detrimento de um paradigma direcionado à repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos individuais”.¹⁴¹

O processo de desmaterialização, também chamado de espiritualização, de bens jurídicos é, assim, a mudança de compreensão do conceito de bem jurídico, “consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos – o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido.”¹⁴²

O distanciamento da concepção tradicional do bem jurídico orientada para a proteção de bens individuais acarreta uma série de consequências que, no entendimento de Marta Rodriguez de Assis Machado acaba por afetar questões fundamentais da teoria do delito.¹⁴³

Essas consequências são, na verdade, as vigas mestras da expansão do direito penal, a saber: a extensão da proteção penal a bens jurídicos supra-individuais, a utilização de crimes de mera conduta, a antecipação da tutela penal aos crimes de perigo

¹⁴⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit. p. 106.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Ibidem, p. 107.

¹⁴³ Ibidem, p. 112.

abstrato, a utilização de crimes omissivos, culposos e cumulativos e a atribuição de responsabilidade penal para a pessoa jurídica.

Assim, os ilícitos penais passam a se manifestar como transgressão de um dever e não têm necessariamente relação direta com um bem material. São as infrações às normas de conduta, também chamadas de delitos de transgressão, cujo fundamento repousa numa relação hipotética entre a ação e a produção de um perigo ou dano ao bem jurídico¹⁴⁴, com vistas à manutenção da segurança do sistema.

Esse vínculo, contudo, é remoto e eventual, consistindo o ilícito penal na infração do dever de observar determinada norma, concentrando o injusto muito mais no desvalor da ação que viola o *standard* de segurança do que no desvalor do resultado, que se faz cada vez mais difícil identificar ou mensurar. Assim, “em vez do tradicional elemento de lesão ao bem jurídico, aparece como pressuposto legitimador da imputação a desaprovação do comportamento que vulnera um dever definido na esfera extrapenal.”¹⁴⁵

Não se trata mais de repressão a crimes de âmbito individual ou concreto, mas sim de tutela de condições ou patamares de segurança estabelecidos em instâncias extrapenais, que se estimam necessários à manutenção de determinado sistema. Na prática, o que se tem é uma aproximação do direito penal ao direito administrativo.¹⁴⁶

Outra consequência evidenciada pela autora são as incriminações de perigo. “Criminalizam-se comportamentos entendidos como inconvenientes às condições de funcionamento de determinado âmbito de atividade, protegendo-se interesses muito antecipados ao núcleo de integridade dos bens jurídicos e dispensando-se, por completo, a demonstração da lesividade ou da periculosidade da conduta em relação ao bem.”¹⁴⁷

Assim, os delitos de perigo abstrato, que eram excepcionais no direito penal clássico, ou inadmissíveis, para aqueles que os entendem como inconstitucionais, passam a ser a regra no direito penal moderno. Este tema, dada a sua relevância, será tratado em capítulo separado do presente trabalho.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 114.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 117.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 130.

Além disso, a operacionalização do direito penal a partir da mera incriminação de deveres também é utilizada com relação à determinação da autoria e do elemento subjetivo do injusto, ou seja, refere-se aos crimes omissivos e aos crimes culposos.¹⁴⁸

Quanto aos crimes omissivos próprios e impróprios “pode-se dizer que em razão da imprevisibilidade dos processos causais que determinam o surgimento de novos riscos, instaura-se uma mentalidade de vigilância generalizada, em que qualquer ação pode se revelar perigosa, e, portanto, todos devem estar preparados a atuar para evitar um dano ou um perigo derivado de suas ações”.¹⁴⁹

Da mesma forma, “o mecanismo da culpa *strictu sensu* se adapta ao clima sobressaltado de prevenir comportamentos que possam desencadear resultados lesivos, além de representar mais uma saída às dificuldades sempre crescentes de se identificar o elemento subjetivo dolo nas ações lesivas aos bens jurídicos coletivos.”¹⁵⁰

A legislação ambiental brasileira contém dispositivos que corroboram tais assertivas. É o caso do art. 54, § 3º, da Lei nº 9.605/98, que prevê a omissão criminosa de medidas de precaução em caso de risco e dano ambiental grave gerados pela poluição. Já os crimes culposos são previstos em diversos dispositivos da lei, podendo-se citar como exemplo o art. 54, § 1º, que criminaliza a conduta de causar poluição que resulte ou possa resultar em danos à saúde humana, a animais ou à flora.

