

INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado por profundas modificações nas relações sociais e econômicas travadas pelos indivíduos. O ambiente de segurança e otimismo e a confiança inabalável no contínuo progresso da humanidade baseada no avanço científico até então experimentado pela sociedade moderna cedeu espaço a um mundo de incertezas no qual foi constatada a total incapacidade do homem para controlar os riscos por ele criados com a evolução tecnológica. A revolução científica, ao invés de produzir apenas efeitos benéficos para os seres humanos e de permitir o controle do homem sobre os fenômenos naturais, como se esperava, conduziu a humanidade a diversos episódios de desastre provocados por guerras e conflitos armados, todos com enorme potencial lesivo em razão da proliferação das armas de destruição em massa, além de provocar novas doenças biológicas e psíquicas e o surgimento de outros riscos graves à vida e à saúde humana causados pela intervenção cada vez maior do homem na natureza.

Esse quadro de incertezas foi agravado pelo fenômeno da globalização e a consequente diminuição de espaços provocada pela evolução dos sistemas de transportes e de telecomunicações, que provocou uma verdadeira revolução no modo de vida das pessoas. De fato, se por um lado é inegável que a globalização, ao encurtar distâncias, facilitou a comunicação e o deslocamento de indivíduos pelo mundo, por outro, também permitiu a difusão mais fácil dos efeitos lesivos causados pelas ações humanas, que deixaram de se restringir a um grupo geograficamente determinado de indivíduos e passaram a afetar um incalculável número de pessoas.

No âmbito das relações econômicas, esse conjunto de transformações foi marcado pelo grande aumento populacional e pela utilização crescente de máquinas e métodos modernos de produção em larga escala, o que intensificou consideravelmente a produção e o fornecimento de mercadorias e riquezas, fazendo com que fabricantes, fornecedores e consumidores se perdessem no anonimato das sociedades de massa. Se antes os cidadãos obtiam seus alimentos de um mesmo produtor ou de um único fornecedor, que tinha um círculo de clientes constante e limitado, atualmente as relações econômicas travadas entre os indivíduos tornaram-se impessoais e complexas, fruto de uma interconexão crescente entre as ações praticadas pelos agentes econômicos e de uma cadeia produtiva composta de fases cada vez mais entrelaçadas, o que tem dificultado enormemente a identificação do

responsável pelo fornecimento de alimentos estragados ou de outros produtos defeituosos ou nocivos à saúde. Aliado a isso, a globalização também provocou uma considerável interligação entre todos os mercados mundiais, o que, diante da ampliação de investimentos no mercado de capitais e da crescente captação de recursos pelas instituições financeiras, tornou o patrimônio da maior parte da população mundial mais exposto a fraudes cometidas em todos os principais bancos espalhados pelo mundo. A recente crise econômica mundial – que, de acordo com os economistas, foi a maior desde a crise de 1929 –, apesar de ter sido provocada essencialmente pela ganância e pela irresponsabilidade de alguns operadores do mercado financeiro em atuação nos Estados Unidos e na Europa, provocou consideráveis perdas econômicas e desemprego na maioria dos países do mundo.

Essa nova realidade social tem gerado certa perplexidade entre juristas e filósofos e proporcionado uma busca incessante por respostas a todos esses novos desafios do mundo pós-moderno. Muitas pessoas, por exemplo, têm se mobilizado por meio de diversas organizações não governamentais e exercido um papel importante no controle de certos riscos que afetam a vida na atualidade, buscando evitar a prática de danos ambientais ou diminuir as desigualdades econômicas existentes entre as pessoas e países.

Nesse contexto de profundas transformações sócio-econômicas, os Estados têm sido chamados a atuar positivamente para, em cumprimento ao seu dever de regulação da vida em sociedade, garantir condições mínimas para convívio livre e pacífico dos seus cidadãos.

Mas de que forma o Poder Público deve agir para assegurar um mínimo de estabilidade social e um sistema de produção de riquezas que não ponha em risco a existência futura da humanidade? De que maneira o direito em geral e, em especial, o direito penal, como conjunto de normas de que o Estado se vale para organizar a vida em sociedade com o objetivo de atender aos anseios de seus integrantes, deve reagir a essas transformações sociais ocorridas nas últimas décadas?

Na prática, tem sido possível perceber uma tendência de adaptação do direito penal a essa nova realidade social mediante a incorporação de novos objetos de proteção, que antes não detinham relevância penal, e a previsão de novas técnicas de tipificação caracterizadas pela antecipação da tutela a um momento prévio ao da lesão ou do perigo concreto a bens jurídicos. De fato, se antes o núcleo do direito penal era marcado essencialmente por comportamentos lesivos a bens individuais e concretos, como a vida e o

patrimônio, nas últimas décadas houve um considerável aumento da tipificação de condutas lesivas a interesses transindividuais e abstratos, tais como a ordem econômica e o meio ambiente. E essa tendência tem sido acompanhada pelo uso cada vez mais comum de tipos penais de perigo abstrato, nos quais o legislador opta por proibir, sob a ameaça de uma pena, a prática de condutas prévias à lesão ou à causação de um perigo concreto ao bem jurídico.

Essa mudança de perspectiva, entretanto, tem sido severamente criticada por alguns autores e operadores do direito que vêem o crescimento do sistema penal sobre áreas antes não alcançadas como uma forma de expansão ilegítima do direito penal. Não raro, em diversos processos penais envolvendo a prática de crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica e o sistema financeiro nacional, tem sido possível perceber a veiculação de argumentos críticos acerca da legitimidade de algumas tipificações de crimes de perigo abstrato. Dentre as várias argumentações apresentadas estão a de que eles violariam os princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da subsidiariedade, além de representar uma forma de utilização do direito penal meramente simbólica ou promocional, sem qualquer preocupação com sua eficácia concreta.

Essa postura crítica acerca da possibilidade de proteção penal de certos interesses difusos e também da legitimidade da antecipação da tutela penal por meio dos delitos de perigo abstrato tem adquirido vários adeptos no Brasil. Trata-se, provavelmente, de um reflexo do grande descontentamento com a atuação do legislador penal que, em alguns situações, tem se valido da sanção penal de maneira abusiva, criminalizando comportamentos despidos de danosidade social e estabelecendo penas flagrantemente desproporcionais à gravidade do comportamento tipificado na norma penal.

A grande questão que deve ser respondida, contudo, é se essa característica da produção legislativa atual pode, por si só, servir de argumento favorável à tese da impossibilidade de proteção penal de todo e qualquer bem difuso ou abstrato e à defesa da inconstitucionalidade de toda criminalização de comportamentos de perigo abstrato ou se, ao contrário, a questão da legitimidade destas formas de tutela penal deve ser analisada a partir de uma abordagem mais ampla que reflita toda a complexidade que a problemática da proteção de bens jurídicos abarca na atualidade.

É frente a esse desafio, e motivado pela busca de respostas mais consistentes sobre a legitimidade destas novas formas de intervenção penal, que o presente trabalho foi elaborado.

Assim, o estudo que ora se inicia desdobra-se em quatro capítulos, seguidos de uma conclusão. O primeiro capítulo é dedicado à análise das justificativas que permitem que o Estado prive de liberdade alguns de seus cidadãos, sendo as respostas buscadas a partir dos fins que devem ser alcançados pelo direito penal na atualidade. Partindo-se da premissa de que o sistema penal é o instrumento de controle social mais rígido de que o Poder Público dispõe para a regulação da vida em sociedade, são apontadas e analisadas as duas finalidades principais do direito penal no Estado contemporâneo: a prevenção futura de crimes e a redução da violência estatal mediante a contenção do arbítrio na escolha do fato punível e na aplicação das sanções penais.

No segundo capítulo reconstitui-se historicamente todo caminho sinuoso que a teoria do bem jurídico enfrentou até sua consagração atual como elemento central para a construção de um conceito material de crime. Neste ponto, dar-se-á especial ênfase ao pensamento de Feuerbach e aos conceitos de bem (jurídico) formulados por Birnbaum, Binding e von Liszt. Por fim, são analisadas criticamente algumas concepções de crime que representam um esvaziamento material do conceito de bem jurídico, tais como a construção neokantiana do conceito metodológico de bem jurídico e as concepções funcionalistas sistêmicas de Amelung e de Jakobs.

No capítulo seguinte são abordadas as principais características do bem jurídico-penal na atualidade, apontados os critérios materiais que deverão pautar sua seleção pelo legislador penal e analisadas duas questões fundamentais relacionadas com a teoria do bem jurídico, que são a titularidade dos bens e seu grau de abstração. Além disso, são estudadas a influência da Constituição Federal e de seus valores para a definição e escolha dos interesses penalmente relevantes e as características essenciais da sociedade atual, concebida por muitos como uma sociedade de risco, e sua repercussão no âmbito da teoria do bem jurídico.

No quarto capítulo, a abordagem temática está centrada no estudo da possibilidade de antecipação da tutela penal para a proteção de certos bens jurídicos. Aqui será analisada a legitimidade da utilização de algumas formas delitos de perigo abstrato como técnica de tutela válida e serão fixados parâmetros materiais que deverão nortear a atividade do legislador penal por ocasião da escolha de cada uma destas espécies de crime.

O trabalho encerra-se com uma conclusão onde são sintetizadas objetivamente as ideias desenvolvidas nos capítulos precedentes.

Por derradeiro, importa salientar que o estudo em comento foi desenvolvido essencialmente a partir de pesquisas doutrinárias realizadas em trabalhos nacionais e estrangeiros que abordavam, direta ou indiretamente, os temas enfrentados no curso da dissertação, tais como aqueles relacionados com os fins do direito penal e com a teoria do bem jurídico. Por algumas vezes, optou-se metodologicamente por reproduzir passagens das obras pesquisadas, inclusive aquelas escritas em espanhol que, em razão de sua proximidade com a língua portuguesa e da necessidade de melhor retratar o pensamento do autor estudado, não foram traduzidas para o português.

1 OS FINS DO DIREITO PENAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

1.1 O Direito Penal como parte do controle social

Na vida cotidiana em sociedade, todas as relações sociais são regidas por normas de conduta, escritas ou costumeiras, que disciplinam o modo de agir dos indivíduos nas mais variadas situações do dia a dia. Existem, por exemplo, regras de etiqueta que impõem certos comportamentos ou que vedam a utilização de determinadas vestimentas em alguns eventos sociais, que proíbem o ato de falar alto durante uma cerimônia religiosa, de rir em um enterro, de cuspir no chão da sala de jantar, de fumar em locais não apropriados ou de andar nu pelas ruas da cidade.

Todas essas regras comportamentais são acompanhadas de sanções sociais que são impostas em caso de seu descumprimento ou desvio. Essas sanções são, na verdade, reações dos afetados cuja intensidade varia de acordo com a gravidade do desvio e a repulsa que ele provoca no seio social. São exemplos de sanção social a exclusão de um sócio do clube esportivo, a zombaria, o olhar reprovador de uma mãe ao filho, a interrupção das relações sociais com o vizinho pouco educado ou também o rompimento de um relacionamento amoroso após uma traição.

As reações sociais, portanto, sejam elas marcadas por uma simples manifestação de desagrado em relação à conduta praticada ou até mesmo pela causação de um mal grave a título de vingança, funcionam como meios de controle social que, ao sancionar os desvios ou violações às normas sociais preponderantemente aceitas, visam a confirmá-las contrafaticamente¹.

Na realidade, toda e qualquer sanção social pressupõe a existência de uma norma comportamental aceita pela maioria e que não foi observada por algum integrante da sociedade. O desvio, por isso, é visto sempre como o desvio de alguma norma de conduta admitida socialmente e a reação social que ele provoca possibilita que a regra violada tenha

¹ Conforme ressalta Hassemer, “*toda sanção anuncia uma outra sanção para o caso de um novo desvio da norma*”. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, pp. 413-414.

sua validade confirmada no seio social, indicando que o comportamento praticado não será pacificamente tolerado naquela sociedade. Em outros termos, o mal que a reação social realiza tem um motivo e uma finalidade: o desvio da norma de conduta (motivo) e a confirmação da validade da regra violada (finalidade)².

Norma e sanção são, portanto, meios de controle social presentes em toda e qualquer sociedade e que propiciam o desenvolvimento pessoal e a socialização dos integrantes de um grupo social.

Além da norma e da sanção, há uma terceira categoria que compõe o controle social, que é o processo em si, que se manifesta em cada situação cotidiana e que é formado por regras, expressas ou implícitas, que estabelecem, dentre outras coisas, quem irá aplicar uma determinada sanção, a forma de sua aplicação e o prazo em que ela poderá ser aplicada, e etc³.

Desta maneira, o controle social, que está presente em toda comunidade e constitui uma condição irrenunciável da vida em sociedade, seria composto de três elementos fundamentais, que são a norma, a sanção e o processo⁴, sendo por meio dele que cada grupo social cria regras de convivência por intermédio das quais se busca evitar comportamentos sociais indesejados, utilizando-se, para tanto, da ameaça de imposição de sanções (reações sociais) acaso aqueles comportamentos desviantes se realizem⁵. A sociedade atual é marcada pela presença de diversos meios de controle social. A família, a escola, a profissão, os grupos sociais e religiosos, todos exercem um controle social sobre os indivíduos de uma maneira

² HASSEMER, Winfried. *Introdução...* Op. cit., pp. 413-414.

³ Conforme ressalta Hassemer, “*Nós vivemos regulados não só socialmente, sob quais pressupostos se deve pronunciar um desvio e o que deve ocorrer a partir disso, mas também, por exemplo, que a mãe presente não pune seu filho desobediente quanto ao desvio, senão o pai ao regressar ao anoitecer (responsabilidade); que após o decurso de um certo tempo uma sanção não pode mais se dar (prazo, prescrição); que os presentes indignados entendem-se uns com os outros sobre o que eles devem fazer melhor (deliberação); que se questiona ao desviante diante da sanção sobre o que ele realmente pensou em relação à sua conduta (auto-defesa); que a criança se queixa ao professor sobre o comportamento sancionador da classe, para induzi-lo a uma reação (recurso); que não se pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato (ne bis in idem)*”. HASSEMER, Winfried. *Introdução...* Op. cit., p. 414.

⁴ Para Hassemer, “*o controle social assegura os limites da liberdade humana na vida cotidiana e nas rotinas. Ele é um instrumento de desenvolvimento cultural e de socialização dos membros dos grupos e sociedades. As normas que são estabelecidas pelo controle social, dão ao grupo ou à sociedade a sua face e a sua auto-compreensão. Não há alternativas para o controle social.*” HASSEMER, Winfried. *Introdução...* Op. cit., pp. 414-415.

⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 7ª Edición, Editorial Bdef, Julio César Faira – Editor, 2005, p. 49.

informal⁶, já que estabelecem normas de conduta, sanções e processos de controle, que são os três elementos que juntos formam o controle social.

Além desses mecanismos informais de controle social, a sociedade moderna, organizada estruturalmente por meio dos Estados, também está submetida a meios de controle social formais composto por normas, sanções e processos (de aplicação das normas e sanções) previstos em normas jurídicas cogentes, editadas pelo Estado, que disciplinam não só a conduta dos indivíduos, mas também, e principalmente, a atuação da própria Administração Pública. Estas normas, que são editadas pelo Estado para regular o comportamento em sociedade, estão inseridas em um contexto mais amplo de controle social, já que são dotadas de sanção e aplicadas por meio de um processo, além de visar a assegurar expectativas de conduta e a determinar os limites da liberdade de ação humana com o fim de permitir o desenvolvimento das habilidades pessoais e a socialização⁷.

E o direito penal, evidentemente, por ser um conjunto de normas de conduta editadas pelo Estado para disciplinar a vida em sociedade, também se enquadra como um dos meios de controle social existentes nas sociedades atuais, já que ele possui os mesmos elementos estruturais que os outros âmbitos de controle social, que são a norma, a sanção e o processo⁸. De fato, existe uma norma (tipo penal) que define a conduta desviante considerada criminosa e que também estabelece, em seu preceito secundário, a sanção a ser aplicada em caso de desvio (reação ao comportamento desviante). Ademais, também há a previsão legal de um processo para apuração da responsabilidade pela prática do comportamento criminoso, processo este que deve observar regras previamente estabelecidas para a imposição das sanções penais. Além disso, tal como ocorre com as demais formas de controle social, o direito penal, ao disciplinar condutas mediante a proibição de ações ou omissões, também assegura expectativas de comportamento e estabelece os limites da liberdade de ação individual, funcionando como uma forma de transformação social dos conflitos desviantes⁹.

⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 49.

⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 415.

⁸ Neste sentido, HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 415; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 49-50; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 189-190.

⁹ HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 415.

Por isso, o direito penal deve ser enquadrado como uma das partes que compõem o controle social e que é utilizado pelo Estado, juntamente com os demais meios de controle formal, para garantir o bem comum e disciplinar a vida em sociedade¹⁰.

O sistema jurídico-penal, contudo, apesar de ser parte integrante do controle social – e por essa razão possuir, ao menos parcialmente, alguns dos objetivos que estão presentes nos demais meios de controle social¹¹ – detém algumas peculiaridades importantes que o diferencia dos demais meios de controle. Em primeiro lugar, nele não são – ou pelo menos não deveriam ser – disciplinados quaisquer comportamentos desviantes, mas apenas aqueles considerados mais graves e de maior relevância no âmbito de uma sociedade determinada¹². Além disso, o sistema penal se vale de instrumentos de controle do desvio (sanções) mais intensos, que afetam diretamente – e de forma significativa – o *status libertatis* e a autonomia não só daqueles que, por terem violado a norma penal, sofrem a sanção penal, mas também de todos os demais membros da comunidade que, sob a ameaça da pena, são obrigados a observar as regras comportamentais previstas na lei penal¹³. Ademais, o direito penal é uma forma de controle social que só pode ser exercida pelo Estado – que detém o monopólio da aplicação das sanções penais – e que, por ser equipado com instrumentos vigorosos, está submetido ao cumprimento de inúmeros requisitos formais e a limitações materiais disciplinados em regras e princípios estabelecidos previamente¹⁴.

Trata-se de um meio de controle social em geral altamente formalizado, no qual os comportamentos considerados criminosos (condutas puníveis), as reações a estes comportamentos (pena) e a forma pela qual se verifica a prática desses comportamentos e se

¹⁰ O direito penal é, na realidade, a última parte do controle social, que atua sempre que os demais meios se mostram insuficientes para regular a convivência social.

¹¹ A questão relativa aos fins do direito penal será melhor abordada na sequência.

¹² HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 415, e MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 49-50

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación... Op. cit.*, p. 182.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación... Op. cit.*, p. 190. No entanto, em diversos países, tais como os Estados Unidos da América e a Suécia, tem crescido uma variante radical à execução penal, denominada por Hassemer de "não-intervenção", que consiste na renúncia à intervenção jurídico-penal nos âmbitos da pequena e média criminalidade. Ao invés da sanção criminal, são oferecidas medidas de reparação à pessoa do violador do direito, que atuam fora do processo penal formalizado. Dentre elas estão a terapia de grupo e diálogo, tratamento psiquiátrico, fornecimento de casa e trabalho, desintoxicação, e etc. Sobre o tema, ver HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, pp. 396-397. No Brasil, a partir do advento da Lei 9.099/95, foram adotados dois mecanismos consensuais de resolução de conflitos, que são menos formalizados se comparados com os demais meios de que o sistema penal dispõe, que são a transação penal e a suspensão condicional do processo (artigos 76 e ss, e 89, todos da Lei 9.099/95).

aplica a sanção penal (processo), devem estar previamente definidos em lei a fim de evitar, na medida do possível, a surpresa e o subjetivismo próprios das outras formas de controle social.

Desta forma, ao mesmo tempo em que o direito penal, por ser uma forma de controle social, tem a finalidade de regular a vida em sociedade, assegurando expectativas e disciplinando os limites da liberdade individual – e nisso ele se identifica com os demais meios de controle, que atuam sobre os fatos menos lesivos aos interesses sociais dominantes¹⁵ –, ele também possui características próprias que devem ser levadas em consideração para a delimitação de seus fins e dos fatores que justificam sua existência.

1.2 A justificação do direito penal a partir de suas finalidades

Um dos problemas centrais da filosofia política, que desafia juristas e filósofos desde os primórdios da humanidade, é o de como legitimar e justificar moralmente um ordenamento político-jurídico e estabelecer um fundamento que permita que um grupo de homens, associados no Estado, prive de liberdade alguns de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando sua vida¹⁶. Desde a antiguidade, os estudiosos buscam uma justificativa que possibilite ao Estado restringir a autonomia dos indivíduos, proibindo e ordenando condutas e prescrevendo sanções em caso de descumprimento das normas editadas.

No âmbito do direito penal, essa discussão adquire um contorno especial, já que os meios de intervenção neste campo são, em regra, mais severos, além de provocar a estigmatização dos afetados pelo sistema penal. Em razão disso, enorme debate tem sido travado entre os penalistas acerca dos fatores que legitimam a existência do direito penal como forma válida de controle social.

¹⁵ A escolha, pelo legislador penal, dos interesses sociais dominantes que serão tomados como referência para a criminalização de condutas deve ser pautada pelos ditames estabelecidos pela Constituição Federal. Consoante será a seguir exposto, a redução do arbítrio do legislador por ocasião da edição das normas penais é uma das finalidades do direito penal moderno e, atualmente, esse objetivo tem sido buscado por intermédio da fixação de um critério material prévio à elaboração da lei, consistente na exigência, para fins de tipificação de uma conduta, de lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico relevante. Mas como a noção de bem jurídico é aberta e demasiadamente vaga, deve-se se buscar no texto constitucional e nos valores por ela consagrados parâmetros mais objetivos a fim de que o direito penal, construído com base na ideia de proteção a bens jurídicos, possa, de fato, contribuir para a regulação da vida em sociedade, protegendo, de forma não arbitrária, os interesses preponderantes no seio social. Esta questão será melhor aprofundada nos capítulos subsequentes.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Sentido e limites da pena estatal*, em Problemas Fundamentais do Direito Penal, Lisboa: VEGA, 1986, p. 15.

De um lado, alguns autores buscam legitimizar as restrições impostas pelo Estado por meio do direito penal sustentando que a imposição da sanção penal em virtude da inobservância da norma prescrita não seria propriamente um mal, mas sim algo positivo, já que restabeleceria a confiança na validade da norma que havia sido negada pela prática do crime (este sim considerado um mal)¹⁷ ou (para uma outra corrente) possibilitaria a ressocialização do apenado, o que seria benéfico não só para ele, mas também para a sociedade em geral¹⁸. De outro, parte da doutrina, para justificar a existência do direito penal, tem buscado mostrar que ele seria um *mal útil* ou um *mal menor* e por esse motivo sua manutenção na sociedade moderna estaria legitimada¹⁹. Por fim, há também quem rechace toda tentativa de legitimação do sistema penal, afirmando que este, ao impor restrições a liberdade individual por meio da aplicação de penas, representaria uma manifestação do Estado de Polícia no seio de um Estado de Direito e por isso não poderia ser justificado de forma positiva, mas sim contido, sendo a única função do direito penal a contenção do poder punitivo estatal²⁰.

Normalmente, a tentativa de justificação do direito penal é feita exclusivamente com base nas características e finalidades das sanções criminais, de forma que a definição da missão do direito penal acaba sendo estabelecida por meio da exclusiva análise dos fins das penas e medidas de segurança. Para os defensores desta corrente de pensamento, os objetivos do sistema jurídico-penal se confundem integralmente com as tarefas das sanções penais e por isso o que se julgue deva ser a pena, os seus fundamentos e objetivos, determinará necessariamente a linha de orientação do próprio sistema penal²¹.

¹⁷ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y La Configuración Normativa de La Sociedad*, 1ª Edição, Madrid: Editora Thomson Civitas, 2004, pp. 75 e ss.

¹⁸ Esta é a posição sustentada pelos defensores da teoria da prevenção especial positiva da pena, que vêem na sanção penal uma oportunidade de tratar o criminoso e (re)socializá-lo. A seguir, esta corrente de pensamento será melhor abordada.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación... Op. cit.*, pp. 179-180.

²⁰ Por todos, ZAFFARONI, Eugênio Raul, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Editora Ediar, 2000, pp. 41 e ss. Conforme se verificará na sequência, esta postura não pode ser aceita, pois levaria, conforme bem salienta Silva Sánchez, a abolição do próprio direito penal: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación... Op. cit.*, p. 180.

²¹ Neste sentido, BRUNO, Aníbal. *Derecho Penal, Parte Geral*, Tomo 3º, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967, p. 31; HASSEMER, Winfried. *Introducción... Op. cit.*, p. 369; ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ª Edição, Madrid: Editora Civitas, 1997, p. 81; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Derecho Penal, Parte Geral*, Tomo I, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 44. Em sentido semelhante, Anabela Miranda Rodrigues também busca analisar o fundamento do direito de punir a partir das teorias da pena. Ela, no entanto, diferencia o problema dos fins da pena da questão de sua justificação, afirmando que "*na verdade, vem-se*

Ocorre, contudo, que a complexa questão acerca da legitimação do direito penal não pode ser abordada satisfatoriamente tomando como único ponto de partida as teorias da pena, que são centradas preponderantemente nos efeitos da aplicação da sanção penal²², pois o direito penal não se esgota somente na aplicação da pena, que é apenas um de seus aspectos, e seus fins não se reduzem àqueles que a sanção penal deve cumprir na sociedade²³. Como meio de controle social que é, o direito penal não é composto unicamente de sanção, mas também de normas de conduta e de processo (de controle) que cumprem, independentemente da aplicação da pena, funções próprias dentro do sistema social. A simples edição da norma penal, por exemplo, mesmo que não seja acompanhada da posterior aplicação de pena ou de medida de segurança, já cumpre funções específicas na regulação das relações sociais que não podem ser ignoradas quando se analisa o problema da legitimação do sistema penal²⁴.

Além disso, uma perspectiva que busque retratar fielmente todos os fins que o direito penal deve cumprir tem que estar centrada não só nas tarefas que devem desempenhar as normas penais primárias e secundárias e o processo penal, mas também nas diretrizes impostas por princípios suprapositivos que regem a aplicação das normas penais²⁵, tais como, por exemplo, os princípios da intervenção mínima, da humanidade, da proporcionalidade ou da fragmentariedade.

Por isso, o estudo da justificação do direito penal e dos fatores de sua legitimação deve se basear, necessariamente, em uma abordagem dos fins que se atribui ao direito penal como um todo e não apenas dos objetivos que se busca alcançar com a aplicação das sanções penais. Em outros termos, é a partir da análise dos fins que o sistema penal visa a

comumente entendendo que as teorias de pena dizem respeito ao problema dos fins das penas. Quando isso é, de facto, um erro: elas nasceram para responder ao problema da justificação do direito de punir". RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 154.

²² É o que ocorre, por exemplo, com as teorias da prevenção especial positiva e negativa.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación... Op. cit.*, p. 180. No mesmo sentido, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 111. Para Nilo Batista, “quando se fala nos fins (ou ‘missão’) do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente num criminoso antes do crime; quando se fala nos fins (ou objetivos, ou funções) da pena, pensa-se nas interferências criminoso depois do crime/pena/sociedade”.

²⁴ Além de restringir a autonomia individual, impondo ações ou omissões nas relações sociais com o fim de regular comportamentos que possam afetar terceiros, a norma penal também possui uma função garantista, uma vez que impede a imposição de penas a fatos distintos daqueles por ela descritos.

²⁵ Segundo Silva Sánchez, “tales principios contribuyen a la atribución de sentido a tales normas y en ellos, asimismo, puede hallarse la expresión de determinados fines legitimadores del Derecho penal”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación... Op. cit.*, p. 196.

atingir – que também englobam os fins da pena, mas neles não se esgotam – que se poderá justificar a existência, na sociedade atual, de todas as restrições impostas pelo sistema jurídico-penal à autonomia privada dos indivíduos, sendo certo que a imposição destas limitações somente poderá ser considerada válida se os fins pretendidos pelo direito penal forem legítimos²⁶ e se os instrumentos de que ele dispõe para alcançá-los forem eficazes e adequados para o alcance destas finalidades²⁷.

É importante salientar, contudo, que a abordagem da questão relativa à missão do direito penal e de sua utilização para fins de legitimação do sistema penal deve situar-se, ao menos em seu momento inicial, no plano do *dever-ser* e não no plano do *ser*, já que seu objetivo principal é delimitar os fins que o direito penal *deve cumprir*, segundo as diretrizes estabelecidas pelas Constituições dos Estados contemporâneos²⁸, para que sua incidência seja considerada válida²⁹ e não apenas analisar criticamente as funções reais, sociais ou políticas, que eventualmente o sistema penal exerça em alguma comunidade, como fazem, por exemplo, os adeptos da criminologia crítica³⁰. Consequentemente, a definição dos fins do direito penal com pretensões crítica e legitimadora não deve ser realizada a partir da análise das leis penais ordinárias em vigor em uma ordem jurídica determinada³¹, mas deve levar em consideração apenas as opções fundamentais feitas na Constituição, em especial aquelas relacionadas com o modelo de Estado adotado, uma vez que o direito penal, como meio *estatal* de controle social que é, não pode possuir finalidades que se choquem com os

²⁶ Consoante se verificará a seguir, a análise em concreto da legitimidade dos fins do direito penal pressupõe sua adaptação à Constituição Federal em vigor em uma determinada sociedade. Na realidade, os dois fins do direito penal que serão abordados na sequência decorrem diretamente da forma de Estado estabelecida pela maioria das Constituições atuais, ou seja, da opção por um Estado de Direito democrático e social cujo objetivo principal é garantir ao indivíduo os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária. Neste sentido, ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, Trad. Luís Greco, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Editora Renovar, 2006. "Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais", p. 32.

²⁷ Os termos *fim* e *finalidade* serão utilizados como sinônimos no presente texto.

²⁸ Conforme observa Luciano Feldens, "(...) em uma sociedade que se pretende organizar à base das decisões políticas contidas na Constituição, o sentido do sistema penal não pode derivar-se tão-somente da função que realmente cumpre, senão também da função que "deve cumprir" conforme as decisões políticas fundamentais". FELDENS, Luciano. *Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar de penalizar*. In *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Coordenador: Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 394-395.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...* *Op. cit.*, p. 193.

³⁰ Sobre a criminologia crítica e os demais pensamentos criminológicos, ver ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, Tradução de Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

³¹ Pois sua finalidade não é construir uma teoria calcada nas opções circunstanciais do legislador penal e sim delinear genericamente a tarefa que o sistema penal deve cumprir em uma sociedade organizada.

objetivos fixados pelo constituinte ao próprio Estado. Somente em uma etapa posterior, quando conhecidos, no plano ideal, os fins que o direito penal deve atingir em uma determinada sociedade, é que estes deverão ser confrontados criticamente com o ordenamento jurídico-penal vigente e com a realidade social por ele regulada a fim de que se possa avaliar se, naquele caso específico, as restrições impostas pelo sistema penal são necessárias ao alcance dos fins estabelecidos e, em caso negativo, quais mudanças são necessárias para conferir legitimidade ao direito penal em vigor.

1.3 Os fins do direito penal no Estado contemporâneo: a prevenção de delitos e a redução da violência estatal

1.3.1 A prevenção de delitos

Conforme exposto acima, o direito penal é um dos meios de controle social existentes para regular a vida em sociedade. Por intermédio dele, o Estado produz normas de conduta e prescreve determinadas sanções que serão impostas àqueles que violarem os preceitos formulados, tendo como objetivo disciplinar as relações sociais e coibir a prática de comportamentos não desejados pelos membros da comunidade³². Com isso, o Estado estabelece limites para a liberdade individual, assegura expectativas de conduta, criando um ambiente propício para a socialização e o desenvolvimento da personalidade de cada integrante da sociedade³³, sempre com a finalidade de proteger seus membros de comportamentos que afrontem determinados interesses dominantes no seio social. Esta proteção é buscada por meio da prevenção da prática futura desses comportamentos, sendo que o Estado, para alcançar este objetivo, utiliza-se de proibições (de ações ou omissões) no âmbito das relações interpessoais e comina/executa sanções àqueles que violarem as proibições impostas, tal como ocorre com as demais formas de controle social.

Assim, é possível assentar desde logo que a prevenção futura de crimes é uma das finalidades do direito penal e por isso toda sua atuação no seio social, desde a edição

³² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 49.

³³ HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 415.

das normas penais primárias e secundárias, até a aplicação da sanção por meio de um processo e a posterior execução da pena, deve objetivar o alcance desta finalidade.

Essa constatação, aliás, é uma consequência natural do enquadramento do direito penal como meio de controle social, pois a ideia de prevenção está presente em todo o fenômeno punitivo, não sendo uma característica exclusiva do direito penal moderno surgido com o pensamento iluminista. Na realidade, em todas as formas de controle social informal que, cotidianamente, disciplinam a vida em sociedade, é possível vislumbrar uma pretensão intimidante ou uma função educativa nas reações sociais aos comportamentos desviantes³⁴, já que elas visam a confirmar contrafaticamente a norma de conduta violada, anunciando uma outra sanção para o caso de novo desvio da norma.

Demais disso, a ideia de prevenção de crimes como fim do direito penal, além decorrer logicamente do enquadramento do direito penal como meio de controle social, também está relacionada com a própria existência do Estado de Direito, especialmente em sua feição democrática e social³⁵ que tem sido adotada nas Constituições modernas³⁶.

De fato, ao optar por esse modelo de Estado, os textos constitucionais passam a atribuir ao Poder Público a missão de garantir as condições vitais para a vida em sociedade, sendo sua função primordial assegurar uma convivência livre e pacífica entre os indivíduos que possibilite o pleno desenvolvimento de suas habilidades pessoais. E, para alcançar esse escopo – que pressupõe, evidentemente, a prevenção de crimes³⁷ –, o Estado deve se valer de todos os instrumentos de regulação social de que dispõe, inclusive do direito penal, que atuará acaso os demais mecanismos (punitivos e não-punitivos) não sejam suficientes³⁸.

³⁴ Sobre o tema ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación... Op. cit.*, p. 190.

³⁵ A concepção de Estado de Direito democrático e social (também chamado de Estado de Direito material) se contrapõe ao modelo de Estado liberal clássico (Estado de Direito formal) em que ao Estado só se impõe uma obrigação genérica de abstenção. No Estado de Direito material, ao contrário, o poder público assume novas funções e incorpora novos valores, especialmente algumas funções positivas e valores de índole social que devem ser concretamente efetivados pelo Estado, que passa a ter deveres prestacionais e não apenas um dever geral de abstenção. Posteriormente, por sua importância para a seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes, a noção de Estado de Direito democrático e social será melhor abordada.

³⁶ Este modelo foi adotado pela maior parte das Constituições modernas, inclusive pela Constituição brasileira de 1988. Neste sentido, PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, 2ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

³⁷ Que, por hora, podem ser concebidos apenas como os comportamentos que põem em risco as condições essenciais da vida em sociedade. No capítulo seguinte, a definição material de crime será analisada com maior profundidade.

³⁸ Conforme salienta Claus Roxin, “a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com

Assim, não há como dissociar o sistema penal da função constitucionalmente atribuída ao Estado, não sendo possível, portanto, atribuir ao poder punitivo estatal uma finalidade diversa daquela que é atribuída ao próprio Estado pela Constituição³⁹, que é o de garantir a paz social para que os cidadãos possam exercer plenamente suas personalidades.

No entanto, é preciso ressaltar que a ideia de prevenção, apesar de estar presente em todo e qualquer meio de controle social, só passou a ser utilizada de forma mais ampla como meio de justificação filosófica do direito penal com o advento do pensamento iluminista⁴⁰ e, em especial, a partir de algumas construções teóricas baseadas em concepções utilitaristas da pena – cujos maiores expoentes foram os integrantes da Escola Positivista Italiana e da Jovem Escola Alemã⁴¹ – que sustentavam que o Estado, enquanto ente abstrato criado para a regular a vida em sociedade, só estaria legitimado a restringir a liberdade de seus integrantes se a medida por ele adotada pudesse alcançar alguma finalidade socialmente útil⁴².

outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, pp. 16-17.

³⁹ Conforme ressalta Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “fazem pleno sentido as concepções daqueles autores que, no intuito de fundamentar e limitar o poder punitivo estadual, fazem derivar a função do Direito Penal (e, assim, os fins das penas e a finalidade última, a razão de ser da pena), dos fins estaduais, os quais estão dependentes da concepção de Estado constitucionalmente consagrada e, assim, acentuam a íntima relação entre mudança Constitucional – necessidade de reforma penal”. FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. “Constituição e Crime”. *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, pp. 132-133.

⁴⁰ Na verdade, a ideia de prevenção teve sua formulação mais antiga em Sêneca que, invocando a ideia de Protágoras de Platão, apresentou o argumento essencial de todas as teorias relativas: “*Nam, ut Plato ait: ‘nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur’...*” (“Pois, como disse Platão: ‘Nenhum homem sensato castiga porque se tenha pecado, mas sim para que não se peque’...”). Entretanto, como teoria independente, a prevenção só se aperfeiçoou no período da Ilustração. Neste sentido: ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 85; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, 6ª Edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 75; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 36; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 49.

⁴¹ Os positivistas italianos, por exemplo, ao contestarem a legitimidade da ideia de retribuição, passaram a defender que a pena deveria ser encarada não como castigo, mas sim como meio de inocuidação e de correção do delincente, sendo um instrumento de defesa social contra a criminalidade. Já os teóricos das chamadas “correntes modernas de Alemanha”, cujo maior expoente fora Von Liszt, afirmavam a sanção penal, sem perder sua função preventiva geral, que era alcançada por meio da intimidação, deveria objetivar primordialmente a reinserção social do delincente. Com isso, essas duas correntes arquitetaram a noção de defesa social como o fim precípua da pena, devendo todo o sistema jurídico penal ser construído com o fito de prevenir a ocorrência de fatos definidos como crimes, seja por meio da prevenção geral, que atua sobre toda a comunidade, seja por meio da prevenção especial, cujo objetivo é evitar a reincidência criminosa. Sobre o tema, vide: BRUNO, Aníbal. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 42.

⁴² Segundo Beccaria “*é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência*”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 101.

Antes, preponderava na filosofia o entendimento de que a pena deveria ser imposta tão somente por um sentimento metafísico de justiça, sem qualquer referência a alguma finalidade útil, ou seja, apenas como retribuição pelo mal causado pelo autor do injusto penal, funcionando exclusivamente como forma de expiação da culpabilidade do agente pelo fato por ele cometido⁴³. Entretanto, mesmo nesta fase, a ideia de prevenção, apesar de expressamente rechaçada pelos adeptos das teses retribucionistas⁴⁴, não era totalmente estranha ao direito penal, já que a "exigência de justiça", sustentada pelos defensores destas teses, confundia-se com a própria necessidade psicológica de pena presente na consciência de todos os indivíduos, sendo que este sentimento, uma vez satisfeito com a aplicação da pena, além de evitar potencialmente a vingança privada, também coibia a repetição do comportamento criminoso pelos demais integrantes da sociedade. Assim, mesmo nos casos em que a aplicação da pena era fundada exclusivamente na ideia de retribuição, era possível vislumbrar, ainda que indiretamente, uma função preventiva do direito penal consistente na pacificação social e na redução da violência privada⁴⁵.

⁴³ O pensamento retribucionista sustentava que a essência da sanção penal residia na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime. Inúmeras foram as teorias que defendiam ser a pena exclusivamente uma compensação pelo mal causado. Estas teorias, que são conhecidas como teorias morais (ou teorias da Retribuição, da Justiça, da Expição ou ainda teorias absolutas), diferentemente das teorias utilitárias, não vislumbram na pena qualquer finalidade socialmente útil. Inicialmente, elas surgiram como uma decorrência do próprio princípio de Talião: "Olho por olho, dente por dente", e se deixaram penetrar na antiguidade a partir das representações mitológicas e na Idade Média por meio das racionalizações religiosas, que vislumbravam na pena uma forma de realização da justiça divina no mundo. Já na Idade Moderna e Contemporânea, o sustentáculo filosófico desta doutrina foi o idealismo alemão, tendo Kant como seu principal expoente. Para o filósofo alemão, a sanção penal decorreria de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça. Por isso, ela deveria existir não porque fosse útil, mas sim porque a razão exigia. O seu fim essencial não seria a praticidade ou resultado, pouco importando sua eficácia, e sua imposição não visaria a coibir futuros crimes, mas decorreria de uma exigência profunda da consciência humana, já que, segundo sua noção de imperativo categórico, o bem deve ser compensado com o bem, e o mal com o mal. Sobre o tema, vide: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, pp. 45-46.

⁴⁴ Kant, por exemplo, afirmava que o ser humano não poderia ser utilizado como instrumento para o alcance de fins sociais. Isto implicaria afronta à dignidade humana do delinquente, que seria reduzido à condição de objeto de direito, equiparando-se às coisas. Para ele, a pena deveria existir não porque fosse útil, mas sim porque a razão o exigia. O seu fim essencial não era a praticidade ou o resultado, pouco importando sua eficácia. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 82.

⁴⁵ O pensamento retribucionista, apesar do mérito de estabelecer parâmetros de medição da pena a partir da culpabilidade apresentada pelo infrator, foi paulatinamente sendo rechaçado pelos filósofos, especialmente em sua vertente metafísica, já que o Estado liberal, baseado em princípios democráticos, não mais poderia sancionar o pecado e o vício e utilizar-se da pena para cumprir uma função transcendental que era a realização da justiça. Neste sentido, ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 84, e FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, pp. 47-49. Além disso, a adoção de uma teoria retributiva pura para fundamentar as restrições impostas pelo Estado por meio do direito penal, por representar a renúncia de toda e qualquer justificação da pena por seus efeitos fáticos, não poderia mais ser aceita na Era Moderna, já que seu modelo de homem racional não admitiria qualquer justificação que desconsiderasse as consequências desejadas. Conforme salienta Hassemer, "o *Direito Penal não pode se decidir por esta renúncia. A justificação lhe é exigida desde fora. A justificação pelas consequências desejadas é uma parte da nossa racionalidade*" (HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*,

Tradicionalmente, a prevenção à prática futura de crimes tem sido diferenciada, com base nos destinatários da prevenção, em dois grupos: as teorias preventivas gerais e as teorias preventivas especiais. As primeiras são dirigidas genericamente a todos os integrantes da sociedade e buscam coibir difusamente o cometimento de injustos penais; já as segundas, dirigem-se a determinadas pessoas que já tenham praticado crimes e visa a evitar a reincidência.

1.3.1.1 A prevenção geral de delitos

O advento das concepções iluministas, que se opuseram aos princípios regentes do Estado Absolutista, foi fundamental para o desenvolvimento das teorias preventivas gerais. Sua noção de homem racional, que a todo momento poderia comparar calculadamente as vantagens e desvantagens da realização do delito e das suas consequências jurídicas, foi pressuposto lógico e necessário para que se pudesse sistematizar uma nova justificação para a imposição das sanções penais⁴⁶.

As teorias preventivas se subdividem em dois aspectos, tendo em vista os efeitos produzidos sobre os membros da comunidade: o negativo e o positivo.

A teoria da prevenção geral negativa, também denominada teoria da intimidação, tem como grande precursor Anselmo von Feuerbach, com sua teoria da coação psicológica. Para Feuerbach, que é por muitos considerado como o fundador da moderna ciência de direito penal alemão⁴⁷, como o interesse máximo e o fim específico do Estado é o de impedir violações ao direito, deveriam ser criadas instituições cujo objetivo primordial fosse coibir a prática de delitos em geral. As lesões ao direito, dizia o penalista alemão,

p. 373). Atualmente, até mesmo os defensores de alguns movimentos de retomada do retribucionismo não sustentam uma fundamentação metafísica do direito penal. Este movimento de retomada pode ser agrupado em duas grandes correntes. A primeira busca rechaçar toda e qualquer instrumentalização do indivíduo e parte da ideia de retribuição apenas para estabelecer limites para a punição, ou seja, para alcançar fins exclusivamente garantistas. Para os defensores desta corrente, não seria possível legitimar o direito penal com base em uma teoria preventiva. Já a segunda também se utiliza da ideia retributiva para fins garantistas, mas sem rechaçar as teses preventivas, buscando alcançar um ponto de compromisso entre as concepções utilitaristas e retribucionistas. Sobre o tema, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...* *Op. cit.*, pp. 206-207.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 77.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* *Op. cit.*, p. 89.

contradizem o objetivo do Estado e por isso ele deve buscar institutos por meio dos quais tais lesões sejam impedidas⁴⁸.

Para ele, a simples utilização da coação física não é suficiente para alcançar a finalidade preventiva geral, pois esta forma de coação pressupõe, em regra, a ocorrência de uma lesão prévia ao direito cuja tutela se pretende alcançar e por isso seu objetivo principal é apenas a obtenção de um outro bem em reparação. Por esse motivo, a prevenção geral só pode ser alcançada se o Estado se utilizar de outra forma de coerção, junto da coação física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica de forma a evitá-la. E esta coerção, segundo Feuerbach, só pode ser de índole psicológica⁴⁹.

Assim, de acordo com essa concepção, a pena deve ser imposta não mais como mero castigo àquele que delinuiu, mas sim como ameaça do ordenamento jurídico aos indivíduos para que se abstenham de cometer delitos. Trata-se de uma verdadeira coação psicológica com a qual se busca evitar o cometimento de novos crimes⁵⁰ por meio da criação, no espírito dos potenciais criminosos, de um contramotivo suficientemente forte para afastá-los da criminalidade⁵¹.

Em resumo, o pensamento de Feuerbach baseia-se em duas ideias centrais: a da intimidação (ou da utilização do medo) e da ponderação da racionalidade do ser humano que, diante da ameaça da pena, inevitavelmente reprime seus impulsos criminosos⁵².

Paralelamente a essa concepção negativa, que recebeu tal denominação por entender a pena como forma de causar temor aos potenciais delinquentes, surgiu, a partir da noção de sociedade como corpo social orgânico e do delito como uma manifestação patológica de um membro deste corpo⁵³, uma visão positiva da prevenção geral que concebia

⁴⁸ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*, Traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, 1ª edición, Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2007, p. 51.

⁴⁹ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado...* *Op. cit.*, p. 52; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 2º, 2ª Edición, Buenos Aires: Editora Losada S.A, 1950, p. 49.

⁵⁰ Conforme ressalta Roxin, nela “*se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una ‘coacción psíquica’ para abstenerse de la comisión del hecho*”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* *Op. cit.*, p. 90.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 51.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 77.

⁵³ Para Eduardo Reale Ferrari, “*a teoria da prevenção geral positiva teve início na Escola Funcionalista, com Durkheim. Segundo esse autor, o delito é um fenômeno normal da sociedade, exceto quando ultrapassados certos limites, faz parte da fisiologia social e somente seus excessos podem ser vistos como patológicos. A pena serviria para manter a coesão social e a consciência comum, mantendo a solidariedade social e atingindo-se o objetivo da defesa social: proteger a sociedade mediante a expiação da culpa*”. FERRARI, Eduardo Reale.

o direito penal (e, em especial, a pena) como meio para a manutenção e o reforço da confiança da comunidade na validade e na força da vigência de suas normas⁵⁴.

Esse aspecto positivo da prevenção geral baseia-se na consideração de que a atuação preventiva do direito penal não pode se esgotar na intimidação dos potenciais autores de delito, mas sim deve tratar de influir positivamente sobre as pessoas, reforçando sua crença na validade das normas de condutas essenciais para a convivência harmônica em sociedade⁵⁵.

Em poucas palavras, pode-se resumir o pensamento preventivo geral positivo como sendo aquele que enxerga na pena (e no próprio direito penal) a função de conservação e de reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico, ou seja, a sanção penal como sendo uma forma de afirmação simbólica das normas jurídicas, que favorece o processo de integração social por meio do restabelecimento da confiança da comunidade no direito violado.

Além desse efeito positivo da pena – consistente na revalorização do ordenamento jurídico –, a doutrina também tem apontado outros dois efeitos e finalidades preventivo-gerais presentes reflexamente no direito penal, que se encontram interligados entre si⁵⁶. O primeiro, mais relacionado com a execução da pena, é marcado pela pacificação social que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção aplicada, e considera solucionado o conflito provocado em razão da violação da lei pelo criminoso⁵⁷. Já o segundo, que está mais relacionado com o momento da cominação da sanção penal, envolve uma função educativa, de aprendizagem, que o Estado exerce por intermédio do direito penal, pois ao proibir certas ações e omissões, ele cria na consciência

Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 50.

⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 51.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...* *Op. cit.*, pp. 229-230.

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* *Op. cit.*, pp. 91-92.

⁵⁷ Como bem assevera Anibal Bruno, “a pena serve ainda à prevenção de fatos puníveis pela satisfação que dá ao ofendido, aos seus próximos e à comunidade em geral, sopitando, assim, a indignação provocada pelo dano ilícito praticado e que poderia conduzir a novos crimes, pelo exercício de represálias. A pena suprime, substituindo-a, essa reação direta que a repulsa pública provocasse contra o criminoso. BRUNO, Anibal. *Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 48.

dos indivíduos um juízo de valor sobre aqueles interesses reputados⁵⁸ como essenciais para a manutenção da paz social⁵⁹.