Ressalte-se, ainda, o surgimento dos delitos cumulativos, os quais se referem à punição de condutas não por sua lesividade, mas por sua realização massiva. Verificou-se em alguns casos que cada ação isolada seria insignificante para ocasionar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, mas “no caso de performance generalizada dessa conduta, cada ação faria parte de uma cadeia de repetição cujo montante total é que realmente resultaria perigoso para o bem jurídico coletivo”.¹⁵¹

Finalmente, a responsabilização da pessoa jurídica também é arrolada como consequência da desmaterialização do bem jurídico, a qual é essencial para repressão da

¹⁴⁸ Ibidem, p. 137.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 139.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 140.

¹⁵¹ Ibidem, p. 143.

criminalidade econômica. Isso porque a atuação do crime organizado se serve da máscara da pessoa jurídica para viabilizar a atividade ilícita, que se concretiza de modo significativo nos delitos ecológicos, nas relações de consumo, nos perigos de transporte de materiais e no âmbito da saúde e segurança dos trabalhadores.¹⁵²

Esse tipo de responsabilização vem sendo adotado por diversos países, sendo que no ordenamento jurídico brasileiro obteve tratamento constitucional, conforme se verifica da leitura dos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, da Constituição.

Pode-se concluir, portanto, que o direito penal moderno operou uma inversão nos critérios de utilização do bem jurídico: de limitador da intervenção penal e de fundamento para a descriminalização de condutas, passa o bem jurídico à função de exigência de intervenção penal, ou seja, assume o papel de propulsor da ampliação e não de limitador do *ius puniendi*.¹⁵³

Desta forma “vislumbra-se, aí, uma importante mudança de paradigma: de um modelo de contenção do processo de criminalização para um modelo basicamente criminalizador, que parte de pressupostos preventivos contra os novos riscos”.¹⁵⁴

¹⁵² Ibidem, p. 146.

¹⁵³ Ibidem, p. 159.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 160.

CAPÍTULO 3 – DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Pode-se concluir que os crimes de perigo abstrato são um importante instrumento de prevenção dos riscos oriundos da criminalidade moderna. Para a sua caracterização, indispensável se faz a distinção existente entre crimes de dano e de perigo e, com relação aos últimos, entre crimes de perigo concreto e abstrato.

3.1. Crimes de dano

Esses tipos de crimes são caracterizados pela efetiva lesão ao bem jurídico. “Reveste-se de um conceito normativo, representando o fruto de uma valoração de um evento imputável a um indivíduo em relação às exigências de uma dada norma, a qual vem a considerar que o interesse protegido seja afetado de forma plenamente relevante”¹⁵⁵.

3.2. Crimes de perigo

De outra banda, há figuras penais em que a descrição do fato típico dispensa a provocação de um dano, punindo tão somente a colocação do bem jurídico em perigo de lesão, pois o legislador entende que por o bem jurídico em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal. Pune-se a mera probabilidade, ainda que abstrata, de dano aos interesses juridicamente tutelados.

Os crimes de perigo já são há muito tempo objeto de estudo pelo direito penal¹⁵⁶. Afirmava-se serem eles a possibilidade objetiva de um acontecimento danoso. Após, tornou-se necessária não somente a mera possibilidade, mas a probabilidade do dano.

Surgiram, então, duas teorias: uma subjetiva e outra objetiva. “A primeira é baseada em um conceito positivista-naturalístico, que entende que o perigo existe na mente do sujeito que tem uma imagem subjetiva, não real, do mundo, baseando-se através da

¹⁵⁵ SILVEIRA, op. cit., p. 90.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 91.

experiência na possibilidade ou na probabilidade de ocorrência de produção de um resultado lesivo”¹⁵⁷.

Por outro lado, a teoria objetiva “parte do pressuposto que determinadas condutas têm a propriedade de ser, genericamente, perigosas. O caráter perigoso, assim, não seria fruto de uma abstração, mas sim, de que, atendendo-se a múltiplas circunstâncias concorrentes, verificada seria a probabilidade de lesão”¹⁵⁸.