Logo, a prevenção geral de crimes, como fim do direito penal, é composta de inúmeros aspectos, negativo e positivos, que objetivam afastar a generalidade dos membros da comunidade da prática de crimes, de forma a garantir o bem comum e a paz social e com isso possibilitar o livre desenvolvimento dos indivíduos que integram uma determinada sociedade⁶⁰.

1.3.1.2 A prevenção especial de delitos

As doutrinas da prevenção especial, ao contrário do que se sucede com as teorias da prevenção geral, dirigem-se apenas à pessoa do delincente, após a infração da norma penal, objetivando coibir a reincidência delituosa⁶¹. Em todas as suas modalidades, elas pressupõem a prática prévia de um delito para que, após identificado seu autor, seja possível, por meio da execução da pena, evitar que ele volte a delinquir. A aplicação e a execução da pena em concreto, portanto, assumem um papel central para a prevenção individual⁶², pois é somente a partir de sua incidência – e não de sua mera cominação legal, que só possui efeitos gerais – que o Estado poderá atuar diretamente sobre a pessoa do criminoso para que ele não reincida.

⁵⁸ Evidentemente, o legislador não é livre para escolher o interesse merecedor de proteção penal, mas deve se pautar pelos valores consagrados na Constituição Federal para elencar o objeto de tutela penal. É sob este enfoque que a legitimidade e a forma de atuação do direito penal ambiental e econômico serão abordados mais à frente.

⁵⁹ Conforme salienta Aníbal Bruno, “a cominação de uma pena a um fato é a maneira mais enérgica de exprimir a reprovação que a ordem de Direito faz recair sobre ele e, portanto, do valor que o Estado, representando o interesse coletivo, atribui ao bem por ele ofendido. Exprimindo essa reprovação, a pena realiza a função de fortalecer na consciência da coletividade o juízo de valor sobre os bens jurídicos tutelados e o respeito às normas que estabelecem essa tutela. Assim se forma uma consciência jurídica em que se apóia verdadeiramente a segurança comum”. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 48. Neste mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 51.

⁶⁰ Consoante se verificará a seguir, o livre desenvolvimento da pessoa será buscado por meio da proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a coletividade, sendo esta proteção concebida, preponderantemente, como a função imediata e primordial do direito penal moderno. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, pp. 50-53; ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 51 e ss; e, na doutrina brasileira, PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, p. 28.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral*, 2ª edição revista atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 342.

⁶² Por se dirigir a indivíduos determinados, a prevenção especial também é denominada pela doutrina de prevenção individual. Neste sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 94.

Da mesma forma que as teorias da prevenção geral, a noção preventivo-especial, apesar de remontar à época de Platão, só se aperfeiçoou como teoria independente no período da Ilustração⁶³, especialmente com o advento da teoria da prevenção especial mediante intimidação, formulada por Grolmann no final do século XVIII⁶⁴, do correccionalismo espanhol⁶⁵, da Escola positiva⁶⁶ e principalmente da Escola moderna alemã, também chamada de Escola Sociológica⁶⁷, cujo principal expoente foi Franz von Liszt (1851-

⁶³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 85.

⁶⁴ Consoante salienta Jiménez de Asúa, “*Grolmann parte del concepto de la garantía de seguridad, prevención o defensa. El fin jurídico de esta garantía es restaurar la condición de ausencia de peligro, suprimiendo los motivos del mismo. Esta finalidad se puede alcanzar de dos modos: 1º Suprimiendo al delincuente la posibilidad física de cometer violaciones jurídicas (medio de seguridad absoluta: absolute Sicherungsmittel); 2º Con la intimidación (Abschreckung), es decir, con el medio preventivo de la intimidación (Präventionsmittel der Abschreckung). Puesto que el hombre, dada su naturaleza sensible, se determina por la representación de las cosas agradables y desagradables, a buscar aquéllas y a huir de éstas, se le puede desviar de las manifestaciones de voluntad antijurídicas, uniendo inexorablemente a ellas la representación de un mal como consecuencia*”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 51-52.

⁶⁵ Apesar de ter surgido na Alemanha, com a publicação, no ano de 1839, da obra *Comentatio an poena malum esse debeat*, de Carlos David Augusto Röder, foi na Espanha que o correccionalismo ganhou destaque. Nas palavras de Luiz Regis Prado, “*o correccionalismo, de fundo ético-panteísta, apresentou-se, como uma doutrina cristã, tendo em conta a moral e o direito natural. A pena na filosofia Krausista pura era entendida como um bem e o delinqüente tinha pleno direito a ela, ao tratamento correspondente. Para essa teoria, o delinqüente é visto como um ser incapaz para o Direito e a pena como um meio para o bem. Explicando: o criminoso é um ser limitado por uma anomalia de vontade; o delito é o seu sintoma mais evidente e a sanção penal um bem. Daí ter aquele o direito de exigir a sua execução e não o dever de cumpri-la. Ao Estado cabe a função de assistência às pessoas necessitadas de auxílio (incapazes de autogoverno). Para tal, o órgão público deve atuar de dois modos: a) restringindo a liberdade individual (afastamento dos estímulos delitivos) e b) corrigindo a vontade defectível. O importante não é a punição do delito, mas sim a cura ou emenda do delinqüente*”. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 57. Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria correccionalista, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 56-58.

⁶⁶ A Escola positiva, na verdade, não foi composta de uma única linha de pensamento, mas apresentou três grandes vertentes, que são o positivismo antropológico (César Lombroso), o sociológico (Enrico Ferri) e o jurídico (Rafael Garófalo). De um forma geral, porém, a doutrina tem assinalado os seguintes aspectos comuns que caracterizam o perfil da Escola positiva: a) o delito como fenômeno natural e social produzido pelo homem; b) a responsabilidade social deriva do determinismo; c) a pena como um meio de defesa social e não como um castigo; d) a utilização do método indutivo ou experimental, sendo os objetos de estudo do direito penal o crime, o delinqüente, a pena e o processo. Neste sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 65 e ss; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 52. Além disso, Luiz Regis Prado também aponta como contribuições principais do positivismo: “*a) a descoberta de novos fatos e a realização de experiências, ampliando o conteúdo do Direito; b) o nascimento de uma nova ciência causal-explicativa: a criminologia; c) a preocupação com o delinqüente e com a vítima; d) uma melhor individualização das penas (legal, judicial e executiva); e) o conceito de periculosidade; f) o desenvolvimento de institutos, como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional e o tratamento tutelar ou assistencial do menor*”. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, pp. 52-53.

⁶⁷ A Escola moderna alemã se enquadra no contexto do positivismo crítico e tem como característica principal a função conciliatória e ordenadora das tendências até então existentes e a tentativa de fusão de três disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas – a dogmática, a criminologia e a política criminal – no âmbito de uma única ciência complexa: a Ciência do Direito Penal. Para Luiz Regis Prado, suas principais características são: “*a) a distinção entre o Direito Penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o*

1919)^{68 69}. Somente a partir deste momento é que esta corrente de pensamento ganhou prestígio e aceitação, influenciando muitos ordenamentos jurídicos do século XX.

O pensamento preventivo-especial, no entanto, não se desenvolveu de maneira uniforme. De fato, apesar de terem como denominador comum a ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente – daí o enquadramento de todas elas em um único corpo teórico –, as teorias da prevenção especial divergem profundamente entre si acerca de qual conteúdo deve se revestir a sanção penal para que alcance sua finalidade⁷⁰. Esta divergência, na verdade, é uma decorrência natural da própria ideia de prevenção individual, pois se o objetivo da pena é evitar a reincidência do condenado, para bem cumprir esta função sua atuação deve necessariamente se adaptar às características do delinquente.

Assim, em um momento inicial, surgiram três concepções de pena preventivo-individuais baseadas nas três categorias de criminosos definidas pela criminologia⁷¹: a primeira concebia a pena como uma forma de tratamento para delinquentes corrigíveis⁷²; a outra, que a via como um meio da intimidação do autor ocasional de um

*método lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; c) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; d) a imputabilidade e a periculosidade; e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de luta contra o delito; f) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade do delinquente: é a denominada pena finalística ou pena de fim (Zweckstrafe), em que coexistem a prevenção geral e a prevenção especial (intimidação/adaptação artificial), com prevalência da última. A ideia de mal – imanente à pena – pode ser valorada por sua referência direta a uma finalidade: “a pena retributiva se transforma em pena determinada totalmente pela prevenção ajustada a um fim”; g) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas; e h) o desenvolvimento da política criminal”. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, pp. 54-55.*

⁶⁸ Liszt foi, segundo Roxin, o principal portavoz desta corrente de pensamento e sua doutrina contribuiu decisivamente para a afirmação das concepções preventiva-especiais da pena. Nas palavras de Roxin, ele foi “*el político criminal alemán más significativo*”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 85.

⁶⁹ Além destas, durante o século XX o pensamento preventivo-especial foi reafirmado pela chamada Escola da Defesa Social, de Marc Ancel. Essa corrente se baseava na ideia de que a defesa social deveria ser alcançada pela adaptação/ressocialização do delinquente e não por meio de sua neutralização. Trata-se, na realidade, de um movimento político-criminal que se alicerçou sob bases científicas e não metafísicas e que, por meio de um exame crítico do sistema vigente, tentou buscar uma solução mais humanista para o problema da criminalidade mediante a construção de uma reação social que respeitasse o ser humano e seus direitos fundamentais. Neste sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, pp. 59-60.

⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 54.

⁷¹ Neste sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 94-95, e ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 85-86.

⁷² Nesta hipótese, a pena era vista como algo benéfico para o condenado e por isso essa doutrina foi denominada de “prevenção especial positiva”. No entanto, é preciso salientar que para alguns autores, nem mesmo a ideia de ressocialização – termo que só surgiu décadas depois do advento da noção, concebida por Liszt, de pena tratamental - seria propriamente um efeito positivo para quem sofre a pena, já que esta, além de provocar, em regra, privação de liberdade, também desrespeitaria o pluralismo cultural constitucionalmente garantido, afrontando o direito de todo indivíduo de ser diferente. Esta, por exemplo, é a posição de Nilo Batista,

crime; e, por fim, aquela que definia a sanção penal apenas como uma forma de inocuização dos criminosos habituais que não poderiam mais ser corrigidos⁷³ ⁷⁴. Esses três objetivos foram defendidos por Liszt e se destinam a coibir a reincidência criminosa por meio de tratamentos distintos que deveriam ser ministrados segundo o tipo de criminoso: o delinquente habitual deveria ser inocuizado; o ocasional, intimidado; e, por fim, o criminoso “corrigível”, socializado.

Dentre esses três escopos, a ideia de correção (que posteriormente foi denominada de ressocialização ou, simplesmente, socialização), foi a que desempenhou um papel mais significativo durante o século XX, especialmente em sua primeira metade. Partindo da premissa de que o criminoso era destituído de livre arbítrio, seus defensores consideravam que suas ações eram condicionadas por fatores antropológicos, físicos e sociais, e por isso não poderia pairar sobre ele qualquer juízo de culpabilidade. Assim, a pena retributiva deveria ser substituída por uma medida tratamental que buscasse, mediante a ressocialização do condenado, evitar a reincidência. Ou seja, de acordo com esta concepção, a sanção penal deveria ser encarada como um bem, tanto para o indivíduo como também para a sociedade em geral⁷⁵.

Essa tese teve ampla aceitação dogmática e, até hoje, é possível perceber sua influência nas mais variadas legislações e decisões jurisprudências⁷⁶, inclusive na legislação

que indaga se “a criminalização da arte negra da capoeira, dois anos após a abolição da escravatura, pelo artigo 402 do código penal de 1890, correspondia “às exigências de cultura” de “determinado povo”?”; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica... Op. cit.*, p. 116.

⁷³ Estas duas últimas concepções, por enfocarem efeitos exclusivamente negativos da sanção penal (intimidação e inocuização), são conhecidas como “teorias da prevenção especial negativa”.

⁷⁴ De acordo com os postulados desta última vertente negativa, o criminoso incorrigível representaria uma ameaça constante para o corpo social, devendo, portanto, ser inocuizado. Por isso, a pena não poderia pretender corrigi-lo, mas sim segregá-lo, sendo considerada um mal para a pessoa e, simultaneamente, um bem para a sociedade, que estaria garantida pela ausência do elemento ameaçador.

⁷⁵ Por essa razão, seus adeptos preferem falar em medidas e não em penas. Conforme assevera Bitencourt, “a pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já medida supõe que o delinqüente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Como o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal... Op. cit.*, p. 82.

⁷⁶ Conforme ressalta Roxin, “objetivos sobre todo de prevención especial se han expresado también reiteradamente en la reforma legislativa de la república Federal desde 1969. En el § 46 I 2 de la nueva Parte general se dice acerca de la determinación de la pena: ‘hay que tomar en consideración las consecuencias que de la pena se pueden esperar para la vida futura del autor en la sociedad’. Numerosas innovaciones del sistema de sanciones en la reforma legislativa de Alemania Occidental (...) sirven al fin de resocialización... Bajo el efecto de estas reformas, la jurisprudencia más reciente también há otorgado más amplitud que antes a la idea de resocialización”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 86-87.

brasileira, que prevê, no artigo 1º da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), a prevenção especial como um dos objetivos a ser alcançado no processo de execução penal⁷⁷.

Atualmente, contudo, diante das críticas formuladas contra a ideia de ressocialização⁷⁸, a doutrina, objetivando preencher o tempo livre dos presos de uma maneira individual e socialmente útil⁷⁹, tem dado novo enfoque à execução da pena a fim de que ela possa, de fato, contribuir, de alguma forma, para a prevenção especial.

Neste sentido, a sanção penal passa a ser vista não mais como um meio para a *cura do criminoso*, mas sim como uma oportunidade para que o Poder Público crie as condições necessárias para que o apenado possa, no futuro, continuar a viver em sociedade sem cometer crimes, sempre com respeito ao seu modo de ser, às suas concepções sobre a vida e sobre o mundo e às suas posições face aos juízos de valor do ordenamento jurídico⁸⁰. Ou seja, de acordo com esta visão – aqui integralmente sufragada –, o Estado, ao impor uma sanção penal, deve oferecer, e não impor, os meios necessários para a reinserção social do condenado, conferindo-lhe a oportunidade de desenvolver sua personalidade e suas habilidades pessoais (para fins lícitos, evidentemente)⁸¹, de forma que a pena tenha alguma finalidade útil para ele (e, conseqüentemente, para toda a sociedade) que seja compatível com o Estado de Direito democrático e com os respectivos valores consagrados nas Constituições

⁷⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica... Op. cit.*, p. 113.

⁷⁸ Dentre as críticas apresentadas contra a ressocialização, duas se destacam. A primeira aponta para a ineficácia da pena como meio de modificação comportamental, marcada não só pelo paradoxo de se buscar a socialização do apenado por meio de sua privação da liberdade como também pela constatação de que a efetiva mudança de comportamento depende necessariamente de uma decisão interna do próprio apenado e nunca de uma imposição estatal. Quando muito, as leis de execução só podem assegurar as condições externas sob as quais a socialização pode vir a ocorrer. Neste sentido, HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 376. Além disso, consoante já exposto, para alguns autores a imposição de um modo de agir desrespeitaria o pluralismo cultural constitucionalmente garantido, afrontando o direito de todo indivíduo de ser diferente. Sobre o tema, ver, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica... Op. cit.*, p. 116.

⁷⁹ Uma das críticas que se atribui às teorias da prevenção geral é a de que elas nada contribuem para a realização da execução da pena. Conforme ressalta Hassemer, em crítica formulada contra a teoria da prevenção geral negativa – que pode certamente ser estendida às demais teorias da prevenção geral – “*o tempo da pena nada mais é que um mal, que um tempo vazio – na verdade um mal necessário para a intimidação dos demais*”. HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 404.

⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 55.

⁸¹ Oferecendo-lhe, por exemplo, a oportunidade de aprender um ofício lícito, compatível com suas habilidades pessoais, que lhe proporcione meios de sustento material e também seu desenvolvimento como pessoa.

modernas, que garantem ao indivíduo, por exemplo, o respeito à sua dignidade, à sua liberdade de consciência, de crença e também a inviolabilidade de sua intimidade e honra⁸².

Demais disso, além de conferir ao preso a oportunidade de reinserção social, tem-se entendido, acertadamente, que o Estado também deve se preocupar em evitar os efeitos dessocializadores da prisão, já que se não lhe é possível impor ao apenado uma mudança comportamental, ele deve ao menos garantir que os locais de cumprimento da pena tenham condições estruturais mínimas para que o preso não viva em um ambiente criminógeno⁸³ e que, além disso, sejam adotadas medidas tendentes a minorar⁸⁴ o sofrimento do encarcerado⁸⁵.

1.3.2 A redução da violência estatal

Apesar de caracterizar uma finalidade do sistema penal, a prevenção à prática de comportamentos criminosos não pode ser vista como um fim em si mesmo, mas deve ser inserida dentro de um contexto maior, que compõe a função essencial de todo e qualquer Estado de Direito democrático e social, que é o de garantir a realização mais livre possível da personalidade de cada pessoa enquanto indivíduo e enquanto membro da comunidade.

⁸² Na Constituição brasileira, a dignidade da pessoa humana é considerado um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal) e os direitos fundamentais do indivíduo estão garantidos no extenso rol do artigo 5º.

⁸³ Neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação...* Op. cit., pp. 563 e ss.

⁸⁴ Em outro trabalho publicado sobre o tema, Anabela Miranda Rodrigues expõe algumas propostas concretas com o fim de minimizar os efeitos negativos do sistema penitenciário sobre o condenado. Assim, para ela, "*a configuração concreta da prisão não deve reforçar a carga de estigmatização social traduzida pelo julgamento e pela pena; as limitações de direitos não podem autorizar-se, a não ser na medida em que sejam impostas por razões de força maior, urgentes e em função do recluso (e não de necessidades de funcionamento do estabelecimento); as condições gerais de vida do recluso devem aproximar-se das que caracterizam a vida em liberdade; deve favorecer-se as relações do recluso com o mundo exterior*". RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 pp. 47-48.

⁸⁵ Desde que, é claro, tais medidas não gerem uma situação de impunidade. Por exemplo, o instituto da transferência de presos estrangeiros para o cumprimento da pena em seu país de origem se desenvolveu exatamente como uma forma de minorar o sofrimento do apenado que cumpre pena em local distante de seus círculos cultural e familiar. Trata-se de um ato relacionado com a execução penal que busca garantir uma pena mais humanitária ao encarcerado que, *sem gerar uma situação de impunidade*, evita sua dessocialização. Para um maior aprofundamento na matéria, ver SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil. Aspectos Jurídicos e Criminológicos*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 253 e ss.

Por esse motivo, como a finalidade constitucionalmente atribuída aos Estados é a de assegurar o pleno desenvolvimento das habilidades pessoais dos integrantes da sociedade, a busca pela prevenção de crimes não pode jamais causar uma violência igual ou superior àquela que o sistema penal pretende evitar, ou seja, o Estado não pode impor restrições à autonomia individual superiores (ou mesmo idênticas) àquelas produzidas pelos particulares por ocasião da prática de crimes ou do exercício da vingança privada. Logo, ao assumir o monopólio da força para reagir de forma mais severa contra comportamentos desviantes graves, o Estado assume, paralelamente, o compromisso de fazê-lo da maneira menos arbitrária (e menos danosa socialmente) do que o faria o particular por meio das reações sociais informais⁸⁶.

Desta forma, o Estado, na medida do possível, ao exercer o poder punitivo por meio do direito penal, deve evitar a espontaneidade, a surpresa e a subjetividade, que são características que estão presentes em certas manifestações do controle social informal e que podem causar insegurança e incerteza no âmbito das relações sociais, prejudicando o bom desenvolvimento das habilidades individuais no âmbito social. Por isso, o direito penal deve ser um meio de controle social formalizado, ou seja, seus elementos essenciais (normas de conduta, sanções penais e processo de aplicação das normas) devem ser regulados previamente por regras e princípios de garantia que protejam os indivíduos de uma violência estatal arbitrária.

Demais disso, as restrições impostas à liberdade individual por meio do sistema penal, além de previsíveis e objetivamente reguladas, devem preservar uma liberdade de ação na sociedade maior do que aquela que os indivíduos teriam com a ausência do Estado e do direito penal, de forma que o prejuízo por ele causado seja inferior ao que pretende evitar, sob pena de não se justificar racionalmente sua existência como meio de controle social⁸⁷. E isto só será possível se as restrições impostas pelo sistema penal forem excepcionais, ou seja, se as proibições veiculadas por meio de normas penais alcançarem apenas as lesões ou as situações de perigo mais graves àqueles interesses considerados absolutamente essenciais à convivência humana⁸⁸.

⁸⁶ Sobre o tema, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...* *Op. cit.*, pp. 181 e ss.

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...* *Op. cit.*, pp. 182-183.

⁸⁸ Foi neste contexto de imposição de limites materiais aos Estado que surgiu a ideia, que hoje prepondera, de exclusiva proteção de bens jurídicos como função primordial do direito penal. Este tema será melhor abordado nos dois capítulos subsequentes.

Assim, ao mesmo tempo em que busca combater o comportamento criminoso (prevenção de crimes), o Estado, por meio do direito penal, também deve observar regras formais para a aplicação da pena e obedecer a critérios materiais mínimos que justifiquem a tipificação de certos comportamentos sociais, não podendo, portanto, escolher arbitrariamente quais condutas poderão ser penalmente punidas (redução da violência estatal).

1.3.3 Principais críticas às teses preventivas

A crítica mais difundida⁸⁹ que, ao longo do tempo, tem sido formulada contra as teses preventivas em geral é a de que se a pena for aplicada a seres humanos para alcançar fins utilitários ou pragmáticos em um contexto social, o apenado seria equiparado a um objeto, pois ele estaria sendo utilizado como meio para o alcance de fins heterônomos, em flagrante afronta à sua dignidade⁹⁰. A punição do autor de um crime – afirmam os críticos⁹¹ – serviria apenas como objeto de demonstração no interesse do bom comportamento de todos os demais sem representar qualquer benefício concreto para o apenado⁹². A execução da pena, por isso, não passaria de um mal necessário para produzir efeitos negativos para o condenado⁹³, além de efeitos gerais como a intimidação⁹⁴, a aprendizagem, o reforço da confiança na validade da norma violada e a pacificação social⁹⁵.

Essa objeção às teorias preventivas, contudo, é destituída de fundamento. Na realidade, se fosse procedente a censura formulada acima, todos os demais meios de controle social, sejam eles formais ou informais, também seriam igualmente ilegítimos, já

⁸⁹ A seguir, serão abordadas apenas as principais objeções formuladas em face das teorias preventivas. O esgotamento deste tema, por sua relevância e complexidade, demandaria um estudo específico para sua análise.

⁹⁰ Para Figueiredo Dias, esta crítica, que provém dos adeptos das teorias absolutas, é aquela que, durante os séculos, mais tem sido utilizada contra as teorias preventivas. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 49.

⁹¹ Dentre os quais se destaca Eugenio Raúl Zaffaroni: ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 5ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

⁹² À exceção da prevenção especial positiva, que concebe a pena como uma oportunidade de tratamento e de (re)socialização do criminoso, todas as demais teorias preventivas não vislumbram qualquer efeito positivo direto em favor do apenado. Aliás, conforme já apontado acima, para alguns doutrinadores nem mesmo a ressocialização seria propriamente um efeito positivo para quem sofre a pena. Neste sentido, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica... Op. cit.*, p. 116.

⁹³ Como a inocuidade ou a intimidação pessoal.

⁹⁴ Efeito geral negativo.

⁹⁵ Que são efeitos gerais positivos. Por todos, ver HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 404.

que, tal como o direito penal, buscam alcançar finalidades socialmente úteis por intermédio de sanções (sociais) que, inequivocamente, restringem – ainda que, em regra, em menor medida – a liberdade individual. Assim, todo e qualquer instrumento destinado a atuar no campo social e a realizar fins benéficos para a sociedade em geral se, de alguma forma, puder limitar a autonomia individual, será considerado, de acordo com esta visão, um atentado ilegítimo contra a dignidade humana dos autores dos comportamentos desviantes⁹⁶⁹⁷.

Na verdade, a questão da preservação da dignidade humana é estranha ao tema das finalidades do sistema penal, estando relacionada não com a *existência do direito penal em si mesma* ou com a *possibilidade de pena*, mas sim com a análise do *conteúdo do direito penal* e, principalmente, com a *forma de execução das penas*, que devem incidir sobre os condenados com observância de seus direitos fundamentais. Ou seja, o debate envolvendo a necessidade de respeito à dignidade da pessoa não deve ser travado no plano da legitimação da ordem jurídico-penal, mas sim com o objetivo de estabelecer limites⁹⁸ que deverão ser observados pelo Estado ao criminalizar certos comportamentos e ao cominar e executar as sanções criminais⁹⁹.

De qualquer forma, é preciso reconhecer que, embora substancialmente infundada, essa crítica aponta uma fragilidade da teoria da prevenção geral, especialmente em sua vertente negativa da pena, que impediria sua adoção como fundamento único para a existência do direito penal. De fato, a noção de prevenção por intimidação geral, utilizada isoladamente para fundamentar o sistema penal, é incapaz de fornecer qualquer critério material prévio que limite a atividade do legislador, já que não estabelece o montante de pena necessário para obter a desejada intimidação¹⁰⁰. Além disso, como jamais se poderá alcançar a

⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 50.

⁹⁷ E, considerando que a dignidade da pessoa é uma garantia prevista nas Constituições dos Estados Democráticos, esta postura crítica acabaria por permitir que qualquer pessoa pudesse se insurgir – inclusive por meio de uma ação judicial, já que as lesões ou ameaças de lesão a direitos não podem ser afastadas do controle jurisdicional – contra uma reação social decorrente da prática de um comportamento desviante, não importando o conteúdo da sanção social imposta, já que todas, de acordo com esta visão, ao objetivarem a regulação da vida em sociedade (finalidade socialmente útil) por meio de restrições à autonomia individual, atentariam contra um direito constitucionalmente garantido.

⁹⁸ Que, consoante se verificará nos capítulos subsequentes, na ordem jurídica brasileira, deverão ser extraídos da Constituição Federal.

⁹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁰ Conforme ressalta Roxin, esta é uma deficiência que também pode ser atribuída, ainda que em menor medida, à prevenção geral positiva. Por essa razão, aliás, ele defende, acertadamente, que as teorias da prevenção sejam conjugadas com o princípio da culpabilidade, devendo a culpa ser concebida como o pressuposto da pena e também como o limite intransponível de sua medida. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 93 e 99-103. No mesmo sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, pp. 82-85.

erradicação do crime, a necessidade de atemorizar a população pregada por seus adeptos poderia provocar o surgimento de penas cada vez mais severas e desumanas – que gozam de maior efeito intimidante –, gerando um direito penal do terror cujas sanções seriam flagrantemente desproporcionais ao mal causado pelo delito, o que – aí sim – violaria a dignidade dos afetados pelo sistema penal¹⁰¹.

Paralelamente a essa crítica de cunho normativo¹⁰², há um outro argumento, este de ordem prática, que tem sido levantado contra as teorias da prevenção em geral¹⁰³. De acordo com esta segunda objeção, a ideia de prevenção, além de não ser demonstrável empiricamente, seria contrária à própria realidade social que, por ser marcada pela constante ocorrência de delitos, indicaria a inaptidão do direito penal para o alcance desta finalidade. Assim – defendem os críticos –, seja em razão da impossibilidade fática de sua comprovação, seja principalmente pelos altos índices de criminalidade existentes, a pretensão de redução dos delitos, por ser um fim indemonstrável e inalcançável¹⁰⁴, não poderia servir de base para justificar a existência do direito penal.

¹⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 53. Esta consequência se produz em menor medida com as teorias da prevenção geral positiva, pois nestas os efeitos visados (reforço de confiança na validade da norma, aprendizagem e pacificação social) estão mais relacionados com a efetiva aplicação da lei penal e não propriamente com a intensidade da pena, ao contrário do que ocorre com a prevenção geral negativa.

¹⁰² O caráter normativo da crítica, segundo Hassemer, decorreria da suposta falta de reflexão ética e jurídico-constitucional das teorias da prevenção, que conduziria à elaboração de concepções violadoras da dignidade humana. Sobre o tema, ver HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 404.

¹⁰³ Tal como na crítica anterior, esta nova objeção se dirige com mais intensidade ao aspecto negativo da prevenção geral. Apesar disso, ela também se aplica aos demais aspectos (gerais e especiais) da prevenção. Neste sentido, Hassemer afirma que *“embora a teoria da prevenção geral positiva – fora, portanto, do aspecto da formalização – esteja estruturada logicamente pela prevenção, opõem-se a ela questões acerca dos seus fundamentos empíricos semelhantes àquelas das teorias da ressocialização e da intimidação. Elas se opõem apenas de modo semelhante, porque são menos insistentes. Elas são menos insistentes, porque a declaração da eficácia empírica ocorre de modo menos acentuado nas teorias da prevenção geral positiva do que nas tradicionais teorias preventivas: Enquanto as representações tradicionais de um Direito Penal de eficácia preventiva devem declarar situações e modificações concretas no mundo exterior (a intimidação, a melhora dos homens), a teoria da prevenção geral positiva sobrevive com pressupostos mais debilitados. Para ela é suficiente que o sistema jurídico-penal colabore de um modo diferenciado com o controle social em geral e atue em uma correlação”*. HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, pp. 405-412 e 428.

¹⁰⁴ Este argumento foi utilizado por Juarez Tavares por ocasião da crítica formulada aos sistemas funcionalistas baseados na ideia de prevenção. Segundo Tavares, *“há no sistema funcional um defeito insuperável, que é o de articular a interpretação das disposições penais e o respectivo tratamento dos casos concretos sob o pressuposto de uma política criminal de proteção de bens jurídicos, a qual está subordinada a dois objetivos absolutamente inalcançáveis: de prevenir os delitos pela intimidação (prevenção geral negativa) e de reafirmar a vigência da norma pela punição (prevenção geral positiva)”*. TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma Contribuição à Teoria da Crime Culposos*, 2ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 335. No mesmo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que as teorias positivas da pena – que são aquelas que vislumbram alguma função positiva na pena e no próprio direito penal – *“asignen al poder punitivo funciones falsas desde el punto de vista de la ciencia social, pues no se verifican empíricamente, provienen de generalizaciones arbitrarias de casos particulares de eficacia, jamás pueden afirmarse en todos*

Ocorre, entretanto, que esse tipo de objeção ignora que, independente de toda criminalidade existente (real¹⁰⁵ ou efetivamente conhecida pelo sistema penal), a maioria da população se comporta em conformidade com o direito, sendo o cometimento de crimes, felizmente, uma exceção¹⁰⁶.

Além disso, o fato de algumas sociedades experimentarem um crescimento nos índices de criminalidade, a despeito da existência de proibições penais, não pode ser utilizado como dado favorável à ineficácia preventiva do direito penal, como poderia parecer à primeira vista. Com efeito, todos os índices existentes são produzidos apenas a partir das informações sobre os fatos criminosos que chegam ao conhecimento das agências de controle estatal e não sobre a quantidade efetiva de delitos praticados em uma comunidade. Este montante real de crimes possui, na verdade, uma grandeza desconhecida pelos órgãos estatais, o que tem provocado enormes distorções entre *o que se conhece e divulga sobre a realidade e a própria realidade social*, visto que a maior ou menor eficiência destas agências na identificação de crimes, por exemplo, pode aumentar ou diminuir artificialmente o percentual *conhecido* da criminalidade em uma determinada região. Desta forma, esses índices jamais serão capazes de retratar fielmente o número de delitos praticados em uma comunidade. Quando muito, eles refletirão apenas as infrações conhecidas e não aquelas realmente existentes. Por isso, como não é possível precisar como se desenvolve efetivamente a criminalidade em um local previamente determinado após a edição de uma lei penal, jamais será possível, obviamente, estabelecer uma relação de causa e efeito entre um mero aumento nos índices de criminalidade e a ineficácia preventiva do direito penal¹⁰⁷.

Ademais, existem inúmeros fatores de ordem moral, social, econômica e também pessoal, que influem tanto na diminuição como também no aumento da criminalidade. O direito penal é apenas uma destas condicionantes que, apesar de possuir um papel relevante no combate ao crime, não pode assegurar isoladamente a ausência ou a

los casos y ni siquiera en un número significativo de ellos". ZAFFARONI, Eugênio Raul, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Editora Ediar, 2000, p. 41.

¹⁰⁵ A criminalidade "real" inclui também a chamada "cifra negra", que são aquelas situações fáticas que se enquadram nas definições da lei penal, mas não são conhecidas pelos órgãos estatais de persecução penal. Sua grandeza é desconhecida, já que não é possível estabelecer um meio de controle preciso para mensurá-la.

¹⁰⁶ Neste sentido, ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 92. Figueiredo Dias também acrescenta, com propriedade, que esse argumento crítico "*só poderia provar alguma coisa – se provasse – contra a efectividade da pena e nada contra a finalidade que lhe é assinalada*". FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 52

¹⁰⁷ Até porque não se pode descartar a possibilidade de que ocorra, ao mesmo tempo em uma localidade, a diminuição do número *real* de delitos e o aumento dos *índices* de criminalidade, o que seria possível em razão da maior eficiência das agências estatais responsáveis pela persecução penal na identificação dos crimes.

diminuição de infrações à norma penal. Além dele, há diversos outros instrumentos de regulação da vida em sociedade, como a família, a escola e a religião, por exemplo, que exercem funções importantes na prevenção de delitos ao reforçar valores éticos e incentivar (e até mesmo impor) comportamentos importantes ao convívio social pacífico. E, paralelamente a estes fatores de inibição da criminalidade, existem situações sócio-econômicas – tais como o aumento do desemprego ou a concentração exagerada de renda nas mãos de poucos, que propiciam o agravamento de tensões sociais – e questões de ordem pessoal – como, por exemplo, problemas emocionais ou psíquicos suportados por alguns indivíduos – que contribuem para o crescimento da prática de crimes.

Assim, o sistema penal e suas respectivas restrições não podem ser concebidos como fenômenos isolados, que atuam como únicos responsáveis pela redução da criminalidade e que, por esse motivo, seriam automaticamente considerados ineficazes em caso de eventual aumento dos índices de criminalidade. Na realidade, o direito penal é apenas mais um dos instrumentos de controle social existentes e que atua ao lado dos demais com o fim de garantir a convivência pacífica dos indivíduos, influenciando as demais formas de controle e sendo por elas influenciado. Todas elas são igualmente responsáveis pela regulação da vida em comunidade e atuam em conjunto objetivando evitar a prática de comportamentos indesejados, não sendo possível isolá-las hipoteticamente para verificar o grau de eficácia de cada uma na prevenção de tais comportamentos¹⁰⁸.

É importante salientar, contudo, que a impossibilidade de medição precisa do grau de efetividade do direito penal para a prevenção de delitos também não pode servir como argumento contrário ao seu reconhecimento como uma das finalidades regentes do sistema penal. Essa impossibilidade fática, na verdade, atinge igualmente a todos os demais meios de controle social, formais e informais¹⁰⁹, e nem por isso se questiona que um dos objetivos da aplicação de uma sanção social – qualquer que seja ela – é evitar a prática futura do mesmo comportamento¹¹⁰. A utilização de normas de conduta e de sanções com o fim de

¹⁰⁸ Prevenção esta que também depende, conforme já salientado acima, da atuação de contrafatores de caráter social, econômico e pessoal, que contribuem para o aumento da criminalidade.

¹⁰⁹ Pois, conforme visto, como nenhum deles atua isoladamente na prevenção de certos comportamentos indesejados, não é possível analisar a efetividade de cada meio de controle social.

¹¹⁰ Se procedente a crítica em questão, todas as formas de controle, sem exceção, deveriam ser igualmente consideradas ilegítimas, já que todas estabeleceriam restrições para o alcance de fins empiricamente indemonstráveis. Ou seja, se os meios de que se vale o direito penal para evitar a prática de comportamentos criminosos e assegurar condições mínimas para a convivência social são, por natureza, idênticos aos que são utilizados pelas demais formas de controle social, ao defender a ineficácia do sistema punitivo institucionalizado

coibir ações indesejadas sempre esteve presente no cotidiano de toda comunidade, sendo uma consequência natural e necessária da vida em sociedade, que impõe aos seus participantes regras de convivência indispensáveis para a continuidade da existência do grupo social.

Além disso, toda e qualquer sociedade só se mantém graças a existência de mecanismos de controle social que restringem parcialmente a liberdade humana¹¹¹, não sendo razoável supor que os integrantes de uma comunidade apenas usufruam dos benefícios gerados pela vida em comum sem que tenham que arcar com certas restrições pessoais. Nenhuma sociedade pode subsistir apenas com indivíduos narcisistas que estejam preocupados com a satisfação exclusiva de seus próprios interesses sem qualquer consideração com o outro, até porque, se por um lado a simples condição de ser humano já lhes proporciona certos *direitos fundamentais* inalienáveis, por outro, a efetividade destes direitos pressupõe o seu respeito por parte de todos, não sendo possível, portanto, haver direitos fundamentais sem a existência correlata de *deveres fundamentais* a serem observados por todos os cidadãos.

Essas duas objeções à ideia de prevenção¹¹² refletem, na verdade, uma visão exclusivamente crítica de alguns acerca do papel do sistema penal na sociedade moderna. Para estes autores – dentre os quais se destacam Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista –, as teorias preventivas não poderiam ser aceitas porque, ao justificarem o exercício do poder punitivo estatal¹¹³, legitimariam "*um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito*"¹¹⁴. As restrições impostas pelo sistema penal, segundo esta concepção, configurariam apenas o exercício de um poder punitivo de explicação política que se manifesta através de diversos meios de coerção, tais como o poder de vigiar e de controlar movimentos e ideias, de obter dados da vida privada dos cidadãos, de impor restrições à

para a prevenção de crimes, os adeptos dessa objeção deveriam, por coerência, sustentar a inaptidão de toda e qualquer forma de controle social destinado à regulação da vida em sociedade, pois todas as reações sociais, tal como a pena em relação ao delito, seriam igualmente incapazes de coibir as ações desviantes. De fato, se a pena não é apta para prevenir crimes, por que razão seriam as demais espécies de sanções capazes de coibir, ainda que parcialmente, comportamentos não aceitos em uma comunidade?

¹¹¹ Conforme ressalta Hassemer, "*o controle social é uma condição fundamental irrenunciável da vida em sociedade*". HASSEMER, Winfried. *Introdução... Op. cit.*, p. 415.

¹¹² Além destas críticas gerais, inúmeras outras críticas específicas têm sido levantadas contra cada espécie de prevenção. A análise de todas estas críticas, contudo, dada sua amplitude, demanda um estudo específico sobre o tema, razão pela qual elas não serão abordadas no presente trabalho.

¹¹³ Que, segundo eles, seria marcado pela seletividade dos criminalizados e vitimizados vulneráveis e reproduziria os antagonismos sociais. Neste sentido, BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugênio Raul, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 96.

¹¹⁴ *Idem.*

liberdade sem controle judicial, além de outros¹¹⁵. Ao direito penal, portanto, não se poderia atribuir qualquer função positiva, nem mesmo a prevenção de crimes, mas somente o papel de neutralizar a constante ameaça dos elementos do Estado de Polícia que se encontram presentes no Estado de Direito. A contenção do poder punitivo seria, assim, a única finalidade do direito penal¹¹⁶.

Essa visão exclusivamente negativa do direito penal, no entanto, enfoca apenas um de seus objetivos, que é a redução da violência estatal. Porém, o papel do sistema penal não pode se esgotar na contenção do poder punitivo do Estado e na tentativa de evitar seu exercício arbitrário, mas deve também abranger a diminuição da violência privada, pois para qualquer indivíduo, tão relevante quanto evitar que o Poder Público viole seus direitos fundamentais, é impedir também que sua liberdade seja afrontada por seus pares. Para o cidadão, é irrelevante quem seja o responsável pela lesão a seus interesses, pois o importante é a existência de um ambiente social que lhe proporcione o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Não foi por outra razão, aliás, que tanto a ideia de diminuição da violência estatal como também a de redução da violência privada mediante a prevenção de crimes foram incorporadas por diversas Constituições modernas¹¹⁷ que, ao adotarem o modelo de Estado de Direito social e democrático, impuseram ao Estado exatamente este duplo papel que se atribui ao direito penal: de um lado, elas mantêm os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder do Estado como forma de garantir a diminuição da violência estatal; de outro, estabelecem ao Poder Público obrigações positivas de proteção dos valores constitucionais consagrados com o fim de reduzir lesões privadas a direitos essenciais¹¹⁸. Por isso, toda e qualquer atuação do Estado no âmbito do direito penal deve ser pautada necessariamente pela análise desses dois interesses constitucionais e não apenas daquele

¹¹⁵ BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugênio Raul, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro... Op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶ Esta teoria é denominada de teoria negativa ou agnóstica da pena: negativa porque não atribui qualquer função positiva para a pena; agnóstica, porque, quanto à sua função, reconhece desconhecê-la. BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugênio Raul, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro... Op. cit.*, pp. 98 e ss. Além destes autores, a teoria agnóstica da pena também foi adotada por Luciana Boiteux, em importante artigo publicado sobre os fundamentos da pena no âmbito do direito penal econômico. Neste sentido, ver BOITEUX, Luciana. *Uma Visão Crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In Direito Penal Tributário*. Coordenadores: Davi de Paiva Costa Tangerino e Denise Nunes Garcia. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 195.

¹¹⁷ Dentre as quais se inclui a Constituição brasileira de 1988. Este tema será abordado com maior profundidade no capítulo terceiro.

¹¹⁸ Neste sentido, ver FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime"...* *Op. cit.*, p. 273.

relacionado com a contenção do poder punitivo, de forma que a tipificação e a descriminalização de condutas satisfaçam a pretensão de redução dos danos produzidos pelo sistema penal sem diminuir sua eficácia preventiva.

Além disso, a adoção dessa postura crítica defendida por Zaffaroni e Batista acabaria conduzindo, inevitavelmente, à defesa da própria abolição do direito penal, já que se não é possível atribuir qualquer função positiva que legitime a imposição de sanções penais pelo Estado e se o sistema penal configura apenas uma forma de poder punitivo seletivo e discriminatório que é exercido pela classe social dominante sobre outras classes menos favorecidas, não haveria razão para a sua manutenção no seio do Estado de Direito democrático¹¹⁹.

Ocorre, contudo, que o ideal abolicionista, apesar do mérito de ter contribuído para o esforço em favor de uma maior humanização do sistema penal, jamais conseguiu apresentar qualquer proposta apta a substituir eficazmente o sistema penal como meio de resolução dos conflitos sociais mais graves. As alternativas que em geral se apresentam – tal como, por exemplo, a solução de conflitos baseada no princípio da reparação civil do dano levada a efeito por meio da tentativa de conciliação pessoal entre o ofensor e o ofendido por intermédio de procedimentos de arbitragem privada ou mesmo através de Tribunais estatais cíveis¹²⁰ – além de serem incompatíveis com o grau de complexidade das sociedades modernas, cujas relações sociais são cada vez mais anônimas e difusas, também são de difícil aplicação para crimes mais violentos ou que afetem um número indeterminado de indivíduos. Aliás, não foi por outra razão que as teses abolicionistas se desenvolveram em países como a Holanda e a Noruega, que são Estados pequenos nos quais o problema da criminalidade é relativamente reduzido e a probabilidade de eficácia de uma resolução descentralizada de conflitos é mais alta¹²¹. Além disso, também não é mera coincidência o fato da maioria dos casos exemplificativos mencionados pelos abolicionistas envolverem situações conflituosas mais simples, de bagatela, que não representam a atual realidade do sistema penal¹²².

¹¹⁹ Conforme ressalta Silva Sánchez, “ (...) *minoritariamente se ha rechazado toda posible legitimación de la imposición de una pena, lo cual habría de conducir inevitablemente a proponer la abolición del propio Derecho penal*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...* Op. cit., p. 180.

¹²⁰ HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de Celis. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam, 2ª Edição, Niterói: LUAM, 1997, pp. 126 e ss.

¹²¹ Neste sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...* Op. cit., p. 21.

¹²² *Idem*.

Ademais, a substituição integral do direito penal por outras formas de controle do desvio exercidas diretamente pela sociedade representaria apenas a abolição de uma série de limitações formais e materiais que restringem o poder punitivo exercido pelo Estado e protegem direitos mínimos dos atingidos pelo sistema penal, sem qualquer garantia do indivíduo em face dos *novos detentores do poder*. E, conforme bem salienta Hassemer, se, por um lado, é verdade que existem Estados repressivos, por outro, é inegável que “*existem também experiências com homens, que lesionam e enganam uns aos outros, que se consideram melhores, mais fortes e mais inteligentes que os outros e também extraem disso conseqüências hierarquizadoras, que são consideradas temerárias e deficientes em seu proveito*”¹²³. Assim, a extinção do direito penal significaria não o fim da persecução e da punição – pois o controle social sempre existirá em toda e qualquer sociedade –, mas sim o fim da formalização, com o retorno da espontaneidade, da surpresa e da subjetividade, em flagrante prejuízo à segurança nas relações sociais e, conseqüentemente, ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo¹²⁴.

¹²³ HASSEMER, Winfried. *Introdução...* Op. cit., p. 430.

¹²⁴ Neste sentido, Hassemer afirma que o abolicionismo nada mais é do que uma tentativa de “*exorcizar o diabo com o belzebu*”. HASSEMER, Winfried. *Introdução...* Op. cit., p. 432.

2 O CONCEITO MATERIAL DE CRIME E SUA RELAÇÃO COM O BEM JURÍDICO

2.1 O surgimento do conceito material de delito

Em todas as sociedades, desde as mais antigas até as sociedades pós-modernas, o crime sempre foi visto como um fenômeno de patologia social diversificado causado por condicionantes externas ao indivíduo (ou seja, sociais) e também por fatores endógenos (internos, individuais) componentes da mais complexa realidade existente: a realidade humana¹²⁵. No entanto, no curso da história, a definição de crime e a forma de seleção das condutas puníveis variaram de acordo com o estado social e ideológico reinante em cada época¹²⁶.

Nos primórdios da humanidade, mais especificamente nas sociedades de estrutura familiar anteriores à fundação do Estado, o ilícito penal era concebido a partir de uma dimensão eminentemente teológica ou privada¹²⁷. O direito como um todo e, principalmente, o *direito criminal*¹²⁸, em seu desenvolvimento inicial, manifestava uma estreita relação entre o instinto primitivo de vingança, oriundo da própria natureza humana, e um sentimento religioso¹²⁹. Nestas comunidades primitivas, que estavam estruturadas por vínculos consanguíneos e que não distinguiam o mandamento de Deus do estatuto dos homens, o crime era visto ora como um atentado contra os Deuses, ora como uma agressão violenta de uma tribo contra outra¹³⁰.

¹²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 18.

¹²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 42.

¹²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, p. 25.

¹²⁸ De acordo com Edmund Mezger, a expressão *direito penal*, que corresponde a antiga designação *ius peónale*, é de origem mais recente, tendo sido empregada pela primeira vez aproximadamente em meados do século XVIII e começado a "regir a principios del siglo XIX". O termo antes empregado era *direito criminal (ius criminale)*. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, Buenos Aires: Editora Valletta Ediciones, 2004, p. 21. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 4.

¹²⁹ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal... Op. cit.*, p. 24.

¹³⁰ Neste sentido, ver: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 34.

Nesse período existiam basicamente duas espécies de pena. A primeira, que incidia sobre o membro da tribo, consistia na privação da paz social do condenado, que perdia a proteção da tribo a que pertencia e por isso poderia ser morto por outros integrantes da comunidade¹³¹. Já a segunda, que era aplicada ao não-integrante da comunidade, era concebida como uma vingança de sangue entre tribos, uma luta contra o estrangeiro e toda sua comunidade, que descambava para uma violência coletiva que só cessava em caso de sucumbência de uma das partes ou por esgotamento das forças de ambas as tribos¹³².

Durante a Idade Média, por influência da Igreja Católica Apostólica Romana, o delito continuou, ao menos de forma parcial, a ser confundido com o pecado¹³³. Nesta fase, contudo, diferentemente do que ocorreu nas sociedades primitivas, a definição de crime e o alcance do sistema penal passaram a ser disciplinados por normas jurídicas de caráter público que formavam o direito penal canônico e que integravam o *Corpus Juris Canonici*¹³⁴. As penas aplicadas neste período, que eram menos cruéis se comparadas às práticas brutais do direito germânico graças a influência da Igreja Católica¹³⁵, atingiam essencialmente bens espirituais e direitos eclesiásticos, além de alcançar bens de ordem leiga,

¹³¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil... Op. cit.*, p. 107.

¹³² Neste mesmo sentido, LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução e Comentários: José Higino Duarte Pereira, Atualização e Notas: Ricardo Rodrigues Gama, Tomo I, 1ª Edição, Campinas: Russel Editores, 2003, p. 75. Para um estudo mais aprofundado sobre a evolução histórica do fenômeno punitivo envolvendo a figura do infrator estrangeiro, ver SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil... Op. cit.*, pp. 105 e ss. É importante salientar, contudo, que a inclusão da vingança privada como antecedente válido da pena é contestado por alguns autores. Para Salomão Shecaira e Corrêa Jr., por exemplo, a origem da pena não estaria nas práticas vingativas pessoais, mas sim na reação social do grupo contra o agressor da ordem e da divindade. SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

¹³³ Conforme ressalta Luiz Regis Prado, neste período "*os delitos eram classificados em: a) delicta ecclesiastica – ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos e punidos com as poenitentiae; b) delicta mere secularia – lesionavam tão-só a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e punidos com penas comuns, eventualmente sofrendo punição eclesiástica com as poenae medicinales; e c) delicta mixta – violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento*". PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 42.