Resumindo, para a teoria subjetiva a partir de uma perspectiva *ex ante* já se vislumbra a ocorrência do perigo, enquanto que na teoria objetiva prevalece a perspectiva *ex post*, normativa, que exige sejam considerada a realidade em que ocorreria o delito para, somente mediante um juízo *a posteriori*, se concluir pela existência do perigo.

3.2.1. Crimes de perigo concreto

Os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela necessidade de comprovação real da existência da criação da situação de perigo ao objeto protegido pela norma.

Em outras palavras, a ação deve estar na iminência de causar uma lesão ao bem jurídico, sendo este o resultado exigido pela norma: a proximidade da lesão. Assim, “o bem jurídico terá passado por perigo concreto quando a inoccorrência da lesão parece mera obra do acaso, quando um homem racional não pudesse contar com um final feliz para os acontecimentos”¹⁵⁹.

Renato de Mello Jorge Silveira ressalta que o estudo dos crimes de perigo ganhou roupagem nova a partir dos estudos realizados pela doutrina européia em 1970, que passa a relacionar o perigo com a distinção clássica entre crimes de mera atividade e de resultado. Assim, os crimes de perigo concreto equivalem aos crimes de resultado de perigo enquanto os crimes de perigo abstrato se referem aos crimes de mera conduta perigosa.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Ibidem, p. 91.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 93.

¹⁵⁹ GRECO, Luís, op. cit. p. 121.

¹⁶⁰ SILVEIRA, op. cit., p. 103.

A partir dessa classificação foram criados múltiplos critérios classificatórios visando caracterizar os crimes de resultado de perigo. Citaremos os mais relevantes¹⁶¹.

Primeiramente Francesco Angioni parte da premissa de que o juízo acerca dos crimes de perigo devem passar por três avaliações: a do momento da conduta típica, a do momento do resultado de perigo e a do momento do processo penal. Quando a análise é feita antes do processo penal, fala-se numa perspectiva *ex ante*, enquanto que a verificação no curso do processo penal deve ser tanto *ex ante* quanto *ex post*.¹⁶²

Já Schröder considerou necessário trasladar a base do juízo do momento em que se dá o fato típico para a situação em que a ação viria a provocar uma lesão, numa clara análise *ex post*, ou seja, no lugar de juízos prognósticos do perigo, dever-se-iam ser feitos diagnósticos baseados na situação de perigo.¹⁶³

Um avanço quanto a esse pensamento ocorreu na Alemanha, a partir de uma construção idealizada por Eckard Horn¹⁶⁴, que pode ser conceituada como teoria do injusto pessoal monista-subjetiva e outras de cunho normativo pregada por Bernd Schünemann, Heinrich Demuth e Jüngen Wolter.¹⁶⁵

Horn atribui aos crimes de resultado de perigo uma natureza ontológica¹⁶⁶, pois para ele o injusto é composto apenas pelo desvalor da ação, ficando o desvalor do resultado para o âmbito da condição objetiva de punibilidade. Afirma que a situação de perigo seria um estado de desenvolvimento de uma ação que culmina em uma lesão, a qual não existirá sem uma situação prévia, mas que, se comprovada, acarretará o perigo.¹⁶⁷

Essa teoria foi bastante criticada, encontrando poucos seguidores. Entendeu-se, principalmente, que o critério formulado encontra-se falho na medida em que se mostra

¹⁶¹ SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 103.

¹⁶² ANGIONI, Francesco. **Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale – La struttura oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1994, apud SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 104.

¹⁶³ SCRÖDER, Horst. **Die Gefährdungsdelikte**, apud SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 104.

¹⁶⁴ HORN, Eckhard. **Konkrete Gefährdungsdelikte**: Otto Schmidt, 1973, apud SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 104.

¹⁶⁵ Apud SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 104/105.

¹⁶⁶ HORN, Eckhard. **Konkrete Gefährdungsdelikte**: Otto Schmidt, 1973, apud GRECO, Luís, op. cit. p. 120.

¹⁶⁷ HORN, Eckhard, apud SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 104.

extremamente determinístico, exigindo uma lei que demonstre a impossibilidade da realização da lesão¹⁶⁸.

A concepção normativa, por sua vez, pode ser classificada a partir de três posições, todas elas partindo da ótica da imputação objetiva, observando a situação perigosa sob a ótica do risco.