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 41.

¹³⁵ Dentre as penas aplicadas nesta época está a prisão eclesiástica, que se destinava aos sacerdotes e religiosos e se baseava em um regime de penitência, que era notoriamente mais brando do que os regimes praticados no direito penal comum. No entanto, conforme bem observa Artur de Brito Gueiros Souza, "*seria errôneo afirmar que, em toda a sua extensão, as prisões canônicas foram humanitárias, no sentido que a expressão tem atualmente. Na verdade, além dos inúmeros arbítrios perpetrados pela Inquisição, com a utilização indiscriminada de torturas e dos "autos-de-fé" – onde se realizavam, em praça pública, a "purificação" dos hereges através da execução nas fogueiras –, existiam, ainda, conforme os relatos da época, os cárceres subterrâneos que se tornaram célebres com a expressão vade in pace, denominação decorrente do fato de que, com tais palavras, se despediam dos condenados que nela entravam e não mais saíam. Eram, enfim, masmorras subterrâneas onde os condenados eram baixados por meio de escadas ou cordas e impedidos de retornar à superfície*". SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil... Op. cit.*, p. 117.

como a integridade física, a liberdade e o patrimônio¹³⁶. Elas possuíam caráter preponderantemente sacral, de cunho retribucionista, e também buscavam a correção do criminoso¹³⁷.

Além disso, ao lado do direito penal canônico, a Idade Média também conviveu com um direito penal comum, secular, produzido pelos práticos – especialmente no século XII – a partir da fusão do direito romano, do direito germânico e também do direito canônico e dos direitos nacionais, com a prevalência do primeiro sobre os demais. No entanto, ao contrário do que ocorria com o direito canônico, o sistema penal comum era caracterizado pela grande crueldade na execução das penas que, em regra, eram corporais e aflitivas e objetivavam a vingança social e também a intimidação¹³⁸. Ademais, o direito penal comum medieval era constituído por um conglomerado incontrolável de ordenações e leis arcaicas que, além de excessivamente rigorosas, produziam desigualdades e eram arbitrárias. A preocupação preponderante desta legislação era a defesa do príncipe e da religião – cujos interesses se confundiam – e seu arbítrio alcançava não só a determinação da pena como também a própria definição dos crimes, o que gerava uma atmosfera de incerteza, insegurança e até mesmo de terror¹³⁹.

Contra esse estado de insegurança gerado pelo arbítrio no exercício do poder punitivo estatal, surgiram, no século XVII, diversas concepções filosóficas que, a partir da ideia da razão como fator essencial para o progresso da humanidade, buscaram desvincular o conceito de crime de questões ético-religiosas e construir um sistema penal mais humanitário e menos arbitrário.

Nesse momento, a concepção ideológica dominante passou a ser a do contrato social, que inicialmente foi sistematizada por Jean-Jacques Rousseau, a partir da linha de pensamento iniciada pelo humanismo renascentista e pela reforma protestante, e posteriormente desenvolvida por outros pensadores, como Hobbes, Locke, Rawls, entre outros¹⁴⁰. Essa concepção, que exerceu grande influência nos pensadores do período do

¹³⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 42.

¹³⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil... Op. cit.*, p. 115, e SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da Pena... Op. Cit.*, p. 31.

¹³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 45.

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ O contratualismo, conforme ressalta Patrícia Mothé Gliocche Béze, é uma “teoria que buscou explicar a origem da sociedade civil e a justificação para sua existência. Seus principais pensadores, dentre outros, foram Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau”. GLIOCHE BÉZE, Patrícia Mothé. *Os Tratados*

Iluminismo, passou a fundamentar não só a existência do Estado, mas também a legitimar e limitar o exercício de seu poder punitivo¹⁴¹.

De acordo com Rousseau, por exemplo, a liberdade individual deveria sempre prevalecer sobre qualquer forma de força opressora. Para ele, todo homem nasce livre e, como forma de garantir sua liberdade e evitar a dominação pelo uso da força¹⁴², opta racionalmente pela construção de uma sociedade na qual seus integrantes, por meio de uma união consentida (contrato social), buscam uma soma de forças capaz de proteger a cada um e a seus respectivos bens, mediante a obediência de todos aos postulados fundamentais acordados no pacto social¹⁴³.

Já para Cesare Beccaria¹⁴⁴, que foi outro adepto da ideia de contrato social, os homens, cansados de viver em meio a temores e de encontrar inimigos que pudessem afrontar sua liberdade (*estado selvagem*), sacrificaram parte dela para usufruir do restante com mais segurança. Assim, para ele o fundamento do direito de punir estaria somente na reunião de todas as pequenas parcelas de liberdade dos homens, de forma que qualquer exercício do poder punitivo que dela se afastasse constituiria abuso e não justiça¹⁴⁵.

Essa concepção ideológica contratualista – que foi construída em um contexto em que se buscava, ao mesmo tempo, justificar racionalmente o poder de intervenção do Estado na autonomia individual e restringi-lo para garantir a ascensão econômica, social e política da burguesia – influenciou diretamente a forma de enxergar o papel do Estado e das normas jurídicas por ele produzidas.

Assim, a função primordial do Estado e de suas leis (o que inclui, evidentemente, o direito penal) deixou de ser apenas a de regular a vida em sociedade e

Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro. In Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado. Coordenador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 151.

¹⁴¹ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁴² Segundo Rousseau, "*O homem nasce livre, e por toda a parte geme agrilhado; o que julga ser senhor dos demais é de todos o maior escravo. Onde veio tal mudança? Ignoro-o. Quem a legitima? Esta questão creio poder resolver. Se só a força e os efeitos dela me ocupassem, diria: enquanto um povo é forçado a obedecer, e obedece, faz bem, e melhor ainda se, podendo sacudir o jugo, o sacode; pois recuperando a liberdade pelo mesmo direito com que lhe extorquiram, ou ele tem o direito de a retornar, ou ninguém o tinha de lhe tirar.*" ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*, Tradução: Pietro Nassetti, São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, pp. 23-24.

¹⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*... *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁴⁴ Para Luiz Regis Prado, as ideias de Beccaria, contidas em sua obra *Dei delitti e delle pene*, "*além de causar grande repercussão, marcaram o nascimento do Direito Penal moderno*". PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*... *Op. Cit.*, p. 47.

¹⁴⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*, Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, pp. 18 e ss.

proteger os cidadãos da violência causada pelos demais indivíduos, mas passou a ser também a de tutelar direitos individuais em face do arbítrio judicial e da gravidade das penas (redução da violência estatal)¹⁴⁶. Consoante já salientado acima, o Estado, a pretexto de impedir a violência particular, não poderia produzir uma violência institucionalizada superior ou igual àquela que pretendia evitar.

Diante dessa nova concepção de Estado, diversos princípios penais de garantia – tais como o princípio da intervenção mínima, da proporcionalidade, da legalidade estrita e seus aspectos correlatos, como a taxatividade e a irretroatividade da lei penal, além de outros – passaram a reger todo o direito penal, desde a elaboração das normas penais até a aplicação e execução das penas, sempre com o objetivo de restringir o arbítrio estatal e garantir o pleno exercício da autonomia individual¹⁴⁷. E foi exatamente neste contexto que se buscou construir um conceito material de crime que limitasse o arbítrio do legislador ao disciplinar as condutas puníveis e as sanções penais aplicáveis, ou seja, uma concepção de fato punível previamente dada ao legislador que pudesse se constituir em padrão crítico tanto do direito vigente como do direito a constituir, de forma a apontar para o legislador o que ele poderia e deveria criminalizar e aquilo que deveria ser excluído do âmbito de qualquer criminalização, sempre tendo em mira o fim último do Estado (que é o de garantir um ambiente de liberdade em que o indivíduo possa desenvolver plenamente sua personalidade) e as duas finalidades do direito penal daí decorrentes (que são a redução de crimes e a diminuição da violência estatal)¹⁴⁸.

Desde então, a busca por um conceito material de crime tem pautado as atividades de juristas que procuram, a partir da análise dos fins do direito penal, restringir o arbítrio do legislador ao tipificar comportamentos puníveis, estabelecendo previamente algumas características substanciais que deve conter a conduta humana para que possa ser sancionada penalmente¹⁴⁹. Na verdade, a questão relativa ao conceito material de crime está

¹⁴⁶ A partir de então, o direito penal passou a ser regido por estas duas finalidades, que permanecem até hoje como fins a serem alcançados pelo sistema penal.

¹⁴⁷ Assim, por exemplo, de acordo com o princípio da taxatividade, o legislador, ao descrever a conduta punível, deveria fazê-lo com a maior clareza possível a fim de possibilitar segurança jurídica para o pleno desenvolvimento das habilidades dos cidadãos. Além disso, qualquer intervenção estatal na liberdade individual somente seria legítima se fosse formal e previamente autorizada pelo legislador e, materialmente, se houvesse uma grave violação ao contrato social.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 107; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁹ Consoante se verificará a seguir, a tentativa de construção de um conceito material de delito não obedeceu a um processo evolutivo contínuo, mas foi marcada pelo surgimento de algumas concepções acríicas

diretamente relacionada com uma outra questão – já analisada no capítulo anterior – relativa à legitimação material do direito penal, visto que para que se possa construir um conceito substancial de delito que ofereça um padrão crítico à atividade legiferante é preciso que antes se aponte a fonte de onde promana a legitimidade para considerar certos atos como criminosos, ou seja, é necessário que se estabeleça quais são as finalidades do direito penal no âmbito da ordem jurídica¹⁵⁰, pois somente assim se poderá estabelecer um conceito de crime cujo conteúdo material seja capaz de contribuir para o alcance dos fins do direito penal e cuja observância pelo legislador por ocasião da criminalização de certos atos possa ser legitimamente exigida¹⁵¹.

2.2 A importância do pensamento de Feuerbach para a construção de um conceito material de crime

A primeira tentativa moderna de se estabelecer um conceito material de crime, transcendente e crítico face ao direito vigente, foi de Anselm von Feuerbach que, com sua doutrina privatista, buscou sistematizar um novo direito penal baseado na prevenção e repressão de condutas socialmente danosas¹⁵².

Para Feuerbach, o delito seria a ação contrária ao direito de outro, cominada em uma lei penal¹⁵³, ou seja, o crime seria sempre uma violação ao direito subjetivo de outrem, que poderia variar segundo o titular do direito subjetivo direta e imediatamente ofendido pelo delito (sujeito passivo). Para ele, existiriam duas espécies distintas de crimes: os *crimes privados*, caracterizados pela lesão imediata a direitos de particulares, e os *crimes públicos*, marcados pela afronta direta a direitos subjetivos do Estado¹⁵⁴. E no que toca à

de delito que abdicaram – implícita ou explicitamente – de qualquer busca de constituição de um padrão pré-positivo que pudesse pautar a atividade do legislador penal.

¹⁵⁰ Conforme ressalta Roxin, "*os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal*". ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal...* Op. cit., p. 32.

¹⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 106-107.

¹⁵² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., pp. 43-44.

¹⁵³ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*, Traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, 1ª edición, Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2007, p. 55.

¹⁵⁴ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado...* Op. cit., pp. 56-57.

omissão, esta seria penalmente relevante apenas quando uma pessoa tivesse um direito, legal ou contratual, à exteriorização efetiva de uma atividade de outrem¹⁵⁵.

De acordo com Feuerbach, para que uma ação fosse considerada um crime, não seria suficiente a simples contrariedade a alguma norma jurídica ou ao direito objetivo como um todo, sendo necessária a violação de um direito subjetivo alheio¹⁵⁶. O objetivo geral da lei penal seria, portanto, a conservação de direitos subjetivos e o objeto de suas cominações protetoras abrangeria tanto os direitos dos súditos, como também os direitos correspondentes ao Estado¹⁵⁷.

Dentre as principais características da doutrina de Feuerbach estão a separação entre o direito e moral, a crença de que a tarefa única do Estado consiste na proteção do livre exercício da liberdade individual, a negação de legitimidade da persecução, por meio do direito penal, de quaisquer finalidades transcendentes, tais como as de caráter religioso, de promoção da cultura ou ainda da moralidade^{158 159}.

Em resumo, para Feuerbach, aquele que lesionasse uma faculdade inerente à liberdade garantida pelo contrato social e assegurada por meio da lei penal, praticaria um crime¹⁶⁰. Assim, a lesão a um direito subjetivo representava o núcleo essencial do fato punível e por isso o Estado só poderia criminalizar comportamentos que fossem potencialmente lesivos a algum direito subjetivo alheio. Nesta fase, a ideia de bem jurídico ainda era estranha ao direito penal, pois o conteúdo material do crime não era constituído por uma lesão a algo concreto que pertencia ao mundo real, mas sim a uma faculdade jurídico-privada constitutiva do direito subjetivo¹⁶¹.

A teoria subjetiva de Feuerbach, apesar de sua importância para a construção de um conceito material de crime, sofreu inúmeras críticas que resultaram em sua

¹⁵⁵ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado...* *Op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁶ ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena*, Traducción, Prólogo y notas de Gerónimo Seminara, Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F, Julio César Faira – Editor, 2005, p. 29.

¹⁵⁷ ROCCO, Arturo. *El objeto del delito...* *Op. cit.*, p. 56.

¹⁵⁸ É preciso ressaltar, contudo, que Feuerbach também admitia, excepcionalmente, a existência de delitos contra a religião e contra a moral, pois, apesar de, em princípio, essas espécies de delitos não atacarem qualquer direito propriamente dito, toda vez que as ofensas à religião e à moral eram sancionadas pelo Estado (e na medida em que a sociedade se sentia ofendida), Feuerbach considerava que ambas (religião e moral) passavam a ser concebidas como direitos, dado que o Estado lhes prestava defesa. Sobre o tema, ver ROCCO, Arturo. *El objeto del delito...* *Op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁰ FEUERBACH, Anselm von. *Tratado...* *Op. cit.*, p. 55.

¹⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* *Op. cit.*, pp. 27-28.

superação por concepções de ordem objetiva. Dentre as principais críticas formuladas contra esta teoria, duas se destacam¹⁶².

A primeira se insurge contra o excesso de formalismo presente na ideia, defendida por Feuerbach, de que o crime seria apenas uma ofensa às faculdades jurídicas concedidas ao sujeito pela ordem jurídica, sem que fosse levada em conta a coisa material que compunha o direito subjetivo. De fato, ao se conceber o delito exclusivamente como uma ofensa a direitos subjetivos, a doutrina de Feuerbach priorizava, de forma equivocada, aspectos formais do direito, já que atribuía relevância aos poderes jurídicos formalmente outorgados aos indivíduos em detrimento dos reais interesses sociais, de forma que a existência do crime dependia somente da previsão legal de uma faculdade jurídica a alguém e não da prévia existência real de um bem da vida¹⁶³.

Já a outra objeção que se levanta contra a doutrina de Feuerbach argumenta que a lesão a direitos subjetivos não poderia ser tomada como referência material para definição dos delitos porque estes direitos, por serem compostos de inúmeros poderes jurídicos, jamais poderiam ser destruídos por uma ação ilícita. Mesmo com a prática do injusto penal, afirmam os críticos, o direito subjetivo, como conjunto de faculdades jurídicas que manifestam uma *possibilidade de querer*, permaneceria inalterado, visto que, apesar da ofensa ilegítima, o direito ainda poderia ser exercido por seu titular por meio da reivindicação da coisa expropriada. Assim, por exemplo, a prática de um furto, apesar de impedir o exercício das faculdades de gozar e fruir inerentes ao direito de propriedade, possibilitaria o exercício de um outro poder jurídico que este direito confere, que é o poder de reivindicar a coisa injustamente subtraída. Por isso, o injusto penal provocaria apenas uma "metamorfose" do direito subjetivo e não sua destruição¹⁶⁴.

¹⁶² Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver ROCCO, Arturo. *El objeto del delito... Op. cit.*, pp. 39-62.

¹⁶³ ROCCO, Arturo. *El objeto del delito... Op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁶⁴ Quanto a esta última crítica, Arturo Rocco afirma, com razão, que se o direito subjetivo for concebido como um interesse juridicamente protegido, como defendia Jhering, seria absurdo afirmar que ele, ao menos considerado em seu conteúdo substancial (interesse), fique ileso e incólume frente a uma ação ilícita ou que siga subsistindo inalterado depois do injusto praticado. Conforme afirma Rocco, "*¿Cómo inalterado, si justamente el carácter ilícito, y al mismo tiempo dañoso o peligroso, de la acción de que hablamos, sea o no delito, reside en la lesión de este interés o cuanto menos en el peligro al que lo expone, que el derecho objetivo protege, y que constituye la substancia de derecho subjetivo?*" ROCCO, Arturo. *El objeto del delito... Op. cit.*, pp. 44-45. Além disso, também não se pode olvidar que há ações criminosas que, inequivocamente, inviabilizam todo e qualquer poder inerente ao direito subjetivo protegido pela norma penal. A prática do homicídio, por exemplo, por razões óbvias, impede o exercício de qualquer faculdade inerente ao direito à vida.

A partir dessas críticas, parte da doutrina passou a buscar na noção objetiva de bem um subsídio para a construção de um conceito material de crime, fato este que possibilitou o aparecimento posterior da noção de bem jurídico e sua utilização como elemento central para a definição substancial de delito.

2.3 A gênese do conceito de bem jurídico: a concepção de Birnbaum

A doutrina do bem jurídico somente surgiu no século XIX, sob a influência do pensamento liberal, dentro de um contexto ideológico cuja preocupação principal centrava-se na busca pela limitação do arbítrio do legislador penal. Atribui-se à Johann Michael Franz Birnbaum, em obra datada de 1834, o pionerismo no trato do tema¹⁶⁵.

Para este autor, era decisivo para a tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para o indivíduo ou para a coletividade, e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva¹⁶⁶. O direito penal só poderia incidir sobre fatos efetivamente danosos à coexistência social e desde que fossem lesivos a entidades reais (empírico-naturais) do mundo exterior, não sendo mais admitida a ideia abstrata de lesão a faculdades inerentes a um direito subjetivo, como defendia Feuerbach¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Tendo em vista a dificuldade de acesso direto às obras de Birnbaum, as considerações feitas à sua doutrina e à sua importância para a teoria do bem jurídico foram extraídas de fontes indiretas. No entanto, para que o retrato ao pensamento de Birnbaum fosse o mais fiel possível, buscou-se evitar a reprodução de conclusões polêmicas e analisar/confrontar obras de diversos autores de diferentes países e escolas de pensamento. Essencialmente, as conclusões sobre a teoria de Birnbaum foram obtidas a partir do estudo das seguintes obras e artigos: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004; AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 227-264; FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime". Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995; LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª Edição revista e aumentada, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003; PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, 2ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão de Luiz Flávio Gomes. 2ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; e TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, 3ª edição revista e ampliada, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, p. 29.

Assim, é possível perceber que a doutrina de Birnbaum manteve a busca por um conteúdo material do delito que foi iniciada por Feuerbach, mas modificou sua tônica, deixando de apelar para a disfuncionalidade das relações jurídicas intersubjetivas, outrora privilegiada pela compreensão do crime como lesão a um direito subjetivo, e passando a se basear na ideia de lesão a realidades empírico-naturalísticas, ou seja, de ofensa a bens concretos pertencentes ao mundo exterior¹⁶⁸.

No entanto, apesar de pretender acentuar o aspecto concreto e palpável dos bens tutelados penalmente, Birnbaum, contraditoriamente, fez referência a bens imateriais, como a honra, os bons costumes e os valores religiosos¹⁶⁹, o que permitiu a ampliação do poder punitivo com a possibilidade de incidência do direito penal em campos que, em princípio, não eram admitidos¹⁷⁰, tais como o dos delitos religiosos ou dos crimes contra os costumes¹⁷¹. Por esse motivo, aliás, alguns autores apontaram uma certa ambivalência na teoria da lesão a bens (jurídicos)¹⁷² de Birnbaum, pois, se por um lado, sua busca por um conceito material de delito, baseada na exigência de lesão a bens concretos, caracterizou uma continuação da vertente sistemática e liberal do movimento filosófico-iluminista – já que estabelecia uma limitação ao *ius puniendi* estatal –, por outro, ao substituir a noção de direitos subjetivos por uma noção mais ampla – a noção de bem –, permitiu a legitimação da punição de atos imorais ou contrários a valores religiosos, afastando-se do pensamento iluminista que pretendia estabelecer uma distinção rígida entre moral ou religião e direito.

Em realidade, não se poderia esperar de Birnbaum uma formulação acabada do conceito de bem jurídico e que fosse claramente recortada do paradigma deixado pelo Iluminismo criminal¹⁷³. Conforme salienta Costa Andrade, "*a obra de BIRNBAUM revela aquela equivocidade que constitui a marca de todo o pensamento situado em períodos de*

¹⁶⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., pp. 51-52; LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª Edição revista e aumentada, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 169.

¹⁶⁹ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... Op. cit., p. 47.

¹⁷⁰ Ver ressalva feita na nota de rodapé nº 158.

¹⁷¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* Op. cit., p. 29. Sobre o tema, Silva Sanchez ressalta que "*a dominante teoria do Direito Penal de proteção de bens jurídicos surgiu no século XIX com vocação ampliadora diante da teoria de um Direito Penal protetor exclusivamente de direitos subjetivos*". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal...* Op. cit., p. 106. Neste sentido também AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., p. 233 e TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* Op. cit., pp. 184-185.

¹⁷² Apesar de ser considerado o "pai" do conceito de bem jurídico, Birnbaum não chegou a utilizar a expressão *bem jurídico*. Em realidade, a doutrina tem atribuído a Binding o pioneirismo no uso da expressão bem jurídico. Por todos, ver ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., pp. 52 e 64.

¹⁷³ O que, segundo Costa Andrade, só ocorreria na segunda metade do século XIX, após as contribuições dadas por Ihering, Binding e Liszt. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., p. 52.

viragem: do mesmo passo que antecipam e anunciam o advento das realidades novas, apresentam ainda os estigmas do ambiente em que vêm à luz do dia"¹⁷⁴.

De fato, por estar inserida em um período de mudança de mentalidade, a concepção de Birnbaum, ao mesmo tempo em que teria sido influenciada pelo Iluminismo – já que não abandonou o individualismo, o jusracionalismo e a vertente crítica e transistemática –, também teria aberto as portas ao objetivismo ao conceber o objeto do delito como bem material, ou seja, como uma realidade do mundo exterior definida à margem da intersubjetividade. Essa mudança de perspectiva possibilitou, décadas depois, o surgimento de um conceito positivista e intrassistemático de delito, despreocupado com qualquer pretensão de legitimação material do direito penal¹⁷⁵. Apesar disso, curiosamente, foi apenas neste segundo momento, especialmente nos anos de 1871 e 1872, quando, respectivamente, foram publicados o Código Penal do Império Germânico (que foi a primeira codificação germânica unificada depois da *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532) e o primeiro volume de *Die Normen* de Binding¹⁷⁶, que o paradigma da lesão a bens jurídicos, anunciado por Birnbaum em 1834, estabilizou-se e adquiriu consagração doutrinal, superando o modelo subjetivista de Feuerbach^{177 178}. Segundo ressalta Costa Andrade, estes dois eventos, "*aparentemente excêntricos entre si*" (...) "*viriam a revelar-se intimamente ligados à história do bem jurídico e determinantes, cada um a seu modo, para a respectiva afirmação*"¹⁷⁹. No caso do Código Penal Germânico, por adotá-lo como conceito nuclear do sistema dogmático-penal, enquanto na doutrina positivista de Binding, por utilizá-lo como momento privilegiado do novo discurso político-criminal.

2.4 O positivismo jurídico e as concepções de bem jurídico de Binding e Liszt

¹⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, p. 52. Também neste sentido: FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁷⁵ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 50.

¹⁷⁶ Obra em que Binding lançou as bases de seu positivismo normativista.

¹⁷⁷ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁸ Esta demora para a consagração da doutrina de Birnbaum se deu graças às resistências oferecidas pelo modelo de Feuerbach, que era alicerçado na ideia de lesão a direitos subjetivos. Este modelo subjetivista, por sua clareza e rigor conceitual, conferia maior garantia de contenção do arbítrio estatal se comparado ao paradigma da lesão a bens jurídicos, especialmente em razão da indefinição do conceito de bem jurídico, e por isso estava em maior harmonia com os ventos dominantes na época do liberalismo. Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, p. 55.

¹⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, p. 61.

Historicamente, a afirmação definitiva do bem jurídico como categoria autônoma coincidiu com o advento triunfal do positivismo no final do século XIX. A partir deste novo discurso político-criminal foi adotada, de forma dominante na ciência do direito penal, a ideia de lesão a bens jurídicos como objeto do delito¹⁸⁰.

No entanto, a noção de bem jurídico, ao mesmo tempo em que ganhou espaço definitivo no direito penal moderno com o advento do positivismo, paradoxalmente, acabou por ter seu aspecto material esvaziado, especialmente na concepção de Binding¹⁸¹, já que este – consoante se verificará a seguir –, ao adotar um conceito acrítico de bem jurídico, totalmente despreocupado com qualquer tentativa de limitação da liberdade criminalizadora ou descriminalizadora do legislador, afastou-se da pretensão iluminista de busca de legitimação material do direito penal e de contenção do arbítrio do legislador.

Porém, é importante salientar desde logo que o positivismo jurídico, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista – especialmente em razão da postura de Binding –, não surgiu com o objetivo de ampliar o poder punitivo estatal, mas sim como uma reação necessária à arbitrariedade verificada nas decisões judiciais emitidas com base no pensamento jusracionalista e à insegurança daí decorrente¹⁸². Por exemplo, sob a vigência da *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, os juízes, quando não conseguiam subsumir determinada conduta em alguma norma penal, decidiam a partir de um juízo de razoabilidade. Além disso, como não existia a figura da coisa julgada, o indivíduo poderia, a qualquer tempo, ser julgado novamente, indicando ter a lei pouco valor para permear a atuação judicial¹⁸³.

Assim, diante desse estado de insegurança jurídica, a sociedade do final do século XIX, cansada do ambiente especulativo do período jusracionalista anterior, passou a

180 *Idem.*

181 Tal como ocorreu com as menções feitas à teoria de Birnbaum, as conclusões a respeito da doutrina de Binding aqui adotadas, em razão da dificuldade de acesso a fontes diretas, foram extraídas indiretamente das diversas obras mencionadas neste trabalho, em especial da obra de Manuel da Costa Andrade (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004) e de Maria da Conceição Ferreira da Cunha (FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime". Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995).

182 KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. (ORG.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 114.

183 KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. (ORG.). *Introdução à filosofia do direito... Op. cit.*, p. 114.

ansiar pela superação da metafísica¹⁸⁴, cujos desdobramentos até então eram vistos como óbices ao desenvolvimento das relações sociais e econômicas. Desta maneira, o Estado de Direito passou a ser compreendido a partir de seu aspecto formal, baseado no respeito pelas formas e processos pré-estabelecidos, de maneira a salvaguardar a segurança dos cidadãos, sendo de pouca importância qualquer discussão sobre o problema dos fins do Estado, já que ele configurava um fim em si mesmo¹⁸⁵.

Essa exigência de segurança jurídica, por exemplo, contribuiu para que Franz von Liszt defendesse uma separação rígida entre a dogmática penal e a política criminal e buscasse a construção de um método de ordenação sistemática-conceitual dos pressupostos do delito¹⁸⁶. Para ele, "*o Direito Penal é, e deve ser, a ciência propriamente sistemática; pois somente a disposição dos conhecimentos em sistema torna possível sujeitar ao império dos princípios todas as particularidades. E, sem esse pronto e seguro império, a aplicação do Direito, abandonada ao arbítrio, ao azar, não passará de mero "diletantismo"*"¹⁸⁷.

Aliado a esse fator, o mundo passou a assistir ao alastramento da mentalidade cientificista baseada no empirismo, que negava toda metafísica e defendia a fundamentação do conhecimento científico apenas na observação, experimentação e causalidade. A questão do porquê não deveria ser objeto da ciência já que se tratava de mera especulação metafísica¹⁸⁸. Essa metodologia das ciências naturais influenciou diretamente também as ciências do direito, que passou a se valer da indução ao invés da dedução, ou seja, da observação das relações sociais e a consequente extração de regras gerais a partir de suas estruturas e não da formulação de normas jurídicas com base no direito natural¹⁸⁹.

Desta forma, diante desse contexto geral favorável ao positivismo jurídico e à sua visão acrítica de Estado, a doutrina penal não poderia ficar imune a esta nova realidade. Logo surgiriam vozes em busca da adequação do pensamento jurídico-penal à filosofia

¹⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., p. 61.

¹⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., p. 62.

¹⁸⁶ Para Liszt, "*o direito penal é a barreira intransponível da política criminal*". Sobre o tema: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Tradução: Luís Greco, Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Renovar, 2000, pp. 1 e ss.

¹⁸⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução e Comentários: José Higinio Duarte Pereira, Atualização e Notas: Ricardo Rodrigues Gama, Tomo I, 1ª Edição, Campinas: Russel Editores, 2003, pp. 71-72.

¹⁸⁸ KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. (ORG.). *Introdução à filosofia do direito...* Op. cit., pp. 117-118.

¹⁸⁹ KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. (ORG.). *Introdução à filosofia do direito...* Op. cit., p. 118.

positivista, sendo Binding um dos principais responsáveis pelo processo de abandono do Iluminismo e pela adoção de um conceito intrassistemático de bem jurídico.

2.4.1 A concepção de Binding

Segundo ressalta Costa Andrade, para Binding o bem jurídico seria "*tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através de normas*"¹⁹⁰. Assim, de acordo com sua concepção, as tarefas de definir o bem jurídico e de identificar as formas de agressão que deveriam ser punidas penalmente competiriam exclusivamente ao legislador, a quem caberia o reconhecimento do bem jurídico. Além disso, neste processo de identificação dos bens jurídicos, o legislador não teria qualquer outra limitação que não fosse aquela decorrente da lógica e de suas próprias considerações. Ao jurista estaria vedada a possibilidade de influir na opção legal, restando-lhe tão somente resignar-se com a escolha realizada pelo legislador, ainda que não a julgasse mais correta¹⁹¹.

Desta forma, percebe-se que Binding teria optado claramente por uma modalidade normativista de positivismo que atribuía ao legislador o poder ilimitado de definir a conduta punível¹⁹². Havia, portanto, uma relação de congruência absoluta entre a norma penal e o bem jurídico, já que este tinha seus contornos integralmente delineados por aquela¹⁹³. Logo, não haveriam direitos inatos, com existência pré-jurídica, pois todos eles seriam necessariamente criados pela lei¹⁹⁴.

¹⁹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, p. 65.

¹⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, pp. 65-66. Sobre essa postura adotada por Binding, Maria da Conceição Ferreira da Cunha traz uma interessante reflexão na qual afirma que, ao contrário do que se poderia imaginar em uma leitura apressada, "*esta perspectiva de estrito positivismo legalista, repousará antes numa atitude de resignação e de crença na impossibilidade de se encontrar uma fonte segura de legitimação e limitação, do que propriamente numa confiança sem limites no legislador, muito embora Binding também pareça considerar nefasta e desvalorizadora do próprio Direito a busca dessa fonte de legitimação fora do Direito positivo*". FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁹² FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 50-51.

¹⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁴ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 51.

Além disso, partindo da premissa de que o direito positivo constituiria a matriz e a sede de revelação do bem jurídico e considerando que o legislador só deveria proteger como bem jurídico aquilo que se revelasse necessário à coletividade, Binding defendia que todos os bens assumiriam um valor social e sua lesão transcenderia necessariamente a esfera jurídica dos indivíduos. Para ele, seria equivocado tentar traçar uma linha divisória rígida entre bens individuais, de um lado, e bens da sociedade e do Estado, de outro, pois o direito, como instrumento de ordenação da vida em sociedade, só poderia considerar as pessoas, coisas e objetos enquanto partes integrantes da comunidade jurídica. O bem jurídico, portanto, seria sempre um bem da totalidade, por mais individual que, à primeira vista, pudesse parecer¹⁹⁵.

2.4.2 A concepção de Liszt

Além da teoria normativista de Binding, outra que ganhou destaque no bojo do positivismo jurídico e que contribuiu decisivamente para a evolução do conceito de bem jurídico foi a doutrina de Franz von Liszt. Seu pensamento, apesar dos pontos de contato com as ideias de Binding – o que, inclusive, permitiu seu enquadramento como uma doutrina positivista –, possui diferenças marcantes para com o positivismo normativista de Binding, tanto na forma de conceber as relações entre a norma e o bem jurídico, como também no que toca à classificação dos bens jurídicos¹⁹⁶.

Diferentemente de Binding, em Liszt é possível encontrar uma certa preocupação com a criação de um conceito material de crime que fosse dotado de capacidade para limitar a ação legiferante¹⁹⁷. De fato, ao partir da premissa de que "*todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana*"¹⁹⁸, Liszt buscou se afastar do formalismo-normativista de Binding, procurando uma via metodológica diversa,

¹⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., pp. 65-66.

¹⁹⁶ Aliás, de acordo com Costa Andrade, as diferenças de pensamento eram tão marcantes que chegaram a ser por eles discutidas "*em páginas de polêmica que chega a atingir níveis invulgáres de veemência verbal*": ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., p. 65. Para um maior aprofundamento da concepção de bem jurídico de Liszt e de suas diferenças e semelhanças com a teoria de Binding, vide: FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... Op. cit., pp. 53-64, e ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., pp. 65-77.

¹⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* Op. cit., p. 32.

¹⁹⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão...* Op. cit., p. 141.

orientada para a realidade sociológica, ou seja, para a vida real dos homens e suas necessidades existenciais, passando a defender um positivismo de cunho naturalístico-sociológico.

Desta maneira, Liszt definiu o bem jurídico como o "*interesse juridicamente protegido*", sendo que, para ele, "*todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade*" e "*é a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico*"¹⁹⁹. A liberdade individual e a inviolabilidade do domicílio, por exemplo, já eram interesses antes mesmo que as Constituições as garantissem contra a intervenção arbitrária do Estado. Não seriam, portanto, *bens do direito*, como entendia Binding, mas sim *bens do homem* que o direito reconhece e protege²⁰⁰.

Para Liszt, as relações sociais travadas entre os próprios indivíduos e entre estes e o Estado tendem a produzir tensões, já que, em inúmeros pontos, os círculos de vontade humana se cruzam, provocando uma colisão entre as esferas de atuação dos homens²⁰¹. Desta forma, a partir destas interações sociais, surge o interesse de cada um à ação ou inação de outrem – como ocorre, por exemplo, com o locatário que deseja ocupar a casa que alugou ou com o credor que pretende obter a restituição da coisa emprestada – e para evitar que a relação de tensão provoque uma guerra de todos contra todos, o Estado passa a ter que proteger certos interesses por meio de normas jurídicas, normas estas que, mediante a ordem ou a proibição de certas ações ou omissões, convertem as relações da vida em relações do direito e os interesses em bens jurídicos²⁰².

Logo, o direito passa a ser confrontado com a própria vida, que lhe fornece os critérios, os limites e a legitimidade para intervir, só podendo o legislador criminalizar ações que provocam uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Com isso, Liszt introduz o conceito de necessidade da pena (atualmente conhecido como princípio da subsidiariedade), só admitindo a possibilidade de sua utilização quando não haja outra forma de proteção eficaz dos bens jurídicos²⁰³.

199 LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão... Op. cit.*, p. 139.

200 *Idem.*

201 LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão... Op. cit.*, p. 140.

202 LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão... Op. cit.*, pp. 140-141.

203 FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 54.

2.4.3 Binding X Liszt: a importância do embate para a afirmação do conceito de bem jurídico

Diante desse breve relato dos pensamentos de Binding e Liszt, é possível perceber dois pontos de divergência fundamentais em relação às teorias do bem jurídico por ambos formuladas.

O primeiro diz respeito à relação existente entre a norma e o bem jurídico, pois para Binding o bem jurídico não tem existência pré-jurídica, sendo sempre uma criação do legislador (relação de congruência absoluta), enquanto para Liszt o bem (interesse) existe independentemente da lei, que se limita apenas a reconhecer sua existência e outorgar-lhe proteção a fim de evitar o dano social²⁰⁴. Assim, para Liszt frequentemente há uma relação de incongruência e de tensão entre a norma e o bem jurídico, pois os interesses merecedores de tutela já existem antes mesmo do reconhecimento formal pelo legislador. Esta relação de tensão possibilitou que Liszt adotasse a distinção entre ilicitude formal (transgressão de uma norma estatal) e ilicitude material (marcada pela lesão ou perigo de lesão a um interesse vital do indivíduo ou da comunidade), distinção esta que era inconcebível na doutrina de Binding²⁰⁵.

Além disso, Binding e Liszt também divergem quanto à classificação dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, especialmente no que toca à sua dimensão individual ou coletiva. De acordo com Binding, os bens jurídicos são necessariamente bens da comunidade, da totalidade, ainda que, à primeira vista, possam parecer individuais, pois só se atribui valor jurídico àquilo que o tem para o todo²⁰⁶. Já para von Liszt, os bens jurídicos são interesses humanos, do indivíduo ou da coletividade²⁰⁷, e por isso os bens jurídicos se dividem em individuais, quando relacionados com interesses individuais, e supraindividuais – dentre os quais se sobressaem os interesses do Estado, que é o portador, por excelência, dos interesses coletivos²⁰⁸ –, quando vinculados à coletividade como um todo.

No entanto, apesar das divergências apontadas, existem alguns pontos de contato relevantes entre as duas teorias acima descritas.

204 FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime"...* Op. cit., p. 55.

205 PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* Op. cit., p. 33.

206 FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime"...* Op. cit., p. 57.

207 LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão...* Op. cit., p. 139.

208 ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., p. 69.

Assim, por exemplo, em ambas as concepções é possível encontrar uma certa exaltação dos fatos. No caso de Binding, os fatos lógico-normológicos, e na doutrina de Liszt, os fatos sociológico-naturalísticos. Ambos recusavam, como consequência, as reflexões jurídicas baseadas em especulações metafísicas²⁰⁹.

Demais disso, apesar de Liszt partir do mundo real e das relações da vida para encontrar um critério de orientação do legislador e de conceber o *bem* como algo pré-jurídico, ele reconhece que o *bem* só se converte em *bem jurídico* quando (e se) obtiver proteção legal²¹⁰, atribuindo, portanto, um importante papel ao legislador na definição de bem jurídico. Ademais, apesar de admitir uma tensão entre a ilicitude formal e material, Liszt acaba por concluir que, em caso de conflito entre ambas, deve prevalecer a ilicitude formal, possibilitando a que se chegue a resultados práticos próximos aos de Binding²¹¹.

Paralelamente, a despeito de centrar sua concepção em uma estrutura normativista como é o direito, Binding também acaba se aproximando de Liszt ao definir o bem jurídico a partir de uma realidade objetiva do mundo exterior, ou seja, ao conceber o bem jurídico como tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como "*condição de uma vida sã da comunidade jurídica*"²¹².

De qualquer forma, independentemente de suas divergências, é preciso ressaltar que as teorias de Binding e Liszt e o consequente embate travado entre eles foram fundamentais para a consolidação da ideia de bem jurídico no âmbito da teoria do delito. Ao salientarem a importância da categoria da danosidade social como lesão de bens jurídicos, concebendo o delito como uma conduta socialmente danosa – ou seja, como uma ação perturbadora de um bem jurídico –, ambos transportaram a teoria do bem jurídico para o centro do conceito de crime, tornando-a um dos principais temas de debate no direito penal moderno.

Desde então, a doutrina penal jamais ficou indiferente à noção de bem jurídico, que passou a ser utilizada, por exemplo, como fundamento para contenção do

²⁰⁹ Esta, aliás, é uma das razões que justifica o enquadramento de ambas as concepções no bojo do positivismo jurídico. Conforme ressalta Costa Andrade, "*do mesmo passo que Binding esconjura <<todas as fantasias jusnaturalistas, os mais perigosos e eficazes inimigos da ciência jurídica>>, proclamava Liszt que a <<ciência termina onde a metafísica começa>>*". ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, p. 70.

²¹⁰ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 58.

²¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, p. 71.

²¹² Além dessas, inúmeras outras semelhanças e diferenças entre as concepções de Liszt e Binding poderiam aqui ser mencionadas. Sua descrição pormenorizada, contudo, excederia os estreitos limites do presente trabalho, estando, portanto, a merecer um estudo específico para abordá-la em toda sua profundidade. Para uma análise mais aprofundada do tema, vide ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, pp. 70 e ss.

arbítrio estatal, além de fonte de legitimação material do delito. A ideia de proteção de bens jurídicos como tarefa do direito penal, apesar das vozes que contra ela se insurgiram, tornou-se dominante no curso do século XX e o crime passou a ser concebido materialmente como a lesão (ou perigo de lesão) a bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a coletividade (princípio da ofensividade). Até mesmo para seus maiores críticos, a abordagem do tema se tornou obrigatória, já que a construção de qualquer concepção de crime não baseada no bem jurídico deveria, ao menos, ser devidamente justificada, pois diante do estágio de evolução da dogmática penal não se poderia mais admitir uma postura de indiferença em relação ao tema.

2.5 O esvaziamento material do conceito de bem jurídico

2.5.1 A influência do neokantismo e o desenvolvimento do conceito metodológico de bem jurídico

Curiosamente, logo após a afirmação histórica da noção de bem jurídico, fruto do embate travado entre Binding e Liszt, desenvolveu-se um conceito de bem jurídico – denominado pela doutrina de conceito metodológico do bem jurídico – que caminhou no sentido de sua espiritualização e normatização exagerada, afastando-o de sua matriz empírico-naturalista e do seu papel crítico de contenção do arbítrio estatal²¹³.

Essa tendência de espiritualização foi, na verdade, produto do pensamento neokantiano, movimento filosófico surgido no final do século XIX e início do século XX que buscou superar o positivismo jurídico por meio do retorno à *metafísica*²¹⁴. De acordo com

²¹³ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 64.

²¹⁴ A expressão *metafísica* foi utilizada no texto para indicar o tipo de saber que transcende àquilo que é demonstrável empiricamente, ou seja, que não se limita a observar e descrever objetivamente os aspectos físicos do objeto de estudo (como ocorre nos juízos de fato realizados pelas ciências naturais), mas que busca analisá-los valorativamente. O *retorno à metafísica*, na verdade, representou uma tentativa de separação da metodologia de estudo empregada nas ciências naturais (método ontológico) em relação àquelas que deveriam ser empregadas nas ciências jurídicas (baseada na valoração dos fatos – método axiológico). No entanto, é preciso ressaltar que existe uma intensa controvérsia na filosofia sobre o significado da expressão *metafísica*, o que levou José Ferrater Mora a propor, inclusive, sua eliminação, em alguns casos, do vocabulário filosófico. Segundo ressalta este filósofo, "*tendo em vista a variedade de opiniões sobre a metafísica, é quase óbvio não haver nada que se possa chamar "a metafísica". Há modos de pensar muitos diversos e que admitem distintos tipos de metafísica, freqüentemente incompatíveis entre si. Parece razoável, então, ou abster-se e discutir acerca de se é legítima ou não "a" metafísica, ou eliminar essa palavra, no que for possível, do vocabulário filosófico*". MORA, José

essa corrente, o direito, como realidade cultural, deveria guardar referência a certos valores (aspecto teleológico), não podendo ser revelado apenas por meio da observação da realidade, mas sim compreendido a partir da relação entre o ser (mundo dos fatos) e o dever-ser (mundo dos valores)²¹⁵.

Diante desse contexto de reação à compreensão legalista do direito e de retomada de sua vertente teleológica, parte da doutrina, capitaneada por Honig²¹⁶, passou a conceber o bem jurídico simplesmente como a *ratio* da norma, ou seja, como o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais. Para Honig, o bem jurídico seria apenas o produto de uma reflexão jurídica realizada a partir das normas penais ou, em outros termos, seria uma mera síntese categorial por meio da qual os juristas se esforçariam para compreender, em fórmulas curtas, o sentido e o fim dos diversos preceitos penais²¹⁷.

Além de Honig, Edmund Mezger também fez coro à concepção metodológica de bem jurídico, definindo-o como o valor que se identifica com a própria finalidade da norma, da qual depende para sua existência, ou seja, como mera abreviatura para os fins que perseguem os diferentes preceitos do direito penal²¹⁸.

Em resumo, de acordo com o conceito metodológico, o bem jurídico não mais poderia ser concebido como um bem da vida protegido pelo direito, como entendia Liszt, mas sim como mera fórmula interpretativa dos tipos legais de crime, capaz de resumir compreensivamente o seu conteúdo e exprimir o sentido e o fim das normas penais²¹⁹.

Essa concepção, contudo, apesar de ter sido construída com a pretensão de se afastar do positivismo jurídico e de ter se estruturado sob uma base filosófica diversa desta corrente de pensamento, ao identificar o bem jurídico com a finalidade da norma penal,

Ferrater. Dicionário de Filosofia. Tradução: Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral, 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 477.

²¹⁵ Para os adeptos do neokantismo, é justamente a noção de valor e a vinculação a certos fins que diferencia o direito das ciências naturais. Sobre o tema, ver: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro...* Op. Cit., pp. 192-193.

²¹⁶ Que, segundo Maria da Conceição Ferreira da Cunha, foi quem primeiro defendeu a concepção metodológica de bem jurídico, com a edição, em 1919, da obra "*Die Einwilligung des Verletzten*"; FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... Op. cit., p. 64. Neste mesmo sentido, LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais...* Op. cit., p. 169.

²¹⁷ Sobre o tema, ver FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... Op. cit., pp. 64-65.

²¹⁸ Nas palavras de Mezger, "*el bien jurídico es, como dice Honig, una 'abreviatura en extremo práctica para el fin que persiguen los diferentes preceptos del derecho penal'*". MEZGER, Edmund. *Derecho Penal...* Op. cit., p. 107.

²¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 115-116.

acabou aproximando-se da proposta positivista e, com isso, sujeitando-se às mesmas críticas contra ela formuladas.

De fato, tanto os positivistas como os defensores do conceito metodológico faziam derivar o bem jurídico da própria elaboração normativa, incorporando os dados existentes na ordem jurídica sem maiores questionamentos²²⁰. Em ambos os casos, a perquirição acerca do bem protegido em cada delito se limitava a reproduzir aquilo que o legislador desejava proteger e incriminar, possibilitando que as normas penais fossem aplicadas sem qualquer indagação sobre sua legitimidade²²¹. E como o legislador, ao editar a norma penal, tem sempre em mira alguma finalidade, a simples entrada em vigor do preceito penal já seria suficiente, por si só, para, após a interpretação do tipo penal, identificar algum bem jurídico objeto de tutela pela norma²²².

Com isso, a concepção metodológica, ao buscar conceituar o bem jurídico a partir do próprio sistema jurídico-penal e não com base em situações anteriores à edição da norma, acabou por esvaziar materialmente o conteúdo do bem jurídico, impedindo-o assim – da mesma forma que o positivismo – de exercer qualquer papel de controle sobre a elaboração da lei penal. Trata-se, portanto, de uma noção de bem jurídico que não é capaz de oferecer qualquer padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização e por isso em nada contribui para a construção de um conceito material de crime vinculado aos dois fins do direito penal²²³.

²²⁰ Neste sentido, TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal... Op. cit.*, pp. 189-190.

²²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal... Op. cit.*, pp. 189-190. Nessa mesma linha, SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 201-202.

²²² Conforme ressalta Figueiredo Dias, "o legislador, ao editar um preceito, tem sempre com ele em vista a tradução de um sentido e a obtenção de uma finalidade quaisquer; pelo que com a mera existência do preceito ficaria dada, eo ipso, a existência de um bem jurídico. A atribuição ao bem jurídico de uma **função puramente hermenêutica** significaria, em suma, o seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula conhecida (e respeitável) da interpretação teleológica da norma". FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 116.

²²³ Além de Honig e Mezger, outros autores, tais como Grünhut e Schwinge, por exemplo, também teriam adotado uma concepção metodológica do bem jurídico e contribuído ainda mais para o esvaziamento do conceito de bem jurídico, afastando, por completo, toda e qualquer possibilidade de utilização da noção de bem jurídico para a aferição da legitimidade de uma lei penal. Conforme ressalta Maria da Conceição Ferreira da Cunha, "com Honig, esta visão metodológica do bem jurídico, como critério de interpretação, não impedia que os resultados que daí adviessem fossem tidos em conta em sede dogmática. Já o ulterior desenvolvimento desta concepção (com Schwinge e Grünhut) encaminha-se no sentido do progressivo esvaziamento do conceito de bem jurídico, de tal forma que ele vai perdendo toda a autonomia face à própria norma e, assim, qualquer potencialidade dogmática". FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "Constituição e Crime"... *Op. cit.*, p. 66.

2.5.2 Concepções funcionalistas sistêmicas

Se a sistematização do conceito metodológico de bem jurídico, influenciada pelo neokantismo, contribuiu para o esvaziamento do conteúdo material de bem jurídico, a adoção, no âmbito do direito penal, de teses funcionalistas baseadas em teorias social-sistêmicas foi mais além e representou a própria negação do conceito de bem jurídico e de suas funções de contenção e legitimação da intervenção penal²²⁴.

De uma forma geral, as teorias social-sistêmicas vêem a sociedade como um complexo sistema de interações que a si mesmo se mantém e cuja duração transcende temporalmente a vida do indivíduo²²⁵. Toda sociedade, segundo esta visão, seria composta por normas sociais de conduta e sua estabilidade dependeria do consenso de seus integrantes acerca do conteúdo dessas normas²²⁶ e do comportamento de cada um diante de seus mandamentos. Para garantir essa estabilidade, os indivíduos deveriam ser submetidos a mecanismos de integração, inerentes ao próprio sistema, que se manifestam por meio da socialização²²⁷ e do controle social²²⁸. E, dentre os meios de controle social existentes, o direito²²⁹ assume importante papel para garantir a integração social, pois suas normas enunciam comportamentos que devem ser observados, gerando, com isso, expectativas de conduta que, quando violadas, são reafirmadas pela sanção. A atuação do subsistema jurídico,

²²⁴ As concepções funcionalistas sistêmicas do direito penal são assim denominadas porque partem, para definir o papel do direito penal, de uma representação sistêmica da sociedade, baseadas essencialmente nas teorias do sistema social de Parsons e Luhmann. Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, p. 97; FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime"...* *Op. cit.*, p. 91; e TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* *Op. cit.*, pp. 56-64.

²²⁵ De acordo com André Trindade, "*segundo a teoria sistêmica, a sociedade é um sistema social que possui o mais elevado grau de auto-suficiência em relação ao meio ambiente, uma vez que serve de base para a estruturação dos demais subsistemas sociais*". TRINDADE, André. Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

²²⁶ KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. (ORG.). *Introdução à filosofia do direito...* *Op. cit.*, p. 420.

²²⁷ Para Juarez Tavares, a socialização, de acordo com esta visão funcionalista, seria a "*assimilação pelos sujeitos, basicamente por meio da aprendizagem e, conseqüentemente, da aceitação de normas e valores sociais gerais*". TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* *Op. cit.*, pp. 57-58.

²²⁸ KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. (ORG.). *Introdução à filosofia do direito...* *Op. cit.*, p. 421; TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* *Op. cit.*, p. 57.

²²⁹ O direito é um dos subsistemas sociais que funciona como uma forma de controle social por meio do qual são comunicadas aos integrantes da sociedade as regras de comportamento a serem seguidas, contribuindo, assim, para a integração social. Para maior aprofundamento no tema: TRINDADE, André. *Para entender Luhmann...* *Op. cit.*, pp. 29 e ss.

portanto, de acordo com estas teorias, é de fundamental relevância para conferir estabilidade às interações sociais e garantir a funcionabilidade do sistema social²³⁰.

Essa perspectiva sociológica da sociedade e do direito acabou repercutindo no âmbito da teoria geral do direito penal. A partir dela, muitos autores passaram a atribuir ao direito penal não mais a função de proteção de bens jurídicos, mas sim o papel de manutenção do funcionamento hígido do sistema social²³¹, negando, com isso, qualquer importância da teoria do bem jurídico para a construção de um conceito material de crime. Na sequência, serão abordados os principais aspectos das doutrinas de Amelung e de Jakobs, que são dois importantes representantes dessa corrente de pensamento.

2.5.2.1 A teoria da danosidade social de Amelung

Ao contrário do que se sucedeu com as concepções positivista-normativista e metodológica do bem jurídico, a teoria da danosidade social de Amelung²³² foi construída inicialmente com a pretensão de formular um conceito material de crime que fosse capaz de fornecer um padrão crítico para a aferição da atividade do legislador penal²³³. Para tanto, ele

²³⁰ Sobre o tema, ver FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "Constituição e Crime"... *Op. cit.*, p. 91.

²³¹ Para as teorias funcionalistas, a sociedade é vista como um sistema orientado para sua própria manutenção. Por isso, o subsistema jurídico, do qual o direito penal é parte, ao integrar o sistema social, tem por função principal garantir sua funcionalidade. Segundo Gerhard Seher, "*los comportamientos que ponen en peligro ese mantenimiento amenazan el sistema como tal, y han de ser por ello evitadas con el medio más contundente de que dispone el Estado: la pena. La justificación de la pena radica, por tanto, en la lesividad social de la conducta, y no en la lesión de intereses merecedores de protección penal*". SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 71-72.

²³² Algumas conclusões sobre a teoria da danosidade social de Amelung foram extraídas de seu artigo *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, publicado na obra conjunta *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Editora Marcial Pons, 2007, pp. 227-264), enquanto outras foram baseadas em citações de sua obra *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (1972) constantes na monografia de Costa Andrade *Consentimento e Acordo em Direito Penal* e no livro *Constituição e Crime, Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, ambos já mencionados por diversas vezes no presente trabalho. A necessidade de se socorrer destas duas fontes indiretas decorreu da impossibilidade de acesso direto ao referido trabalho de Amelung.

²³³ Conforme se verificará a seguir, a despeito deste objetivo inicial, a teoria de Amelung não foi capaz de construir um conceito material de crime que pudesse limitar a atividade legiferante. Ao contrário, apesar de se afastar inicialmente da teoria do bem jurídico, Amelung acabou dela se socorrendo e – o que é mais curioso – adotando um conceito positivista de bem jurídico.

optou por se afastar da concepção então dominante – segundo a qual o crime seria um ato de lesão a bens jurídicos – e, a partir das teorias sociológico-sistêmicas de Parsons e Luhmann, buscou sistematizar uma nova definição de delito baseada em dados pré-jurídicos que pudesse exercer uma função orientadora do legislador²³⁴.

Assim, com base na concepção sistêmica de sociedade, Amelung identificou algumas situações pré-jurídicas de perturbações das condições da convivência humana que poderiam ser tomadas como referência para delimitar materialmente o crime. A partir daí, ele estruturou a categoria da *danosidade social* – que serviu de base para sua tentativa de conceituação material de crime –, definindo-a como uma manifestação de disfuncionalidade, ou seja, um fenômeno social que impedia ou dificultava a superação, pelo sistema social, dos problemas da sua sobrevivência e manutenção²³⁵.

E o crime, por sua vez, seria apenas uma espécie de ato danoso socialmente, isto é, uma forma especial de fenômeno disfuncional cuja ocorrência ameaçaria o sistema social como um todo²³⁶. Esta ameaça, segundo Amelung, não decorreria da lesão a interesses materiais relevantes para o indivíduo ou para a coletividade, mas apenas da violação de normas institucionais consideradas indispensáveis para a solução dos problemas de subsistência da sociedade. Em outras palavras, como para as teorias sistêmicas a norma jurídica tem um papel fundamental para a estabilidade do sistema social, a prática de crimes, ao colocar em questão a validade de preceitos normativos importantes para sua manutenção, poria em risco a própria subsistência da sociedade²³⁷. Por essa razão, ao direito penal caberia somente contrariar o delito por meio da aplicação de uma pena ao infrator da norma a fim de reforçar sua validade e, com isso, repor a confiança na funcionabilidade do sistema social que restou abalada em virtude de sua violação²³⁸.

Contudo, inobstante seu esforço inicial para construir um conceito material de crime baseado em dados pré-existentes à elaboração da lei penal, a teoria de Amelung foi incapaz de estabelecer qualquer padrão referencial prévio que pudesse servir ao controle

²³⁴ Consoante ressalta Costa Andrade, para Amelung, em vez de um direito penal sobreposto a uma teoria da sociedade, a teoria do bem jurídico abriu as portas para um direito penal irracional e restauracionista, sistematizado à margem de todo controle sociológico e que se legitimava por si mesmo, já que era centrado na ideia de lesão a bens livremente escolhidos pelo legislador penal. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, p. 96.

²³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, p. 97.

²³⁶ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 92.

²³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, p. 97.

²³⁸ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 91-92.

substancial da atividade do legislador penal. Sua teoria, apesar de estar fundada sob bases sociológicas, não faz qualquer referência quanto ao modo real de organização da sociedade e aos valores que deveriam ser preservados ou alcançados, limitando-se apenas a trabalhar com a noção formal de disfuncionalidade do fato²³⁹.

Na realidade, ao conceituar o crime como ato socialmente danoso sem definir materialmente o que é a danosidade social²⁴⁰, Amelung incide no mesmo equívoco que buscou evitar ao se afastar inicialmente da teoria do bem jurídico: constroi um conceito de delito que se define a partir de si mesmo, gerando um círculo tautológico que não consegue estabelecer qualquer critério material extrínseco para a conceituação do fenômeno criminoso.

O próprio Amelung teria reconhecido não ser possível, por meio da teoria do sistema social, estabelecer um conceito material de crime²⁴¹, ou seja, um conceito natural de danosidade social que pudesse apontar aquilo que, em concreto, fosse prejudicial para a vida em sociedade e que também indicasse as melhores soluções para os problemas sociais. Isto porque a realidade social – que é o objeto de estudo das ciências sociais – só seria capaz de revelar os problemas fundamentais do sistema social, não sendo possível, por meio dela, extrair as respectivas soluções. Estas, para Amelung, por envolverem uma decisão política fundamental, somente poderiam ser dadas pelo direito positivo, já que somente o legislador possuiria, em uma sociedade pluralista, legitimidade democrática para tais escolhas²⁴².

Diante disso, Amelung opta por retomar a noção de bem jurídico, que antes havia sido por ele rechaçada. No entanto, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista – em razão de sua intenção inicial de constituição de um limite material para o legislador – esta retomada não objetivou construir um padrão crítico pré-positivo de delito, mas sim sistematizar uma concepção de bem jurídico aberta que complementasse a ideia de danosidade social e que pudesse permitir um contato da dogmática penal com a política. Seu objetivo, portanto, foi elaborar um conceito complementar à positividade do direito que

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ Conforme já visto acima, Amelung concebeu a danosidade social como um fato disfuncional, ou seja, uma perturbação da interação social que ameaça a subsistência do sistema social, sendo o crime apenas uma forma especial de ato socialmente danoso. No entanto, ele não estabeleceu qualquer parâmetro substancial para a escolha, pelo legislador, das perturbações que poderiam ser criminalizadas, restringindo-se a conceituar o delito a partir da ideia formal de disfuncionalidade.

²⁴¹ Segundo ressalta Maria da Conceição Ferreira da Cunha, "é o próprio Amelung que, contrariamente ao que seria de esperar (dada sua intenção inicial no sentido de encontrar um <<conceito objectivável de danosidade social>>), reconhece a incapacidade da sua concepção para definir materialmente o que é socialmente danoso". FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "Constituição e Crime"... *Op. cit.*, p. 94.

²⁴² Sobre o tema, ver ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* *Op. cit.*, p. 98.

trasladasse o dinamismo da política para a estabilidade do sistema jurídico²⁴³ e que, com isso, refletisse, no âmbito do direito penal positivo, as decisões políticas fundamentais do legislador.

Assim, partindo da constatação de que a ideia de bem, por remeter a valores²⁴⁴, exige a presença de um sujeito valorador, e de que em uma sociedade multicultural, caracterizada pela diversidade de valores contrapostos, a competência para formular decisões fundamentais é do legislador, Amelung define o bem jurídico como o objeto valorado positivamente pelo legislador²⁴⁵. Para ele, somente a partir do juízo de valor realizado pelo legislador que o bem jurídico é criado²⁴⁶, não sendo possível, em uma sociedade axiologicamente plural, chegar-se a um consenso sobre quais valores, dentre os múltiplos existentes, são essenciais para a subsistência social senão mediante a observância de um procedimento que garanta a participação potencial de todos os afetados. E este procedimento, para Amelung, só pode ser o processo legislativo²⁴⁷.

Trata-se, assim, de um conceito procedimental de bem jurídico, que prioriza a forma de escolha dos bens e não seu conteúdo e que por isso, da mesma maneira que a definição de danosidade social, não é capaz de estabelecer critérios materiais anteriores à atividade do legislador. Nesse ponto, aliás, essa concepção de bem jurídico se identifica com a visão positivista-normativista de Binding²⁴⁸, já que ambas trabalham com um conceito de bem jurídico vazio de conteúdo no qual o legislador não está submetido a qualquer parâmetro substancial prévio. Amelung, na verdade, prevê apenas uma restrição à atividade do legislador, que consiste na necessidade de observância dos limites estabelecidos pela Constituição, limites estes que, em geral, estão relacionados com a proteção da personalidade

²⁴³ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., p. 232.

²⁴⁴ Para Amelung, "los bienes son objetos que tienen un valor". AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., p. 227.

²⁴⁵ De acordo com Amelung, "el concepto "bien jurídico" debería reservarse para aquellos estados de cosas que han sido valorados de forma positiva por quien crea el Derecho, lo que hoy en día quiere decir, por regla general, el legislador". AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., pp. 227-228.

²⁴⁶ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., p. 230.

²⁴⁷ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., pp. 238-239.

²⁴⁸ O próprio Amelung assume adotar a concepção positivista de Binding, ao afirmar que Binding foi o primeiro autor a atribuir ao conceito de bem jurídico as funções por ele mencionadas, sendo sua noção formal de bem jurídico qualificada como um "genial descobrimento". AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., pp. 232 e 234.

do ser humano. No entanto, observados estes limites, o legislador poderia livremente decidir que finalidades deseja perseguir e com que técnica de regulação quer fazê-lo²⁴⁹.

Essa abertura do conceito de bem jurídico, segundo Amelung, teria a vantagem de conferir ao direito penal a flexibilidade necessária para se adaptar constantemente às transformações sociais, sem, contudo, perder a estabilidade dogmática²⁵⁰. Por meio dela – argumenta ele –, seria possível determinar, a partir do juízo de valor realizado pelo legislador, o objeto sobre o qual incidiriam os efeitos danosos de um delito²⁵¹. Além disso, a noção de bem jurídico também poderia ser utilizada como *topos* argumentativo em todos os níveis relevantes da argumentação jurídico-penal, desde a interpretação da norma penal, até a análise da relação do direito penal com os demais ramos do direito, de sua adequação com a Constituição Federal e também de sua relação com o discurso político-jurídico²⁵².

No entanto, diante da ausência de qualquer critério material pré-positivo que limite a atuação do legislador penal, a alegada (e inegável) vantagem que tem um conceito flexível de bem jurídico – que é a de possibilitar que o direito penal se adeque às constantes modificações sociais – transforma-se em uma indesejável neutralidade política que possibilita que a teoria sistêmica da danosidade social e que sua concepção de bem jurídico sejam adotadas tanto em uma sociedade democrática como também em um sistema totalitário²⁵³.

Além disso, a teoria da danosidade social em estudo confere uma prevalência demasiada à funcionabilidade do sistema social em detrimento do indivíduo e de suas necessidades concretas, provocando, assim, a funcionalização da pessoa sempre que isto

²⁴⁹ A forma de restrição da atividade legiferante, segundo Amelung, não se dá mediante a imposição de objetivos concretos, mas apenas com a fixação de limites à atuação do legislador. AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., p. 237.

²⁵⁰ Nas palavras de Amelung, "*el carácter vacío de este concepto, la absoluta indeterminación del juicio de valor que crea el bien, es al mismo tiempo la razón de su riqueza. El concepto de bien jurídico en sí mismo no dice nada sobre el contenido que hayan de tener los juicios de valor para poder convertir algo en un bien jurídico, y por ello está abierto a casi cualesquiera valoraciones, transfiriéndolas al sistema dogmático jurídico-penal por medio de sus numerosas funciones en el mismo, sin que éste se vea categorialmente sacudido por cada nueva norma y tenga por ello que ser reconstruido. Gracias a esta característica, el dogma del bien jurídico se convierte en punto de conexión de la política con la dogmática, y el concepto de bien jurídico en un concepto complementario de la positividad del Derecho que traslada el dinamismo de lo político a la estabilidad del sistema jurídico*". AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., p. 232.

²⁵¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., p. 100.

²⁵² AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* Op. cit., p. 231.

²⁵³ Sobre esta crítica, ver ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento...* Op. cit., p. 98.

for necessário para a estabilização do sistema²⁵⁴. E esta prevalência sequer é minimizada com a retomada da teoria do bem jurídico, pois, conforme já salientado acima, a única limitação que Amelung impõe ao legislador – que é a necessidade de respeito à garantia constitucional de proteção da personalidade humana –, dada sua abstração, é insuficiente para impedir, na prática, a adoção de medidas atentatórias à dignidade humana quando estiver em jogo a subsistência do sistema social²⁵⁵.

Portanto, apesar de sua louvável intenção inicial, a teoria da danosidade social e a concepção de bem jurídico de Amelung, por não serem capazes de fornecer qualquer parâmetro material prévio para o controle da atividade legislativa, pouco poderão contribuir para a construção de um sistema penal que, além de regular a vida em sociedade por meio da diminuição da violência privada, também evite o arbitrário estatal e o desrespeito a direitos fundamentais dos cidadãos.

2.5.2.2 A teoria funcionalista de Jakobs

Além de Amelung, outro penalista que edificou o sistema jurídico-penal a partir da teoria sociológica de Luhmann, levando ao extremo o transcendentalismo normativista, foi Günther Jakobs.

Da mesma forma que a teoria da danosidade social anteriormente analisada, a doutrina de Jakobs também concebe o direito penal como um sistema específico do qual se espera a estabilização social, a orientação do comportamento humano e a institucionalização de expectativas por meio da restauração da confiança na vigência das normas²⁵⁶.

Para Jakobs, o direito penal não pode garantir a existência de bens jurídicos em si, pois há diversos fatores naturais que, independentemente da existência da norma penal, conduzem ao desaparecimento de bens relevantes para os indivíduos, tais como, por exemplo, a morte natural de uma pessoa com idade avançada ou a destruição de um veículo corroído

²⁵⁴ Até mesmo o sacrifício da existência dos cidadãos, se necessário à higidez do sistema social, teria sido admitido por Amelung. Para um maior aprofundamento no tema, ver FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 93.

²⁵⁵ Segundo Maria da Conceição Ferreira da Cunha, "*o que se pode criticar, quanto a este aspecto, é o facto da tese de Amelung, a concepção funcionalista da danosidade social, não ser capaz, ela própria, de proteger a pessoa humana contra a instrumentalização*". FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 93.

²⁵⁶ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento*... *Op. cit.*, p. 114.

pela ferrugem. Sua função, por isso, seria não a de tutela genérica de bens que são qualificados como jurídicos, mas sim a de proteção destes bens contra certos ataques de outros indivíduos. O direito, afirma Jakobs, "*não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre pessoas*" e por isso "*o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa*"²⁵⁷. Em outras palavras, como o direito penal não pode garantir a integridade de cada bem, pois eles podem ser destruídos por eventos naturais ou mesmo por uma ação humana autorizada legalmente²⁵⁸, o seu objetivo só poderia ser a proteção das pretensões de respeito aos direitos que os indivíduos têm sobre determinados bens²⁵⁹.

Na realidade, a imagem da sociedade como acumulação de sujeitos possuidores de bens, que é a base da ideia de proteção a bens jurídicos, segundo Jakobs, é incompleta, pois é limitada apenas a algumas situações em que há relação de posse entre indivíduo e coisa. No entanto, junto à organização social que disciplina a posse dos bens e que gera para terceiros o dever negativo de não lesá-los, há outra forma de organização que rege atuações positivas e que atribui, por meio de normas de conduta, diversos deveres aos indivíduos, tais como, por exemplo, aquelas que impõem aos pais o dever de cuidado dos filhos, aos juízes a obrigação de pronunciar sentenças justas e à polícia de prevenir e investigar delitos²⁶⁰.

Além disso, sempre que ocorre a perda de um bem será possível apontar alguma (ou várias) pessoa(s) que possa(m) ter contribuído fisicamente para a destruição da coisa ou que, ao menos, poderia(m) tê-la evitado. Dependendo do contexto social, a perda pode ser atribuída às pessoas de diversas formas, segundo a responsabilidade pessoal que se confere a cada indivíduo a partir da relação que ele detém com a coisa no momento da lesão²⁶¹. Consequentemente, afirma Jakobs, a causa física da perda ou a possibilidade fática

²⁵⁷ JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?*, *Direito Penal e Funcionalismo*. Coordenadores: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, Tradução de André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

²⁵⁸ Em geral, o proprietário de um bem pode, legitimamente, destruí-lo, já que a disposição da coisa é uma das faculdades conferidas pelo direito de propriedade.

²⁵⁹ JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal... Op. cit.*, p. 34.

²⁶⁰ JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal... Op. cit.*, pp. 35-36.

²⁶¹ Conforme ressalta Günther Jakobs, "*se a responsabilidade correspondia à própria vítima, nesse caso, atuou em seu próprio risco, e quando a vítima é a única responsável, as demais pessoas desempenharam corretamente seu papel como pessoas fiéis ao ordenamento jurídico. Se a responsabilidade era de outra pessoa, isso significa, na medida em que era a única responsável, de novo, que a vítima não teria abandonado o papel de uma pessoa cuidadosa com seus próprios bens e que terceiros não teriam violado o seu papel de cidadãos respeitosos com o direito. Também pode ocorrer que a responsabilidade seja de um terceiro, e nem os outros,*

de sua evitação, por si só, nada pode dizer sobre a responsabilidade pela sua ocorrência. Um taxista, por exemplo, que conduz um passageiro a um local, não poderá ser responsabilizado pelas ações que este praticar no lugar de destino, pois ele nada fez que contrariasse seu papel legal e tampouco defraudou qualquer expectativa²⁶².

Por isso, ao contrário do que defende a teoria do bem jurídico majoritária, para Jakobs a ordem social não poderia ser estruturada a partir da noção de proteção de bens relevantes, mas sim com base nos papéis sociais atribuídos normativamente aos indivíduos. E o direito penal, por ser um instrumento de organização social, só poderia ser concebido como uma forma de garantir a expectativa de que não fossem produzidas novas ameaças a esses bens²⁶³, devendo a responsabilidade penal ser estruturada não a partir da causação material de lesões a bens, mas sim com base no descumprimento de papéis sociais. Em outros termos, ao editar a norma penal o legislador busca apenas assegurar a pretensão de que os comportamentos esperados sejam efetivamente praticados e os papéis sociais cumpridos, resguardando, assim, a identidade da sociedade²⁶⁴.

O crime, portanto, passa a ser concebido como a defraudação de uma expectativa normativa que deve ser sancionada para que não se crie, no âmbito social, a sensação de que a conduta praticada se encontra dentro dos comportamentos válidos. E a finalidade principal da pena, neste contexto, é restabelecer a validade da norma jurídica²⁶⁵ que restou abalada com a prática de um crime²⁶⁶.

Conforme se pode perceber a partir desse breve esboço, a construção teórico-social de Jakobs está centrada na ideia de que a missão do direito penal é garantir a identidade da sociedade. A pena, para ele, é uma maneira que tem a sociedade de se negar a

nem a vítima deveriam levar isso em consideração. Finalmente, pode ocorrer que ninguém haja cometido um erro; em tal caso, trata-se de uma desgraça". JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal... Op. cit., pp. 36-37.

²⁶² JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal... Op. cit.*, p. 37.

²⁶³ JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal... Op. cit.*, pp. 33-34.

²⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y La Configuración Normativa de La Sociedad*, 1ª Edição, Madrid: Editora Thomson Civitas, 2004, p. 75.

²⁶⁵ As normas, no sistema concebido por Jakobs, possuem uma importância essencial para a manutenção da sociedade, pois elas regulam as relações sociais travadas pelos indivíduos em uma comunidade, disciplinando seu conteúdo e não apenas a situação individual de uma pessoa isolada. Por isso, a negação de sua vigência – que ocorre sempre que um crime é praticado – deve ser acompanhada da imposição de uma pena, pois esta, em sua atuação contrafática, ao se contrapor ao delito cometido, reforça a validade da norma violada e reafirma a identidade da sociedade. JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal... Op. cit.*, pp. 48-50.

²⁶⁶ Segundo Jakobs, "*mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta*". JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal... Op. cit.*, p. 75.

conceber uma mudança em sua configuração²⁶⁷. Ocorre, contudo, que um sistema social, ao contrário do que faz crer Jakobs, não pode ser concebido como um fim em si mesmo, mas deve existir e ser mantido em atendimento às necessidades reais dos indivíduos que nele vivem²⁶⁸. As normas jurídicas, por sua vez, não devem perseguir pura e simplesmente a obediência dos cidadãos e nem suas respectivas sanções apenas a reafirmação da vigência da norma violada. Em um Estado de Direito democrático e social, o sistema social e todas suas normas jurídicas existem para alcançar um fim maior que é o de garantir uma convivência pacífica e livre em que todos os seus agentes, públicos ou privados, respeitem os direitos fundamentais dos membros da sociedade²⁶⁹.

Assim, sem prejuízo de que seja necessário assegurar expectativas sociais, o fato é que as normas penais e suas respectivas restrições, para além de reafirmar a vigência da norma jurídica descumprida, atuam como o instrumento de controle social mais rigoroso de que o Estado dispõe para possibilitar a manutenção, não do sistema social em si mesmo, mas da própria vida em comunidade e dos interesses individuais e coletivos mais importantes. A reafirmação da validade da norma violada atua apenas de forma mediata, juntamente com a pacificação social²⁷⁰ e com a função de aprendizagem exercida por meio da proibição penal de certas ações e omissões²⁷¹, para garantir que os bens essenciais ao convívio humano sejam resguardados de futuras lesões.

Além disso, a teoria de Jakobs, ao não fixar qualquer parâmetro material prévio à atividade do legislador penal que indique quais normas poderão ter sua validade penalmente protegida, acaba por admitir que o direito penal seja utilizado para a reafirmação da validade de qualquer norma que integra a ordem jurídica, mesmo aquelas menos relevantes²⁷². E, o que é pior, ao não estabelecer um limite pré-jurídico – de caráter

²⁶⁷ Em suas palavras, "*de la misma forma que una persona rechaza una pretensión que no encaja con su forma de ser, ratificando de esta manera esta forma de ser, así la sociedad rechaza la pretensión de abandonar la expectativa defraudada, ratificando con ello su identidad*". JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal...* Op. cit., p. 76.

²⁶⁸ Neste sentido, ver ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos...* Op. cit., p. 33.

²⁶⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos...* Op. cit., p. 34.

²⁷⁰ Que se produz com a aplicação da pena e a conseqüente tranquilização da consciência jurídica geral.

²⁷¹ Consoante exposto no capítulo anterior, ao cominar uma sanção penal em razão da prática de um comportamento indesejado, o Estado exerce uma função educativa, criando na consciência dos indivíduos um juízo de valor sobre aqueles interesses reputados indispensáveis à manutenção da paz social.

²⁷² Consoante salienta Tatiana Vargas Pinto, "*en este sentido se dirige la crítica de Schünemann en cuanto a que este método se basa en un puro <<decisionismo>>. Ello especialmente si se entiende que de la infracción de la norma se deduce necesariamente una sanción penal. Pero, ¿cómo se determina el carácter penal de una*

ontológico, metafísico ou sociológico – ao poder punitivo estatal, demonstra ser incapaz de condicionar a natureza e, principalmente, a intensidade das sanções impostas pelo sistema penal²⁷³, o que é absolutamente inadmissível em um Estado democrático e social.

Desta forma, a concepção de crime proposta por Jakobs, por não atender a um dos fins que regem o direito penal moderno, que é o de contenção do poder estatal²⁷⁴, não pode ser utilizada como teoria válida para legitimar o sistema penal e todas as restrições por ele impostas à liberdade individual.

norma?". PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, 1ª edición, Editorial Aranzadi, SA, 2007, pp. 66-67.

²⁷³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento... Op. cit.*, p. 116.

²⁷⁴ Ao se manifestar sobre a substituição do conceito de bem jurídico pela ideia de lesão à vigência da norma, Carlos Martínez-Buján Pérez afirmou que "(...) *la opinión mayoritaria en la doctrina española critica con razón, desde una perspectiva de filosofía política, su significado autoritario(...). Y, más allá de ello, es preciso reconocer que la adopción, de una perspectiva exclusivamente funcionalista para caracterizar el bien jurídico (algo que puede predicarse en general de todos los conceptos sociológico-funcionalistas de bien jurídico) conduce, de hecho, a anular la eficacia limitadora de la noción de bien jurídico, puesto que por esta vía la protección de valores puramente valores o de simples estrategias políticas puede ser <<funcional>> en una determinada sociedad y, en todo caso, tal perspectiva encierra el peligro, de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto social, olvidando al individuo*". MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 157.

3 TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL NA ATUALIDADE

3.1 Considerações preliminares

Na atualidade, a teoria do bem jurídico tem ocupado um papel central no âmbito da dogmática penal moderna. A ideia de proteção subsidiária de bens essenciais à convivência livre e pacífica entre homens como objetivo primordial do direito penal tem sido adotada por grande parte da doutrina tanto para fins de legitimação do sistema penal, como também para a contenção do poder punitivo estatal.

Ocorre, contudo, que a definição material de crime como um ato de lesão (ou de exposição a perigo) de bens jurídicos gera, como consequência natural, a necessidade de que sejam estabelecidos critérios mais precisos acerca do que é o bem jurídico e também de quais, dentre os vários bens existentes em uma sociedade, poderão ser penalmente tutelados²⁷⁵.

Até o presente momento, inúmeras foram as tentativas de conceituar o bem jurídico com essa finalidade crítico-legitimadora. Por exemplo, o bem jurídico-penal já foi concebido como o "*interesse juridicamente protegido (...) do indivíduo ou da coletividade*"²⁷⁶, as "*circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre*"²⁷⁷, a "*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante*"²⁷⁸, o "*valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua*

²⁷⁵ GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*. In *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. . Coordenador: Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 404. No mesmo sentido, Anabela Miranda Rodrigues afirma que "*uma insuficiente elaboração científica sobre a noção de bem jurídico repercute-se negativamente na sua função crítica do sistema jurídico-penal. Definições gerais de bem jurídico, excessivamente abstractas e genéricas, privam de efectivo conteúdo informativo os específicos valores assumidos como objecto de tutela penal, daqui derivando inevitavelmente que, qualquer que seja a definição sugerida – bem jurídico como <<interesse>>, <<situação>>, <<função>>, etc. – arrisca-se a ter pouca ou nenhuma influência no terreno político-criminal*". RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação...* *Op. cit.*, pp. 259-260.

²⁷⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão...* *Op. cit.*, p. 139.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos...* *Op. cit.*, pp. 18-19.

²⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 114.

manutenção e ao seu desenvolvimento"²⁷⁹, e ainda como os "*dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social*"²⁸⁰. Essa multiplicidade de concepções²⁸¹, no entanto, longe de contribuir para a construção de um padrão seguro de orientação do legislador – que é o objetivo último de um conceito crítico de bem jurídico –, tem gerado certa insegurança e confusão²⁸². E, o que é ainda pior, grande parte deste debate se esgota em questões exclusivamente terminológicas, ou seja, a maioria das propostas conceituais atualmente formuladas pouco (ou nada) acrescenta aos conceitos já existentes, constituindo meras reproduções de definições já consagradas com sutis modificações léxicas²⁸³. Por essa razão, mais importante do que a propositura de uma nova definição de bem jurídico – que fatalmente coincidiria com alguma formulação já existente e nada acrescentaria ao debate²⁸⁴ –, é o enfrentamento pontual das principais controvérsias envolvendo alguns aspectos fundamentais da teoria do bem jurídico que ainda perduram.

Assim, o capítulo que ora se inicia se destinará a investigar os critérios materiais que deverão pautar a seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes. Seu objetivo principal será o de estabelecer – e também analisar – as fontes de onde se poderá extrair parâmetros que orientem o legislador penal na escolha dos bens jurídicos mais relevantes para o convívio pacífico em uma comunidade e que, paralelamente, também permitam um controle posterior, pelo Poder Judiciário, das opções por ele realizadas.

A partir das diretrizes fixadas por ocasião do estudo de suas fontes, serão abordadas também duas questões fundamentais relacionadas com a teoria do bem jurídico que irão influenciar diretamente a estrutura do delito²⁸⁵. A primeira está ligada ao destinatário da

²⁷⁹ TAVARES, Juares. *Teoria do Injusto Penal... Op. cit.*, p. 198.

²⁸⁰ GRECO, Luís. "*Princípio da Ofensividade*" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 49, julho-agosto de 2004, p. 107.

²⁸¹ Além das definições transcritas, existem diversas outras que integram um vasto rol de conceitos de bens jurídicos já formulados pela doutrina.

²⁸² GRECO, Luís. "*Princípio da Ofensividade*" e crimes de perigo abstrato... *Op. cit.*, p. 101.

²⁸³ Conforme salienta Luís Greco, nesta discussão "*tem-se a impressão de estarem todos a dizer aproximadamente a mesma coisa, mas valendo-se de palavras distintas*". GRECO, Luís. "*Princípio da Ofensividade*" e crimes de perigo abstrato... *Op. cit.*, p. 102.

²⁸⁴ Ao tratar da tentativa doutrinária de se estabelecer um conceito genérico de bem jurídico, Buján-Pérez vai mais além e, com razão, afirma que "*en la dogmática del bien jurídico la aspiración de definir el bien jurídico en términos de concepto (esto es, intentando aprehender en un concepto las características sustantivas que lo definen) ha desembocado o bien en la adopción de definiciones vacías o bien, cuando se las ha intentado dotar de sentido, en definiciones insuficientes o inadecuadas*". MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico... Op. cit.*, p. 153.

²⁸⁵ Ou seja, que influenciarão as técnicas de proibição ou ordenação de condutas que poderão ser utilizadas pelo legislador ordinário por ocasião da elaboração do tipo penal.

proteção penal e envolve a análise da possibilidade (ou não) de criminalização de condutas sem a individualização de vítimas²⁸⁶. Já a segunda questão diz respeito ao grau de abstração que um determinado interesse pode ter para que possa ser tomado como referência para a criminalização de um comportamento.

Atualmente, esses dois debates têm adquirido uma importância fundamental no âmbito da teoria do delito, pois a natureza das relações sociais existentes em uma sociedade de risco²⁸⁷ tem provocado o surgimento de bens jurídicos cada vez mais difusos e abstratos – tais como o meio ambiente e a ordem econômica – cuja dignidade penal, apesar de sua indiscutível relevância para a sobrevivência da humanidade e para a manutenção de suas condições básicas, tem sido contestada por alguns autores.

3.2 O caráter relativo e valorado do conceito de bem jurídico

Existe certo consenso entre os doutrinadores de que somente os bens mais importantes para a convivência dos indivíduos em sociedade podem ser tomados como referência para a elaboração de uma norma penal incriminadora²⁸⁸. Quase todos os autores concordam, em maior ou menor medida, que não é suficiente, para a configuração de um bem jurídico-penal, a simples existência de um interesse individual ou coletivo, mas é preciso que esse interesse seja essencial para o desenvolvimento da personalidade do ser humano e para seu convívio pacífico em sociedade.

Desta maneira, como apenas os bens imprescindíveis para assegurar as condições de vida em sociedade podem ser tutelados pelo direito penal, será necessário, então,

²⁸⁶ Conforme será a seguir estudado, há uma corrente doutrinária que sustenta que somente bens jurídicos referíveis a indivíduos concretos podem ser protegidos pelo direito penal.

²⁸⁷ Este termo foi utilizada pelo sociólogo Ulrich Beck para designar uma sociedade na qual o risco (que é concebido como a probabilidade de ocorrência de um dano) ocupa um lugar central. Sobre o tema, ver BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998. A seguir serão melhor abordadas as características deste tipo de sociedade.

²⁸⁸ Por todos, ver FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 83. Aliás, a necessidade de relevância do bem para que possa ser objeto de tutela penal pode ser facilmente percebida nas definições de bem jurídico acima transcritas, nas quais as expressões "*circunstâncias reais dadas ou finalidades*", "*expressão de um interesse*", "*valor*" ou ainda "*dados*", utilizadas para designar o bem jurídico, são acompanhadas de termos como "*necessárias para uma vida segura e livre*", "*socialmente relevante*", "*indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento*" ou ainda "*fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social*", que indicam que apenas os bens com importância fundamental são dotados de dignidade penal.

definir, a partir de uma realidade social determinada, quais, dentre os *interesses* ou *valores* ali existentes, podem ser considerados efetivamente essenciais. Dito de outra forma, na medida em que o bem jurídico-penal é diferenciado dos demais em razão de sua relevância para o desenvolvimento pessoal e para a paz social, a sua identificação em uma determinada sociedade envolve necessariamente uma decisão de escolha daqueles bens concebidos como mais importantes, ou seja, uma valoração positiva²⁸⁹ de alguns bens da vida, que passarão a ter dignidade penal, em detrimento de outros²⁹⁰.

Além disso, como as necessidades individuais e sociais variam no tempo e no espaço, a determinação dos interesses fundamentais para o convívio pacífico não pode basear-se em juízos de valor genéricos, exercidos *a priori* e válidos para toda e qualquer sociedade²⁹¹. Cada comunidade, dependendo de sua localização ou época, é composta por pessoas com interesses e valores próprios que são condicionados por circunstâncias naturais e sociais mutáveis²⁹². Assim, a definição material do bem jurídico penalmente relevante não pode ignorar a realidade social na qual o bem está inserido, mas deve levar em consideração as peculiaridades de um determinado sistema social, bem como seu momento histórico-cultural²⁹³. Ou seja, deve ser uma concepção aberta para que possa se adaptar às modificações sociais e os progressos científicos e, com isso, garantir que a escolha dos bens reflita as reais necessidades sociais²⁹⁴.

²⁸⁹ Aliás, a própria noção genérica de *bem* já traz em si a ideia de valoração positiva de um objeto. Neste sentido, Tatiana Vargas Pinto ressalta que "*el bien suele conectarse con la idea de interés y de valor. De hecho, se mantendrá aquí la concepción de bien como situación valorada positivamente, que será penal si tal valoración se contiene en una norma penal, en cuanto constituye una situación fundamental para la ordenada y tranquila convivencia entre los hombres*". PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto...* Op. cit., p. 69.

²⁹⁰ A ideia, aqui adotada, de que a existência dos bens origina-se da própria realidade social, foi trabalhada por muitos autores, dentre os quais se destaca Franz von Liszt. Para Liszt, consoante observado no capítulo anterior, "*é a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público*". LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão...* Op. cit., p. 139.

²⁹¹ Conforme bem salienta Luis Gracia Martin, "*a maior parte dessas condições de subsistência não constituem nenhum material com validade a priori atemporal porque só podem ser definidas como formações e invenções históricas resultantes das condições de possibilidade (...) de um determinado modelo de sociedade unicamente histórico e de nenhum outro*". GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 42.

²⁹² PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* Op. cit., p. 82.

²⁹³ PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto y resultado...* Op. cit., p. 68; PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* Op. cit., p. 82.

²⁹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., pp. 57-58.

Portanto, a concepção material de bem jurídico é uma concepção valorada – já que sua definição substancial é realizada a partir de um juízo de valor – e também relativa – pois a valoração incide sobre as circunstâncias reais presentes em uma comunidade, sendo válida apenas para um contexto social específico, geográfico, cultural e temporalmente delimitado²⁹⁵. E essa valoração, por envolver uma decisão fundamental que afeta indistintamente todos os integrantes de uma sociedade, deve caber ao legislador penal, que é quem detém legitimidade democrática para – por meio de um processo que permita, ao menos potencialmente, a participação de todos os integrantes da sociedade (processo legislativo) – dizer quais interesses, dentre todos os que existem em um contexto social determinado, são imprescindíveis para a convivência pacífica dos indivíduos²⁹⁶.

Nessa tarefa, é inegável que o legislador detém certa liberdade de conformação para selecionar, a partir das necessidades existentes em uma comunidade, aqueles bens que repute mais relevantes para o convívio social de seus integrantes. No entanto, embora possua amplo espaço de atuação, sua liberdade de escolha não é absoluta. O legislador não pode, por exemplo, valer-se de sua legitimidade democrática para criminalizar comportamentos socialmente adequados²⁹⁷, pois a necessidade de vinculação do direito com a realidade fática não permite que sejam adotadas decisões que contrariem o modo de ser de um grupo social²⁹⁸. Todas as opções do legislador devem estar baseadas em dados empíricos que

²⁹⁵ Segundo observa Luiz Regis Prado, "*em face da dimensão sociocultural do bem jurídico, a orientação do processo criminalização/descriminalização subordina-se às regras axiológicas imperantes em cada momento histórico. A idoneidade do bem jurídico está diretamente relacionada com o seu valor social. Não pode estar desvinculado da realidade existencial e indiferente ao mundo externo do ser*". PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, pp. 79 e ss.

²⁹⁶ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico"...* *Op. cit.*, p. 239. Neste ponto, a teoria de Amelung não merece maiores reparos. Seu grande equívoco, contudo, conforme salientado acima, foi o de abandonar por completo qualquer tentativa de construção de um parâmetro crítico da atividade do legislador.

²⁹⁷ Conforme salienta Luciano Feldens, "*embora detentor de um amplo espaço de atuação, não lhe é lícito editar uma lei qualquer em nome de sua legitimidade democrática*". FELDENS, Luciano. *Constituição e Direito Penal... Op. cit.*, p. 379.

²⁹⁸ Entretanto, segundo bem observa Silva Sánchez, não se pode descartar, ao menos excepcionalmente, a possibilidade de que o direito penal atue sem que haja previamente uma norma social ou mesmo que regule uma determinada matéria de modo parcialmente distinto ou mesmo completamente contrário à disciplina dada por norma social já existente. Por exemplo, em uma sociedade extremamente racista em que a prática de discriminação está pulverizada por toda comunidade e é amplamente aceita pela maioria, ninguém em sã consciência ousaria defender a ilegitimidade de uma regulação estatal contrária a este *costume social*. Sobre o tema, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 319.

reflitam as necessidades reais dos indivíduos, sendo certo que, quanto mais abundantes forem estes dados, menor será a margem de discricionariedade ao se elaborar uma lei penal²⁹⁹.

É preciso salientar, contudo, que a mera exigência de vinculação direta entre o conteúdo da norma penal e o contexto social concreto, apesar de possibilitar certa redução do arbítrio do legislador e de configurar um passo importante para a efetividade do direito penal como instrumento de regulação social, não é capaz, por si só, dada sua amplitude, de estabelecer um padrão substancial que norteie o legislador ordinário no processo de seleção dos bens merecedores de proteção penal.

Por isso, será preciso trabalhar com um outro instrumento que seja capaz de fornecer parâmetros mais concretos para coibir o subjetivismo do legislador penal e que tenha tanta ou mais legitimidade para, com força vinculante, limitar o poder punitivo estatal e possibilitar que ele seja controlado pelo Judiciário. Esse instrumento só pode ser a Constituição³⁰⁰.

3.3 A importância da Constituição Federal como fonte valorativa dos bens jurídicos

Atualmente, prepondera o entendimento, aqui integralmente sufragado, de que é a partir da Constituição³⁰¹ e dos valores nela consagrados que se deve buscar construir um conceito crítico de crime capaz de orientar o legislador em sua tarefa de selecionar os bens jurídicos dignos de tutela penal³⁰².

²⁹⁹ Segundo bem ressalta Anabela Miranda Rodrigues, "*quanto mais dados empíricos se têm ao dispor, tanto mais se reduz o espaço da livre decisão sobre os valores*". RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação...* *Op. cit.*, p. 244.

³⁰⁰ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 112-113.

³⁰¹ A Constituição a que se refere o texto é a Constituição normativa, que é definida por Luís Roberto Barroso como "*aquela não apenas juridicamente válida, mas que está, além disso, vivamente integrada na sociedade. Suas normas dominam o processo político ou, inversamente, o processo de poder se amolda às normas da Lei maior, submetendo-se a elas*". BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 5ª Edição ampliada e atualizada, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 65.

³⁰² Neste sentido, dentre outros, FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, pp. 50 e ss; FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 115; LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª Edição revista e aumentada, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003, pp. 171 e ss; PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* *Op. cit.*, pp. 50 e ss; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

Essa postura, na verdade, é um reflexo do papel essencial que as Constituições modernas exercem nas sociedades atuais e em seus respectivos ordenamentos jurídicos. De fato, é a partir do advento da Lei maior, por exemplo, que se projeta o modelo de Estado sob cujos parâmetros deve a sociedade se orientar e que são estabelecidos os campos de atuação de todos os Poderes de Estado por ela constituídos, com a fixação dos limites, formais e materiais, dentro dos quais eles poderão ser exercidos³⁰³. Além disso, a Constituição contém as decisões de fundo mais relevantes que regem toda ordem jurídica. As valorações realizadas no processo de elaboração das normas constitucionais refletem as opções consensuais mais amplas em uma comunidade e por isso se impõem a todos os seus integrantes, sejam eles particulares ou entes públicos³⁰⁴.

Assim, o Estado, em todas as suas esferas de ação, assim como os particulares em suas relações sociais³⁰⁵, devem observar as diretrizes fixadas na Constituição, não sendo, portanto, válida qualquer atividade que contrarie os valores nela condensados³⁰⁶. E o legislador ordinário, evidentemente, ao editar qualquer norma penal, também está vinculado ao texto constitucional, não podendo livremente atribuir dignidade penal a qualquer bem da vida ou descrever como delito qualquer comportamento social.

A questão central, contudo, a ser enfrentada está relacionada com a maneira pela qual a Carta Magna irá pautar a escolha dos bens a serem tutelados penalmente, especialmente porque não há, expresso na Lei fundamental de forma clara, um rol específico de bens jurídicos que possa ser tomado como referência para a elaboração dos tipos penais.

Tradicionalmente, a Constituição tem sido concebida como meio de limitação formal do legislador penal. Os textos constitucionais, em geral, trazem previsões de diversos princípios específicos para o direito penal cujo objetivo é a proteção dos indivíduos em face do exercício arbitrário do poder punitivo do Estado. Dentre outros exemplos, é possível mencionar o princípio da legalidade³⁰⁷ e seus respectivos corolários (como a

³⁰³ FELDENS, Luciano. *Constituição e Direito Penal... Op. cit.*, p. 375.

³⁰⁴ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 115-116.

³⁰⁵ As diretrizes consagradas nas Constituições não se esgotam na relação entre o Estado e indivíduo, mas influenciam também as relações sociais travadas entre particulares, não sendo razoável supor, por exemplo, que a vida e o patrimônio devam ser respeitados apenas pelo Estado e que os indivíduos, em suas relações interpessoais, não tenham que observar estes dois valores constitucionais.

³⁰⁶ Segundo bem observa Luciano Feldens, "*o discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição*". FELDENS, Luciano. *Constituição e Direito Penal... Op. cit.*, p. 378.

³⁰⁷ No Brasil, este princípio está previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

proibição de analogia ou de aplicação retroativa da lei em desfavor do cidadão³⁰⁸), o princípio da humanidade, que veda a criação, aplicação ou execução de penas que atentem contra a dignidade humana³⁰⁹, o princípio da pessoalidade, que impede a punição por fato alheio³¹⁰, e etc.

Entretanto, a mera existência de limitações formais ao *ius puniendi*, apesar de indispensável a qualquer regime democrático, não é suficiente, por si só, para evitar uma atuação arbitrária do legislador penal. Isto porque, em primeiro lugar, dependendo do conteúdo da norma penal incriminadora, algumas garantias formais poderiam ser facilmente burladas pelo legislador. A exigência da legalidade, por exemplo, que é uma "verdadeira pedra angular do Estado de Direito"³¹¹ e que tem por finalidade conferir segurança jurídica aos cidadãos, teria seu objetivo esvaziado se, por meio de uma lei prévia, fosse estabelecido como crime "a prática de uma conduta anti-social"³¹². Além disso, de nada adiantaria a previsão de garantias formais se o cidadão pudesse ser punido por praticar uma conduta que, a rigor, não deveria ser considerada criminosa³¹³.

Desta forma, ao lado das limitações formais, que apenas reduzem o campo de arbítrio no que diz respeito ao modo como é exercido o poder punitivo do Estado, é necessário também buscar extrair do texto constitucional critérios para a redução do subjetivismo do legislador na escolha do que punir. Em outros termos, será preciso verificar em que medida a Constituição poderá vincular materialmente o legislador penal na seleção dos bens que serão tomados como referência para a elaboração das normas penais.

Para tanto, três questões fundamentais devem ser abordadas. A primeira envolve a análise daquilo que, no bojo do texto constitucional, deve ser tomado como parâmetro pelo legislador para a elaboração da norma penal, isto é, se apenas as prescrições constitucionais específicas positivadas na Carta Magna ou se também seus valores e princípios implícitos de caráter geral. A segunda questão diz respeito ao modo como se dá a

³⁰⁸ Art. 5º, XL, da Constituição Federal.

³⁰⁹ Arts.1º, inciso III, e 5º, incisos XLI, XLVII e XLIX, da Constituição Federal.

³¹⁰ Art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

³¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 78. Para Prado, o Estado de Direito "é aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos". PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, p. 60.

³¹² Neste sentido, FELDENS, Luciano. *Constituição e Direito Penal... Op. cit.*, p. 380.

³¹³ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal... Op. cit.*, p. 31.

vinculação material do legislador ordinário à Constituição Federal, ou seja, está relacionada com a maneira pela qual as disposições constitucionais devem orientar a atividade legislativa por ocasião da edição da lei penal. Por fim, deve-se também averiguar a possibilidade de, em hipóteses excepcionais, o legislador extrair diretamente da realidade social um determinado interesse, atribuindo-lhe dignidade penal sem que tenha havido previamente qualquer valoração constitucional.