Schünemann propõe que “somente haverá de se constatar a situação como de perigo concreto quando os meios normais para eliminar a potencialidade lesiva da situação não forem suficientes, devendo, para tanto, adotarem-se medidas extraordinárias”¹⁶⁹. Segundo ele, não excluiriam o perigo as capacidades excepcionais da vítima, desconhecidas pelo agente.

Dehmuth entende que existem situações em que o bem se vê de tal forma ameaçado por uma situação perigosa que as medidas preventivas normais mostrar-se-iam insuficientes para a sua devida proteção.¹⁷⁰

Finalmente, Wolter parte da teoria normativa modificada do resultado de perigo, cujo pensamento exige uma relação de adequação entre a ação típica e o evento de perigo, pois somente a partir do risco criado pelo sujeito é que o bem jurídico deve ser protegido.¹⁷¹

Todas essas teorias foram objeto de críticas, pois, em algum momento, careciam de sistematização e seriam de difícil sustentação prática. Mas reconheceu-se que essas teorias muito contribuíram para o estudo dos crimes de perigo concreto.

Isso porque o estabelecimento da perspectiva sobre a qual é elaborado o conceito de crime de perigo concreto, se *ex ante* ou *ex post* é determinante para se conhecer a legitimidade dos mesmos.

¹⁶⁸ SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 105.

¹⁶⁹ Apud SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 105.

¹⁷⁰ DEHMUTH, Heinrich. **Der normative Gefahbergreif. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährungsdelikte**, apud SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 106.

¹⁷¹ WOLTER, Jüngen. **Objektive und personale Zurechnung Von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem**, apud SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 106.

Assim, conforme ressalta Luís Greco¹⁷², a doutrina que defende a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato não explica sob que perspectiva conceituam os crimes de perigo concreto. Mas denotam considerar apenas os dados anteriores à ocorrência da lesão, fato mesmo que torna deveras amplo o conceito de perigo concreto, abrangendo, inclusive, crimes que efetivamente são de perigo abstrato, legitimando, assim, facilmente o perigo abstrato mediante a adoção de um critério lato para a conceituação do perigo concreto.

3.2.2. Crimes de perigo abstrato

Por outro lado, os crimes de perigo abstrato, ou de mera conduta perigosa como prefere a doutrina alemã, tratam de uma presunção legislativa de perigo. O legislador parte de uma determinada conduta e a considera, por si só, como lesiva ou potencialmente perigosa ao bem jurídico e a descreve na norma penal como conduta criminosa.

Para a sua configuração não se exige a comprovação do perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo uma presunção *juris et de jure*. Basta “a perigosidade da conduta, que é inerente à ação”¹⁷³. A punição se impõe ainda que a conduta praticada pelo agente não seja apta a causar nenhum dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico-penal.

E é justamente esta a razão pela qual os crimes de perigo abstrato são criticados pela nossa doutrina majoritária. De acordo com Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira¹⁷⁴, “passou-se a punir até mesmo simples desobediências às abstrações legais e não a atos de autoridades. A demasia, demonstrada gritante, decorre da ideologia do crescimento penal, nascida da duvidosa eficácia das normas extrapenais. Com isso também as normais (*sic*) penais passam a ter eficácia duvidosa, ampliando-se o desprestígio do direito”.

E continua o autor: “em consequência, o juiz, mesmo sem visualizar a proximidade de um dano, de uma ofensa a bem jurídico, passa a dispor da atribuição de procurar potencialidades danosas; também o legislador tem o poder de criar bases normativas destinadas a punir condutas de mero perigo abstrato, isto é, causadoras de um nada. Nasceram leis formais, concedendo-se ao julgador um amplo e ilusório espectro de poder, mediante

¹⁷² GRECO, Luís, op. cit. p. 120.

¹⁷³ BIANCHINI, Alice, op. cit. p. 67.

¹⁷⁴ SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 100/101.

normas penais em desarmonia com a regra matriz dos crimes de perigo, contida no art. 132, do Código Penal. Como se sabe, esse delito é o grande paradigma dos demais crimes de perigo, exigindo que a conduta crie um perigo *direto e iminente*.”

De fato, a punição nos crimes de perigo abstrato é questionada devido à ausência do elemento perigo no tipo penal. Advirá apenas pela idoneidade do comportamento para a efetivação de uma lesão a um bem jurídico. Assim, para a existência de dolo basta que o agente conheça os elementos típicos do delito, sem que seja necessário que saiba da sua efetiva lesividade.

Realmente, a proliferação desmedida desses crimes, como se vê na atualidade, não se coaduna com a moderna construção do direito penal. O legislador penal se utiliza desse modelo de crime sempre que se vê necessitado de legitimar uma conduta a princípio não ofensora de bens jurídicos.

Entretanto, apesar dessa excessiva antecipação da tutela penal, isso não significa que o perigo abstrato não merece ser acolhido no nosso direito. Hassemer, citado por Renato de Mello Jorge Silveira, já mencionou “não ser possível a crítica do tipo penal nos casos de bens supra-individuais, justamente pela qualidade particular desses bens”¹⁷⁵.

A adoção de crimes de perigo abstrato, nesse diapasão, é imprescindível na tentativa de se conferir respostas adequadas à criminalidade oriunda da sociedade de risco, pois somente esses crimes podem atuar na esfera anterior à da lesão e proteger os bens jurídicos supra-individuais. O problema reside no fato de que a legislação brasileira não faz uso correto dessa ferramenta.

O que se vê atualmente é a criação desenfreada de tipos abstratos sem nenhum critério. Isso porque nem todos os bens jurídicos tutelados possuem a mesma dignidade. De um lado, temos os crimes contra o meio ambiente contra o patrimônio cultural, fé pública, e de outro lado temos os crimes contra a incolumidade pública, segurança no trânsito, saúde pública e contra as relações de consumo.

¹⁷⁵Ibidem, p. 110.

Exemplificando. A figura típica do crime de incêndio é “causar incêndio, expondo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”. Não se analisa sob uma perspectiva *ex post* a probabilidade de exposição do bem jurídico a perigo, pois não se consideram “as diversas possibilidades de fatores causais atuantes num processo de combustão (v.g. vento, mudanças meteorológicas, entrada e saída de pessoas do local incendiado, intervenção de equipe contra-incêndios etc.)”.¹⁷⁶

Na verdade o erro do legislador está em tipificar meras retificações de bens jurídicos individuais a pretexto de serem bens jurídicos supra-individuais.¹⁷⁷ A soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente para construir um bem jurídico supra-individual, “porque este é caracterizado pela elementar da não distributividade, isto é, é indivisível entre diversas pessoas. Assim, cada qual tem a sua vida, a sua propriedade, independentemente das demais, mas o meio ambiente ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte do meio ambiente ou da probidade da Administração que assista exclusivamente A ou B. Já o bem saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma de varias integridades físicas individuais, de modo que não passa de um pseudo-bem jurídico coletivo”.¹⁷⁸

Ainda assim, o Código Penal, no título “Dos Crimes contra a Incolumidade Pública”, buscou dar um tratamento genérico a condutas que venham causar um perigo à sociedade, se satisfazendo na maioria das vezes com incriminações sob a perspectiva *ex ante*, deixando de considerar a potencialidade do risco advindo dessas incriminações¹⁷⁹.

Verifica-se que se buscou dar um tratamento à criminalidade moderna nos moldes concebidos pelo direito penal **de tradição iluminista**, sem critérios, razão pela qual entendeu-se que os crimes de perigo abstrato são uma indevida antecipação da tutela penal e que realizam uma função meramente simbólica no ordenamento jurídico.

É de se ver, entretanto, qual é a maneira correta de se tutelar os bens jurídicos supra-individuais por intermédio dos crimes de perigo abstrato.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 126.

¹⁷⁷ GRECO, Luís, op. cit. p. 115.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 126.

3.5. A proteção aos bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno e os princípios penais clássicos

Constatou-se até então que os interesses supra-individuais detêm particularidades que os diferenciam dos demais. Essas particularidades, advindas de uma novel perspectiva do direito penal voltado para a proteção de uma sociedade de risco, determinam que diferenciada seja também a sua tutela.