3.3.1 A Constituição Federal como limite material do direito penal: os parâmetros constitucionais de referência ao legislador penal

Assentada a relevância da Constituição Federal como fonte de validade das normas penais e ponto de partida para a seleção dos bens jurídicos dignos de tutela penal, faz-se necessário analisar quais parâmetros constitucionais poderão ser tomados como referência pelo legislador penal no processo de edição da lei penal.

Sobre o tema, existe uma primeira corrente que sustenta que a definição material dos bens jurídicos penalmente relevantes deve ser buscada a partir de referências genéricas ao texto constitucional³¹⁴, devendo o legislador ordinário basear-se essencialmente nos princípios que inspiraram o constituinte e nas opções gerais fundamentais por ele adotadas.

Dentre os autores que seguem essa linha de entendimento é possível destacar Claus Roxin, que busca derivar sua concepção substancial de bem jurídico dos princípios constitucionais e, principalmente, do modelo de Estado adotado na Lei fundamental³¹⁵. Para ele, os limites do poder punitivo estatal devem resultar da finalidade que possui o direito penal na ordem jurídica estatal³¹⁶ – que é a mesma que se atribui

³¹⁴ Por essa razão, esta corrente é denominada por Luiz Regis Prado de "*teoria constitucional de caráter geral*". Sobre o tema, ver PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* *Op. cit.*, pp. 50 e ss.

³¹⁵ Para Roxin, "*el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado*". ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* *Op. cit.*, pp. 55-56.

³¹⁶ ROXIN, Claus. *Estudios de Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 32.

genericamente ao Estado de Direito democrático e social³¹⁷ – e que consiste em garantir ao indivíduo os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária. Por essa razão, ele defende que o direito penal deveria apenas proteger subsidiariamente os bens jurídicos que fossem essenciais ao convívio pacífico entre os homens³¹⁸, sendo, por exemplo, ilegítima a tipificação de atos meramente imorais ou reprováveis eticamente se estes não afetarem significativamente as condições de convivência humana³¹⁹.

Além desta, existe uma outra corrente de pensamento³²⁰ que defende que o legislador penal deve orientar-se essencialmente com base em prescrições constitucionais específicas (explícitas ou não) a partir das quais seriam encontrados os bens mercedores de tutela penal e a forma pela qual esta tutela deve se revestir³²¹.

Para os adeptos dessa segunda corrente, não basta que as disposições penais respeitem todas as implicações penais genéricas consagradas na forma de Estado constitucionalmente adotada ou que não contrariem valores e princípios constitucionais globalmente considerados, mas é necessário que o legislador infraconstitucional atue dentro de margens mais precisas, ou seja, que a criminalização de um comportamento encontre amparo em preceitos normativos mais específicos no texto constitucional³²².

Trata-se, na realidade, de uma concepção constitucional que busca, através da exigência de uma referência direta ao texto constitucional, delimitar mais concretamente –

³¹⁷ Nas palavras de Maria da Conceição Ferreira da Silva, o Estado de Direito democrático e social é o "Estado subordinado ao Direito, o que implica o respeito por garantias formais de intervenção que estabeleçam limites para defesa da sociedade face ao Estado; mas também Estado democrático, o que implica a participação de todos nas decisões e pressupõe, assim, a criação estadual de condições de participação; e ainda Estado social, o que exige a intervenção estadual através de prestações que garantam pelo menos um mínimo de condições sociais, econômicas e culturais (Welfare State), como garantia da própria liberdade entendida em sentido material". FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "Constituição e Crime"... *Op. cit.*, p. 275.

³¹⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 32. Com base nesse raciocínio, Roxin constrói sua concepção material de bem jurídico limitadora do poder punitivo, definindo-os como as "circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema". ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* *Op. cit.*, p. 56.

³¹⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal...* *Op. cit.*, pp. 37-39.

³²⁰ Denominada por Luiz Regis Prado de "teoria constitucional de fundamento estrito". PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* *Op. cit.*, pp. 50-53.

³²¹ Neste sentido, PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* *Op. cit.*, p. 53.

³²² Sobre o tema, Maria da Conceição Ferreira da Cunha faz um breve apanhado de algumas das principais concepções restritas adotadas, abordando as posições de F. Bricola, F. Angionie e E. Musco. FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "Constituição e Crime"... *Op. cit.*, pp. 167 e ss.

em comparação com as teorias de caráter geral – a margem de liberdade do legislador penal na escolha dos bens jurídico-penais³²³.

No entanto, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista e também do que sustentam os defensores das concepções estritas, a exigência de referência direta ao texto constitucional não reduzirá necessariamente – se comparada com a vinculação indireta – a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional. Expressões como "dignidade da pessoa humana"³²⁴, "construção de uma sociedade livre, justa e solidária"³²⁵, "moralidade"³²⁶ ou ainda "propriedade privada" e "função social da propriedade"³²⁷, apesar de estarem previstas em preceitos constitucionais específicos da Constituição brasileira de 1988, não são capazes de fornecer padrões mais concretos do que aqueles que podem ser extraídos de fórmulas políticas abertas como a noção de Estado de Direito democrático e social.

Além disso, não se pode ignorar também que a existência de uma certa margem de discricionariedade na avaliação dos fatos por parte do legislador infraconstitucional é uma característica que decorre da própria utilização da Constituição como parâmetro para a definição material do bem jurídico-penal. As normas que integram o Texto fundamental, como regra geral, são compostas de conceitos abertos e abstratos justamente para conferir a seus intérpretes – dentre os quais se inclui, evidentemente, os integrantes do Poder Legislativo – certo espaço de conformação³²⁸. E isso, longe de ser um defeito, é uma virtude que confere ao texto constitucional a flexibilidade necessária para que ele se adapte às transformações sociais e incorpore novos valores que surjam no seio social, permitindo, assim, que o conceito material de crime que dele se extraia reflita exatamente as reais necessidades de uma sociedade espaço-temporalmente delimitada.

³²³ FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 167.

³²⁴ Que é prevista expressamente no texto constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal).

³²⁵ O art. 3º, I, da Constituição Federal, estabelece que "*constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária*".

³²⁶ A moralidade é um dos princípios, previstos em nossa Constituição, que regem a administração pública (art. 37, da Constituição Federal).

³²⁷ Que, de acordo com o art. 170, incisos II e III, da Constituição Federal, são dois princípios que, ao lado de outros, regem a ordem econômica.

³²⁸ Consoante salienta Luís Roberto Barroso, "*a natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade*". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ª Edição revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 107-108.

Ademais, ao contrário do que também entendem os adeptos das concepções constitucionais estritas, é perfeitamente possível extrair da referência ao modelo de Estado adotado na Lei fundamental algumas limitações materiais concretas ao legislador penal. A noção de Estado de Direito democrático e social, por exemplo, que foi a forma de Estado adotada pelas principais constituições modernas – inclusive pela Constituição brasileira de 1988³²⁹ –, reflete algumas decisões políticas fundamentais que são plenamente capazes de fornecer diretrizes específicas para legitimar (ou vedar) a criminalização de certos comportamentos sociais. Algumas limitações materiais atualmente admitidas por grande parte da doutrina, tais como a proibição de criminalizar atos puramente morais, religiosos ou ideológicos, que não afetem as condições básicas para a vida em comum, decorrem exatamente da fórmula do Estado de Direito social e democrático³³⁰. Ademais, a escolha, pelo constituinte, deste modelo de Estado, e a consequente imposição, ao Poder Público, do dever de correção de eventuais distorções sócio-econômicas mediante a promoção de condições sociais, culturais e econômicas da vida em sociedade, revela claramente uma valoração positiva destes interesses marcadamente transindividuais, autorizando, portanto, que o legislador penal, no âmbito da discricionariedade regrada que lhe confere o texto constitucional, atribua, respeitado o critério da subsidiariedade, dignidade penal a estes interesses³³¹.

Assim, não se pode negar a importância das opções gerais fundamentais e do modelo de Estado adotados pelo constituinte para fins de legitimação e limitação material

³²⁹ A adoção, pelo texto constitucional de 1988, desse modelo de Estado tem sido reconhecida por grande parte da doutrina. Neste sentido, por exemplo, é a posição de Luiz Regis Prado, para quem "*essa orientação político-criminal encontra supedâneo no texto constitucional em vigor e na própria definição de Estado nele epígrafada. Já em seu Preâmbulo, a Carta brasileira de 1988 enuncia as bases de um Estado de Direito democrático – de forte matiz social – "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social"*". PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, p. 67. Da mesma forma, SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Perspectivas (re)legitimadoras*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, pp. 42-44. No entanto, conforme bem salienta este último autor, apesar da clara opção do constituinte originário por um Estado de Direito democrático e social, "*vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde a Constituição Federal representa a vontade constitucional de realização do Estado Social, ainda não implementado em nosso país. (...) Portanto, o Brasil chega ao limiar do século XXI sem ter-se beneficiado das conquistas do Estado Liberal e do Estado Social*". SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito... Op. cit.*, pp. 56-57.

³³⁰ Neste sentido, é possível citar, dentre outros: FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 139-140; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, pp. 123 e ss; GRECO, Luís. *Breves reflexões ... Op. cit.*, p. 411; ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 51-53.

³³¹ A seguir, a discussão doutrinária em torno da possibilidade de criminalização de comportamentos que afetem bens jurídicos transindividuais será melhor abordada.

do *ius puniendi*. E isso se dá, evidentemente, sem prejuízo da vinculação substancial do legislador a preceitos constitucionais específicos positivados nos textos constitucionais, até porque, especialmente nas constituições analíticas³³² – como a Constituição brasileira de 1988 –, grande parte das opções gerais adotadas são refletidas em normas constitucionais expressas³³³, o que esvazia, em certa medida, ao menos no plano prático, esta discussão nestes ordenamentos jurídicos.

Por essa razão, as duas concepções acima descritas não devem ser vistas como antagônicas, mas sim como concepções complementares³³⁴, que devem ser conjugadas de forma a conferir plena eficácia a todo texto constitucional e não apenas a seus preceitos mais específicos. Assim, todas as normas constitucionais, independentemente de seu grau de abstração, por refletirem um conjunto de decisões fundamentais do constituinte, devem necessariamente ser tomadas – tanto direta, como também indiretamente – como referência pelo legislador infraconstitucional³³⁵, não sendo possível, a pretexto de impor limites mais

³³² Conforme ressalta Alexandre de Moraes, as constituições analíticas são aquelas que "*examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado*", ao contrário das constituições sintéticas que "*prevêem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais*". MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 8ª Edição Atualizada com a EC nº 28/00, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000, p. 38.

³³³ Por exemplo, na Constituição brasileira de 1988, a opção pelo modelo de Estado de Direito democrático e social pode ser extraída de inúmeras normas expressas, dentre as quais se destacam os artigos 1º, 3º e 5º, além de todo o capítulo que trata dos direitos sociais (arts. 6º a 11º) e dos princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 a 181).

³³⁴ Neste sentido, Luiz Regis Prado afirma que "*as relações entre as teorias constitucionais amplas e restritas não é de antagonismo, mas de complementariedade. O que resulta no agasalho de uma diretriz constitucional de natureza eclética ou intermediária – de justo meio e não hermética – que privilegia o texto constitucional, prima facie, a concepção de Estado de Direito democrático, o bem jurídico (substancial) ancorado na realidade socioindividual, complementada, ainda, por elementos de uma visão metodológica própria e da peculiar natureza do bem jurídico-penal, numa enformação que se compatibiliza com os modernos postulados da ciência do Direito Penal e da Política Criminal*". PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, p. 93.

³³⁵ Isto não quer dizer, evidentemente, que todos os interesses referidos e valorados positivamente na Constituição devam ser penalmente tutelados. Conforme bem salienta Luís Greco, "*(...) o bem jurídico-penal, apesar de ter se arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave aqui é o princípio da subsidiariedade, ou da ultima ratio, ou da intervenção mínima*". GRECO, Luís. "*Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato... Op. cit.*", p. 100. O legislador, na verdade, detém certa margem de discricionariedade para, à luz dos dados empíricos existentes em determinado momento histórico de uma sociedade, avaliar os valores constitucionais mais essenciais e também – face a natureza fragmentária do direito penal – selecionar aquelas condutas que efetivamente criem as ofensas mais graves aos valores constitucionais preponderantes. Neste sentido, Luiz Regis Prado afirma que "*(...) as constituições modernas, de linha programática, conferem ampla liberdade ao legislador ordinário na determinação dos bens com dignidade penal (Strafwurdigkeit), necessitados de tutela penal (Strafgedurftigkeit) e com capacidade de proteção*". PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal... Op. cit.*, p. 78. Na mesma linha, FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 290-291.

concretos ao poder punitivo estatal, negar eficácia a qualquer norma constitucional, seja ela uma norma definidora de direitos, de organização ou meramente programática³³⁶. E essa capacidade de influir sobre o conteúdo dos tipos penais está presente, inclusive, naquelas normas que, *a priori*, foram concebidas apenas como meio de limitação formal do legislador penal³³⁷, pois se a Constituição impõe ao Poder Público o dever de respeito absoluto a determinados interesses considerados essenciais ao pleno desenvolvimento do indivíduo – como a vida, a integridade física, a honra, as liberdades de consciência e crença, além de outros –, não há dúvidas de que eles devem ser resguardados não só de eventuais ataques estatais, mas também de violações por parte de outros particulares³³⁸, podendo, assim, o legislador penal criminalizar legitimamente as formas de lesão mais graves a estes interesses³³⁹.

3.3.2 A Constituição Federal como limite material do direito penal: as formas de vinculação material do legislador ordinário ao texto constitucional

Ao apontar a Constituição e os valores nela consagrados como fonte de legitimação e limitação das normas penais, surge automaticamente a necessidade de se estabelecer de que forma o Texto fundamental orientará o legislador ordinário em sua tarefa de definir a conduta punível, ou seja, de que modo se dará a vinculação material da lei penal às disposições constitucionais. Nesse passo, é possível visualizar três formas distintas de vinculação do direito penal com o texto constitucional.

³³⁶

Segundo Luís Roberto Barroso, dependendo da situação jurídica dos indivíduos em face das normas constitucionais, elas podem ser enquadradas na seguinte tipologia: "A. Normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político: *NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO*; B. Normas constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos: *NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITO*; C. Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: *NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS*". BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional... Op. cit.*, pp. 93 e ss.

³³⁷

Como, por exemplo, o rol de direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º, da Constituição Federal.

³³⁸

Ora, se a liberdade, por exemplo, foi valorada positivamente pelo constituinte, que a elencou dentre os direitos fundamentais, ela deve ser respeitada tanto pelo Estado como também pelos demais indivíduos. Trata-se, portanto, de um valor fundamental constitucionalmente consagrado e por isso sua lesão injustificada pode ser considerada um delito, podendo, portanto, o legislador penal erigi-la como um bem jurídico penal.

³³⁹

Neste sentido, FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 124 e ss.

A primeira envolve uma atuação negativa da Constituição. Nesta hipótese, o legislador penal fica impedido de criminalizar condutas que se apresentem como exercício legítimo de direitos constitucionalmente consagrados, ou seja, ações que se insiram no âmbito das liberdades de ação reconhecidas expressamente pelo constituinte³⁴⁰. Assim, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro não podem ser tipificados penalmente o ato de associar-se com terceiros para fins lícitos, o exercício do direito de greve ou ainda o culto a seres inanimados, pois estes comportamentos constituem direitos a todos conferidos pela Constituição Federal³⁴¹.

Além disso, a Carta Magna também funciona positivamente como fonte valorativa do direito penal, já que confere ao legislador uma pauta axiológica a partir da qual ele poderá selecionar os interesses mercedores de proteção penal. Neste caso, a Constituição se limita a fornecer parâmetros de referência dos fatos legitimamente sujeitáveis à sanção penal, não impondo expressamente a tipificação de qualquer conduta³⁴². Ao legislador, nestas situações, é dada certa margem de discricionariedade para analisar as reais necessidades da sociedade e, à luz dos critérios da subsidiariedade e da fragmentariedade, selecionar os valores constitucionais mais relevantes em cada momento histórico e punir como crime apenas os comportamentos que criem, de forma efetiva, ofensas ou perigos mais graves a estes valores.

Finalmente, alguns autores têm sustentado também a existência de uma influência impositiva da Constituição que, por meio dos chamados mandados expressos ou implícitos de penalização, imporia ao legislador ordinário o dever de criminalizar certas condutas. Neste sentido, por exemplo, menciona-se que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, deveriam necessariamente ser criminalizados, por expressa determinação constitucional, os atos atentatórios ao meio ambiente (art. 225, § 3º, da Constituição Federal), a prática de racismo (art. 5º, XLII, da Constituição Federal), de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal), além de outros comportamentos³⁴³.

³⁴⁰ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal...* *Op. cit.*, p. 48.

³⁴¹ É claro que, conforme ressalta Luciano Feldens, "*todas essas considerações são lançadas ao resguardo do uso, e não do abuso do direito, hipótese última da qual pode redundar uma ofensa a direito alheio e, com ela, a violação de um bem jurídico-penal*". FELDENS, Luciano. *A Constituição penal...* *Op. cit.*, p. 48.

³⁴² FELDENS, Luciano. *A Constituição penal...* *Op. cit.*, pp. 50 e ss.

³⁴³ Por todos, FELDENS, Luciano. *A Constituição penal...* *Op. cit.*, pp. 69 e ss.

No entanto, a questão acerca da possibilidade de se extrair do texto constitucional uma obrigatoriedade de utilização do direito penal para a proteção de certos interesses tem encontrado resistências no âmbito da doutrina. De fato, inúmeros são os argumentos contrários à existência de imposições constitucionais de penalização. Dentre as alegações mais frequentes estão a de que seria difícil individualizar os valores constitucionais mais essenciais em uma sociedade aberta e pluralista cujos interesses, além de múltiplos, são também mutáveis; que os mandados de criminalização retirariam do legislador sua margem de apreciação da realidade e de decisão sobre qual, dentre os diversos meios de proteção existentes nos mais variados ramos do direito, deveria ser utilizado para a tutela de determinado interesse considerado pelo constituinte como relevante; que os conflitos interpessoais e a danosidade social das condutas são cambiantes e que por isso a imposição de penalização engessaria o legislador ordinário; que haveria uma violação ao princípio da separação dos poderes, já que uma ordem de criminalização transferiria do legislador ordinário (que é quem detém legitimidade democrática para realizar escolhas fundamentais) para o Poder Judiciário a prerrogativa de avaliar a dignidade penal de certo bem e a carência de tutela penal; e, por fim, que tal entendimento subverteria o sentido clássico da teoria do bem jurídico constitucional que concebe a Carta Magna como um instrumento de contenção de poder e que por isso deveria ser utilizada apenas para evitar uma intervenção estatal injustificada nos direitos fundamentais dos indivíduos³⁴⁴.

Contudo, a despeito dos argumentos acima expostos, o fato é que alguns textos constitucionais em vigor têm apontado inequivocamente no sentido da existência, *em caráter excepcional*, de algumas imposições constitucionais de criminalização³⁴⁵. Senão vejamos.

É inegável que a Constituição, como documento que edifica toda ordem jurídica de um Estado, ao organizar o exercício do poder político e definir direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal, deve estabelecer os limites de atuação estatal, prevendo princípios de defesa do cidadão em face do Poder Público. Ocorre,

³⁴⁴ Sobre estes e outros argumentos veiculados contra os mandados de criminalização, ver FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 303-304.

³⁴⁵ Além da Constituição brasileira, é possível verificar a existência de imposições de criminalização nas Constituições da Alemanha, Itália, Portugal, França e Espanha, por exemplo. Neste sentido, FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*... *Op. cit.*, pp. 85-87, FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 310 e PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina jurisprudência, legislação*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 28-29.

entretanto, que além da contenção do arbítrio estatal, as Constituições modernas também estão preocupadas com a proteção do indivíduo diante de ataques de seus pares, até porque a efetividade dos direitos fundamentais ali descritos pressupõe o seu respeito por todos os agentes que interagem no seio social, independentemente de serem eles públicos ou privados³⁴⁶.

Desta forma, para que os valores constitucionais sejam efetivamente resguardados, não basta a mera omissão do Estado, sendo necessário que, ao lado do dever clássico de abstenção, ele também tenha a incumbência de atuar positivamente para evitar que terceiros cometam graves lesões aos valores consagrados no Texto fundamental³⁴⁷. Assim, o Poder Público deixa de ser encarado apenas na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais para ser concebido também como auxiliar de seu desenvolvimento³⁴⁸. Esta, aliás – consoante exposto em momento anterior deste trabalho³⁴⁹ –, é uma consequência que decorre da própria adoção do modelo Estado de Direito democrático e social, que impõe ao Estado prestações que garantam um mínimo de condições para a convivência dos indivíduos.

Logo, o Estado, para bem cumprir sua missão constitucional, deve necessariamente criar sistemas preventivos e sancionatórios com objetivo de coibir violações aos interesses descritos na Constituição. E o direito penal se insere exatamente neste contexto, já que é inequivocamente um dos sistemas de prevenção de que o Estado dispõe para evitar agressões a bens constitucionais.

No entanto, além do direito penal – que se destaca por ser o mais severo –, o Estado possui diversos outros meios de controle formais, que podem ser extraídos dos demais ramos do direito (como o direito administrativo e o direito civil, por exemplo) e que poderiam, da mesma maneira, ser utilizados, isolada ou conjuntamente, para a proteção dos

³⁴⁶ Segundo foi salientado no capítulo primeiro, a Constituição, atualmente, apresenta uma dupla face, que se reflete nos fins que se atribui ao direito penal e que se caracteriza pela previsão de princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estatal e pela imposição de uma atuação estatal no sentido de proteger os valores constitucionais essenciais de ataques de particulares.

³⁴⁷ Conforme ressalta Hassemer, "...el legislador puede estar obligado en determinadas situaciones por la Constitución a proteger determinados intereses con determinados medios; por ello se habla también de <<deberes de protección>>". HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, p. 101.

³⁴⁸ Segundo salienta Ferreira da Cunha, os direitos fundamentais "*deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado*". FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, pp. 273-274.

³⁴⁹ Itens 1.3.1 e 3.3.1.

bens consagrados na Constituição. Como regra geral, a própria Constituição confere ao legislador ordinário a prerrogativa de escolher, dentre todos os mecanismos de proteção disponíveis, aquele que deverá ser utilizado pelo Poder Público para a tutela dos interesses constitucionais. Quer dizer, o legislador infraconstitucional, na maioria das vezes, possui inegável margem de discricionariedade para analisar a realidade social e decidir pela forma de proteção mais adequada a um interesse determinado³⁵⁰, sendo que este campo de liberdade lhe permite, inclusive, diante do caráter fragmentário e subsidiário do sistema penal, excluir do âmbito do direito penal algumas ofensas consideradas menos graves a bens com dignidade penal. Por esse motivo, aliás, é que nem todo interesse constitucional que goze (ao menos potencialmente) de dignidade penal se transformará necessariamente em bem jurídico-penal, pois o legislador penal pode legitimamente optar por não tutelá-lo por meio de uma sanção penal³⁵¹.

Evidentemente, esse poder discricionário de seleção dos bens merecedores de tutela penal e de escolha das condutas puníveis só é possível onde não haja qualquer imposição de criminalização³⁵². Na realidade, a liberdade que o legislador ordinário desfruta para decidir sobre a forma de proteção que lhe pareça mais adequada ocorre tão somente nos casos – bastante amplos, diga-se – em que a necessidade de sanção penal não é evidente, ou seja, quando a existência de relevância penal ou (principalmente) de carência de tutela penal não se apresentam inequívocas³⁵³. No entanto, há hipóteses excepcionais em que a dignidade penal do bem e a necessidade de sua tutela são tão claras que a exigência de intervenção penal se torna indiscutível. Condutas que ofendam gravemente à vida ou à liberdade individual,

³⁵⁰ Neste mesmo sentido, Hassemer afirma que *"el margen de decisión del legislador respecto a la cuestión del merecimiento de pena de una conducta, de si debe haber o no prohibiciones penales y amenazas de consecuencias penales y cómo, en su caso, es, según la opinión general y correcta, grande. Se trata de decisiones que se han de adoptar en una situación de incertidumbre así como de pronósticos que deben conciliar gran cantidad de datos, finalidades e instrumentos"*. HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos...* Op. cit., p. 100.

³⁵¹ Por esta razão, Ferreira da Cunha afirma que *"não se poderia identificar este quadro máximo de legítima intervenção criminalizadora, com um quadro que, a existir, terá de ser mínimo, de imposição de criminalização. Quer dizer, não se poderia fazer coincidir o âmbito de uma possível (legítima) criminalização com o âmbito de uma criminalização imposta, sob pena de se anular qualquer capacidade de decisão do legislador..."*. FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime"...* Op. cit., p. 297.

³⁵² Obviamente, se o legislador detém uma margem de liberdade para escolha do mecanismo a ser utilizado para a proteção de certos interesses é porque ele não está obrigado, ao menos para a tutela de tais interesses, a valer-se do sistema penal.

³⁵³ Há, na verdade, uma "zona cinzenta" onde a existência ou a inexistência de dignidade e carência de tutela penal não são claras, diferentemente do que ocorre nas chamadas "zonas de claro/escuro" onde não há qualquer liberdade de decisão por parte do legislador. Neste sentido, ver FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime"...* Op. cit., pp. 295-296.

como o homicídio ou a extorsão mediante sequestro³⁵⁴, por exemplo, são portadoras de indiscutível danosidade social e afrontam *valores de essencialidade primordial*³⁵⁵ que dificilmente se poderia por em causa a necessidade de utilização do mecanismo de controle social mais severo de que o Estado dispõe.

Na verdade, a exigência de utilização do direito penal nessas situações é uma decorrência do próprio princípio constitucional da proporcionalidade, já que este, diante da atual configuração que lhe é dada pelos textos constitucionais, não pode mais se esgotar na ideia de proibição de excesso, mas também deve ser compreendido como uma proibição de proteção deficiente. Em outras palavras, além de impedir a imposição de sanções excessivas e a existência de criminalizações desnecessárias para a proteção de certos bens jurídicos, o princípio da proporcionalidade também impõe a utilização da tutela necessária e adequada para a efetiva proteção dos bens mais essenciais diante das agressões mais graves³⁵⁶.

Assim, nessas situações – que são muito limitadas – em que a importância do bem para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos é inegável e a necessidade de sua proteção é indiscutível (ou seja, nas hipóteses em que se está diante de condutas que ofendem valores de inquestionável dignidade penal e que causam uma elevada e indiscutível danosidade social) é possível extrair do texto constitucional obrigações implícitas de criminalização que retiram do âmbito de discricionariedade do legislador a decisão sobre a necessidade ou não de intervenção penal³⁵⁷.

³⁵⁴ No Código Penal brasileiro estes comportamentos estão tipificados, respectivamente, nos artigos 121 e 159.

³⁵⁵ Esta expressão foi utilizada por Ferreira da Cunha para designar os valores de inquestionável relevância para o convívio social. FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 301.

³⁵⁶ Hassemer, por exemplo, após ressaltar que a proibição de deficiência – por ele denominada de "prohibición de defecto" – "*no se restringe al Derecho penal, sino que su ámbito de aplicación se define según las posibilidades de protección de un determinado interés disponibles en cada momento*", reconheceu que "*a pesar de este amplio ámbito de aplicación de la prohibición de defecto, sigue siendo cierto que es precisamente el Derecho penal el que debe contar siempre con ser utilizado por ese concepto, en concreto, en forma de mandatos de penalización*". HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos...* *Op. cit.*, pp. 102-103. Para uma análise mais aprofundada do princípio da proteção deficiente, ver FELDENS, Luciano. *A Constituição penal...* *Op. cit.*, pp. 202 e ss, e FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*, Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006, pp. 206 e ss.

³⁵⁷ Neste sentido, FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. "*Constituição e Crime*"... *Op. cit.*, p. 299.

Além destas, existem também outras situações em que a Constituição, de forma clara, impõe ao legislador uma ordem de penalização de certos comportamentos³⁵⁸. Nestes casos, que são igualmente excepcionais, o constituinte opta expressamente por não transferir para o legislador a decisão fundamental sobre o sistema de prevenção a ser adotado. Por isso, aqui também não há qualquer margem de discricionariedade do legislador penal, podendo, portanto, sua atuação ser controlada pelo Poder Judiciário, que é o guardião último da Constituição³⁵⁹.

É importante salientar, contudo, que o reconhecimento da existência de mandados de criminalização, dada sua excepcionalidade, não retira do legislador sua margem de apreciação da realidade, nem engessa sua atuação, pois ele continua possuindo, na maior parte dos casos, amplo poder de decisão sobre qual, dentre os diversos meios de proteção existentes, deve ser utilizado para a tutela de determinado interesse. Além disso, como sua discricionariedade para reger os conflitos interpessoais (que são, por natureza, mutáveis) e para realizar decisões fundamentais envolvendo a escolha dos bens jurídicos mais importantes permanece ainda muito ampla, as imposições de penalização também não representam qualquer violação ao princípio da separação dos poderes, pois o mérito das decisões fundamentais realizadas pelo legislador, em sua grande maioria, jamais poderá ser apreciado pelo Judiciário.

3.3.3 A Constituição Federal como limite material do direito penal: existe exceção à exigência de referibilidade do bem jurídico-penal ao texto constitucional?

³⁵⁸ Na Constituição brasileira de 1988, inúmeros são os exemplos de imposição expressa de penalização. Apenas a título exemplificativo é possível citar, além de outras, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV) e a retenção dolosa do salário do trabalhador (art. 7º, X).

³⁵⁹ A grande questão que se coloca aqui – que não poderá ser aprofundada em razão dos estritos limites do presente trabalho – está relacionada com a forma de controle judicial da efetividade dos mandados de criminalização, especialmente nos casos em que se está diante da ausência ou insuficiência de tutela penal em relação a determinados bens de notória dignidade penal. No Brasil, por exemplo, os instrumentos de controle da omissão legislativa previstos na Constituição – mandado de injunção e ação de direta de inconstitucionalidade por omissão – não são capazes, segundo a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, de sanar efetivamente a ausência de lei. Para uma maior abordagem acerca destes dois instrumentos de controle judicial de omissões legislativas, ver BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional... Op. cit.*, pp. 247 e ss, e MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional... Op. cit.*, pp. 601-604.

Por fim, há ainda uma última questão que deve ser abordada e que diz respeito à possibilidade ou não de criminalização de comportamentos que atentem contra bens não valorados pelo constituinte, ou seja, contra interesses não previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Como regra geral³⁶⁰, os bens ou valores, antes de serem reconhecidos pelo direito, surgem como tais na consciência social dos integrantes de uma determinada sociedade a partir das necessidades nela verificadas³⁶¹. A Constituição apenas retrata aquilo que já na realidade social se mostra um interesse relevante para o indivíduo e para sua convivência em sociedade, atribuindo-lhe relevância jurídica. E a esta valoração do constituinte se segue a valoração do legislador penal que, diante das peculiaridades fáticas existentes em uma sociedade determinada e das limitações que lhe são impostas pelo constituinte, seleciona os bens que terão dignidade penal e os respectivos comportamentos lesivos que serão tipificados penalmente. A escolha do bem jurídico-penal envolve, portanto, um duplo juízo de valor sobre a realidade social: primeiro do constituinte e depois do legislador ordinário³⁶².

No entanto, não se pode descartar – ao menos em tese – a possibilidade de que, em situações excepcionais, após o advento de uma Carta Magna, surjam novos interesses que, apesar de não estarem previstos expressamente no texto constitucional, demandem, por sua relevância social, uma atuação mais enérgica por parte do Estado para sua proteção³⁶³. Nessas hipóteses, estaria o legislador legitimado a proteger penalmente estes novos bens ou, ao contrário, sua atuação dependeria de prévia modificação da Constituição?³⁶⁴ Em outros termos, poderia o legislador penal, diante da necessidade de regulação de uma matéria fundamental para o convívio pacífico em sociedade, ir além do que dispõe o texto constitucional e, respeitados os critérios da subsidiariedade e da fragmentariedade, conferir dignidade penal a estes novos interesses ou esta possibilidade não estaria abrangida no âmbito de sua margem de apreciação e de decisão?

³⁶⁰ Conforme já salientado acima (nota de rodapé nº 298), em hipóteses excepcionais é possível que o direito penal discipline uma determinada matéria de modo distinto à regulação dada por uma norma social existente.

³⁶¹ Conforme ressalta von Liszt, em passagem já transcrita no capítulo segundo, "*é a vida, e não o Direito, que produz o interesse*"; LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão...* Op. cit., p. 139.

³⁶² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro...* Op. Cit., p. 83.

³⁶³ Na Itália, por exemplo, a Constituição Federal, que data de 1948, não prevê a proteção do meio ambiente.

³⁶⁴ Esta indagação ganha maior relevância quando se está diante de uma Constituição rígida, que oferece maior rigor formal para sua alteração se comparado com a lei ordinária.

Existe uma primeira corrente que sustenta que o legislador penal poderia tutelar penalmente bens não previstos na Constituição, desde que, contudo, a penalização não afrontasse princípios constitucionais³⁶⁵. Neste caso, apesar do bem não estar previsto na Constituição, esta continuaria cumprindo seu papel limitador, mas de forma meramente negativa, impedindo que a criminalização viole algum de seus princípios básicos³⁶⁶.

Paralelamente, existe uma outra posição doutrinária que defende que a Constituição deva funcionar como fonte exclusiva de validade das normas penais. De acordo com esta linha de pensamento, não basta apenas que a seleção de um bem da vida pelo legislador penal não contrarie os valores constitucionais (controle negativo), mas é preciso que tal bem seja extraído do próprio Texto fundamental, ainda que implicitamente (influência positiva)³⁶⁷. Assim, para os defensores desta corrente, o legislador ordinário deve necessariamente buscar pontos de apoio na Constituição – e somente nela – que ligue o objeto de tutela a uma referência constitucional, não sendo possível extrair diretamente da realidade social os interesses merecedores de proteção penal.

Este último entendimento possui inegavelmente o mérito de conferir maior efetividade ao texto constitucional, já que não admite qualquer exceção à exigência de referibilidade do bem jurídico com a Constituição. No entanto, para que não haja, na prática, qualquer burla à exigência de vinculação com a Lei Maior, será preciso que a existência de referência constitucional seja devidamente fundamentada, tanto pelo legislador, como também pelo aplicador da norma penal, pois diante da abertura axiológica e cultural das normas

³⁶⁵ Neste sentido, LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª Edição revista e aumentada, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003, pp. 174-175 e SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato... Op. Cit.*, pp. 87-88.

³⁶⁶ Nilo Batista, por exemplo, atribui à Constituição apenas um controle negativo da atividade do legislador penal, afirmando que "*o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador)*". BATISTA, Nilo. *Introdução crítica... Op. cit.*, p. 96. No mesmo sentido, Buján-Pérez afirma que "*(...) prima facie puede aceptarse la idea de acudir a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, pero con la importante salvedad de que éstos únicamente permiten ofrecer un criterio normativo negativo en la tarea de fijar un límite negativo a la libertad de elección del legislador*", e também que a Constituição "*no puede ser concebida como un pacto cerrado que contenga un catálogo también cerrado de bienes jurídicos*". MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico... Op. cit.*, pp. 155-156.

³⁶⁷ Para Figueiredo Dias, "*os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica*". FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 120.

constitucionais, própria das sociedades pluralistas, poucos seriam os interesses que, em uma análise perfunctória, não estariam ligados a alguma norma ou princípio constitucional³⁶⁸.

3.4 A sociedade atual como sociedade de risco

Nas últimas décadas, o mundo passou por inúmeras transformações que provocaram profundas modificações nas relações sociais travadas cotidianamente pelos indivíduos. Diversos interesses, que outrora não possuíam maior relevância em uma comunidade, passaram a ser considerados fundamentais para o desenvolvimento humano. E o direito penal, como ciência aberta ao seu tempo, tem refletido essas mudanças, sendo constantes as alterações legislativas realizadas tanto para incorporar novos objetos de proteção que antes não eram tutelados como também para excluir, do âmbito do sistema penal, alguns comportamentos humanos tidos como inofensivos.

Assim, indispensável se torna analisar detidamente as principais características da sociedade na qual os bens jurídicos estão inseridos a fim de que sejam traçados parâmetros materiais que apontem os interesses sociais mais relevantes e que possam, com isso, servir de controle, juntamente com os valores constitucionalmente consagrados, da atuação do legislador ordinário. Desta forma, serão abordados, na sequência, os fatores que provocaram a derrocada do pensamento moderno e que possibilitaram o surgimento do atual modelo de sociedade, chamada por Ulrich Beck de sociedade de risco, e, logo após, serão analisadas algumas características que marcam esse novo modelo de sociedade e que o tornam peculiar diante dos modelos sociais que o antecederam.

É importante salientar, no entanto, que a discussão em torno da configuração da sociedade atual se desenvolverá de maneira puramente instrumental, tendo por objetivo apontar apenas aqueles aspectos que repercutem de maneira mais direta no âmbito do direito em geral e, principalmente, do direito penal, sem qualquer pretensão de exaurir o estudo de matéria tão complexa como o da sociedade de risco.

3.4.1 Os antecedentes da sociedade de risco: a crise da modernidade

³⁶⁸

FELDENS, Luciano. *Constituição e Direito Penal... Op. cit.*, p. 387.

Não existe um consenso entre os pensadores quanto ao início da era moderna. Para alguns, o marco inicial da modernidade teria sido o Renascimento ocorrido nos séculos XIV e XV, enquanto para outros fora a revolução científica do século XVI ou mesmo o período do Iluminismo (século XVIII). De acordo com Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, o modelo de racionalidade próprio da ciência moderna influenciou o domínio das ciências naturais apenas a partir da revolução científica no século XVI, enquanto as ciências sociais emergentes, apesar de alguns prenúncios no século XVIII, só passaram a ser diretamente influenciadas por este modelo a partir do século XIX³⁶⁹.

O pensamento moderno, na verdade, resultou de um processo evolutivo que perdurou por muitos séculos e que teve início com a derrocada do sistema feudal e a laicização do saber. Ele, contudo, não foi marcado por uma corrente filosófica única, mas se caracterizou como um conjunto de ideias, filosofias e cosmovisões, cada qual com características próprias, que tiveram em comum o fato de representarem uma ruptura com o paradigma anterior³⁷⁰, que era baseado em um tipo de conhecimento revelado por Deus e incorporado pelo homem mediante fé e não através da razão³⁷¹.

De uma forma geral, o modelo global de racionalidade científica proposto pela modernidade, apesar de admitir certa variação interna, foi marcado essencialmente por buscar distinguir a ciência de duas formas de conhecimento por ele consideradas não científicas: o senso comum, construído apenas a partir de evidências da nossa experiência imediata, e os chamados estudos humanísticos, que englobam, dentre outros ensinamentos, aqueles de origem histórica, literária, filosófica e teológica³⁷².

³⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, 6ª edição, São Paulo: Editora Cortez, 2009, pp. 20-21.

³⁷⁰ Neste sentido, SALINAS, Daniel e ESCOBAR, Samuel. *Pós-modernidade. Novos desafios à fé cristã*. Tradução: Milton Azevedo Andrade, 1ª Edição, São Paulo: ABU Editora S.C., 1999, pp. 13-14.

³⁷¹ Conforme ressalta Fábio Roberto D'Avila, “*diferentemente do rumo que começa a seguir a razão moderna, o pensamento medieval não buscava, através do conhecimento, dominar e instrumentalizar a natureza, era, antes de qualquer coisa, um conhecer que contempla. A investigação aprofundava-se na busca da verdade, meditando sobre ela, de modo a realizar uma construção espiritual da existência. Verdade que devia ser encontrada através da autoridade divina, expressa na Bíblia e na doutrina eclesiástica, e através da autoridade natural, presente nas obras da Antigüidade. Era, pois, um saber que contempla e medita, porém, em um espaço fechado. Um saber que não investiga, e, portanto, um saber estático, carregado de simbolismo e impregnado de conteúdo sacro*”. D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra Editora, 2005, p. 24.

³⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso... Op. cit.*, pp. 20-21.

Com o advento dessa nova visão de mundo, o conhecimento deixou de ser prerrogativa de poucos e se tornou acessível, ao menos potencialmente, a todos os indivíduos, que não mais precisariam de qualquer intermediação para atingi-lo. O acesso à verdade, entretanto, apesar de poder ser obtido por qualquer pessoa, deveria necessariamente estar baseado na observação e na experimentação³⁷³, não sendo mais consideradas racionais outras formas de conhecimento que estivessem pautadas em regras metodológicas diversas³⁷⁴. Explicações sobrenaturais dos fenômenos, por exemplo, por não serem tidas como científicas, não eram mais aceitas como válidas.

Além disso, outro traço importante desse novo paradigma foi o papel central conferido ao homem no mundo moderno. De fato, ao romper com qualquer ordem transcendente de índole teológica ou metafísica, o pensamento moderno acabou por provocar uma regressão do homem para si mesmo, fazendo com que buscasse na razão e na liberdade a base de seu saber e de suas decisões³⁷⁵. Ele, por meio de sua autonomia, acabou por se emancipar de qualquer contexto socialmente integrante, cultural ou institucional. Suas relações sociais passaram a ser compreendidas a partir de uma ótica preponderantemente individualista, passando o individualismo a se assumir “*como a expressão político-social da liberdade moderno-iluminista*”³⁷⁶. Em outros termos, a partir da modernidade, o homem, e não mais Deus ou a sociedade como um todo, passou figurar como a razão de ser de todas as coisas, como centro em torno (e em função) do qual deveriam ser tomadas todas as decisões mais relevantes.

Por fim, a era moderna também foi marcada pela crença inabalável no contínuo progresso da humanidade, progresso este que deixou de ser apenas possível e passou a se tornar inevitável, segundo se acreditava, na medida em que se permitia que a razão tivesse a liberdade de investigar o mundo cientificamente.

³⁷³ Atribui-se ao filósofo e escritor inglês Francis Bacon (1561 – 1626) a introdução do método indutivo, em substituição à dedução, baseando a ciência na observação e na experiência, dando a estrutura básica para o método empírico na ciência moderna.

³⁷⁴ Justamente por esse motivo, Boaventura de Sousa Santos afirmou, acertadamente, que “*a nova racionalidade científica é também um modelo autoritário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas*”. Para ele, aliás, “*é esta a sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o precedem*”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso... Op. cit.*, p. 21.

³⁷⁵ SIMÕES, Pedro Coelho. *A supra-individualidade como facto de superação da razão moderna. In Temas de Direito Penal Econômico*, Coordenação de José de Faria Costa, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 287.

³⁷⁶ SIMÕES, Pedro Coelho. *A supra-individualidade... Op. cit.*, p. 288.

Desta maneira, é possível afirmar, em poucas palavras, que a chegada do pensamento moderno representou o advento de uma nova visão de mundo e do papel do homem dentro dessa nova realidade. Acreditava-se que, por meio da razão, seria possível estabelecer normas universais para alcançar a verdade, pois todos os fenômenos seriam regidos por leis imutáveis. Consequentemente, o conhecimento destas leis, alicerçado em um saber causal prévio alcançado racionalmente, permitiria ao homem controlar o futuro da humanidade. O homem, enfim, não se sentia mais como parte da natureza, mas sim como senhor dela, e por isso poderia determinar o seu destino³⁷⁷.

Contudo, o otimismo da era moderna e sua confiança inabalável no progresso científico, tecnológico e social da humanidade, baseados no reinado absoluto da razão, não resistiram ao avanço tecnológico por ela proporcionado. Os estudos de Einstein no campo da astrofísica, por exemplo, fulminaram a ideia, propugnada por Newton, da existência de leis imutáveis que regeriam o universo. Além disso, a noção de causalidade foi posta em xeque por Heisenberg e suas investigações no campo da microfísica, que resultaram no advento do princípio da indeterminação ou da incerteza^{378 379}.

Como se não bastasse, as duas grandes guerras mundiais ocorridas no século XX, além dos diversos episódios de violência – cujos meios se multiplicaram com a revolução tecnológica³⁸⁰ –, deram um golpe mortal no projeto moderno de dominação e de controle dos fenômenos futuros. O ambiente de certeza que outrora vigorava deu lugar ao

³⁷⁷ Consoante salienta Boaventura de Sousa Santos, na ciência moderna “(...) é total a separação entre a natureza e o ser humano. A natureza é tão-só extensão e movimento; é passiva, eterna e reversível, mecanismo cujos elementos se podem desmontar e depois relacionar sob a forma de leis; não tem qualquer outra qualidade ou dignidade que nos impeça de desvendar os seus mistérios, desvendamento que não é contemplativo, mas antes activo, já que visa conhecer a natureza para a dominar e controlar. Como diz Bacon, a ciência fará da pessoa humana “o senhor e o possuidor da natureza””. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso... Op. cit.*, p. 25.

³⁷⁸ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade... Op. cit.*, p. 26.

³⁷⁹ Este princípio foi formulado em 1927 por Werner Heisenberg e consistiu num enunciado da mecânica quântica que impunha certas restrições à precisão com que se acreditava poder efetuar medidas simultâneas de uma classe de pares de observáveis. Ou seja, de acordo com este princípio, seria impossível especificar e determinar, simultaneamente e com precisão absoluta, a posição e a velocidade de uma partícula. Dito de outra forma, segundo este postulado, tanto a posição como também a velocidade poderiam ser, isoladamente, fixadas com precisão absoluta, porém, quanto mais precisa fosse uma delas, mais incerta se tornaria a outra. A física clássica defendia ser possível medir, precisamente, as várias grandezas em jogo. De acordo com seus postulados, nada poderia perturbar a exatidão de um fenômeno observado. Heisenberg mostrou, contudo, que no processo de medida de grandezas no campo da microfísica há um limite onde a precisão se torna impossível, mesmo teoricamente, já que o próprio ato de medida, por si só, perturba, até certo ponto, o fenômeno. Fontes: http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_indetermina%C3%A7%C3%A3o e <http://alkimia.tripod.com/biografias/heisenberg.htm>. Acesso realizado em 02/02/2010, às 20:00 hs.

³⁸⁰ Sobre o tema, vide: ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução e ensaio crítico: André Duarte, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 2001.

reconhecimento da total impotência do homem face às transformações pelas quais o mundo atravessou no século passado. A proliferação irreversível de armas de destruição em massa passou a ameaçar nações inteiras, gerando uma enorme sensação de insegurança que atingiu toda geração atual³⁸¹. A esperança de que a razão conduziria os seres humanos à perfeita compreensão do universo, a um estado de avanço social e a uma melhoria em sua qualidade de vida, converteu-se em um pesadelo revelador de que o progresso escapou das mãos do homem e deixou uma série de problemas ainda maiores do que aqueles que pretendia solucionar³⁸². O inegável avanço tecnológico produzido pela ciência, por exemplo, ao invés de produzir a cura infalível das doenças sociais e existenciais da humanidade, conforme se esperava, levou a sociedade, em muitos casos, diretamente ao desastre provocado por guerras e conflitos armados com enorme potencial de destruição³⁸³, além de provocar inúmeras outras doenças biológicas e psíquicas antes inexistentes, criadas pela intervenção do homem na natureza e também pelo estilo de vida do homem moderno.

Além disso, a produção mundial de riqueza, que ganhou enorme impulso com a revolução tecnológica, foi acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos artificiais, ou seja, de riscos produzidos pela atividade do homem e vinculados a uma decisão deste³⁸⁴.

Diante disso, tem-se, nos dias de hoje, uma sociedade marcada por uma profunda sensação de incapacidade para responder aos novos desafios sociais e científicos. Os mais variados ramos do conhecimento científico demonstram não estar aptos a explicar o conjunto de transformações por que tem passado o mundo na atualidade. A certeza quanto ao destino da humanidade e quanto à possibilidade de controle da natureza pelo homem, que

³⁸¹ Conforme ressalta Hannah Arendt, “*Se se fizerem duas simples perguntas a um membro dessa geração: “Como você quer que seja o mundo em cinquenta anos?” e “O que você quer que seja a sua vida daqui a cinco anos?”*, as respostas serão quase sempre precedidas por: “Desde que ainda haja um mundo” e “Desde que eu ainda esteja vivo”. Nas palavras George Wald, “aquilo com que nos defrontamos é uma geração que de forma alguma está segura de ter um futuro”. Pois o futuro, segundo Spender, é como uma “bomba - relógio enterrada, cujo tique-taque soa no presente”. ARENDT, Hannah. *Sobre a violência.... Op. cit.*, p. 22.

³⁸² SALINAS, Daniel e ESCOBAR, Samuel. *Pós-modernidade... Op. cit.*, p. 24.

³⁸³ Nas palavras de Arendt, “(...) as ciências ensinadas e aprendidas por esta geração parecem não apenas inaptas para desfazer as conseqüências desastrosas de sua própria tecnologia, mas alcançaram um estágio em seu desenvolvimento em que “qualquer droga de coisa que você faça pode transformar-se em guerra”. ARENDT, Hannah. *Sobre a violência.... Op. cit.*, p. 21.

³⁸⁴ BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. 1ª Edición, Madrid: Editora Civitas, 2001, p. 26.

marcou a ciência a partir da revolução científica do século XVI e do Iluminismo, tem, paulatinamente, dado lugar à indeterminação e à dúvida acerca do futuro da civilização³⁸⁵.

Todas essas transformações ocorridas no século XX trouxeram um novo modelo de sociedade no qual a produção de riscos pela atividade humana afeta a ordem social, econômica, política e, principalmente, o meio ambiente de todos os países, e cujo controle escapa progressivamente aos órgãos oficiais dos Estados³⁸⁶. Uma sociedade (a) em que a destruição da natureza deixa de ser episódica e passa a estar integrada na própria lógica da produção industrial mundial, convertendo-se em um componente estrutural da dinâmica social, econômica e política; (b) que produz, como efeito secundário da exploração desmedida da natureza, a socialização das destruições e ameaças ao meio ambiente e sua transformação em contradições e conflitos econômicos, sociais e políticos; e (c) cujas modificações nas condições naturais da vida se transformam em ameaças médicas, sociais e econômicas globais para todos os seres humanos, com desafios completamente novos para as instituições sociais e políticas de todos os países. Em suma, uma sociedade na qual o risco produzido pelo homem – marcado pela transformação das ameaças e danos à natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas globais – configura o principal desafio a ser enfrentado pelos indivíduos e Estados no presente e no futuro e que por isso foi denominada por Ulrich Beck de sociedade de risco³⁸⁷.

3.4.2 Principais características da sociedade de risco

Os riscos sociais sempre fizeram parte da vida humana e estiveram presentes nas mais variadas épocas e localidades. Em muitos casos, a sociedade atual, com suas inovações tecnológicas, tem, inclusive, minorado os efeitos de certas doenças e de

³⁸⁵ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade... Op. cit.*, p. 23.

³⁸⁶ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade... Op. cit.*, p. 28.

³⁸⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo... Op. cit.*, p. 89. É importante salientar, contudo, que ao se trabalhar de uma forma genérica com a noção de sociedade de risco não se está ignorando a existência de uma certa diversidade na determinação teórica das sociedades de risco que permite referir-se a modelos distintos. Na realidade, ao se utilizar a expressão “sociedade de risco”, o que se pretende é retratar – de maneira semelhante ao que propõe Ulrich Beck – um modelo de sociedade pós-industrial em que as implicações negativas do desenvolvimento tecnológico e do sistema de produção e consumo adquirem entidade própria e produzem novos riscos de tal magnitude que ameaçam consideravelmente os indivíduos. É neste sentido que se abordará os aspectos mais importantes que permitem definir a sociedade atual como uma sociedade de risco. Neste mesmo sentido, BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo... Op. cit.*, pp. 24-25.

algumas catástrofes naturais, diminuindo a probabilidade de que os indivíduos sejam afetados gravemente em sua saúde, ou mesmo em sua vida, por alguns eventos que hoje são considerados banais. No entanto, se por um lado é verdade que a existência de riscos sociais não representa uma novidade do mundo atual, por outro, é inegável também que, nas últimas décadas, eles se modificaram profundamente, tanto em seu potencial lesivo, como também em sua natureza.

De fato, os riscos que outrora eram essencialmente naturais passaram a ser produzidos, de forma preponderante, pela atividade humana e por sua exploração (ir)racional dos recursos naturais. O homem, levado pela crença de que a técnica poderia controlar os fenômenos naturais em prol do progresso, passou a intervir demasiadamente na natureza, acreditando que poderia, mediante a descoberta de leis mecânicas universais, dominá-la em prol de seus próprios interesses. Ocorre, porém, que a confiança inabalável no progresso cedeu espaço para a perda de controle do homem sobre a própria técnica por ele desenvolvida. A revolução tecnológica não evoluiu o suficiente para produzir remédios para os males que ela criou, o que tem provocado uma constante ameaça ao meio ambiente e à estabilidade social e econômica mundial. Nas últimas décadas, a capacidade produtiva da humanidade aumentou astronomicamente, mas a rigidez de seus problemas cresceu consideravelmente mais³⁸⁸. E os seres humanos, diante do dilema pós-moderno marcado pela necessidade de escolha entre (a) a continuidade do avanço tecnológico e a consequente produção de riscos que podem levar até à extinção da espécie humana e (b) a interrupção do progresso científico e a consequente perda de riquezas daí decorrente, têm, gananciosamente, escolhido a primeira opção.

Além disso, como se sabe, o fenômeno da globalização e a consequente diminuição de espaços provocada pela evolução dos sistemas de transportes e de comunicação tornaram o mundo uma verdadeira aldeia global na qual as principais atividades humanas, exercidas em qualquer canto do planeta, passaram a estar estreitamente ligadas entre si e seus efeitos, benéficos ou não, compartilhados entre todos os seres humanos.

Assim, a sociedade atual, construída a partir dessa nova realidade mundial globalizada, tem sido marcada, basicamente, por um extraordinário aumento das interconexões causais e pela substituição crescente de contextos de ações individuais por outros de caráter coletivo. A intensa rede de relações sociais, que a cada dia se torna mais

³⁸⁸SALINAS, Daniel e ESCOBAR, Samuel. *Pós-modernidade... Op. cit.*, p. 24.

complexa, tem tornado os contatos individuais cada vez mais anônimos e, com isso, dificultado imensamente o esclarecimento da responsabilidade pela causação de certos danos³⁸⁹ apenas a partir da análise de uma única conduta isolada³⁹⁰.

Além dessa dificuldade de individualização dos responsáveis pela produção dos riscos, a revolução tecnológica e a conseqüente melhoria dos meios de comunicação, ao facilitar difusão de danos pelo mundo, também têm dificultado – e, em alguns casos, tornado até mesmo impossível – a identificação precisa de cada um de seus afetados. Os efeitos das ações humanas na atualidade não se restringem mais a um grupo geograficamente determinado de pessoas, mas colocam em perigo, por seu amplo alcance territorial, um incalculável número de indivíduos e, em algumas hipóteses excepcionais, a própria humanidade como um todo³⁹¹.

Somado a isso, essa possibilidade de afetação cada vez maior da coletividade tem sido agravada pela produção de riscos de maior magnitude que se tornam a cada dia menos suscetíveis de controle pelo homem. Atividades como a exploração e manejo da energia nuclear, de produtos químicos, de recursos alimentares e ecológicos, além daquelas relativas às pesquisas com materiais genéticos, todas elas com enorme potencialidade de autodestruição coletiva³⁹², provocaram a supressão dos pilares básicos de cálculo de riscos e

³⁸⁹ Especialmente aqueles de maior proporção ou praticados por intermédio de pessoas jurídicas.

³⁹⁰ Sobre o tema, vide: BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.... Op. cit.*, pp. 28 e ss. Neste mesmo sentido, Bernd Schünemann salienta que “*la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el extraordinario incremento de las interconexiones causales. Pues debido a la extremadamente densa red de industrialización existente, en muchos ámbitos resulta imposible explicar, por ejemplo, la producción de daños en la salud de los habitantes de una determinada zona a través de una sola relación de causalidad, con base en la cual pudiese identificarse, por ejemplo, la emisión de sustancias tóxicas por parte de una determinada fábrica como causa, Por el contrario, es característico de la sociedad industrial actual la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia*”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios nº 7, Colômbia, 1996, p. 30.

³⁹¹ Justamente por isso parte da doutrina também denomina a atual sociedade de “sociedade de risco mundial”. Neste sentido, BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.... Op. cit.*, pp. 26-27.

³⁹² Cosoante bem ressalta Renato de Mello Jorge Silveira, “*se de um lado torna-se fato terem sempre existido riscos impostos ao homem, por outro, tais riscos nunca se deram na proporção atual. Seguramente, os níveis de mortalidade e perigo impostos à humanidade nunca atingiram, em espaço temporal tão curto, igual proporção. De fato, os riscos ao indivíduo hoje são muito menores do que na Idade Média, onde o risco à vida era uma constante. Mas, a partir da industrialização e, notadamente, após a chamada pós-industrialização, eles, em termos coletivos, em muito, se majoraram*”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

de segurança³⁹³ e, ao se juntarem aos riscos de catástrofes naturais já existentes, proporcionaram a criação de uma sociedade que, objetivamente, não mais detém o controle de seu futuro e que pode, sem que perceba, a qualquer momento, destruir o planeta³⁹⁴.

Ademais, a globalização dos riscos no atual modelo social, ao estender as ameaças por toda sociedade mundial, também produziu, como efeito secundário, a relativização das diferenças e dos limites sociais existentes entre os indivíduos. Se antes os principais males sociais – tais como a fome ou a violência privada – eram preponderantemente setoriais e atingiam com maior intensidade as camadas sociais mais baixas, atualmente, as situações de perigo mais graves podem alcançar qualquer cidadão, independentemente de sua situação sócio-econômica³⁹⁵.

Por fim, além desses aspectos de ordem objetiva, é possível apontar também como um dos traços principais da sociedade atual a sensação de insegurança subjetiva generalizada³⁹⁶, fruto da aversão de seus membros ao ambiente de incerteza gerado pela complexidade da vida social pós-moderna³⁹⁷. Essa sensação, que nem sempre corresponde a uma real existência dos riscos temidos pela sociedade³⁹⁸, tem provocado uma atmosfera de

³⁹³ BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.... Op. cit.*, p. 28.

³⁹⁴ Conforme salienta Silva Sánchez, “(...) o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social. O cidadão anônimo diz: “estão nos “matando”, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo””. Ver, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal... Op. cit.*, p. 30. No mesmo sentido, Fábio Roberto D'Avila afirma que “o homem vive, pois, a glória e o terror do ápice da sua técnica: pode destruir o mundo se assim o desejar, mas pode igualmente fazê-lo, sem sequer perceber”. Vide: D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade... Op. cit.*, p. 29.

³⁹⁵ Segundo afirma Beck, “los riesgos afectan más tarde o más temprano a quienes los producen o se benefician de ellos. Los riesgos muestran en su difusión un efecto social de bumerang: tampoco los ricos y los poderosos están seguros ante ellos. Los efectos secundarios anteriormente latentes golpean también a los centros de su producción. Los propios actores de la modernización caen de una manera enfática y muy concreta en el remolino de los peligros que desencadenan y de los que se benefician. Esto puede suceder de formas muy diversas”. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo... Op. cit.*, p. 43.

³⁹⁶ BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.... Op. cit.*, p. 30.

³⁹⁷ A partir dessa perspectiva, Silva Sánchez defende que nossa sociedade poderia ser melhor definida “como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal... Op. cit.*, p. 33.

³⁹⁸ BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.... Op. cit.*, p. 30. Em muitas situações é possível perceber a existência de uma certa divergência entre os perigos reais – dotados de existência objetiva – a que estão sujeitos os indivíduos e a sensação de vulnerabilidade e insegurança que eles transmitem a estes mesmos indivíduos. Esta divergência entre as dimensões objetiva e subjetiva dos riscos, que é marcada pela hipertrofia da segunda dimensão em relação a primeira, decorre de diversos motivos, tais como, por exemplo, a extrema dificuldade de adaptação dos indivíduos a sociedades em contínua aceleração, como é a sociedade de risco, e também o estilo individualista de vida pós-moderno, fomentado pela própria lógica do mercado de reclamar por trabalhadores sozinhos e disponíveis continuamente para o exercício profissional, que tem gerado enorme instabilidade emocional e familiar e, com isso, aumentado ainda mais a insegurança no âmbito das relações sociais. Neste sentido, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal... Op. cit.*,

incertezas e perplexidades, de obscuridade e confusão, produzindo comunidades em que a desorientação pessoal cresce a cada dia e em que seus integrantes, por esse motivo, passam a ansiar por uma maior atuação estatal que lhes proporcione melhores condições para o desenvolvimento de suas habilidades pessoais³⁹⁹.

Assim, em linha de síntese, é possível afirmar que a sociedade com a qual o mundo hoje se depara é uma sociedade (a) marcada pela presença de riscos causados pela atuação dos próprios seres humanos, (b) riscos estes cujas cadeias causas se perdem no anonimato das sociedades de massa atuais e (c) que se difundem facilmente entre vários lugares sem que seja possível, em muitos casos, identificar seus reais afetados e (d) que detêm potencial destrutivo de tal monta que (e) têm gerado uma sensação de temor generalizada na maioria da população mundial.

3.5 Pode o direito penal proteger interesses abstratos ou que não guardem referência direta a um indivíduo concreto?

Essa nova realidade social diante da qual o mundo se defronta tem proporcionado uma busca incessante por respostas, que a razão moderna não pôde dar, aos novos desafios a serem enfrentados pela humanidade⁴⁰⁰. A tomada de consciência acerca da atual conjuntura social e de seus problemas estruturais principais tem levado a própria sociedade a exercer um papel fundamental no controle e na prevenção de certos riscos que afetam a vida pós-moderna. Inúmeras são as organizações não governamentais que se dedicam a evitar, por exemplo, a prática de ações lesivas ao meio ambiente ou que têm batalhado por uma ordem econômica mais justa e menos desigual.

E é exatamente nesse contexto que o Estado, como ente regulador da vida em sociedade, tem sido chamado a atuar positivamente a fim de garantir um mínimo de estabilidade social e um sistema de produção de riquezas que assegure a existência de um

pp. 33-34. É importante salientar, contudo, que esse reconhecimento não significa que os riscos oriundos do progresso tecnológico não existam ou que seus efeitos reais devam ser minimizados, pois sua existência e importância para a caracterização da sociedade pós-moderna, conforme já visto acima, são inegáveis.

³⁹⁹ Conforme ressalta Silva Sánchez, “(...) em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal... Op. cit.*, p. 40.

⁴⁰⁰ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade... Op. cit.*, p. 29.

futuro para a humanidade. E o direito em geral, por ser um conjunto de normas de que o Estado se vale para organizar a vida em sociedade com o objetivo de atender aos anseios de seus integrantes, tem refletido algumas dessas transformações sociais ocorridas nas últimas décadas. Mais especificamente no âmbito da teoria do bem jurídico-penal, tem sido possível verificar que todo esse conjunto de transformações sociais está repercutindo, de forma direta, na escolha dos interesses merecedores de proteção pelo sistema penal. De fato, se em período anterior o núcleo do sistema penal era marcado essencialmente por comportamentos lesivos a bens individuais e concretos, como a vida e o patrimônio⁴⁰¹, nos últimos anos tem havido um considerável aumento da tipificação de condutas lesivas a interesses transindividuais e abstratos.

Essa mudança de perspectiva, entretanto, tem sido severamente criticada por alguns autores que vêem o crescimento do sistema penal sobre áreas antes não alcançadas como uma forma de expansão ilegítima do direito penal, já que este ramo do direito estaria sendo utilizado para resolver problemas sociais de forma simbólica, com o objetivo apenas de tranquilizar a opinião pública, e não de maneira efetiva. De acordo com esta linha de pensamento – que é liderada e alimentada sobretudo por Winfried Hassemer e denominada por muitos de Escola de Frankfurt⁴⁰² –, a proteção penal dos novos bens jurídicos universais definidos de modo vago poderia conduzir a uma excessiva antecipação de tutela por meio da utilização constante de crimes de perigo abstrato e, com isso, provocar a flexibilização de certas garantias penais clássicas e dificultar a contenção do arbítrio estatal⁴⁰³. Assim – defendem os adeptos desta corrente –, ao direito penal caberia somente a tutela dos interesses individuais clássicos, como a vida, o corpo, a saúde e o patrimônio de cada pessoa humana, ou seja, a proteção de bens jurídicos concretos ligados diretamente ao homem considerado em sua individualidade, não podendo o sistema penal ser utilizado como instrumento de tutela dos novos e grandes riscos das sociedades atual e futura. Estes grandes riscos deveriam ser controlados por outros ramos do direito ou mesmo por meios não jurídicos de controle social,

⁴⁰¹ Neste período, contudo, já existiam interesses coletivos, tais como a fé pública, a administração da justiça e a paz pública – alguns, inclusive, notoriamente abstratos –, que eram tutelados pelo direito penal.

⁴⁰² Neste sentido, SIMÕES, Pedro Coelho. *A supra-individualidade...* *Op. cit.*, pp. 302 e ss.

⁴⁰³ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, Ediciones Depalma, año 12, n° 45 a 48, 1989, p. 279. Nesta mesma linha, ressaltando o perigo da flexibilização das garantias penais no âmbito do direito penal econômico, ver BOITEUX, Luciana. *Uma Visão Crítica sobre as Penas e seus Fundamentos...* *Op. cit.*, pp. 185 e ss.

sob pena de não mais se aceitar o direito penal como *ultima ratio*, mas como o primeiro ou mesmo o único meio de proteção de bens jurídicos⁴⁰⁴.

Na realidade, a discussão em torno da legitimidade da intervenção penal para a prevenção desses novos riscos está centrada em duas questões fundamentais acerca do bem jurídico penalmente tutelado, questões estas que estão relacionadas à necessidade (ou não) de referibilidade do bem a um interesse individual específico e ao grau de concretude que se pode exigir desse bem.

Quanto ao primeiro aspecto, alguns doutrinadores, influenciados pelo pensamento da Escola de Frankfurt, têm sustentado não ser possível criminalizar comportamentos que afetem interesses exclusivamente coletivos, sem qualquer relação, direta ou indireta, com a pessoa humana⁴⁰⁵. Entre nós, por exemplo, Luiz Regis Prado sustenta que "*o juízo de valor sobre a relevância de um determinado interesse coletivo exige a comprovação do dano causado no indivíduo para sua vulneração*"⁴⁰⁶. No mesmo sentido, Juarez Tavares afirma que "*só poderá ser reconhecido como bem jurídico o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, quer dizer, para ser tomado como bem jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis*"⁴⁰⁷.

Da mesma forma, quanto ao segundo aspecto, é possível vislumbrar também uma tendência restritiva acerca da admissibilidade de bens jurídico-penais de caráter abstrato, especialmente porque estes bens, ao serem tomados como referência para a tipificação de comportamentos criminosos, poderiam outorgar, dada a dificuldade de comprovação empírica de sua lesão, excessiva discricionariedade ao legislador penal na descrição da conduta punível⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Sobre o tema, Hassemer afirma que "*quien acepta con generosidad los bienes jurídicos universales corre el riesgo de aceptar al derecho penal no ya como ultima ratio sino como prima o incluso como sola ratio de la protección de bienes jurídicos*". HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico...* Op. cit., p. 284.

⁴⁰⁵ Esta concepção tem sido denominada pela doutrina de concepção monista-pessoal de bem jurídico e se contrapõe à concepção dualista de bem jurídico, que admite tanto a existência de bens individuais quanto coletivos, sem que estes sejam reduzidos à dimensão individual, ou vice-versa. GRECO, Luís. "*Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato...* Op. cit., pp. 102-103.

⁴⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal...* Op. cit., p. 91.

⁴⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* Op. cit., p. 217.

⁴⁰⁸ Neste sentido, Luís Greco afirma que "*(...) definições de bem jurídico que o transformem em uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam as*

Essas duas posturas críticas em relação à admissibilidade dos bens jurídicos abstratos e coletivos refletem, sem dúvida, uma legítima preocupação com a contenção do arbítrio estatal em matéria penal⁴⁰⁹. No entanto, consoante já salientado no capítulo primeiro, a redução da violência estatal não deve ser concebida como a única pretensão a ser alcançada pelo direito penal. Este deve também, em igual medida, preocupar-se em reduzir a prática de atos privados que afetem o convívio pacífico entre os indivíduos, sendo que, para isso, ele deve adaptar-se às necessidades reais existentes em uma comunidade⁴¹⁰, sempre tendo em mira os valores previamente delineados pelo constituinte. Em outros termos, a legitimidade da escolha, pelo legislador ordinário, dos bens jurídicos merecedores de proteção penal deve necessariamente ser analisada a partir do caráter relativo e valorado destes bens, já que é somente com base na realidade social concreta e nos valores consagrados nas respectivas Constituições Federais que se poderá aferir quando um interesse é essencial para a convivência humana. Por isso, não se pode descartar genericamente, como fazem os adeptos da Escola de Frankfurt, a possibilidade de criminalização de condutas que atentem contra certos bens coletivos e abstratos que não guardem referibilidade a um indivíduo concreto, pois o que é fundamental para a legitimidade destes bens não é sua ligação com um interesse individual determinado, mas sim sua essencialidade para a manutenção de uma vida livre e pacífica em sociedade e sua vinculação com o texto constitucional⁴¹¹.

possibilidades de que se postulem bens jurídicos à la volonté, para legitimar qualquer norma que se deseje". GRECO, Luís. "Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato... *Op. cit.*, p. 106.

⁴⁰⁹ Para Juarez Tavares, por exemplo, "se o objetivo do direito penal, porém, não é o de simplesmente proteger bens jurídicos, mas o de traçar, nitidamente, os contornos das zonas do lícito e do ilícito, do proibido e do permitido, no sentido de só justificar a intervenção do Estado sobre a liberdade da pessoa humana, em casos de extrema e demonstrada necessidade, a primeira condição de seu implemento é a de descartar, desde logo, essa classificação entre bens individuais e coletivos e trabalhar com a noção de bem jurídico como bem jurídico pessoal". TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* *Op. cit.*, p. 216.

⁴¹⁰ Segundo salienta, com propriedade, Pedro Coelho Simões, "(...) a sociedade actual comunga de características que a apartam das sociedades de setecentos e oitocentos. O direito penal não pode deixar de acompanhar tal evolução e responder às demandas que, actualmente, lhe são dirigidas". SIMÕES, Pedro Coelho. *A supra-individualidade...* *Op. cit.*, p. 302.

⁴¹¹ É claro que, em última análise, toda a atuação estatal – o que inclui, evidentemente, a intervenção penal – dirige-se à pessoa humana, pois ela sempre visa a garantir o livre convívio dos homens em sociedade. Isto não quer dizer, contudo, que os bens coletivos possam sempre ser reduzidos a um interesse individual ou mesmo que se possa exigir, ainda que indiretamente, que sua lesão afete necessariamente a algum indivíduo concreto. Consoante bem salienta Figueiredo Dias, "(...) se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva, inclusivamente, à extinção de alguma espécie rara, também aí se verifica a lesão de um bem jurídico colectivo merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insusceptíveis de utilização – por exemplo, para fins alimentares – por parte do homem. Não é possível descortinar aqui, ao menos em via de princípio, ofensa, sequer mediata, de um qualquer bem jurídico individual, possibilidade de referência a ele ou cadeia dedutiva que a ele conduza." FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 150. Da mesma forma, Martínez-Buján Péres afirma que "(...) cuando en la doctrina se alude a los delitos contra el orden económico en sentido estricto como delitos orientados a la tutela de un

Aliás, é bom lembrar que a proteção penal de bens jurídicos coletivos não é uma novidade do direito penal atual. Diversos interesses coletivos clássicos, tais como a administração da justiça e a fé pública, que não surgiram a partir da sociedade de risco, jamais tiveram sua relevância penal seriamente contestada, nem mesmo nos casos em que sua lesão não repercutia na esfera concreta de qualquer indivíduo⁴¹². Da mesma maneira, bens jurídico-penais nitidamente pessoais, como a honra e a intimidade, apesar de notoriamente imateriais, também nunca foram objeto de maiores críticas pela doutrina.

Na verdade, a legitimidade da tipificação de comportamentos que afetam determinados bens coletivos e intangíveis de notória essencialidade nos dias atuais – tais como, por exemplo, o meio ambiente e a ordem econômica – é fruto, em primeiro lugar, de uma realidade social marcada pela presença de comportamentos que produzem riscos consideráveis a estes bens, riscos estes que se difundem pelo mundo e que, se concretizados, podem afetar gravemente o convívio social, além de atingir outros bens fundamentais pertencentes a um número incalculável de pessoas.

Além disso, a dignidade penal de alguns bens coletivos materialmente intangíveis também encontra respaldo na ordem axiológica dos principais textos constitucionais modernos, que passaram a prever como direitos fundamentais os direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos⁴¹³. No Brasil, por exemplo, o tratamento que a Constituição Federal conferiu a alguns bens coletivos, como o meio ambiente⁴¹⁴ e a ordem econômico-financeira⁴¹⁵, atribuindo-lhes um papel essencial na manutenção da convivência pacífica e digna de todas as pessoas, não deixa qualquer dúvida quanto à sua relevância na atual conjuntura social. Aliás, em matéria ambiental, a Constituição brasileira de 1988 impôs expressamente ao Estado o dever de "*defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras*

bien colectivo general institucionalizado no individualizable, no divisible en intereses individuales o sin referente individual, no se está negando que en esta clase de delitos el bien jurídico se halle al servicio del individuo, dado que (...) en estos delitos siempre cabe hablar de un interés individual de cada uno de los miembros de la sociedad en su conservación y aprovechamiento. Por consiguiente, la utilización de la extendida expresión <<sin referente individual>> obedece al dato que estos bienes jurídicos se caracterizan por su indivisibilidad, esto es, por no resultar conceptualmente (ni fáctica ni jurídicamente) posible su división en partes, de tal manera que pueda atribuirse de forma individual en porciones (...)". MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico...* Op. cit., p. 173.

⁴¹² Conforme bem ressalta Luís Greco, “ (...) pouco importa que nenhum interesse individual seja afetado pela conduta do particular que em segredo gratifica o funcionário público para que este realize, já depois do expediente, um ato vinculado a que o particular tinha de qualquer forma direito, mas que só seria praticado bem depois”. GRECO, Luís. *Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato...* Op. cit., p. 105.

⁴¹³ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* Op. cit., p. 149.

⁴¹⁴ Artigo 225, da Constituição Federal.

⁴¹⁵ Artigo 170 e seguintes, da Constituição Federal.

gerações", havendo, inclusive, menção clara quanto à necessidade de aplicação de sanções penais para a punição das condutas lesivas mais graves ao meio ambiente⁴¹⁶.

Em realidade, ao criticarem a utilização do direito penal para a proteção de novos interesses surgidos nas últimas décadas, os integrantes da Escola de Frankfurt, além de ignorarem, de modo inaceitável, a importância que muitas Constituições conferem a certos interesses difusos e abstratos, também minimizam o potencial lesivo de certos comportamentos diante do atual desenvolvimento tecnológico mundial e o papel do direito penal no corpo social⁴¹⁷. Exemplo emblemático sobre tal tema é o que sucede em matéria de direito ambiental.

Com efeito, ninguém questiona que, no último século, houve, nessa área, uma modificação profunda na sociedade pós-moderna. Se antes da revolução industrial e da superpopulação que hoje vive no mundo existiam reservas de recursos naturais abundantes e a probabilidade de lesões graves ao meio ambiente era pequena, agora, com o consumo abusivo de recursos e o enorme aumento populacional, a proteção do meio ambiente tornou-se essencial para a humanidade⁴¹⁸. Essa nova conjuntura social gerou, como consequência lógica, a necessidade de uma intervenção mais enérgica do Estado mediante a aplicação de sanções mais severas aos danos ambientais mais relevantes, independentemente de estarem eles vinculados ou não a algum interesse individual específico. Essa mudança de perspectiva tem se refletido no âmbito do direito penal, já que estes novos interesses têm sido tomados como referência para a criminalização de certos comportamentos sociais, sem que seja possível alegar aqui qualquer violação ao caráter subsidiário do direito penal, pois estas novas tipificações se destinam (ou pelo menos deveriam se destinar) a proibir justamente aquelas condutas dotadas de maior potencial lesivo para os bens mais importantes da humanidade. Na verdade, é a postura – defendida pelos adeptos da teoria pessoal do bem jurídico – de rechaçar a criminalização de algumas explorações irracionais do meio ambiente capazes de causar a extinção da espécie humana, transformando-as em meras contravenções administrativas em razão de sua não referibilidade a um indivíduo concreto, que representa uma violação aos

⁴¹⁶ Artigo 225, § 3º, da Constituição Federal. Sobre o tema, Luiz Regis Prado ressalta que “*com tal previsão, a Carta brasileira afastou, acertadamente, qualquer eventual dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal do ambiente*”. PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente... Op. Cit.*, p. 27.

⁴¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 146.

⁴¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas... Op. cit.*, p. 21.

princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, pois ela acaba por impossibilitar a aplicação da sanção penal exatamente àquelas ações mais danosas socialmente⁴¹⁹.

Além disso, a postura crítica defendida pela Escola de Frankfurt ignora também que a ideia fictícia do contrato social – da qual deriva a tese segundo a qual o Estado só poderia intervir na liberdade humana para garantir um bem maior para os integrantes da sociedade – não pode ser pensada apenas a partir dos indivíduos que vivem em um determinado momento, mas deve também levar em consideração, como parte do contrato, toda a humanidade, incluindo as gerações futuras⁴²⁰. Por esse motivo é que a necessidade de manutenção do meio ambiente e de seus principais recursos naturais não pode se esgotar apenas nos interesses de uma geração de homens, mas deve ser concebida essencialmente como uma questão de justiça distributiva entre as sucessivas gerações, que deve se manifestar da seguinte maneira: de um lado, existem recursos naturais que são renováveis e por isso estão à livre disposição da atual geração, que pode utilizá-los de acordo com seus próprios interesses sem maiores restrições; de outro, há recursos esgotáveis que devem ser explorados de forma racional, ou seja, devem ser minimamente preservados⁴²¹, não sendo possível qualquer tipo de utilização que, a pretexto de garantir maior bem estar aos homens presentes, inviabilize a vida humana no futuro⁴²².

Na realidade, ao exigir que somente bens concretos ligados a pessoas individualizáveis sejam objeto de proteção pelo direito penal, a teoria pessoal do bem jurídico acaba por conferir, de modo inadmissível, uma importância maior à defesa de certos bens individuais, como a propriedade – que, segundo Schünemann, figura no centro do conceito

⁴¹⁹ Neste sentido, Figueiredo Dias afirma que “*uma tal solução significaria pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade e de ultima ratio de pernas para o ar, ao subtrair à tutela e às sanções penais precisamente as condutas tão gravosas que põem do mesmo passo em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas, com as que existem e com as que hão-de nascer*” (grifo no original). FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, p. 148. Em sentido semelhante, Bernd Schünemann salienta que “(...) *dado que finalmente la destrucción que se produce hoy a nivel global de los recursos naturales acabará en asesinato y robo para las futuras generaciones, la explotación ecológica abusiva constituye directamente la roca primitiva del delito, cuya transformación en una mera contravención administrativa representaría, a mi manera de ver, casi una moral insanity*”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editora Tecnos, 2002, p. 61.

⁴²⁰ Do contrário, como bem salienta Bernd Schünemann, “(...) *con cada muerte y con cada nacimiento, habría de concluirse un nuevo contrato social. Además, podría legitimarse el genocidio o la reducción a la esclavitud de una población que viva fuera de las fronteras del Estado, o incluso de la siguiente generación –es decir, una especie de matanza de Belén permanente–, precisamente a través del contrato social*”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas... Op. cit.*, p. 20.

⁴²¹ Especialmente aqueles de fundamental importância para a própria manutenção da espécie humana no futuro.

⁴²² SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes... Op. cit.*, pp. 60 e ss.

peçoal de bem jurídico⁴²³ –, do que à manutenção das condições elementares para a vida das gerações atuais e futuras. Porém, se em época anterior à revolução industrial essa posição se justificava, pois os bens materiais eram escassos e os recursos naturais abundantes, atualmente, diante de uma conjuntura social marcada pela abundância de riquezas produzidas justamente a partir da exploração irracional dos recursos naturais, soa absurdo tentar colocar os delitos patrimoniais no centro do direito penal e deslocar a maior parte dos crimes de lesividade difusa, tais como os que afetam o meio ambiente ou a ordem econômica, para o âmbito das infrações administrativas⁴²⁴. E, mais ainda, ao outorgar demasiada importância às lesões individuais, como aquelas que afetam o patrimônio particular de cada pessoa, os adeptos da Escola de Frankfurt parecem esquecer-se que os maiores prejuízos patrimoniais suportados pelos seres humanos na atualidade decorrem de comportamentos que afetam exatamente certos bens difusos e abstratos, como a higidez do sistema financeiro de um país⁴²⁵.

⁴²³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas... Op. cit.*, p. 22.

⁴²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas... Op. cit.*, pp. 22-23.

⁴²⁵ A gestão fraudulenta de uma instituição financeira, por exemplo, detém enorme potencialidade lesiva ao patrimônio de um número considerável de pessoas, diferentemente do crime de estelionato, que afeta, como regra geral, apenas patrimônio de poucos indivíduos.

4 O BEM JURÍDICO-PENAL E A ESTRUTURA DO DELITO

4.1 Introdução

A expansão do direito penal sobre novas áreas de intervenção, além de provocar enorme discussão em torno da dignidade penal de certos bens difusos e abstratos⁴²⁶, também tem gerado questionamentos sobre a forma de delimitação e adequação da atuação estatal para a proteção desses novos interesses⁴²⁷. De fato, ao criminalizar um determinado comportamento, o legislador penal não pode, a pretexto de proteger determinado bem jurídico, tipificar qualquer conduta a ele relacionada, sendo imprescindível a adoção de uma técnica que seja capaz de tutelar o interesse tomado como referência para a tipificação. Em outras palavras, a legitimidade de um tipo penal não pode estar baseada apenas na remissão a um bem jurídico que seja fática e constitucionalmente merecedor de proteção penal, mas depende também da relação que guardam as condutas descritas na lei penal com cada bem que se deseja tutelar por meio do sistema penal⁴²⁸.

Assim, além de delimitar os fins do direito penal no Estado contemporâneo e de definir as principais características do bem jurídico penalmente protegido⁴²⁹, faz-se necessário também analisar, à luz do que já foi estudado sobre o objeto jurídico tutelado e sobre as finalidades da intervenção penal, a forma concreta como se deva adotar a intervenção

⁴²⁶ Discussão esta que, consoante exposto no capítulo anterior, deve ser solucionada a partir da análise das necessidades existentes em uma realidade social determinada e das decisões políticas fundamentais adotadas pelo constituinte.

⁴²⁷ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade... Op. cit.*, p. 39.

⁴²⁸ HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In* HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, p. 287. Neste mesmo sentido, ao analisar a Política Criminal mais adequada no âmbito da delinquência econômica e empresarial, Paredes Castañón afirma que "*la reflexión político-criminal requerida debe realizarse en dos pasos sucesivos: uno primero referido a los objetos de la protección otorgada a través de los delitos de peligro, esto es, a los bienes jurídicos del Derecho Penal económico; y otro segundo que atienda a las técnicas de protección (especialmente, de tipificación) más idóneas*". PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 11, 2003, pp. 99-100.

⁴²⁹ Estes dois aspectos já foram abordados nos capítulos anteriores.

penal, ou seja, como deverão ser selecionadas as condutas atentatórias aos bens jurídicos que estarão sujeitas a uma sanção penal⁴³⁰.

De uma maneira geral, a doutrina tem concebido três formas distintas de estrutura do delito⁴³¹, que são caracterizadas pela tipificação de comportamentos de lesão, de perigo concreto ou de mero perigo abstrato para os bens tutelados⁴³². Tradicionalmente, todas essas três espécies de delitos têm sido utilizadas pelo legislador para a proteção de bens jurídicos com relevância penal⁴³³, inclusive daqueles bens individuais clássicos, como a vida, por exemplo, que, na ordem jurídica brasileira, é protegida penalmente por meio de normas que descrevem delitos de lesão (art. 121, do Código Penal), de perigo concreto (art. 132, do Código Penal) e também de perigo abstrato (art. 137, do Código Penal)⁴³⁴.

Nas últimas décadas, contudo, com a incorporação, pelo direito penal, de certos bens jurídicos difusos e menos concretos do que a maior parte dos tradicionais, originários da nova conjuntura social, tem sido possível perceber um considerável aumento da utilização dos crimes de perigo abstrato⁴³⁵, com a edição cada vez maior de normas penais proibitivas que, apesar de descrever situações potencialmente perigosas para bens relevantes ao convívio social, não exigem, para a caracterização do delito, a efetiva comprovação de um

⁴³⁰ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro...* Op. cit., p. 142.

⁴³¹ A expressão "estrutura do delito" tem sido cada vez mais utilizada pela doutrina para designar a forma pela qual o bem jurídico será protegido pela norma penal. Neste sentido, GRECO, Luís. *"Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato...* Op. cit., pp. 117-118 e FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 326 e ss.

⁴³² GRECO, Luís. *"Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato...* Op. cit., p. 118.

⁴³³ Para Fábio Roberto D'Ávila, durante muitos anos a ideia de ofensividade confundia-se apenas com os atos de lesão aos interesses tutelados. Em suas palavras, "até a primeira Revolução Industrial, o perigo não era sequer considerado em âmbito jurídico, cabendo ao dano a função exclusiva de elemento fundamentador do ilícito penal, tendo sido, até mesmo, reconhecido como a pedra de toque de todo juízo de desvalor". D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade...* Op. cit., p. 91. Em sentido contrário, porém, Renato de Mello Jorge Silveira sustenta que "na formação histórica o Direito Penal, desde os tempos de Roma, já se tinha em consideração o perigo. Assim o fez Campilongo, bem como o fizeram os glosadores como Bartolo, Carpzov, Deciano e Claro ao compreenderem a vantagem da aceitação, em muitos casos, da ideia de perigo". SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico...* Op. cit., p. 92.

⁴³⁴ GRECO, Luís. *"Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato...* Op. cit., p. 118.

⁴³⁵ Consoante se verificará a seguir, a categoria dos crimes de perigo abstrato não constitui uma tipologia delitiva homogênea, mas sim um conjunto heterogêneo de tipos penais que agrupam todos aqueles tipos que não podem ser enquadrados como delitos de resultado ou de perigo concreto, já que dispensam, para sua caracterização, a ocorrência de um dano ou de um perigo efetivo ao bem jurídico tutelado. Neste sentido, HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 288, e ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., pp. 407 e ss.

perigo concreto para o interesse por ela tutelado⁴³⁶. Essa utilização crescente da figura do delito de perigo abstrato se insere em um contexto em que se busca garantir uma proteção mais ampla dos indivíduos frente às novas ameaças sociais⁴³⁷, que se caracterizam não só pelo surgimento de um tipo de delinquência que afeta mais gravemente alguns bens clássicos, como também pelo aparecimento de novos interesses difusos cuja aparente intangibilidade dificulta, na maior parte das vezes, a identificação do instante exato da lesão⁴³⁸. Assim, se outrora era possível estruturar o injusto penal essencialmente a partir da causação física de uma lesão a bens jurídicos preponderantemente individuais e concretos, agora, com o reconhecimento da importância social de certos bens dotados de maior abstração – como o meio ambiente e a ordem econômica – cuja afetação não pode, em muitos casos, ser materialmente vinculada a um comportamento humano específico ou mesmo ser mensurada em toda sua extensão, tem crescido a tendência de antecipação da proibição penal para um momento prévio ao da lesão ou ao da exposição do bem a uma situação de perigo real⁴³⁹.

Diante dessa nova realidade legislativa, parte considerável da doutrina tem passado a sustentar a ilegitimidade dos delitos de perigo abstrato sob o argumento de que eles, ao proibirem penalmente comportamentos que não lesionam ou não geram uma situação de perigo concreto para os bens jurídicos, violariam o princípio da ofensividade⁴⁴⁰. Para esta corrente doutrinária, este princípio teria assento constitucional⁴⁴¹ e exigiria, para que um

⁴³⁶ Segundo afirma Blanca Mendonza Buergo, "*resulta manifiesto que uno de los rasgos que más claramente caracteriza este Derecho penal moderno es la creciente utilización en la mayoría de las reformas penales de la técnica de los tipos de peligro abstracto, así como de delitos de emprendimiento o de consumación anticipada y la punición específica de actos preparatorios, con la finalidad confesada de ampliar la capacidad de respuesta y la eficacia en el control de conductas (...)*". BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.... Op. cit.*, p. 78.

⁴³⁷ BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.... Op. cit.*, pp. 78-79.

⁴³⁸ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro... Op. cit.*, pp. 96-97.

⁴³⁹ Conforme ressalta Ângelo Roberto Ilha da Silva, bens jurídicos como o meio ambiente e a ordem econômica, além da fé pública e da saúde pública, por exemplo, "*só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal*". SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato... Op. Cit.*, p. 101.

⁴⁴⁰ Também denominado princípio da lesividade ou da alteridade. Neste sentido, Nilo Batista ressalta que o princípio da lesividade "*transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo – o direito "coloca face-a-face, pelo menos, dois sujeitos"*". BATISTA, Nilo. *Introdução crítica... Op. cit.*, p. 91.

⁴⁴¹ Luiz Flávio Gomes, por exemplo, menciona que "*a construção de todo o sistema penal constitucionalmente orientado, em consequência, deve partir da premissa de que não há crime sem ofensa –*

comportamento pudesse ser objeto de criminalização, que o fato fosse lesivo ou concretamente perigoso a um bem jurídico⁴⁴². Por isso, os interesses que demandassem a antecipação da tutela penal mediante a utilização dos crimes de perigo abstrato deveriam ser protegidos, de acordo com esta posição, por outros ramos do direito, devendo o direito penal ser utilizado apenas nos casos em que haja a possibilidade de comprovação empírica de lesão ou de perigo real ao interesse tutelado⁴⁴³.

No âmbito da doutrina brasileira, aliás, esse argumento contrário aos crimes de perigo abstrato tem sido acompanhado de inúmeros outros que buscam rechaçar sua utilização pelo legislador. Dentre outras críticas, estão, por exemplo, a de que o legislador estaria utilizando o direito penal de forma meramente simbólica ou promocional, sem qualquer preocupação com sua eficácia⁴⁴⁴, e violando os princípios da razoabilidade (aqui entendido como o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da fragmentariedade)⁴⁴⁵, da necessidade (ou da *ultima ratio*)⁴⁴⁶ e também o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁴⁴⁷.

lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico". GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no direito penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

⁴⁴² Segundo Gomes, não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), não sendo legítimo que o Estado possa sacrificar a liberdade individual "*senão quando incrimina fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância (pessoal) indiscutível*". GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no direito penal... Op. cit.*, p. 14.

⁴⁴³ Para Juarez Tavares, "*só será caracterizado como bem jurídico aquilo que possa ser concretamente lesado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo seja suscetível de um procedimento de contestação*". TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal... Op. cit.*, p. 221.

Conforme ressalta Marco Aurélio Oliveira, o direito penal seria utilizado "*como ameaça terrorista a autores de desobediências a normas jurídicas. Partindo da pena, o legislador corre o risco de prever punições, baseado em exclusiva inspiração promocional e simbólica*". Em OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de, "*Crimes de Perigo Abstrato*". *Revista Jurídica*, Ano 52 – Novembro de 2004 – nº 325, p. 101.

⁴⁴⁵ Para Oliveira, "*o princípio da razoabilidade resulta desobedecido sempre que se aplicar pena a uma conduta que sequer representa ameaça a direito, ou que não se apresente como ontologicamente delituosa*". OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de, "*Crimes de Perigo Abstrato*"... *Op. cit.*, p. 102.

⁴⁴⁶ Novamente, Oliveira afirma que "*sempre que se ultrapassar o justo limite da punição, afrontando o critério da necessidade, sacralizado pelo art. 59 do Código Penal, ou em se criando normas incriminadoras desnecessárias, a ordem jurídica estará praticando o mais reprovável e prejudicial atentado à verdadeira natureza do direito criminal*". OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de, "*Crimes de Perigo Abstrato*"... *Op. cit.*, p. 103.

⁴⁴⁷ Por fim, Marco Aurélio Oliveira aduz que "*a incriminação dessas condutas, destituídas de perigo concreto, demonstra-se abusiva, pois a Constituição dispõe em seu art. 5º, inc. XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isto é, juntamente com o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, a Carta Maior dispõe que a exigência da submissão de fatos ao exame judicial se faça relativamente a uma lesão efetiva a um bem, ou a uma ameaça a direito*". OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de, "*Crimes de Perigo Abstrato*"... *Op. cit.*, p. 102.

Na verdade, é preciso reconhecer que por trás dessa postura crítica de parte da doutrina está o grande (e, em alguns casos, justificado) descontentamento com a atuação do legislador ordinário que, não raro, tem se valido do direito penal de forma abusiva, estabelecendo sanções penais flagrantemente desproporcionais à gravidade do comportamento descrito no tipo penal⁴⁴⁸. Esta inegável característica da produção legislativa atual, no entanto, não pode, por si só, servir de argumento favorável à tese da inconstitucionalidade de toda e qualquer criminalização de comportamentos de perigo abstrato. Isto porque, da mesma maneira que existem delitos de perigo abstrato desproporcionais, também há crimes de perigo concreto ou mesmo de lesão que violam o princípio da razoabilidade⁴⁴⁹, sendo que em ambos os casos a aferição da legitimidade da criminalização dependerá de sua vinculação com a necessidade de uma proteção efetiva de bens considerados essenciais à convivência do homem com seus pares⁴⁵⁰. Quer dizer, tanto nos crimes de perigo, seja ele abstrato ou concreto, como nos delitos de lesão, a intervenção estatal poderá (ou não) ser considerada desproporcional, dependendo da relação entre a restrição imposta, o tipo de interesse que se deseja proteger e o risco/lesão que se quer evitar.

⁴⁴⁸ Basta verificar, por exemplo, que de acordo com o que dispõem os artigos 121 e 273, § 1º-A, ambos do Código Penal brasileiro, o falsificador de um produto cosmético ou saneante está sujeito a uma pena mínima de 10 anos de reclusão, enquanto aquele que, dolosamente, retira a vida de outrem sem qualquer motivo pode ser punido com uma sanção penal mínima de 06 anos de reclusão.

⁴⁴⁹ Em nossa ordem jurídica, por exemplo, com o advento do Código de Trânsito brasileiro (Lei 9.503/97), o legislador passou a punir mais severamente a lesão corporal culposa de trânsito do que a lesão corporal dolosa também praticada na direção de veículo automotor, conforme se pode verificar de simples leitura do artigo 129, do Código Penal, e do artigo 303, da Lei 9.503/97, o que, em termos de proporcionalidade, é inaceitável. Já o delito de rixa (art. 137, do Código Penal brasileiro), que ao contrário do delito de lesão corporal não tipifica uma situação de dano mas sim de mero perigo abstrato, não apresenta maiores problemas em termos de proporcionalidade, pois as penas impostas pelo legislador para a proteção da vida e da saúde humana, se comparadas com a que é imposta a outros delitos de lesão à vida (como a do homicídio, por exemplo – art. 121, do Código Penal) são perfeitamente compatíveis com o tipo de risco que se deseja evitar e com a espécie de bem jurídico que é tutelado pela norma penal.

⁴⁵⁰ Consoante salienta Luís Greco, "(...) o problema dos crimes de perigo abstrato pouco tem a ver com a questão do bem jurídico. A legitimação dos crimes de perigo abstrato não deve ser discutida à luz de considerações sobre o bem jurídico, e sim sobre outro tópico, que alguns autores começa a chamar de "estrutura do delito" (*Deliktstruktur*). Ao tratar o bem jurídico, está-se diante da pergunta: o que proteger? Ao tratar da estrutura do delito, o problema já não é mais o que proteger, e sim: como proteger? (...) Como vimos, entre nós tornou-se costumeiro declarar inconstitucionais in totum os crimes de perigo abstrato. Diz-se que isso resultaria do princípio da lesividade, da necessária referência a um bem jurídico. Podemos afirmar, já de agora, que tal colocação do problema é falha, por tratar-se de um erro categorial. Nos crimes de perigo abstrato, o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão, a respeito de cuja legitimidade muitas vezes não se pode duvidar". GRECO, Luís. "Princípio da Ofensividade"... *Op. cit.*, pp. 117-119. No mesmo sentido, Figueiredo Dias afirma que "a "antecipação" da tutela penal justifica-se e é legítima, como muito bem formulou e decidiu o nosso TC, desde que com ela se não perca de vista "a função de proteção dos bens jurídicos que constitui o fundamento legitimador de qualquer sistema jurídico-penal característico de um Estado de direito"". FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* *Op. cit.*, p. 145.

Em realidade, a questão da legitimidade da antecipação da tutela penal para a proteção de certos bens jurídicos – mediante a utilização de delitos de perigo abstrato como técnica de tutela válida – não pode ser analisada a partir de uma abordagem demasiadamente simplista que não reflita toda a complexidade que a problemática da proteção de bens jurídicos abarca na atualidade⁴⁵¹. Nesse passo, existem duas questões prévias que deverão ser melhor abordadas antes que se conclua pela possibilidade ou não da utilização da antecipação da tutela penal como meio válido para a proteção de bens jurídicos.

Em primeiro lugar, será preciso verificar se é possível resguardar eficazmente determinados interesses – cuja dignidade penal já tenha sido previamente assentada – apenas por meio da proibição de comportamentos a ele lesivos ou concretamente perigosos ou se, ao contrário, existe algum fundamento específico que justifique, em situações pontuais, antecipar a proibição, especialmente a de caráter penal, a um momento prévio.

Além disso, uma vez ultrapassada essa primeira questão, será preciso verificar também se a utilização da técnica da antecipação da tutela penal – acaso ela seja realmente necessária para a efetiva proteção de certos bens jurídicos – importará inexoravelmente em uma atuação arbitrária do Estado em face do indivíduo ou se, ao contrário, será possível conjugar a necessidade de redução de danos privados aos interesses sociais mais relevantes – por meio de uma proteção mais eficaz ao bem jurídico tutelado – e a contenção da violência estatal mediante a criação de alguns parâmetros materiais prévios que delimitem a atuação do legislador penal⁴⁵².