Concluiu-se, ainda, que não se pode pretender simplesmente utilizar a conhecida tutela penal de bens jurídicos individuais, inerente ao direito penal clássico, uma vez que os fundamentos que legitimam ambos são diversos. A criminalização de bens jurídicos individuais baseia-se na ocorrência de lesão ou perigo de lesão ao bem tutelado pela norma penal, ao passo que os crimes de perigo abstrato introduzem uma antecipação da tutela penal mediante a incriminação de um estado prévio à lesão do bem jurídico.

É de se questionar, então, como o direito penal poderá legitimar essa tutela supra-individual. É uma matéria que está longe de ser pacífica, pois, por mais que se vislumbrem teorias que buscam legitimar esse tipo de intervenção, sempre haverá problemas de efetividade do direito penal tradicional, que não dispõe da técnica adequada para a tutela difusa¹⁸⁰.

Isso porque se vislumbra uma verdadeira incompatibilidade da tutela realizada pelo direito penal moderno com os princípios penais iluministas, notadamente, os princípios da ofensividade, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da intervenção mínima, colocando em questão a função limitadora da intervenção penal conferida pelo direito penal clássico ao princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos, já analisada no capítulo anterior.

Assim, o princípio da ofensividade é claro ao estabelecer que somente haverá crime a partir de uma lesão ou perigo (concreto) de lesão ao bem jurídico tutelado. E a característica principal da tutela dos bens supra-individuais é prescindir da concretização do resultado danoso para se consumarem, eis que tutelados pelos crimes de perigo abstrato.

Além disso, como ser compatibilizará essa nova tendência político-criminal com o princípio da *ultima ratio* ou intervenção mínima e seus princípios decorrentes –

¹⁸⁰ Ibidem, p. 203.

fragmentariedade e subsidiariedade –, já que é inerente à antecipação da tutela penal uma tarefa eminentemente preventiva?

Duas propostas de soluções se destacam na doutrina. A primeira é obra da *Escola dos penalistas de Frankfurt*¹⁸¹ e tem Hassemer como seu precursor. Entende que não cabe ao direito penal a tutela de bens jurídicos supra-individuais, devendo permanecer o direito penal tal qual concebido pelo modelo clássico. A tarefa de tutelar esses bens jurídicos deve ser atribuída a um novo direito, chamado de Direito de Intervenção.

A segunda é uma solução menos radical aventada por Jesús-María Silva Sanchez, que propugna sejam os bens jurídicos supra-individuais tutelados pelo direito penal. Mas, tendo em vista as particularidades dessa tutela, o direito penal deve atuar em duas velocidades.

3.5. Propostas de solução: o Direito de Intervenção (Winfried Hassemer) e o direito penal de duas velocidades (Jesús-Maria Silva Sanchez)

Hassemer entende que o direito penal moderno não funciona satisfatoriamente. Ele deve voltar ao seu aspecto central, ou seja, ao direito penal formal, ao campo dos bens individuais que é onde o direito penal pode ter eficácia.¹⁸²

Destarte, a tutela dos interesses supra-individuais deve ser realizada por um novo Direito, de cunho eminentemente preventivo e com novas regras para o trato desses casos, implicando, por via de consequência, a descriminalização de “axiomas penais individuais aplicados à seara difusa”¹⁸³, que originam efeitos meramente simbólicos.

O autor o denomina como Direito de Intervenção, pois, para ele, a estrutura do moderno direito penal repousa sobre diversos problemas, dentre os quais, o perigo de somente realizar a sua execução real de modo deficiente e a expectativa de que se recolha em funções simbólicas.¹⁸⁴

¹⁸¹ Cite-se Prittwitz, Hassemer, Lüderssen, Herzog e Albrecht, apud MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit. p. 187.

¹⁸² HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 8, outubro-dezembro 1994, p. 49.

¹⁸³ SILVEIRA, Renato Mello Jorge, op. cit., p. 182.

¹⁸⁴ HASSEMER, Winfried. **Características (...)**, op. cit. p. 152.

Assim, verifica que seus principais setores, principalmente drogas, meio ambiente e economia, estão acompanhados de déficits de execução crônicos, a saber: grande parte dos processos ficam parados já na fase de investigação; os juízes criminais não preenchem muito as condições para punição; os campos obscuros são extraordinariamente amplos e as pessoas “erradas” vêm à luz do direito penal e as “corretas” permanecem ocultas.¹⁸⁵

Para ele, o problema não está somente na falta de efetividade da norma, mas principalmente na constatação de que a sua aplicação muitas vezes leva a consequências injustas e desiguais.

Além desses fatores, Hassemer vislumbra que o princípio da individualização da pena não funciona com o moderno direito penal, pois uma característica da criminalidade moderna é a ação em grupos, com divisão de trabalhos.¹⁸⁶

Ainda, não poderá ser aplicado o *in dubio pro reo*, porquanto a dúvida é inerente ao paradigma da criminalidade moderna.¹⁸⁷

O Direito de Intervenção, assim, é um campo onde não se aplicariam sanções tão pesadas quanto as do direito penal, orientado pelo perigo, pela periclitação e não pelo dano. Estaria localizado entre o direito penal, o direito administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo civil, entre o campo do direito fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente.¹⁸⁸

É um ramo do direito destinado a agir preventivamente, ao contrário do direito penal que sempre atuou repressivamente. A repressão, na criminalidade moderna, atuaria tarde demais.

Trata-se, portanto, de uma opção mais radical, pois se caracteriza por uma intensa descriminalização de condutas, deixando para o direito administrativo sancionador o exercício dessa tutela, já que o direito penal não consegue dar respostas satisfatórias ao problema.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ HASSEMER, Winfried. **Perspectivas (...)**, op. cit. p. 48.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 49.

¹⁸⁸ Idem.

Corroborando um tal entendimento, as palavras de José Francisco de Faria Costa, “se estivermos manifestamente perante interesses difusos, julgamos que, em primeira linha, o direito de mera ordenação social, o direito administrativo e mesmo o direito civil são os meios mais adequados à defesa daqueles interesses ou valores, tendo em conta o já tantas vezes invocado princípio do mínimo de intervenção estatal ao nível da criminalização e conseqüente penalização.”¹⁸⁹

Por outro lado, Jesús-Maria Silva Sanchez adota uma posição intermediária. Ele recusa o apego ao direito penal tradicional. Entende que a imposição de um direito administrativo sancionador, apesar de ser uma postura louvável sob as perspectivas academicistas, evita afrontar as razões pelas quais se produziu a inflação penal, assim como buscar soluções que, uma vez atendidas, mostrem a máxima racionalidade possível.¹⁹⁰

O ponto central sobre o qual repousa a crítica maior do autor é o fato de que essas sanções administrativas acarretam também sanções de extrema gravidade, mas com a agravante de se reduzir consideravelmente as garantias do sancionado.

Assim, parte o autor da constatação de que a “configuração dos diversos sistemas jurídicos de imputação do fato ao sujeito, assim como a das garantias gerais de cada sistema, têm uma clara dependência das suas conseqüências jurídicas, sua configuração e sua teleologia”.¹⁹¹

Quer dizer que no sistema sancionatório penal não se podem exigir as mesmas garantias, pois as conseqüências jurídicas são substancialmente diversas. Assim, entende que o problema não é a expansão do direito penal em si, mas a expansão da pena privativa de liberdade, devendo, esta sim, ser contida.¹⁹²

Desta forma, não vê óbice a que se restrinjam garantias no direito penal contemporâneo quando houver imposição de sanções pecuniárias, privativas de direitos ou então reparatórias no lugar das penas privativas de liberdade. E, ao contrário do que entende

¹⁸⁹ COSTA, José Francisco de Faria, op. cit, p. 315.

¹⁹⁰ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, op. cit, p. 137.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² Ibidem, p. 137/139.

Hassemer, defende que esse modelo de menor intensidade garantística pode ser implantado dentro do direito penal, não necessitando que se constitua um novo direito.¹⁹³

Sendo assim, o novo sistema penal deve ter configuração dual, em dois níveis, também chamado de direito penal de duas velocidades. De um lado deve haver um direito penal nuclear, vocacionado para a imposição da pena de prisão, em que é mantido o modelo garantista da teoria clássica, seus princípios político-criminais, processuais, bem como as regras de imputação¹⁹⁴.

De outro lado, com vista a proteger bens jurídicos supra-individuais no controle dos novos riscos, um direito penal periférico, de condão intervencionista e regulamentador, tratará dos casos para os quais não se imporá pena de prisão, mas penas de restrição de direitos ou pecuniárias, havendo a flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.