4.2 A antecipação da tutela como meio de proteção necessário para a preservação de bens jurídicos

⁴⁵¹ Em crítica às teses que condenam genericamente todo e qualquer crime de perigo abstrato, Luís Greco afirma que "o que me pergunto é se este tipo de postura não é quase tão descuidada e apressada quanto às normas que a motivam, porque tal juízo global de condenação dos crimes de perigo abstrato repousa sobre uma série de premissas que não são de maneira alguma tão seguras como parecem supor os defensores deste posicionamento". GRECO, Luís. "Princípio da Ofensividade"... *Op. cit.*, pp. 91-92.

⁴⁵² Conforme se verificará a seguir, na prática, a postura de parte da ciência penal de rechaçar por completo a possibilidade de utilização dos crimes de perigo abstrato tem dificultado o desenvolvimento de parâmetros críticos para o controle da atuação do legislador penal nos casos em que ele opta – dada a necessidade imposta pelo tipo de bem jurídico e pela gravidade do dano que se quer evitar – pela antecipação da proteção penal. Neste sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas...* *Op. cit.*, p. 33.

Consoante exposto anteriormente, o mundo, nas últimas décadas, passou por profundas transformações sociais e econômicas, que foram motivadas essencialmente pela explosão demográfica e pelo considerável desenvolvimento da tecnologia empregada nos meios de transporte e de produção.

No âmbito das relações econômicas, por exemplo, em período anterior à revolução técnico-científica, a distribuição de bens se dava de maneira bem mais simplificada: os cidadãos obtiam seus alimentos de um mesmo produtor rural ou de um único (ou de poucos) fornecedor(es), que tinha(m) um círculo de clientes constante e limitado, o que proporcionava uma fácil identificação do responsável pelo fornecimento de alimentos estragados ou de outros produtos defeituosos ou nocivos à saúde. Nesta fase, tanto a vítima como o autor de uma conduta lesiva se encontravam vinculados por meio de relações pessoais e pertenciam a uma localidade perfeitamente delimitada⁴⁵³. Assim, dentro de um contexto em que se podia facilmente estabelecer uma relação causal direta entre um comportamento determinado e a lesão que dele decorria, a simples proibição de atos de lesão ou de perigo concreto era capaz de cumprir um papel relevante para a proteção de bens jurídicos como a vida ou a incolumidade física, não sendo necessário, ao menos em regra, antecipar a proibição a um momento anterior.

Nos dias atuais, contudo, a produção e o fornecimento de mercadorias e riquezas se intensificaram consideravelmente e tanto os fabricantes como também os fornecedores dos bens de consumo se perderam no anonimato das sociedades de massa⁴⁵⁴. De uma forma geral, as relações econômicas travadas entre os indivíduos tornaram-se impessoais e complexas, fruto de uma interconexão crescente entre as ações praticadas pelos agentes econômicos e de uma cadeia produtiva cujas fases estão cada vez mais entrelaçadas. Demais disso, a tecnologia empregada em diversos produtos comercializados nos últimos anos, além do uso desmedido de agrotóxicos para a produção de alimentos, tem suscitado uma série de dúvidas quanto aos efeitos reais que a utilização e consumo destes bens podem provocar na saúde dos consumidores em geral⁴⁵⁵. Com isso, a proteção da integridade física dos indivíduos em geral passou a depender não apenas da proibição de comportamentos que lhes

⁴⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas... Op. cit.*, pp. 31-32.

⁴⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas... Op. cit.*, p. 32.

⁴⁵⁵ O rápido crescimento do número de usuários da telefonia celular e de outros meios de comunicação sem fio em todo o mundo, por exemplo, tem gerado enorme preocupação na ciência quanto aos possíveis riscos à saúde que poderiam ser causados pela exposição humana aos campos eletromagnéticos gerados por aparelhos celulares ou pelas estações rádio-base.

fossem diretamente lesivos ou concretamente perigosos, mas também da vedação de condutas prévias dotadas de um potencial lesivo relevante – que, em muitos casos, sequer pode ser mensurado previamente – a um número indeterminado de pessoas⁴⁵⁶.

Fenômeno semelhante também tem ocorrido no âmbito do sistema financeiro, pois a ampliação de investimentos no mercado de capitais e a crescente captação de recursos pelas instituições financeiras tornaram o patrimônio da maior parte da população mundial mais exposto a condutas temerárias ou fraudulentas na gestão dos valores investidos. E isto tem sido agravado em razão da interdependência cada vez mais significativa entre todas as instituições financeiras de um país e entre os principais mercados financeiros de todo o mundo. A recente crise econômica mundial, além de demonstrar bem esta interligação existente entre as instituições financeiras de todas as partes do planeta, também comprovou como a ausência de uma atuação estatal preventiva, aliada à ganância dos agentes econômicos, pode provocar danos graves à ordem econômica dos países envolvidos e ao patrimônio de um número incontável de pessoas, danos estes que se perpetuam no tempo⁴⁵⁷ sem que seja possível muitas vezes, dada a complexidade das ações praticadas e dos demais interesses envolvidos, fixar qual o momento exato de cada lesão⁴⁵⁸.

Além disso, outra característica marcante da sociedade atual é o gasto excessivo de recursos naturais essenciais utilizados de maneira irracional em prol de um estilo de vida esbanjador e egoísta de seus integrantes. Este estilo, que foi fomentado pelas revoluções industrial e tecnológica e pela cultura consumista que hoje vigora na maior parte

⁴⁵⁶ Basta pensar, por exemplo, na conduta de um fornecedor de produtos industrializados responsável por grande parte do abastecimento de uma cidade que, ciente de que suas mercadorias estão impróprias para o consumo, opta por repassá-las aos revendedores, mesmo sabendo que os bens vendidos poderão causar sérios danos à saúde dos consumidores.

⁴⁵⁷ De fato, além de não ser possível determinar o momento em que uma crise econômica será efetivamente superada, é possível perceber que mesmo após a crise muitos ainda sofrem efeitos patrimoniais concretos dela decorrentes, como, por exemplo, a perda de um emprego ou dos recursos investidos em uma empresa que, em decorrência da crise, venha a falir.

⁴⁵⁸ O que dificulta sobremaneira a criminalização de atos de lesão no âmbito do direito penal econômico. Sobre o tema, Buján-Pérez, citando a posição de Paredes Castañón, afirma que "(...) *en bienes jurídicos tan complejos como son los que se tutelan en el Derecho penal económico no es tan sencillo fijar el instante de la lesión, dado que tales bienes se definen por referencia a pautas de conducta complejas, en la medida en que en ellas no se indican sólo regularidades de comportamiento individual (como en el caso de la vida humana independiente), sino casi siempre regularidades de comportamiento en interacción estratégica, o sea, comportamientos de sujetos en relación con otros sujetos, y, además, en casos en los que el comportamiento de cada uno depende también del comportamiento de los demás (n. 181), como, paradigmáticamente, sucede con las pautas de conducta que se protegen en relación con la competencia en el mercado*". MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico... Op. cit.*, p. 186. Vide também PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro... Op. cit.*, pp. 152 e ss.

do mundo⁴⁵⁹, tem demandado cada vez mais a exploração de recursos não renováveis, colocando em risco bens fundamentais à vida do homem e, em algumas situações excepcionais, a própria existência futura da humanidade. Assim, diante desta nova conjuntura na qual os danos são, muitas vezes, irreversíveis, torna-se exigível que o Estado se antecipe às situações lesivas mais graves mediante a proibição da utilização irracional de tais recursos a fim de evitar a ocorrência de lesões irreparáveis, não sendo razoável ter que aguardar a destruição de um bem relevante para que seu responsável possa ser sancionado⁴⁶⁰.

Aliás, o caráter irreversível e irreparável dos danos ambientais não se esgota apenas no uso indiscriminado dos recursos naturais que compõem o *habitat* dos seres humanos, mas engloba também a destruição, ainda que parcial, do patrimônio artístico, histórico, paisagístico, arqueológico, além de outros que compõem o chamado meio ambiente cultural⁴⁶¹, o que tem levado a maior parte da doutrina a elevar a ideia de prevenção a um dos princípios fundamentais do direito ambiental⁴⁶².

Somado a isso, a necessidade de uma atuação preventiva do Estado tem sido agravada pelo fato de que as condutas hoje praticadas, especialmente após a revolução tecnológica experimentada nas últimas décadas, passaram a deter potencial lesivo imensuravelmente superior aos que outrora existiam, afetando mais gravemente não só o equilíbrio ecológico mundial, mas também modificando a dinâmica das relações sociais travadas cotidianamente. Se, por exemplo, em outro contexto histórico, o estado de embriaguez era um problema preponderantemente individual – ou, quando muito, que se estendia aos familiares ou às pessoas mais próximas –, atualmente, diante de uma realidade

⁴⁵⁹ Nas palavras de Prado, "*o desenvolvimento industrial, o progresso tecnológico, a urbanização desenfreada, a explosão demográfica e a sociedade de consumo, entre outros fatores, têm tornado atual e dramático o problema da limitação dos recursos do nosso planeta e da degradação do ambiente natural – fonte primária de vida. Assim, por exemplo, a contaminação, sem precedentes, causada pela ação dos dejetos de tipo industrial, urbano, agrícola e por contínuos ataques à qualidade de vida – talvez o fator limitativo mais importante para o homem – constitui mais um produto da civilização industrial do século XX*". PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente... Op. Cit.*, p. 16.

⁴⁶⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato... Op. Cit.*, pp. 97-98.

⁴⁶¹ Neste sentido, FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 7ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 22.

⁴⁶² Conforme salienta Celso Antonio Pacheco Fiorillo, "(...) a prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis. Para tanto, basta pensar: como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? Ou, de que forma restituir uma floresta milenar que fora devastada e abrigava milhares de ecossistemas diferentes, cada um com o seu essencial papel na natureza?". FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 7ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 39. No mesmo sentido, MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 143-146.

social complexa em que se tornou rotina a causação de mortes no trânsito por condutores embriagados, não pode ser tida como ilegítima uma proibição estatal antecipada que, para resguardar a vida, a integridade física e o patrimônio dos demais condutores e transeuntes, sancione quem dirija sob o efeito do álcool⁴⁶³. Da mesma maneira, diante da difusão cada vez maior de armas de fogo e da constatação de seu uso crescente para a prática de delitos graves ou mesmo para a resolução de certos conflitos sociais considerados banais, como uma discussão de trânsito, por exemplo⁴⁶⁴, parece não fazer sentido que o Estado não possa restringir o comércio e o porte de armas e sancionar gravemente tais condutas quando não observados determinados parâmetros previamente estabelecidos, ainda que, no momento da ação, as armas comercializadas ou transportadas estejam desmuniçadas e não possam ser utilizadas de imediato.

Assim, diante da atual realidade social e do papel ativo que as Constituições modernas atribuem ao Estado de Direito democrático e social, não há como negar que o Poder público possa legitimamente proibir certos atos prévios que, segundo as regras de experiência ou o conhecimento científico hoje existente, podem causar danos graves a bens essenciais à livre convivência entre os seres humanos. Resta saber, contudo, se essa antecipação da tutela pode ser levada a efeito por meio do direito penal e, em caso positivo, quais são as hipóteses em que o Estado pode proibir, sob a ameaça de uma pena, estados prévios ao de uma lesão ou perigo concreto.

4.3 Pode o Estado antecipar legitimamente a tutela penal sem violar direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição?

Uma vez assentada a indispensabilidade de antecipação da tutela para uma efetiva proteção de determinados interesses, deve-se agora analisar se é possível ao Estado

⁴⁶³ Ainda não é o momento de discutir se esta sanção pode ter a natureza penal, pois, apesar da inequívoca dignidade penal de que gozam os bens jurídicos tutelados (que, no exemplo citado, são a vida, a incolumidade física e o patrimônio das pessoas), a legitimidade da antecipação da tutela por meio do direito penal dependerá da análise – que a seguir se fará – da possibilidade de conjugar a antecipação da proteção de bens jurídicos com a construção de um sistema penal que respeite direitos fundamentais e que não produza uma violência maior do que aquela que se deseja evitar.

⁴⁶⁴ Conflitos estes que outrora resultavam, na maioria das vezes, em uma discussão verbal ou em agressões físicas reversíveis, sendo raras as hipóteses em que o desfecho era mais trágico, como tem ocorrido nos dias atuais em razão do uso de armas de fogo.

proibir *penalmente* certos comportamentos prévios, ou seja, se a intervenção estatal antecipada pode ser veiculada por intermédio de uma norma penal ou se, ao contrário, ela deveria ficar adstrita aos demais ramos do direito por ser incompatível – conforme alega parte da doutrina – com os princípios constitucionais de garantia que devem ser observados pelo legislador penal.

Para tanto, será necessário avaliar, em primeiro lugar, se a previsão de uma sanção *penal*, ainda que de maneira excepcional, é, de alguma forma, necessária para coibir a prática de certos comportamentos prévios que estão ligados a atos futuros de lesão ou de perigo real para bens com dignidade penal, ou se, em todo e qualquer caso, estes comportamentos prévios poderão ser evitados apenas com a previsão de sanções restritivas menos graves. Em outros termos, neste primeiro momento será preciso investigar se, em algumas situações fáticas, há carência de proteção *penal* para o efetivo resguardo de um bem jurídico face a uma ação geradora de mero perigo potencial, de forma que a ameaça de imposição de uma pena seja fundamental para produzir os efeitos preventivos desejados e manter o bem incólume, ou se, ao contrário, estes mesmos efeitos poderão ser alcançados através de sanções de natureza diversa da criminal.

Além disso, para que a criminalização de um comportamento de mero perigo abstrato seja considerada legítima, será necessário também, além da dignidade penal do bem jurídico e da carência da tutela penal, que ela não afronte direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Em outras palavras, como a legitimidade de uma intervenção penal pressupõe não só a busca pela prevenção futura de crimes, mas também a redução da violência estatal⁴⁶⁵, será preciso verificar se é possível compatibilizar a eventual necessidade de criminalização de condutas de perigo abstrato com as principais garantias fundamentais do indivíduo de modo a evitar uma atuação estatal arbitrária, ou seja, de forma a evitar a espontaneidade, a surpresa e a subjetividade, que são características que estão presentes em certas manifestações do controle social informal.

4.3.1 O princípio da subsidiariedade e a seleção das condutas penalmente relevantes

⁴⁶⁵ Conforme já salientado no capítulo primeiro, o Estado não pode, a pretexto de reduzir crimes, impor restrições à autonomia individual superiores àquelas produzidas pelos particulares por ocasião da prática de crimes ou do exercício da vingança privada.

A necessidade de proteção de diversos bens jurídicos dotados de dignidade penal, aliado ao dinamismo das relações sociais travadas nos dias atuais, tem aberto ao legislador penal um vasto leque de opções sobre que condutas criminalizar. Em princípio, não se pode negar que o legislador ordinário, diante da infinidade de ações que podem afetar, direta ou indiretamente, um determinado bem jurídico penalmente relevante, possui certa margem de discricionariedade política, conferida pela Constituição Federal, para selecionar as condutas que poderão ser proibidas ou ordenadas sob a ameaça de uma pena. Esta discricionariedade, entretanto, não pode ser confundida com uma atuação arbitrária de escolha de qualquer comportamento que guarde referência com o bem jurídico, pois diante da gravidade do meio utilizado – a pena – e da relevância do bem atingido pela sanção penal – a liberdade da pessoa humana –, o legislador penal deve necessariamente submeter sua decisão aos critérios de subsidiariedade e de fragmentariedade⁴⁶⁶. Quer dizer, ele deve escolher apenas aqueles comportamentos mais graves que inquestionavelmente devam ser evitados para o resguardo do interesse que se pretende proteger⁴⁶⁷.

Neste sentido, a doutrina de uma maneira geral tem atribuído a esses dois critérios – que foram elevados à categoria de princípios regentes do direito penal moderno e que, atualmente, têm como fundamento direto o princípio constitucional da proporcionalidade⁴⁶⁸ – um papel fundamental no controle das opções formuladas pelo legislador acerca das condutas penalmente puníveis. Assim, como consequência direta destes dois postulados, fica vedado ao Estado utilizar-se de forma abusiva da sanção penal para a regulação da vida em sociedade, não lhe sendo possível, sob a ameaça de uma pena, proibir ou impor comportamentos que possam perfeitamente ser evitados através de meios alternativos menos graves do que a sanção penal. Ou seja, diante da existência de meios de controle social menos onerosos que são capazes de coibir a prática de certas ações indesejadas

⁴⁶⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação...* Op. cit., p. 298.

⁴⁶⁷ Conforme ressalta Luiz Regis Prado, o princípio da subsidiariedade – também denominado de princípio da intervenção mínima – estabelece que "o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa". Já o postulado da fragmentariedade, que constitui um corolário do primeiro princípio, impõe que os bens jurídicos só possam ser penalmente tutelados "frente a certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis", de forma que "apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização". PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro...* Op. Cit., p. 84.

⁴⁶⁸ Neste sentido, Luís Greco afirma que "apesar de historicamente mais antigo, o princípio da subsidiariedade começa hoje a ser visto como uma concretização da ideia de proporcionalidade, em especial do sub-princípio da necessidade, segundo o qual entre duas restrições de liberdade igualmente idôneas, só será legítima aquela que restrinja menos a liberdade do cidadão". GRECO, Luís. *Breves reflexões ...* Op. cit., p. 417.

com o mesmo grau de eficácia que outros meios mais restritivos, o Estado ficaria obrigado a escolher necessariamente as primeiras formas de intervenção.

A grande questão, contudo, que deve ser melhor enfrentada para a constituição de um controle mais efetivo sobre o processo de seleção das condutas penalmente puníveis – e que parece ter sido esquecida por grande parte da doutrina nacional, que tem se limitado a repetir os conceitos tradicionalmente utilizados para definir esses dois postulados sem maiores considerações sobre seus reais desdobramentos – está relacionada com a fixação de critérios materiais mais precisos acerca de quais ações ou omissões são, de fato, mais graves (e em que medida elas são mais graves) a ponto de justificar sua criminalização. Isto porque a simples afirmação genérica de que o direito penal deva funcionar como a *ultima ratio* pouco contribui para o exercício desse controle, já que é incapaz, por si só, de fornecer qualquer parâmetro substancial que permita rechaçar uma determinada tipificação.

Assim, a análise dos critérios da subsidiariedade e da fragmentariedade pressupõe necessariamente a fixação prévia de certas diretrizes⁴⁶⁹ que deverão ser levadas em consideração pelo legislador durante o processo de seleção das condutas penalmente relevantes⁴⁷⁰. Na realidade, existem três etapas que devem ser observadas pelo legislador por ocasião da escolha dos comportamentos passíveis de punição por meio de uma pena: a primeira envolve a identificação do bem jurídico que se deseja proteger; a segunda, a definição da estratégia político-criminal que será adotada para sua proteção, ou seja, a fixação das medidas – punitivas ou não – que serão implementadas para resguardar a integridade do bem jurídico; e, por fim, a última etapa envolve a análise de qual forma de controle social, dentre todas existentes, será a mais eficaz e menos onerosa (em termos de danos sociais) para coibir o comportamento indesejado⁴⁷¹.

Portanto, ao selecionar a conduta penalmente punível, o legislador deve, em primeiro lugar, definir o interesse que pretende proteger, analisar sua real importância dentro de um contexto social determinado e verificar quais são suas principais características.

⁴⁶⁹ Diretrizes estas que, apesar de buscarem fornecer critérios mais precisos para o controle da atividade legiferante, não poderão basear-se em conceitos completamente fechados, sob pena de se retirar a margem de discricionariedade conferida ao legislador pela Constituição Federal.

⁴⁷⁰ Consoante se verificará a seguir, estas diretrizes envolverão necessariamente considerações de ordem político-criminal, já que os critérios estabelecidos estarão diretamente relacionados com a definição política de uma estratégia de intervenção estatal para a prevenção de crimes.

⁴⁷¹ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro... Op. cit.*, p. 143.

Em seguida, ele deve estabelecer, a partir da relevância do bem jurídico e também de suas características, uma pauta de condutas que deverão ser evitadas ou realizadas para que o bem – naquilo que dependa de ações humanas, evidentemente – permaneça incólume ou, pelo menos, para que sua afetação se reduza o máximo possível⁴⁷². Aqui, o legislador deve se valer necessariamente de regras de experiência, de dados empíricos e criminológicos⁴⁷³, além de eventuais conhecimentos científicos setoriais⁴⁷⁴, a fim de possibilitar não só a identificação das condutas que afetam o bem jurídico, mas também para definir em que medida elas o afetam⁴⁷⁵.

Finalmente, uma vez definidas as ações que, de acordo com a dinâmica social existente, mais contribuem, direta ou indiretamente, para a afetação do bem jurídico em análise, o legislador deverá elaborar um conjunto de normas comportamentais primárias que proíbam ou ordenem as condutas consideradas relevantes para a proteção de um bem jurídico específico, estabelecendo uma ordem de prioridade entre as ações que devam ser evitadas para sua preservação. Estabelecida esta ordem de prioridade, deve o legislador ordinário definir o tipo de sanção aplicável, reservando, à luz do que dispõem os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, as medidas mais drásticas⁴⁷⁶ para aquelas ações que,

⁴⁷² PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro... Op. cit.*, pp. 143-144.

⁴⁷³ Ao abordar o princípio da subsidiariedade, Luís Greco afirma com propriedade que esse princípio poderia funcionar como a "*porta de entrada de dados empíricos, criminológicos e criminalísticos sobre a prevenção do crime na discussão jurídica, permanente apelo a que se pense em alternativas à proibição e à sanção penal. Sua importância básica é de ordem político criminal, vez que ele serve de orientação ao legislador, indicando-lhe quando deve recorrer à pena para coibir a prática de determinado comportamento e quando deve dispensá-la*". GRECO, Luís. *Breves reflexões ... Op. cit.*, p. 417.

⁴⁷⁴ No âmbito do direito penal econômico e do direito penal ambiental, por exemplo, os conhecimentos científicos já produzidos serão de enorme importância para a definição das condutas que deverão ser proibidas ou impostas para a proteção dos respectivos bens jurídicos.

⁴⁷⁵ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro... Op. cit.*, p. 144.

⁴⁷⁶ A doutrina dominante, ao analisar os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, tem defendido que a sanção penal será sempre a modalidade de punição mais grave de um ordenamento jurídico. No entanto, atualmente, um grupo minoritário de autores tem questionado essa premissa, argumentando que, em situações excepcionais, o direito administrativo e o direito civil poderiam atingir o cidadão de maneira mais severa do que o próprio direito penal. Segundo sustentam estes autores, a imposição de multas exorbitantes ou de danos morais em valores significantes, bem como a decretação da perda de um cargo público ou da proibição de contratar com a Administração Pública, além de outras medidas impostas na esfera administrativa ou no âmbito do direito civil, seriam inegavelmente mais graves do que diversas sanções penais alternativas ou substitutivas que normalmente são impostas para os crimes menos graves. E isto sem falar que, em todos estes casos, as sanções administrativas e civis seriam aplicadas sem as garantias que cercam a aplicação de uma sanção penal. Além disso, para alguns integrantes desta corrente minoritária, ao se propor a substituição de determinadas incriminações por meios preventivos menos restritivos, deveria ser verificado previamente para quem o meio há de ser menos gravoso, se para o cidadão que seria sancionado em concreto ou para o restante da população que sofreria as consequências das restrições gerais impostas. Neste sentido, Luis Arroyo Zapatero afirma que "*el Estado, con el fin de prevenir delitos, podría arbitrar medidas casi ilimitadas que desde el punto de vista del que va a ser castigado podrían ser consideradas como menos gravosas. Así, por ejemplo, para prevenir el fraude*

de acordo com o juízo de valor já realizado, mais contribuem para a afetação do bem jurídico protegido.

Como regra geral, as ações diretamente lesivas aos bens jurídicos tutelados serão consideradas mais graves em termos de afetação ao bem do que as condutas de perigo concreto e estas, por sua vez, mais graves do que os comportamentos de mero perigo abstrato, o que indicará, em princípio, a necessidade de imposição de sanções mais severas aos atos de lesão do que aos atos de perigo concreto, e assim sucessivamente. Esta regra, contudo, comporta exceções, não sendo raras as hipóteses – que podem facilmente ser demonstradas a partir de certos dados empíricos e de algumas regras de experiência extraídas da realidade social – de comportamentos prévios que estão de tal forma interligados a lesões gravíssimas a bens jurídicos de extrema relevância social que a necessidade de sua evitação será mais importante para a tutela destes bens do que a prevenção de certos atos de lesão ou de perigo concreto⁴⁷⁷. Atualmente, existem inúmeras situações fáticas em que isso ocorre.

*fiscal podría incrementar la presión fiscal formal sobre todos los ciudadanos, creando múltiples obligaciones contables y abolir absolutamente el secreto bancario; o para que no hubiera lugar a conductas de administración desleal de sociedades podría establecer mecanismos de control externos a la propia sociedad, encargando a la administración que examine la legalidad de los diversos acuerdos que adopta el Consejo de administración. Desde la perspectiva del sujeto que va a ser sancionado, todo ello puede ser considerado como menos gravoso que la pena a imponer. Sin embargo, considero que la evaluación de si existen medios menos gravosos a la pena ha de considerarse necesariamente desde una perspectiva colectiva". ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho penal económico y Constitución*. Revista Penal, Año 1. Número 1 - 1998. Publicación semestral de Editorial Praxis, S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, p. 05. No âmbito da doutrina nacional, um dos primeiros autores a abordar esta discussão foi Luís Greco, que propôs uma interessante solução intermediária entre a posição tradicional e a postura crítica acima mencionada. Para ele, "(...) tanto é verdade que o direito civil e administrativo são, por vezes, mais severos do que o direito penal, quanto é verdade que a sanção penal tem um sentido estigmatizante que lhe é de todo próprio; quanto é verdade que há um perigo de um total esvaziamento da subsidiariedade, caso o direito penal passe a ser compreendido como o meio mais benéfico". Por esse motivo, ele aduz que "por enquanto (e apenas por enquanto) creio que a saída para o presente impasse será redimensionar o princípio da subsidiariedade, tratando a sua premissa básica – "a sanção penal é sempre a mais grave" – como uma presunção prima facie, afastável em casos concretos. O princípio ganharia, assim, o seguinte conteúdo: nos casos em que a sanção penal for a mais grave, o que ela, em regra, será, só pode o Estado a ela recorrer quando ela for estritamente necessária. Na prática, isto equivaleria a tratar o princípio da subsidiariedade como uma regra de ônus argumentativo, que impõe sobre aquele que defende a intervenção do direito penal o ônus ou de provar que outros ramos do direito são mais graves, ou que o direito penal é, apesar de mais grave, estritamente necessário". GRECO, Luís. *Breves reflexões ... Op. cit.*, pp. 418-419.*

⁴⁷⁷ Conforme bem salienta Wolfgang Frisch, "en los delitos de peligro abstracto, ciertamente, está ausente todo desvalor del resultado en cuanto lesión del bien jurídico o en cuanto puesta en peligro del mismo. Sin embargo, el injusto de la acción puede, también aquí, ser tan significativo que permita legitimar la imposición de pena en vista de su importancia en comparación con las acciones que comportan la producción de la lesión del bien jurídico o su amenaza. Ello es así, en todo caso, para aquellas conductas en cuya ejecución (ex ante) es una cuestión de mera casualidad el que se lleguen a producir lesiones relevantes de bienes jurídicos importantes (en particular, bienes individuales) que puedan implicar su destrucción". FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego*

Com efeito, o patrimônio individual, que constitui um bem jurídico de indiscutível dignidade penal, pode ser afetado diretamente por meio de inúmeras ações, muitas das quais – como a subtração não violenta de coisas concretas dotadas de valor econômico – punidas com uma sanção penal. Nos dias atuais, entretanto, diante de uma realidade social na qual a maior parte do patrimônio das pessoas encontra-se custodiada em instituições financeiras, e não mais investido em bens móveis, e também da constatação empírica de que certos atos de gestão temerária ou fraudulenta podem efetivamente provocar a quebra destas instituições e, com isso, causar sérios prejuízos ao patrimônio de um contingente populacional gigantesco⁴⁷⁸, não há como negar ao legislador a possibilidade de traçar uma estratégia político-criminal de defesa do patrimônio que priorize a evitação de atos de gestão irregular grave de uma instituição financeira, punindo-os mais severamente do que o furto, por exemplo⁴⁷⁹. Na realidade, o fato de se tratar de um comportamento prévio a uma situação de lesão ou de perigo concreto não torna ilegítima essa opção legislativa, pois a real probabilidade – baseada em dados fáticos ou em conhecimentos científicos já consagrados⁴⁸⁰ – de afetação grave do patrimônio de milhares (ou mesmo de milhões) de pessoas, justifica plenamente a imposição de uma sanção tão ou mais grave do que aquela aplicável a alguns atos de lesão.

O mesmo se pode dizer também de condutas como o tráfico ilícito de armas de fogo ou de munições que, em geral, favorecem diretamente a um tipo de criminalidade violenta que as utiliza para a prática de delitos graves que desestabilizam o convívio livre e pacífico entre os cidadãos. Nestes casos, como se trata de comportamentos prévios diretamente vinculados a atos lesivos de enorme gravidade a bens jurídicos essenciais, comportamentos estes que são praticados, em regra, sem que o agente tenha qualquer

de abalorios dogmático. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 334-335.

⁴⁷⁸ Isto sem falar nos danos à ordem econômica de um país provocados pela quebra de uma instituição financeira.

⁴⁷⁹ Independentemente do ato de gestão irregular gerar ou não dano ou perigo concreto ao patrimônio dos investidores.

⁴⁸⁰ A Teoria Econômica, por exemplo, pode perfeitamente identificar condutas que contribuem efetivamente para a quebra de uma instituição financeira e com isso estabelecer *standards* que deverão ser observados pelos agentes econômicos para a manutenção do equilíbrio financeiro da instituição. A imposição de limites de investimentos em renda variável, por exemplo, justifica-se em razão do enorme risco que representaria a aplicação de todos ou de grande parte dos recursos administrados por um banco em ações na bolsa de valores.

interesse legítimo em sua realização⁴⁸¹ e cuja evitação dificilmente poderá ser alcançada por meio de sanções não penais⁴⁸², parece incontestável a legitimidade da imposição de uma pena aos autores destes comportamentos desviantes.

Da mesma forma, a grande maioria das falsificações de moedas praticadas, apesar de serem consideradas ações de mero perigo potencial à fé pública – já que são incapazes de, isoladamente, provocar um abalo na crença de toda a sociedade na autenticidade das moedas⁴⁸³ – também autorizam o uso legítimo da sanção penal, não só em razão da inequívoca importância social do bem jurídico que se pretende proteger⁴⁸⁴ e da dificuldade de se precisar o momento de sua real lesão ou colocação em perigo concreto, mas também, e principalmente, porque a mera imposição de uma multa nestes casos, dada a natureza da ação ilícita, é incapaz de prevenir sua prática⁴⁸⁵.

Desta maneira, não há dúvidas de que, diante da atual realidade social e da complexa dinâmica das relações que hoje são travadas, existem diversas situações que demandam uma intervenção estatal antecipada por meio da imposição de uma sanção penal, a fim de que sejam efetivamente resguardados determinados interesses sociais relevantes mediante a prevenção de certos comportamentos prévios que não podem ser evitados por outras formas de controle social com o mesmo grau de eficácia (ou, ao menos, com um grau minimamente aceitável) do direito penal.

Entretanto, para que a intervenção penal antecipada seja legítima, será preciso enfrentar uma última questão que envolve a análise da compatibilidade dos delitos de

⁴⁸¹ Consoante se verificará a seguir, a exigência de que o objetivo buscado por meio da realização da conduta prévia esteja atrelado, em regra, a um fim ilícito será um dos requisitos necessários para a criminalização de algumas situações de perigo abstrato.

⁴⁸² Basta imaginar, por exemplo, que a previsão de uma sanção administrativa ou civil, como a multa, ainda que aplicada em montante elevado, pouca ou nenhuma influência teria sobre grande parte das pessoas que são cooptadas por organizações criminosas para o transporte ilegal de armas e munições.

⁴⁸³ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito...* Op. cit., pp. 335-336.

⁴⁸⁴ Como todas as relações econômicas em um país são viabilizadas graças à existência de um padrão monetário único, a confiabilidade na autenticidade das moedas e a necessidade de segurança em sua circulação se tornaram essenciais para a convivência social em qualquer Estado moderno, sendo, portanto, indiscutível a relevância penal destes interesses nos dias atuais. Além disso, conforme ressalta Ângelo Roberto Ilha da Silva ao tratar da tipificação dos crimes de moeda falsa, "*a emissão de moeda é monopólio da União, e isso diz respeito à soberania nacional, de modo que está conforme à Constituição tal incriminação, ajustando-se aos objetivos de concretização dos valores constitucionais*". SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato...* Op. Cit., p. 88.

⁴⁸⁵ Segundo ressalta Frisch, "*sería ajeno a la realidad admitir que los potenciales falsificadores dejarían de falsificar por meras multas*". FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito...* Op. cit., p. 337.

perigo abstrato com certos princípios constitucionais previstos com o objetivo de evitar o exercício arbitrário do *ius puniendi* estatal.

4.3.2 Os crimes de perigo abstrato e os princípios constitucionais de garantia em matéria penal

Dentre os principais argumentos contrários à antecipação da tutela penal por meio da criminalização dos crimes de perigo abstrato está o de que a tipificação de comportamentos incapazes de gerar lesão ou perigo concreto a bens jurídicos equivaleria a uma forma de criminalização de meras desobediências a normas jurídicas e violaria alguns dos princípios penais de garantia conquistados a duras penas, gerando um "*direito penal marcadamente repressivo, destinado ao fortalecimento prioritário do Estado, em detrimento do ser humano e da sociedade*"⁴⁸⁶. Segundo argumenta-se, a antecipação da proteção no âmbito do direito penal significaria uma ruptura com os princípios clássicos do direito penal, como o da ofensividade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da culpabilidade e da legalidade, representando uma forma arbitrária de intervenção estatal na liberdade individual, incompatível com a necessidade de redução da violência institucionalizada⁴⁸⁷. Assim, de acordo com esta corrente de pensamento, ainda que se considerasse necessária a antecipação da tutela para a proteção de certos interesses, ela deveria ser levada a cabo por meios não penais, a fim de evitar a violação de direitos fundamentais dos indivíduos⁴⁸⁸.

Entretanto, apesar da contundência com que se defende esse ponto de vista crítico, o fato é que a maior parte dos argumentos contrários à intervenção penal antecipada, especialmente aqueles relacionados com sua (in)compatibilidade com os referidos princípios constitucionais – que é o que nos interessa no presente momento –, não resiste a uma análise mais detida sobre a questão.

Em primeiro lugar, inexistente a alegada violação ao princípio da lesividade. Conforme já salientado acima, ao contrário do que sustentam seus críticos, a criminalização de situações de perigo abstrato não representa uma forma de punição a "meras desobediências

486

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de, "*Crimes de Perigo Abstrato*"... *Op. cit.*, p. 98.

487 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no direito penal*... *Op. cit.*, pp. 21 e ss.

488 OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de, "*Crimes de Perigo Abstrato*"... *Op. cit.*, p. 102.

a normas jurídicas" despidas de consequências praticas⁴⁸⁹, mas sim a proibição de atos que, segundo regras de experiência ou dados científicos específicos, proporcionam uma situação futura mais propícia à ocorrência de graves lesões a bens jurídicos essenciais. Quer dizer, a tipificação penal destes comportamentos se justifica a partir de uma estratégia político-criminal elaborada pelo Estado justamente para uma maior proteção destes bens, na medida em que se busca obstaculizar, já em seu nascedouro, um processo que resultará em danos futuros⁴⁹⁰. Trata-se, na verdade, de uma decisão política de *como*⁴⁹¹ proteger um bem jurídico, sendo um dos requisitos indeclináveis para a legitimidade da proibição penal de condutas prévias a sua referibilidade a um interesse social relevante e sua importância para seu resguardo. Assim, desde que observado este requisito⁴⁹², não se poderá atribuir ao legislador qualquer afronta ao princípio da lesividade neste campo de atuação⁴⁹³.

Também não é correto afirmar que os delitos de perigo abstrato ferem os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima (ou da subsidiariedade) pelo simples motivo de não exigirem, para sua consumação, a ocorrência de um perigo real para o bem tutelado. De fato, na linha do que já foi abordado acima, há atos prévios que devem ser necessariamente evitados se se pretende proteger certos bens jurídicos, sendo o direito penal um dos instrumentos de que o Estado dispõe para a regulação da vida em sociedade e que deve ser utilizado sempre que os demais meios de controle se mostrarem ineficazes⁴⁹⁴. Nestes casos, desde que não imposta de maneira excessiva e que se restrinja apenas às situações prévias que contribuam efetivamente para uma provável lesão grave a um bem de

⁴⁸⁹ Para Marco Aurélio Oliveira, o legislador penal, ao criminalizar condutas de perigo abstrato, estaria punindo ações "*causadoras de um nada*". OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de, "*Crimes de Perigo Abstrato*"... *Op. cit.*, pp. 100-101.

⁴⁹⁰ Ao elaborar esta estratégia político-criminal de proteção de bens jurídicos, o legislador pode perfeitamente identificar comportamentos prévios cuja evitação se torna, pelas mais variadas razões já expostas, mais importante para que o bem que se pretende tutelar se mantenha incólume.

⁴⁹¹ Neste sentido, GRECO, Luís. "*Princípio da Ofensividade*" e *crimes de perigo abstrato*... *Op. cit.*, pp. 117-119 e SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato*... *Op. Cit.*, p. 101.

⁴⁹² E também, evidentemente, todos os demais elementos necessários para a criminalização legítima das diversas situações de perigo abstrato, o que envolve não só o respeito ao método de seleção de condutas exposto no item anterior, mas também a observância dos demais pressupostos que a seguir serão fixados para cada tipo de delito de perigo abstrato.

⁴⁹³ Consoante bem ressalta Claus Roxin, "(...) *allí donde una conducta peligrosa prohibida está claramente descrita y si es claramente visible su referencia al bien jurídico y tampoco se vulnera el principio da culpabilidad* (...), entonces son inobjtables incluso los delitos de peligro abstracto". ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁹⁴ Como acontece, por exemplo, com os casos já citados do tráfico de armas ou de falsificação de moedas (item 4.3.1).

fundamental relevância social⁴⁹⁵, a sanção penal obedecerá tanto o postulado da subsidiariedade, como também não representará qualquer violação à proporcionalidade⁴⁹⁶.

Da mesma maneira, a mera dispensa de comprovação de uma situação de perigo real para bens jurídicos, que é o que caracteriza os crimes de perigo abstrato e os diferencia dos delitos de perigo concreto, não é suficiente, por si só, para torná-los incompatíveis com o princípio da culpabilidade.

Com efeito, a exigência de culpabilidade para a caracterização de um crime e para a conseqüente responsabilização penal de seu autor está relacionada com um juízo negativo de valor que recai, de maneira individualizada, sobre quem praticou um injusto penal⁴⁹⁷. Neste juízo, deve-se aferir se o autor era, ao tempo da ação, capaz de compreender o caráter ilícito de seu comportamento e de se autodeterminar segundo tal capacidade de compreensão e se, no caso concreto, seria possível exigir dele a prática de uma ação em conformidade com o direito. Em outros termos, a ideia de culpabilidade impõe que se verifique se aquele que cometeu um ato típico e antijurídico era, por ocasião do injusto, imputável, se detinha potencial consciência da ilicitude e se era exigível, diante das circunstâncias fáticas presentes, comportamento conforme a ordem jurídica. Trata-se de um juízo de valor que é realizado após a prática de todo e qualquer injusto penal, envolva ele um ato de lesão, de perigo concreto ou uma situação de mero perigo abstrato, inexistindo qualquer peculiaridade que distinga a análise da culpabilidade neste último delito em relação à

⁴⁹⁵ Conforme se verificará na sequência, cada espécie de crime de perigo abstrato pressupõe a observância de certos requisitos que também deverão ser respeitados para que não haja qualquer tipo de afronta aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade.

⁴⁹⁶ Neste sentido, Ângelo Roberto Ilha da Silva afirma acertadamente que "*o que revela salienta, como procuramos demonstrar, é que o princípio da proporcionalidade não será desprezado, de antemão, a priori, pelo simples fato de o legislador optar pelo modelo de incriminação de perigo abstrato. Verificamos, a partir da análise de um mesmo bem jurídico, dois tipos penais: um atendendo ao princípio, outro não. De modo que, para atender ao princípio da proporcionalidade, o crime de perigo abstrato deverá, antes de tudo, apresentar uma precisa descrição na qual a conduta vulnere, ao menos potencialmente, um bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser ínsito à conduta, de acordo com as regras de experiência e do bom senso. Deve-se, então, averiguar a idoneidade e a necessidade da resposta penal ante a conduta e, num terceiro passo, fazer uma ponderação em torno da razoabilidade na relação entre meio (incriminação) e fim (tutela do bem jurídico). O legislador deverá avaliar a conveniência, valendo-se da prudência para não incorrer em excesso, mas o exame se dá caso a caso. De modo que o crime de perigo abstrato ora poderá ser proporcional ao fato, ora não*". SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato... Op. Cit.*, pp. 116-117.

⁴⁹⁷ Nos dias atuais, a doutrina amplamente majoritária trabalha com um conceito exclusivamente normativo de culpabilidade, já que os elementos de ordem subjetiva – dolo e culpa –, que representavam a vinculação psicológica entre o autor e o fato praticado e que antes eram analisados no âmbito da culpabilidade, passaram a sê-lo, com o advento da teoria final da ação, no plano do próprio injusto penal. Assim, a presença do dolo e da culpa – esta última, na verdade, jamais representou um elemento de ordem subjetiva propriamente dito – passaram a ser aferidos desde logo no momento do estudo da tipicidade da ação, ficando a culpabilidade apenas com análise da reprovabilidade do comportamento, ou seja, somente com elementos de ordem normativa. Por todos, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, pp. 264-268.

culpabilidade das demais espécies delitivas. Na realidade, a presunção legal de uma situação de perigo atua apenas no plano da tipicidade penal e não no da culpabilidade, já que o legislador se limita a dispensar a prova de perigo real somente para fins de caracterização do tipo penal e não para a reprovabilidade do comportamento, que deve ser aferida em concreto em cada injusto penal⁴⁹⁸.

Finalmente, também inexistente qualquer incompatibilidade insuperável entre a técnica de tipificação de condutas de perigo abstrato e o princípio da legalidade ou seus principais desdobramentos.

O princípio da legalidade é uma garantia constitucional estabelecida com o objetivo de conferir segurança jurídica ao cidadão, que deve saber de antemão, por meio de uma lei em sentido formal previamente elaborada na forma estabelecida pela Constituição, que comportamentos estão proibidos (ou deverão ser realizados) sob a ameaça de uma pena⁴⁹⁹. Em outras palavras, o dogma da legalidade impõe que o Estado, para criminalizar uma conduta, elabore antes uma lei penal específica descrevendo claramente o comportamento punível e a sanção que será imposta (princípio da taxatividade) e impede que esta lei – por motivos óbvios – retroaja para alcançar fatos anteriores (princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa⁵⁰⁰).

Assim, a criminalização de situações de mero perigo potencial, desde que o legislador descreva de forma clara e precisa o comportamento punível e a sanção aplicável e que não retroaja para alcançar fatos anteriores, será perfeitamente conciliável com a

⁴⁹⁸ Alguns autores, como Luiz Regis Prado e Luciana Boiteux, costumam incluir no postulado da culpabilidade o princípio da responsabilidade penal subjetiva como parte de seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena. Para Luciana Boiteux, por exemplo, "*o princípio da culpabilidade se sustenta no repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva pelo resultado, exigindo a subjetividade para a resposta penal, assim como na noção de reprovabilidade, ou seja, de que uma pena só possa ser aplicada quando a conduta do sujeito estiver associada causalmente a um resultado reprovável*". Neste caso, o princípio da culpabilidade também se refere à impossibilidade de responsabilização criminal de quem não tenha agido com dolo ou culpa, afastando a reponsabilidade penal objetiva no âmbito do direito penal. Sobre o tema, vide PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, pp. 81-82 e BOITEUX, Luciana. *Os Princípios Penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à Luz do Direito Brasileiro. In Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado*. Coordenador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 109. Seja como for, aqui também a ideia de perigo abstrato não representa qualquer afronta ao dogma da culpabilidade, já que, à exceção da lesão ou do perigo real, nenhum outro elemento do crime é dispensado, ou seja, todos os demais elementos necessários para a configuração do injusto penal – dentre os quais se incluem o dolo e a culpa – devem estar presentes para a caracterização do crime de perigo abstrato.

⁴⁹⁹ Consoante salienta Prado, "*o seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão frente à intervenção estatal arbitrária por meio da realização da certeza do direito*". PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 78.

⁵⁰⁰ Este princípio está expressamente previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988 (art 5º, XL) e no Código Penal brasileiro (art. 2º).

necessidade de segurança jurídica imposta pela legalidade e por seus correlatos princípios da taxatividade e da irretroatividade da lei penal, não havendo qualquer especificidade nesta modalidade de tipificação que impeça sua coexistência com o dogma da legalidade. Aliás, nem mesmo a utilização de normas penais em branco – que é uma técnica normalmente usada para a regulação de certos bens difusos, como o meio ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo e a saúde pública⁵⁰¹ – representará uma afronta à legalidade, pois estas normas – independentemente de serem usadas para a tipificação de comportamentos de perigo abstrato ou de atos de lesão ou de perigo concreto – sempre deverão observar certos requisitos necessários para sua validade. Quer dizer, *em todo e qualquer caso*, a lei penal principal deverá fixar com transparência os precisos limites de sua integração por outro dispositivo legal, descrevendo o núcleo essencial da ação proibida (ou ordenada), a fim de que a lei complementar (que pode não ser lei em sentido formal) limite-se apenas à integração do dispositivo principal.

Desta forma, não se pode recusar genericamente toda e qualquer forma de antecipação de tutela penal por meio dos crimes de perigo abstrato sob a alegação de que eles seriam inconciliáveis com a necessidade de redução do arbítrio estatal, já que inexistente uma incompatibilidade intrínseca e insuperável desta espécie de delito com quaisquer dos princípios constitucionais de garantia acima mencionados⁵⁰². Isso não quer dizer, evidentemente, que se deva inflacionar a ordem jurídica com este tipo de incriminação, mas apenas que, conforme ressalta Ângelo Roberto Ilha da Silva, "*o só fato de o crime ser de perigo abstrato não irá pôr em crise os princípios conquistados pelo avanço de nossa disciplina*"⁵⁰³.

⁵⁰¹ Já que estas matérias são altamente condicionadas por fatores histórico-culturais e científicos, que exigem uma atividade normativa constante e variável, sendo indispensável nestes casos a utilização da técnica da lei penal em branco, que tem como vantagem principal a estabilidade do dispositivo principal e a possibilidade de atender as mutações impostas pelo tempo por meio de atos legislativos mais simples, de fácil modificação. Neste sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro... Op. Cit.*, p. 96.

⁵⁰² Neste sentido, ao tratar da possibilidade de antecipação da tutela penal em matéria de distribuição de alimentos, Roland Hefendehl afirma, acertadamente, que "(...) resulta inadecuada la crítica que considera que el delito de peligro abstracto no respeta los principios fundamentales del Estado de Derecho liberal y que atiende a inseguridades sociales de orientación a través de puros efectos simbólicos. El ejemplo de la protección penal en materia de alimentos ilustra lo contrario: aquí se emplea el Derecho penal en el ámbito de peligros masivos en el momento preciso para impedir un Derecho penal simbólico por ineficiente y aleatorio". HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático.* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 193-194.

⁵⁰³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato... Op. Cit.*, p. 124.

De qualquer forma, as críticas formuladas contra a antecipação da tutela penal revelam um dado inquestionável, qual seja, que a dispensa de lesão e de perigo concreto – que são dois elementos tradicionalmente elencados como necessários para a criminalização de uma conduta – tem tornado mais delicada a legitimação dos crimes de perigo abstrato e, por isso, imposto um rigor maior sobre a escolha dos comportamentos prévios que poderão ser penalmente puníveis. Por essa razão, a seguir serão elencados alguns requisitos específicos, além daqueles já discriminados anteriormente⁵⁰⁴ – e também, obviamente, da indeclinável necessidade de observância de todos os princípios garantísticos acima descritos – , que deverão ser exigidos em cada espécie de crime de perigo abstrato para que possam ser consideradas válidas.

4.4 Espécies de crimes de perigo abstrato: definição e requisitos de validade

Conforme exposto acima, os crimes de perigo abstrato constituem uma forma de antecipação da tutela penal que se diferencia dos delitos de perigo concreto pela inexigência, para fins de caracterização do crime, de uma real situação de perigo de lesão para o bem jurídico-penal⁵⁰⁵. A categoria dos crimes de perigo abstrato engloba, portanto, toda e qualquer forma de proteção antecipada que não imponha a ocorrência de um efetivo perigo de dano ao interesse tutelado. Trata-se, na realidade, de uma categoria que aglutina todos os crimes que não podem ser qualificados como delitos de lesão ou de perigo concreto, abarcando um conjunto heterogêneo de tipos penais que descrevem condutas com potencial

⁵⁰⁴ Tais como, por exemplo, a exigência de referibilidade a um bem de fundamental importância social e a necessidade de que a potencialidade do risco seja aferida com base em dados empíricos ou em conhecimentos científicos já consagrados.