De fato, a imposição de um direito penal periférico parece ser o que melhor responde à proteção dos bens jurídicos supra-individuais, pela mitigação de princípios penais tradicionais e pela antecipação da tutela, principalmente, com a criação de crimes de perigo abstrato.

¹⁹³ Ibidem, p. 140/141.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 144/149.

CONCLUSÕES

Diante de tudo o que foi dito, podemos extrair as seguintes conclusões principais:

O direito penal moderno é caracterizado pela expansão do direito penal clássico, pois foi chamado a tutelar novos interesses, oriundos da sociedade de risco.

Esses novos interesses não se restringem à esfera do indivíduo, alcançando destinatários indeterminados. São os bens jurídicos supra-individuais, os quais reclamam do direito penal um novo tipo de tutela, eis que a característica repressiva do direito penal iluminista não é mais eficiente considerando-se que uma lesão a tais bens é mais grave, porquanto irreparável.

Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato são mecanismos eficientes para a proteção dos bens jurídicos supra-individuais, pois se antecipam na proteção de estágios prévios à lesão.

O problema reside no fato de que o legislador brasileiro não faz bom uso desse instrumento, pois protege meras retificações de bens jurídicos individuais a pretexto de tutelar bens jurídicos supra-individuais e é essa tutela que não está legitimada perante o direito penal.

A proposta é no sentido de ampliar o direito penal para abranger interesses que não pertenciam a seu âmbito clássico de atuação, por intermédio de uma concepção dual do direito penal, que passa a ter duas velocidades, não necessitando da criação de um novo direito, conforme proposto por Hassemer.

A proteção desses novos interesses merece ser mantida no campo de atuação do direito penal, que deverá ter configuração dual. De um lado, permanecerá o direito penal clássico, nuclear, responsável pela tutela dos bens jurídicos individuais com todas as garantias penais e processuais penais já conhecidas. De outro lado, um direito penal periférico tutelar

os novos interesses mediante a redução das mencionadas garantias e com a criação de novos mecanismos protetores, dentre os quais, crimes de perigo abstrato.

É certo que o objetivo deste trabalho não foi o de esgotar o estudo sobre o assunto. Intentou-se, antes, acrescentar uma análise crítica a uma questão destoante na doutrina. Não se ignora que ainda existe muito que discutir sobre o tema proposto, de sorte a legitimar na legislação penal apenas os crimes de perigo abstrato que tutelarem bens jurídicos supra-individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Carlota Pizarro de. **Casos e Materiais de Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2000.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no direito penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, julho-setembro 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt; CONDE Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização**. São Paulo: LZN, 2005.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da Cunha. **Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Estudos e Monografias**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloísa E. Salomão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT v. 776, junho 2000.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. Atualizado por Fernando Fragoso. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. **Lições de Direito Penal, a nova Parte Geral**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Intervenção mínima para um Direito Penal eficaz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT v. 800, junho 2002.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Moderno Direito Penal. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre: Síntese

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **In: Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 8, outubro-dezembro 1994.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 6 n.º 22 – Jan-Mar 1998. São Paulo.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal – Vol. II.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUISI, Luis. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília:** n. 04, jan./abril 1998.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal - Vol. II.** Ed. rev., atualizada e amplamente reformulada por Antônio Cláudio Mauz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. São Paulo: Millennium, 2002.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.** Barcelona: Ariel, 1994.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira. Crimes de Perigo Abstrato. **In: Revista Jurídica.** São Paulo: Notadez. Ano 52, n. 325, novembro 2004.

PEREIRA, Carlos Frederico de O. O Conceito o Bem Jurídico e o Princípio da Insignificância. **Revista do Ministério Público Militar.** Vol. 10 n.º 13.

PRADO, Luiz Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição.** 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal.** São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. **Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 10, n.º 39, julho-setembro 2002.

_____. **Tutela Penal dos Interesses Difusos.** São Paulo: Atlas, 2000.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Vol. I.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WUNDERLICH, Alexandre. Uma reflexão sobre os delitos de perigo abstrato ou presumido. *In: Revista Jurídica.* São Paulo: Notadez, ano 48, nº 270, abril 2000.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A. et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZEIDAN, Rogério. ***Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais. Aspectos de Legitimidade e Limites da Potestade Punitiva.*** Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 2002.