⁵⁰⁵ Existe uma controvérsia na doutrina em torno do momento em que deva ser analisada a impossibilidade de ocorrência de perigo real para o bem jurídico, o que é de fundamental relevância para diferenciar os crimes de perigo abstrato dos crimes de perigo concreto. Sobre o tema, Luís Greco afirma que "*ponto comum à grande maioria dos que se importam em definir o que seja perigo concreto é a perspectiva com base na qual ele deve ser ajuizado: trata-se da perspectiva ex post, isto é, levam-se em conta todas as circunstâncias reais, mesmo as somente conhecidas e cognoscíveis após a realização do fato. Quanto a isto, não parece haver dúvida na doutrina alemã. Ainda assim, os críticos do perigo abstrato só raramente esclarecem se partem de uma perspectiva ex ante ou ex post. E mais: a principal fonte de inspiração dos críticos nacionais do perigo abstrato, a doutrina italiana, considera amplamente que o juízo de perigo concreto deve formular-se segundo uma perspectiva ex ante, isto é, levando em conta unicamente as circunstâncias conhecidas e cognoscíveis no momento da prática do fato. Com isso, os autores italianos acabam tendo um conceito de perigo concreto que é muito mais amplo do que o dos alemães, um conceito que compreende grande parte daquilo que os alemães chamam de perigo abstrato*". GRECO, Luís. "*Princípio da Ofensividade*" e crimes de perigo abstrato... *Op. cit.*, p. 120.

de riscos diferentes e que possuem requisitos próprios que devem ser observados para a legitimidade desta forma de intervenção penal⁵⁰⁶.

Existem basicamente três tipos de antecipação de tutela que estão englobadas no âmbito dos crimes de perigo abstrato: os delitos preparatórios (ou de preparação), os delitos de cumulação (ou delitos cumulativos) e os crimes de perigosidade concreta (ou de ação concretamente perigosa)⁵⁰⁷. A seguir, serão definidas cada uma dessas formas de antecipação e abordados seus principais aspectos, dando-se especial ênfase à construção de alguns parâmetros materiais que deverão nortear a atividade do legislador penal por ocasião da escolha de cada uma destas estruturas delitivas.

4.4.1 Delitos preparatórios (ou de preparação)

Os delitos preparatórios (ou delitos de preparação⁵⁰⁸) são aqueles que penalizam determinados comportamentos que, apesar de serem incapazes de produzir, por si mesmos, danos a bens jurídicos, poderão contribuir para a posterior prática de lesões por parte da própria pessoa que atuou em primeiro lugar ou por parte de terceiros⁵⁰⁹.

De uma forma geral, os atos meramente preparatórios integram apenas a etapa inicial (externa) do *iter criminis* de um crime⁵¹⁰ e sua prática isolada – ou seja, desacompanhada do início da execução do delito propriamente dito –, por não gerar qualquer dano ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado, é, em regra, irrelevante para o direito penal.

⁵⁰⁶ HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 288.

⁵⁰⁷ Neste sentido, HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., pp. 288 e ss. Além desta, existem outras classificações que buscam agrupar os delitos de perigo abstrato em categorias para sua melhor análise. Claus Roxin, por exemplo, subdivide os crimes de perigo abstrato em 4 grupos: os clássicos delitos de perigo abstrato, as ações de massa, os crimes com bem jurídico intermédio espiritualizado e os chamados delitos de aptidão abstrata (ou de perigo abstrato-concreto). ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., pp. 407-411. No entanto, em razão dos estritos limites do presente estudo, não será possível abordar todas as classificações doutrinárias formuladas sobre o tema.

⁵⁰⁸ Como prefere Luís Greco. GRECO, Luís. *"Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato...* Op. cit., p. 128.

⁵⁰⁹ HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., pp. 290-291.

⁵¹⁰ Conforme ressalta César Roberto Bitencourt, "há um caminho que o crime percorre, desde o momento em que germina, como ideia, no espírito do agente, até aquele em que se consuma no ato final. A esse itinerário que o crime percorre, desde o momento da concepção até aquele em que ocorre a consumação, chama-se *iter criminis* e compõe-se de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, executórios e consumação)". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 236.

Há, contudo, situações específicas em que o legislador penal, com o fim de proteger de maneira mais efetiva um determinado interesse, opta por antecipar sua tutela a um momento prévio ao da lesão ou do perigo real⁵¹¹, criminalizando de forma autônoma a prática de um ato de preparação⁵¹². Nestas hipóteses, por se tratar de uma tipificação autônoma e não de uma mera punição pela participação em crime alheio, como ocorre no caso do concurso de agentes⁵¹³, a imposição da sanção penal ao autor do ato prévio se desvincula de eventuais delitos futuros dele decorrentes, podendo incidir independentemente da ocorrência ulterior de qualquer crime. Ou seja, após a edição da norma penal que incrimine um ato de preparação, a análise da configuração do delito passa a depender exclusivamente das circunstâncias fáticas presentes no momento da ação preparatória⁵¹⁴, não tendo qualquer importância para sua caracterização a verificação da efetiva ocorrência de algum outro crime posterior⁵¹⁵.

A grande questão que envolve essa forma de antecipação da tutela penal está relacionada com os critérios que deverão ser observados pelo legislador penal para que o autor de um ato prévio possa responder de forma mais ampla por algumas consequências decorrentes de sua ação, ainda que tais consequências sejam incertas e dependam de outros comportamentos para que possam ocorrer. Evidentemente, ao legislador não é permitido, a pretexto de outorgar maior proteção a algum bem jurídico, por mais relevante que ele seja, penalizar de forma autônoma todo e qualquer ato preparatório que, de alguma maneira, contribua causalmente para a prática de um crime futuro, não sendo suficiente para legitimar essa forma de tipificação antecipada a simples vinculação da conduta prévia a uma possível lesão futura a um bem jurídico. Na realidade, para que se possa defender antecipadamente um

⁵¹¹ É exatamente por dispensar a ocorrência de lesão ou de perigo concreto de lesão ao bem jurídico que os delitos de preparação são considerados crimes de perigo abstrato.

⁵¹² Em nossa legislação há diversos exemplos de crimes preparatórios, muitos dos quais amplamente aceitos pela doutrina, tais como os delitos de incitação ao crime (artigo 286, do Código Penal), de quadrilha (art. 288, do Código Penal), de petrechos para a falsificação de moedas (art. 291, do Código Penal), de posse, fabricação ou transporte de substâncias perigosas (art. 253, do Código Penal, e art. 16, parágrafo único, III, da Lei 10.826/03) ou de armas de fogo (artigos 14, 16, 17 e 18, todos da Lei 10.826/03), além de outros.

⁵¹³ No caso do concurso de agentes, partícipe e autor respondem, na medida da culpabilidade de cada um, por um único crime, sendo necessário para a responsabilização penal do primeiro (partícipe) que o crime chegue ao menos a ser tentado pelo autor (artigo 31, do Código Penal).

⁵¹⁴ Ocasão em que serão analisados os três elementos que compõem o conceito analítico de crime, que são a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

⁵¹⁵ Aliás, é justamente por essa razão que alguns doutrinadores têm defendido, com acerto, que a previsibilidade da conduta delituosa futura é desnecessária para a caracterização dos delitos de preparação, já que o importante nestas hipóteses não é a possibilidade de previsão de um concreto resultado delitivo (e nem mesmo a efetiva ocorrência deste resultado), mas sim (e apenas) a análise do comportamento irregular adotado por alguém em relação a uma fonte de perigo sobre a qual ele tenha o domínio. Neste sentido, HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 293.

determinado bem frente a potenciais condutas criminosas futuras mediante a proibição penal de um ato de preparação é preciso avaliar que interesses estarão em jogo com a prática desse ato, ou seja, analisar quais são os interesses que, em geral, a ação visa a alcançar – se legítimos ou não⁵¹⁶ –, verificar se ela produz benefícios que podem ser compartilhados pelos demais integrantes da sociedade e se estes benefícios estão integrados na dinâmica da vida moderna⁵¹⁷, e, por fim confrontar os interesses buscados e benefícios produzidos com a maior vulnerabilidade que a realização da ação representará ao bem jurídico em questão.

Assim, com base nessas diretrizes, é possível afastar, de plano, a possibilidade de criminalização autônoma daqueles comportamentos que, em regra, são seguidos de outros atos legítimos que produzem resultados benéficos para a sociedade, ainda que eles representem, de alguma forma, um aumento na probabilidade de dano a um bem jurídico relevante. Isto porque em uma sociedade em que a produção de riscos tornou-se parte da dinâmica das relações sociais e da produção da maior parte da riqueza mundial⁵¹⁸, a imposição de pena aos autores de condutas que favoreçam a realização de outras ações lícitas, sob o argumento de que elas produziriam riscos para bens fundamentais, praticamente inviabilizaria a vida em sociedade. E esta conclusão sequer pode ser alterada pela possibilidade remota de que a ação precedente possa favorecer o cometimento de algum ato delituoso ulterior. Seria absurdo, por exemplo, admitir a criminalização autônoma da venda de um automóvel ou de um celular pelo simples fato de que estes bens poderiam ser utilizados posteriormente para o cometimento de crimes⁵¹⁹. Conforme salientam von Hirsch e Wohlers, a penalização destes atos "*sería expresión de una <<sociedad de la desconfianza>>*

⁵¹⁶ Conforme ressalta Schünemann, ao abordar os requisitos para a criminalização dos crimes de perigo abstrato em geral, "*antes de la creación de un delito de peligro abstracto siempre ha de plantearse qué interés legítimo podría tener el individuo en la realización en la modalidad de acción en cuestión*". SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas... Op. cit.*, p. 34.

⁵¹⁷ Como ocorre, por exemplo, com a utilização atual dos meios de transporte aéreo, que apesar de proporcionarem inegavelmente um aumento de riscos para bens jurídicos essenciais, tornaram-se indispensáveis à vida moderna.

⁵¹⁸ Segundo observa Beck, "*en la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica*". BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo... Op. cit.*, p. 25.

⁵¹⁹ Evidentemente, desde que presentes os requisitos para a caracterização do concurso de agentes na modalidade de participação, o indivíduo que venha a fornecer conscientemente um veículo para que terceiro pratique uma ação criminosa também poderá responder penalmente pelo delito por este cometido. Neste caso, contudo, conforme já exposto, não há que se falar em tipificação autônoma de um ato preparatório, mas sim na extensão da responsabilidade penal com base nas regras do concurso de pessoas.

limitadora de la libertad de acción de una forma inadecuada e incompatible con la imagen del hombre consagrada en la Ley Fundamental"⁵²⁰.

Na verdade, a tipificação de atos preparatórios potencialmente perigosos somente será considerada válida quando não houver qualquer interesse legítimo a ser alcançado com sua realização, ou seja, apenas nos casos em que as ações precedentes *só*⁵²¹ puderem se vincular a condutas ulteriores ilegais⁵²². Nesse passo, é possível estabelecer quatro situações em que será admissível a proibição, sob a ameaça de uma pena, de comportamentos prévios que sejam potencialmente perigosos a bens com dignidade penal.

A primeira envolve a criminalização de ações dirigidas direta e imediatamente a determinar ou a incentivar que terceiros pratiquem delitos⁵²³. Neste grupo estão, por exemplo, os delitos de incitação ao crime e de apologia ao crime ou criminoso⁵²⁴. Não estão abrangidos por esta forma de criminalização, contudo, aquelas situações em que a ação do primeiro agente configura apenas um modelo comportamental moralmente reprovável para outras pessoas plenamente capazes. Por exemplo, a prática do sadomasoquismo entre adultos não pode ser vedada pelo direito penal sob o argumento de que poderia estimular a prática de delitos sexuais violentos, pois, consoante ressaltam von Hirsch e Wohlers, "*en una sociedad asentada en el concepto de ciudadano capaz de formarse un juicio y adoptar decisiones de forma autónoma debe esperarse que éste no se deje corromper fácilmente por malos ejemplos*"⁵²⁵.

Além disso, podem ser igualmente tipificados de forma autônoma aqueles comportamentos associativos prévios que se destinam *exclusivamente* a agrupar pessoas em torno do cometimento de um número indeterminado de crimes futuros, pois aqui a ação praticada, além de criar condições fáticas mais favoráveis para a realização ulterior de delitos,

⁵²⁰ HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 295.

⁵²¹ Também aqui é válido o mesmo raciocínio feito acima para impedir a criminalização de comportamentos que, de acordo com sua finalidade principal, estejam ligados, em regra, a condutas ulteriores lícitas. Ou seja, se por um lado a possibilidade excepcional de que uma ação venha a contribuir para a prática futura de um delito não permite sua penalização, por outro, não se poderá afastar a legitimidade da tipificação de uma ação diretamente ligada a atos ilegais com o argumento de que sempre será possível teoricamente conectá-la a uma conduta lícita.

⁵²² HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 295.

⁵²³ HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 296.

⁵²⁴ Que estão tipificados, respectivamente, nos artigos 286 e 287, ambos do Código Penal brasileiro.

⁵²⁵ HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 298.

não visa a alcançar qualquer interesse legítimo, sendo incapaz de produzir qualquer resultado benéfico para os demais integrantes da sociedade. Na ordem jurídica brasileira existem diversos casos de delitos associativos, dentre os quais se destacam o crime de quadrilha⁵²⁶, a associação para o tráfico de entorpecentes⁵²⁷, para a prática de lavagem de capitais⁵²⁸ ou para o cometimento de crimes de genocídio⁵²⁹.

Ademais, devem também ser consideradas legítimas as penalizações de comportamentos que transmitem um *Know-how* delitivo⁵³⁰, ou seja, ações que tenham como único propósito repassar a terceiros conhecimentos específicos sobre a criação de determinadas fontes de perigo que *somente* poderão ser utilizadas para a prática de crimes graves⁵³¹. Assim, por exemplo, pode o legislador perfeitamente proibir a difusão de instruções para a fabricação de artefatos explosivos de alto poder destrutivo de uso restrito das forças armadas, já que tais objetos, em razão de seu potencial de destruição (que transcende em muito daquilo que é necessário para a mera defesa pessoal), só poderão ser utilizados por particulares para o cometimento de ilícitos penais altamente lesivos a bens essenciais como a vida e o patrimônio.

Por fim, devem ser tidas como válidas também as proibições penais de atos de fabricação e de colocação em circulação de determinados produtos perigosos⁵³². Aqui também será preciso diferenciar aqueles objetos que, por sua natureza, só podem ser utilizados por pessoas privadas para fins ilícitos (como ocorre com certos instrumentos de combate militar como a granada, por exemplo), daqueles que, de acordo com sua finalidade, podem ser utilizados tanto para fins legais como ilegais (tais como a arma de fogo ou certos explosivos que não sejam considerados meios exclusivos de combate militar)⁵³³. Na primeira

⁵²⁶ Artigo 288, do Código Penal brasileiro.

⁵²⁷ Artigo 35, da Lei 11.343/2006.

⁵²⁸ Artigo 1º, § 2º, inciso II, da Lei 9.613/1998.

⁵²⁹ Artigo 2º, da Lei 2.889/1956.

⁵³⁰ HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 297.

⁵³¹ Caso haja a transmissão de um conhecimento específico que possa ser utilizado tanto para fins lícitos como também para fins ilícitos não será possível sua proibição penal.

⁵³² HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 297.

⁵³³ Há uma terceira categoria que engloba os produtos que, apesar de criarem certos riscos e poderem ser usados para fins delitivos, estão vinculados, em regra, a comportamentos posteriores lícitos. Por exemplo, um veículo automotor pode ser utilizado para a prática de um crime, mas seu uso *ordinário* é o transporte regular de pessoas. Nestas hipóteses, é inegável a impossibilidade de criminalização do fabrico ou da colocação em circulação destes objetos.

hipótese, a criminalização será sempre considerada válida, já que inexistente qualquer expectativa legítima a justificar a fabricação ou a colocação em circulação destes produtos por particulares⁵³⁴. Já nos casos em que os artefatos poderão ser usados tanto para fins legítimos como para fins ilegítimos, será necessário uma prévia regulamentação administrativa que diferencie as formas de uso permitidas daquelas que, *em razão do potencial de risco envolvido*, não poderão ser realizadas legitimamente por particulares. Nesta última situação, a imposição de uma sanção penal só será possível quando a fabricação ou a colocação em circulação estiverem em desacordo com a regulamentação administrativa formulada.

4.4.2 Delitos cumulativos (ou de cumulação)

Nos delitos cumulativos (ou de acumulação), o legislador criminaliza comportamentos que são individualmente incapazes de causar uma lesão significativa ao interesse juridicamente protegido, mas que uma vez repetidos de forma generalizada podem, a partir de uma avaliação realista, provocar danos de consequências incalculáveis⁵³⁵.

Os delitos cumulativos diferenciam-se dos crimes preparatórios pois nestes últimos o resultado lesivo futuro que se pretende evitar é causado basicamente por uma conduta posterior relativamente autônoma em relação à ação inicialmente praticada, enquanto no caso da acumulação o dano se origina de um somatório de ações realizadas em uma mesma direção, ações estas que, em regra, possuem importância similar em termos de contribuição causal para a ocorrência do dano.

A técnica da proibição de condutas baseada na ideia de acumulação destina-se a tutelar essencialmente determinados bens coletivos⁵³⁶ – como, por exemplo, o meio

⁵³⁴ Além disso, consoante bem salientam von Hirsch e Wohlers, "*la penalización de la fabricación, puesta en circulación y manejo de éstos no priva a los ciudadanos de opciones de actuación digna de protección*". HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 297.

⁵³⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 226-227, e HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 299.

⁵³⁶ Diferentemente do que ocorre com os delitos preparatórios, que buscam tutelar tanto os interesses individuais como também os interesses coletivos. No entanto, para von Hirsch e Wohlers "(...) *en los tipos penales que sancionan determinadas modalidades de conducta en el estadio previo al menoscabo de intereses colectivos, normalmente concurre una combinación entre delitos preparatorios y delitos cumulativos. Como ejemplo al respecto pueden señalarse los delitos de falsificación de moneda*". HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., pp. 288-289.

ambiente⁵³⁷, a fé pública na autenticidade das moedas e o cumprimento das tarefas públicas indispensáveis à coexistência pacífica entre os indivíduos⁵³⁸ – que, em geral, dada sua magnitude, não podem ser afetados significativamente por um único comportamento humano, mas apenas por um conjunto de atos que, somados, serão materialmente capazes de afetá-los de maneira relevante⁵³⁹. O seu fundamento normativo principal está no dever geral de cooperação (*duty of cooperation*) que todos os integrantes de uma sociedade (pelo simples fato de conviverem em comunidade) devem ter em relação à manutenção de certos interesses sociais relevantes⁵⁴⁰. Este dever geral não se esgota apenas na não causação de danos a terceiros (*neminem laede*), mas engloba também, conforme salientam von Hirsch e Wohlers, "*la obligación de colaborar para garantizar el estado en el que <<cada uno puede recibir lo suyo (suum cuique tribuere)>>*"⁵⁴¹. Em outras palavras, como todos os cidadãos usufruem

⁵³⁷ Conforme ressalta Susana Aires de Sousa, "*a tutela do meio ambiente é, por tradição, o campo experimental dos delitos cumulativos*". SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes Fiscais... Op. cit.*, p. 227.

⁵³⁸ Existe intenso debate na doutrina acerca da possibilidade de que determinadas funções estatais possam integrar o conceito de bem jurídico. Alguns autores, como Juarez Tavares, por exemplo, tem buscado diferenciar o bem jurídico das chamadas funções estatais, sob o argumento de que estas envolveriam atividades administrativas do Estado referentes ao controle sobre determinado setor da vida ou de seu próprio organismo e, ao contrário dos bens jurídicos, que representam por si só um valor, as funções seriam meramente instrumentais e só teriam existência e sentido numa determinada relação. Como exemplos, Juarez Tavares menciona a função administrativa de controle do tráfego rodoviário, que é exercida pelo Estado sobre a base de uma relação de que veículos circulam por estradas e ruas, e a função de controlar a arrecadação de receitas e das despesas. No entanto, apesar desta posição restritiva, Juarez Tavares também admite, em situações excepcionais, e desde que observados certos parâmetros, que determinadas funções públicas sejam penalmente tuteladas. Conforme salienta Tavares, "*em face da complexidade da vida, algumas funções se vão materializando, de tal modo que suas variáveis possam constituir uma realidade, ainda que puramente normativa, mas irreduzível a simples grandezas, fato que as torna indispensáveis à existência do Estado ou do próprio indivíduo. Isso ocorre, por exemplo, com a administração da justiça, que é hoje uma função indeclinável do Estado democrático. A característica dessa função de servir, indistintamente, a todos, no sentido de uma universalidade e sua vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico, porque se constitui valor da pessoa humana*". TAVAREZ, Juarez. *Teoria do Injusto Penal... Op. cit.*, pp. 209-212. Já Claus Roxin, ao abordar o tema, reconhece de forma expressa que determinadas tarefas públicas estatais, dada sua indiscutível relevância para a convivência livre e pacífica dos indivíduos, poderão ser tuteladas pelo direito penal, sempre que não puderem ser protegidas por outros meios menos graves. Neste sentido, ele afirma que "*o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (...), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor*". ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos... Op. cit.*, pp. 17-18.

⁵³⁹ Segundo Hefendehl, a ideia de acumulação visa a suprir a falta de uma causalidade lesiva real entre uma ação humana determinada e o bem jurídico, substituindo-a por um equivalente material. Para ele, "*el pensamiento de la acumulación desarrollado en los delitos de cohecho o contra el medio ambiente encarna tal equivalencia*". HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material... Op. cit.*, pp. 194-195.

⁵⁴⁰ Neste sentido, HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito... Op. cit.*, p. 300.

⁵⁴¹ *Idem.*

igualmente dos benefícios gerados por determinados bens jurídicos⁵⁴², a ninguém é dado invocar um suposto direito de liberdade de ação para praticar condutas que devem ser evitadas por todos os demais integrantes da sociedade para o resguardo destes mesmos bens⁵⁴³. Quem pretende viver em comunidade e auferir os benefícios dela decorrentes deve também suportar certos ônus, não podendo atuar de forma narcizista e praticar uma ação ciente de que sua repetição pelos demais cidadãos causará danos graves a bens essenciais ao desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos.

Assim, diante de determinados interesses de indiscutível relevância social que, em razão de sua magnitude, só possam ser afetados significativamente pela repetição de certos comportamentos, o Estado, com base no dever geral de cooperação e com o objetivo de outorgar-lhes uma proteção mais efetiva, pode, legitimamente, proibir a prática de tais condutas a fim de evitar a indesejada acumulação de ações. Trata-se de uma forma válida de regulação da vida em sociedade, que se insere no âmbito da missão constitucionalmente atribuída aos Estados modernos e que é perfeitamente compatível com os valores consagrados na Carta Maior.

Isto não quer dizer, no entanto, que o dever geral de cooperação autorize a criminalização de qualquer ação sob o argumento de que sua repetição poderia causar lesões significativas a certos bens jurídicos relevantes, até porque a maior parte das ações, se levadas a cabo por um número considerável de pessoas, poderá produzir consequências socialmente indesejadas⁵⁴⁴. Na realidade, para que esta técnica de tipificação seja considerada válida como forma de antecipação da tutela penal, será preciso que o legislador realize uma prognose realista acerca das ações que são praticadas cotidianamente e dos efeitos prováveis de sua realização em massa. Para tanto, ele deve se basear em dados empíricos e em conhecimentos científicos para, com certo grau de segurança, verificar a probabilidade de repetição em grande quantidade dos atos indesejados e estabelecer os efeitos deletérios que essa repetição

⁵⁴² Todos os indivíduos, por exemplo, beneficiam-se, ao menos potencialmente, dos efeitos positivos de um meio ambiente saudável e das prestações públicas realizadas pelo Estado.

⁵⁴³ Essas pessoas seriam equiparadas aos chamados – pelos economistas – de *free-riders* ou *free-loaders*, que são aqueles indivíduos que retiram vantagens do comportamento corporativo dos outros cidadãos que se sacrificam para o alcance de um objetivo comum ou para a defesa de um bem público, aproveitando-se dos benefícios por eles gerados sem contribuir para os mesmos. Neste sentido, SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes Fiscais... Op. cit.*, p. 235.

⁵⁴⁴ "Por ejemplo: la persona que pasea silbando, o incluso cantando, no plantea ningún problema; la cosa cambia si imaginamos a miles de conciudadanos paseando por las calles silbando o cantando". HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito... Op. cit.*, p. 301.

reiterada poderá provocar em um bem jurídico⁵⁴⁵. Apenas nos casos em que for absolutamente provável a repetição dos comportamentos avaliados e, com isso, a produção de danos relevantes a bens de fundamental importância social é que será possível – desde que, é claro, a prática do comportamento não possa ser evitada por meio de uma sanção menos grave – a proibição penal.

Desta forma, a criminalização de certas ações com base na ideia de acumulação será válida sob a ótica da necessidade e da adequação da sanção penal desde que sejam observadas três condições fundamentais: a de que os fatos proibidos, ainda que isoladamente sejam incapazes de causar lesão ou perigo concreto, se praticados por um número considerável de pessoas, passam a converter-se em uma ameaça real para um determinado bem de importância fundamental⁵⁴⁶; que esta ameaça esteja baseada em estudos empíricos e nos conhecimentos científicos disponíveis sobre o tema; e, por fim, que a probabilidade da lesão não possa ser afastada sem a imposição de uma pena⁵⁴⁷.

Com isso, uma vez observados esses parâmetros, será possível, inclusive, afastar as principais objeções formuladas contra os delitos de cumulação, especialmente aquelas relacionadas com a sua compatibilização com os princípios da lesividade, da culpabilidade (individual) e da proporcionalidade⁵⁴⁸. De fato, na medida em que o legislador verifica, por meio de elementos empíricos e de dados científicos, que a repetição de um comportamento é provável e que poderá efetivamente causar graves danos a um bem essencial e também que somente através da ameaça da pena será possível coibir sua prática, fica difícil

⁵⁴⁵ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal... Op. cit.*, pp. 152-153, e HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito... Op. cit.*, pp. 301-302.

⁵⁴⁶ Deve-se aplicar aqui também o princípio da insignificância a fim de afastar a possibilidade de criminalização daqueles comportamentos que, mesmo que reiteradamente repetidos, são incapazes de afetar de forma significante o bem jurídico protegido. Neste sentido, HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material... Op. cit.*, p. 195.

⁵⁴⁷ Neste sentido, FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito... Op. cit.*, p. 337.

⁵⁴⁸ Dentre os críticos da ideia de acumulação estão, por exemplo, Martínez-Buján Pérez e Tatiana Vargas Pinto. Segundo Martínez-Buján Pérez, "(...) la construcción de los delitos de acumulación debe ser criticada por suponer una vulneración del principio de proporcionalidad, en la medida en que la pena asignada a la infracción en cuestión rebasa la gravedad de la conducta individual". MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico... Op. cit.*, pp. 181-182. Já Tatiana Vargas Pinto afirma que "no debe ser relevante el supuesto hipotético de que una conducta aislada inocua se le sume otras del mismo tipo para sostener la afección del bien jurídico-penal. La conducta individual ha de ser en sí misma lo suficientemente grave para crear una situación desvalorada por la norma penal, la que debe sancionarse en proporción a tal gravedad. Desde ya entendemos que es difícilmente sostenible la pena basada en la sola aptitud general de un comportamiento, ni siquiera si es concreta, si no se logra afectar aquello que se tutela. La tendencia natural a vincular tipos que protegen bienes colectivos con los delitos acumulativos ha de detenerse a efectos penales. No se puede sancionar más allá de la culpabilidad particular del agente por su hecho propio e individual. De ahí la importancia de la gravedad, calidad y suficiencia de la conducta y su efecto". PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto... Op. cit.*, p. 93.

sustentar que a criminalização de certas contribuições cumulativas possa representar uma violação aos princípios da lesividade e da proporcionalidade⁵⁴⁹.

Além disso, a partir do momento em que é elaborada a norma penal proibitiva, editada com estrita observância dos parâmetros materiais acima fixados e com a descrição precisa de um comportamento que contribui causalmente⁵⁵⁰ para a lesão a um bem relevante, aquele que opta conscientemente pela realização do ato, ciente de que está colaborando para a afetação de um interesse cuja conservação ele também é diretamente interessado, não poderá alegar estar sendo punido por um injusto de terceiro (*ex iniuria tertii*)⁵⁵¹. Assim, por exemplo, condutas como a falsificação de moedas, ainda que só abalem o bem jurídico tutelado (no caso, a fé pública) se adotadas por um contingente considerável de pessoas, podem perfeitamente ser proibidas sob a ameaça de uma pena com base na ideia de acumulação, já que nestes casos parece pouco discutível não só a indispensabilidade da sanção penal para evitar a repetição generalizada de falsificações⁵⁵², mas também os efeitos deletérios à convivência social que essa repetição será capaz de causar, não sendo válido aqui afastar a possibilidade de imposição de pena sob a alegação de que se trataria de um ilícito *ex iniuria tertii*⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Sobre o tema, Wolfgang Frisch afirma com peculiar clareza que "(...) también frente a aquél que realiza una conducta que aisladamente considerada no lesiona o pone en peligro gravemente el bien jurídico, debe poderse oponer, desde el punto de vista del discurso argumentativo, que la protección de tales bienes, en cuya conservación él mismo está también interesado, sólo es posible de esa manera. Así, una persona racional que pueda reconocer estos aspectos, no debe poder objetar frente al castigo, en todo caso por él evitable, que se trata de una reacción desproporcionada en relación con el limitado efecto de una conducta concreta. Si se respetan las tres condiciones mencionadas, la persona recibe aquí sólo lo que resulta adecuado porque no existen reacciones eficientes de menor intensidad – siempre y cuando se respeten aquellas condiciones – y la renuncia a la pena se antoja como una reacción inadecuada en consideración a la conservación del bien". FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito...* Op. cit., p. 337.

⁵⁵⁰ Ainda que em concurso com outras ações ilícitas praticadas por terceiros.

⁵⁵¹ Consoante ressalta Hefendehl, "la objeción de que por medio de la acumulación se termina fundamentando el ilícito *ex iniuria tertii* sólo sería cierta si en el marco de la concreta configuración típica se realizara una remisión al injusto de terceros para fundamentar la responsabilidad". HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material...* Op. cit., p. 195. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 152-153.

⁵⁵² Conforme já exposto, diante da natureza da conduta criminosa (*falsificação de moedas*), não há dúvidas de que somente a sanção de natureza penal será capaz de produzir algum efeito preventivo que coíba a prática destas ações.

⁵⁵³ Já aquelas ações cuja contribuição para a produção do dano é irrisória, ainda que realizadas por um número incontável de pessoas, não poderão ser objeto de criminalização, da mesma forma que os comportamentos que possam ser coibidos *eficazmente* por meio de uma simples imposição de multa administrativa, pois nestas situações a imposição de uma pena representaria – em razão da ausência dos parâmetros materiais acima fixados – uma violação dos princípios da lesividade e da proporcionalidade.

4.4.3 Delitos de ação concretamente perigosa (ou de perigosidade concreta)

O delito de ação concretamente perigosa (também chamado de delito de perigosidade concreta) é aquele em que a conduta penalizada pelo legislador é por si só potencialmente perigosa para o bem jurídico-penal, ou seja, a ação tipificada é apta a causar um dano ou uma situação de perigo real ao bem jurídico independentemente da superveniência de qualquer outra ação humana⁵⁵⁴, não sendo, contudo, exigível para sua caracterização a efetiva ocorrência de lesão ou de perigo concreto ao interesse tutelado⁵⁵⁵.

O grande problema que envolve este tipo de criminalização, contudo, é que a sociedade atual, conforme visto no capítulo anterior, é marcada justamente pela produção constante de riscos graves pelo homem, riscos estes que, em sua maioria, já foram incorporados ao cotidiano das pessoas e se tornaram essenciais ao estilo de vida moderno. Por exemplo, atividades como a exploração da energia nuclear e o uso do transporte aéreo, além de inúmeras outras que poderiam ser aqui mencionadas, apesar de serem em si mesmas potencialmente perigosas a bens jurídicos essenciais, não poderão, apenas por este motivo, ser legitimamente proibidas pelo Estado, especialmente diante da importância que adquiriram no atual contexto social.

Desta maneira, torna-se fundamental identificar com base em que critérios o legislador penal poderá proibir, sob a ameaça de uma pena, a prática de condutas em si potencialmente perigosas sem que isto represente uma interferência ilegítima na liberdade individual e uma forma de regulação social incompatível com as necessidades da vida moderna.

Existem basicamente três requisitos cumulativos que devem necessariamente ser observados pelo legislador por ocasião da criminalização de ações de perigosidade concreta.

Com efeito, para que uma conduta potencialmente perigosa possa, por esta razão, ser proibida, é preciso, em primeiro lugar, que ela crie um risco de dano relevante ao bem jurídico tutelado. Este risco deve ser aferido pelo legislador a partir de dados empíricos e

⁵⁵⁴ É exatamente isto que o diferencia dos crimes anteriormente estudados, já que tanto nos delitos preparatórios como nos delitos cumulativos, a conduta inicialmente realizada é incapaz de produzir autonomamente uma lesão ou um perigo concreto ao interesse tutelado. Neste sentido, HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., pp. 289-290.

⁵⁵⁵ Por isso ele não é considerado um delito de lesão ou de perigo concreto.

de eventuais conhecimentos técnicos existentes e terá que ser necessariamente superior ao que ordinariamente é tolerado pelos cidadãos em uma determinada atividade, gerando uma situação de tal forma perigosa que os benefícios por ela produzidos se tornem secundários diante da forte probabilidade da lesão a certos interesses. Por exemplo, o tráfego viário, apesar de representar inegavelmente um risco relevante para a vida, a saúde e o patrimônio das pessoas em geral, é, em princípio, admitido pelo legislador porque assim exigem os interesses do bem comum⁵⁵⁶. No entanto, quando não são observadas determinadas regras de cuidado editadas com o objetivo de minimizar os riscos criados aos bens jurídicos⁵⁵⁷, o perigo de lesão pode aumentar de tal maneira que as pessoas deixem de aceitá-lo como válido⁵⁵⁸.

Além disso, para que seja considerada legítima, é preciso também que a vedação do comportamento de perigosidade concreta esteja diretamente relacionada à proteção de bens jurídicos de relevância fundamental para o indivíduo e para a sociedade – tais como o meio ambiente, a vida ou o patrimônio das pessoas –, não sendo possível que ela se destine apenas a facilitar o cumprimento de uma função administrativa do Estado. Por esse motivo, o Estado não pode criminalizar condutas que violem regras de trânsito editadas, por exemplo, com o objetivo principal de evitar engarrafamentos – tais como as que impedem alguém de estacionar seu veículo ao lado de outro em fila dupla ou de pará-lo na área de cruzamento de vias, prejudicando a circulação de outros veículos⁵⁵⁹ –, pois nestes casos a vedação estabelecida não está vinculada à proteção de qualquer bem jurídico fundamental, mas apenas visa a favorecer o exercício da função estatal de regulação do tráfego viário. Ao contrário, é perfeitamente legítima a penalização⁵⁶⁰ de ações que violem regras de cuidado destinadas a minimizar riscos graves produzidos a bens jurídicos essenciais, tal como a que impede alguém de dirigir embriagado, já que nestas situações é inequívoca a vinculação entre

⁵⁵⁶ Neste mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 371-372.

⁵⁵⁷ Como a regra que impede que alguém conduza um veículo embriagado, editada com base em estudos que demonstram que uma pessoa sob o efeito do álcool tem seus reflexos consideravelmente diminuídos e por isso maior probabilidade de causar acidentes de trânsito do que aquele que dirige sóbrio. Esta maior probabilidade, aliás, tem sido comprovada pelas estatísticas de acidentes ocorridos no Brasil.

⁵⁵⁸ Neste ponto, poderão aqui ser utilizados os critérios já consagrados para a definição do que seja o risco proibido para fins de imputação objetiva do resultado. Sobre estes critérios, ver, por todos, ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 365 e ss.

⁵⁵⁹ Estas regras estão previstas, respectivamente, no artigo 181, inciso XI, e no artigo 182, inciso VII, ambos do Código de Trânsito brasileiro (Lei 9.503/97).

⁵⁶⁰ Desde que, é claro, cumpridos os demais requisitos necessários para a criminalização das condutas de perigosidade concreta.

a proibição existente e a maior proteção que se busca outorgar aos bens jurídicos potencialmente atingidos pela conduta vedada.

Por fim, a tipificação autônoma desse tipo de comportamento pressupõe que os riscos por ele criados a bens essenciais não possam ser mantidos sob o controle do agente de forma suficientemente segura e nem possam ser devidamente compensados por terceiros. Em outras palavras, nesta espécie de delito, é fundamental que o agente, com sua conduta, crie uma situação incontrolável de forma que a ocorrência ou não de uma lesão grave a um bem fundamental escape integralmente de seu domínio⁵⁶¹.

Assim, a realização típica desta categoria de crimes pressupõe apenas que a conduta selecionada tenha, sob uma perspectiva *ex ante*⁵⁶², a aptidão genérica para lesar gravemente um bem fundamental, independentemente de qualquer outra intervenção humana, não sendo preciso para sua caracterização a produção efetiva de um resultado de lesão ou de perigo concreto *ex post*. Basta somente a produção de um perigo relevante não permitido e que fuja ao controle do autor da ação.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio é possível mencionar, como exemplos de delitos estruturados com base na potencialidade lesiva do comportamento e que observam todos os critérios acima fixados, os crimes de condução do veículo em estado de embriaguez⁵⁶³ e de gestão fraudulenta e temerária de uma instituição financeira⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Consoante bem salientam von Hirsch e Wohlers "*el establecimiento de una fuente de peligro que por su clase resulta incontrolable y que parece intolerable desde la perspectiva del acuerdo normativo de la sociedad supone arrogarse un poder de configuración incompatible con las relaciones de igualdad jurídica, y es, por ello, merecedor de pena*". HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...* Op. cit., p. 306. No mesmo sentido, PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto...* Op. cit., p. 393.

⁵⁶² Ou seja, que é realizada antes da ocorrência efetiva do fato e que, por isso, não leva em consideração as circunstâncias reais de um caso concreto. Aliás, nunca é demais ressaltar que é justamente por não analisar (e exigir) a existência de um perigo efetivo diante da situação real ocorrida no mundo dos fatos que o crime de ação concretamente perigosa é considerado um delito de perigo abstrato.

⁵⁶³ Artigo 306, do Código brasileiro de trânsito (Lei 9.503/97).

⁵⁶⁴ Artigo 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei 7.492/86. Em ambos os casos, a conduta praticada cria um risco de quebra da instituição financeira – e, portanto, de lesão ao patrimônio de todos os investidores – acima do risco tolerado pelas regras de mercado e a ocorrência ou não do dano escapa do domínio do responsável pela administração da instituição financeira.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou abordar a questão relativa à possibilidade de proteção penal de bens jurídicos difusos ou abstratos e a discussão em torno da legitimidade da criminalização de comportamentos de perigo abstrato, partindo-se, para tanto, da construção de um conceito material de crime que fosse, ao mesmo tempo, capaz de legitimar o sistema penal e de fornecer parâmetros materiais mais concretos para a seleção das ações e omissões penalmente relevantes.

Inicialmente, foram apontados os dois principais fins do direito penal no Estado contemporâneo: a redução da violência privada (alcançada mediante a proibição, sob a ameaça de uma pena, dos comportamentos sociais mais danosos) e a diminuição da violência estatal (obtida por meio da contenção do arbítrio estatal na escolha do que e de como punir). Estas duas finalidades foram definidas a partir de duas premissas essenciais, quais sejam, a de que o direito penal seria o instrumento de controle social mais rígido colocado à disposição do Poder Público para a regulação da vida em sociedade e a de que seu objetivo não poderia divergir daquele atribuído constitucionalmente ao Estado de Direito democrático e social, que é o de possibilitar o desenvolvimento mais amplo possível da personalidade de cada cidadão.

Após, buscou-se analisar a tentativa de construção de um conceito material de delito que fosse apto a conter o arbítrio estatal e a legitimar o sistema penal. Segundo constatou-se, esta construção somente ganhou força no período da Ilustração com o aparecimento de diversas concepções filosóficas que, baseadas na ideia da razão como fator essencial para o progresso da humanidade, buscaram desvincular o conceito de crime de questões ético-religiosas. Foi neste contexto que surgiram algumas construções teóricas que objetivaram conceituar materialmente o crime, sendo a primeira tentativa moderna de se estabelecer uma concepção crítico-legitimadora do direito penal de Anselm von Feuerbach, que definiu o crime com base na ideia de lesão a direitos subjetivos.

Em seguida, abordou-se o surgimento da noção material de crime como lesão a bens (jurídicos), em obra de Johann Michael Franz Birnbaum datada de 1834, e sua consolidação a partir do embate travado entre os positivistas Binding e Liszt, sendo que,

desde então, a discussão em torno de seu potencial legitimante e crítico da ordem jurídico-penal sempre estiveram presentes no debate doutrinário.

Além disso, foi visto também que o processo de evolução da teoria do bem jurídico e sua conseqüente utilização para a construção de um conceito material de crime não observaram um percurso linear constante, mas foram marcados por inúmeras reviravoltadas, o que não impediu, contudo, que, desde as últimas décadas do século XX, o delito fosse definido majoritariamente como um ato de lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos essenciais à convivência pacífica entre os homens.

Na sequência, em razão de sua relevância para a definição material de crime, buscou-se analisar as principais características do bem jurídico e os critérios que deveriam permear a escolha, pelo legislador ordinário, dos bens merecedores de proteção penal e das técnicas de proibição ou ordenação de condutas que poderiam ser por ele utilizadas.

Assim, partiu-se de uma concepção valorada e relativa de bem jurídico para apontar duas fontes essenciais de onde deveriam ser extraídos parâmetros de orientação para o legislador penal na escolha dos bens jurídicos mais relevantes para o convívio pacífico em uma comunidade.

A primeira fonte apontada foi a Constituição Federal. Neste ponto, foram definidas três formas distintas de vinculação do direito penal com o texto constitucional. Inicialmente, foi ressaltada uma atuação negativa da Constituição, na qual o legislador penal ficaria impedido de criminalizar condutas que pudessem se apresentar como exercício legítimo de direitos constitucionalmente consagrados. Além disso, salientou-se também o papel positivo da Carta Magna como fonte valorativa do direito penal, ou seja, como fonte apta a fornecer ao legislador uma pauta axiológica a partir da qual ele poderia selecionar os interesses merecedores de proteção penal. E, por fim, apontou-se também uma influência impositiva da Constituição que, por meio dos chamados mandados expressos ou implícitos de penalização, imporá ao legislador ordinário o dever de criminalizar certas condutas.

Além da vinculação com a Constituição Federal, foi também mencionado que a escolha dos interesses imprescindíveis para a convivência pacífica em comunidade deveria estar fundada em dados empíricos que refletissem as necessidades reais de seus integrantes, não sendo possível ao legislador basear-se em juízos de valor genéricos que fossem válidos para toda e qualquer sociedade. Ou seja, o legislador, no âmbito da margem de

discricionariiedade conferida pelo texto constitucional, deveria selecionar os bens que, de acordo com as peculiaridades de um determinado sistema social, bem como de seu momento histórico-cultural, fossem os mais relevantes para o desenvolvimento da personalidade humana.

Por fim, após a constatação de que a legitimidade de um tipo penal não poderia se esgotar apenas na remissão a um bem jurídico que fosse fática e constitucionalmente merecedor de tutela penal, mas também dependeria da análise da necessidade e da adequação da técnica de proteção escolhida, foram traçados alguns parâmetros genéricos de atuação a serem observados pelo legislador por ocasião da criminalização de uma conduta.

Assim, foi salientado que o legislador penal devereria avaliar a relevância do bem jurídico cuja tutela pretendia alcançar e também suas principais características para, com base em regras de experiência, em dados empíricos e criminológicos, e em eventuais conhecimentos científicos setoriais, identificar os comportamentos que deveriam ser evitados ou realizados para que um determinado interesse pudesse permanecer incólume ou para que sua afetação fosse a mínima possível. Além disso, foi aduzido que o legislador, no processo de escolha das condutas merecedoras de pena, deveria estabelecer uma ordem de prioridade entre as ações que precisariam ser prevenidas ou praticadas para a preservação dos bens mais relevantes e definir o tipo de sanção aplicável, reservando, à luz do que dispõem os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, a aplicação das sanções mais drásticas para as ações que mais contribuíssem para a afetação do bem jurídico protegido. E estas ações mais graves, segundo constatou-se, não seriam apenas aquelas diretamente lesivas ou criadoras de uma situação de perigo concreto aos bens tutelados, mas englobariam também diversos comportamentos prévios de mero perigo potencial que, por sua vinculação com lesões gravíssimas a bens fundamentais, poderiam ser igualmente evitados ou impostos sob a ameaça de uma pena.

Além desses parâmetros de atuação mais genéricos, foi ressaltado também que para que a técnica de antecipação da tutela penal e a conseqüente dispensa de lesão e de perigo concreto ao bem jurídico fossem consideradas compatíveis com os princípios constitucionais de garantia e com a necessidade de redução do arbítrio estatal, seria preciso que o legislador observasse, por ocasião da criminalização de uma conduta de perigo

potencial, certos requisitos específicos para cada uma das espécies de crimes de perigo abstrato.

Assim, nos delitos preparatórios, aduziu-se que somente poderiam ser criminalizados os comportamentos prévios que não visassem a alcançar qualquer interesse legítimo e que não produzissem benefícios já integrados na dinâmica da vida moderna.

Já nos delitos de acumulação, salientou-se que a tipificação penal só poderia ser considerada válida nas situações em que fosse absolutamente provável a repetição dos comportamentos avaliados e, com isso, a produção de danos relevantes a bens de fundamental importância social, sem que fosse possível evitar a prática do comportamento por meio de uma sanção menos grave.

Finalmente, quanto aos delitos de perigosidade concreta, foi ressaltado que a criminalização destas ações deveria estar diretamente relacionada à proteção de bens jurídicos de relevância fundamental para o indivíduo ou para a sociedade – e não à mera facilitação do cumprimento de uma função administrativa do Estado – e dependeria da criação de um risco de dano extraordinário e intolerável ao bem jurídico tutelado, risco este que não poderia ser mantido sob o controle do agente de forma suficientemente segura e nem poderia ser compensado por terceiros.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 227-264.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, Tradução de Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*, Tradução e ensaio crítico: André Duarte, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 2001.

ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho penal económico y Constitución*, Revista Penal, Año 1. Número 1 - 1998. Publicación semestral de Editorial Praxis, S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, pp. 1-15.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 5ª Edição ampliada e atualizada, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ª Edição revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugênio Raul, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, 6ª Edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. *Teoria Geral do Delito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BOITEUX, Luciana. *Uma Visão Crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico*. In *Direito Penal Tributário*. Coordenadores: Davi de Paiva Costa Tangerino e Denise Nunes Garcia. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, pp. 180-211.

_____. *Os Princípios Penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à Luz do Direito Brasileiro*. In *Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado*. Coordenador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 91-114.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo 3º, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. 1ª Edición, Madrid: Editora Civitas, 2001.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, Coimbra Editora, 2005.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar de penalizar*. In *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Coordenador: Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 375-400.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *"Constituição e Crime". Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*, Traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, 1ª edición, Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 7ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*, Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006.

FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 309-339.

GLIOCHE BÉZE, Patrícia Mothé. *Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. In *Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado*. Coordenador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 149-167.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no direito penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2005.

GRECO, Luís. *"Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 49, julho-agosto de 2004, pp. 89-147.

_____. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*. In *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Coordenador: Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 401-426.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

_____. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 95-104.

_____. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, Ediciones Depalma, año 12, nº 45 a 48, 1989, pp. 275-285.

HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de l norma penal*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 179-196.

HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 285-308.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de Celis. *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam, 2ª Edição, Niterói: LUAM, 1997.

JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?*, *Direito Penal e Funcionalismo*. Coordenadores: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, Tradução de André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 31-52.

_____. *Dogmática de Derecho Penal y La Configuración Normativa de La Sociedad*, 1ª Edição, Madrid: Editora Thomson Civitas, 2004.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 2º, 2ª Edição, Buenos Aires: Editora Losada S.A, 1950.

KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. (ORG.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira.

Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha, Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução e Comentários: José Higinio Duarte Pereira, Atualização e Notas: Ricardo Rodrigues Gama, Tomo I, 1ª Edição, Campinas: Russel Editores, 2003.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª Edição revista e aumentada, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, Buenos Aires: Editora Valletta Ediciones, 2004.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 7ª Edición, Editorial Bdef, Julio César Faira – Editor, 2005.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tradução: Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral, 4ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 8ª Edição Atualizada com a EC nº 28/00, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. "Crimes de Perigo Abstrato" . Revista Jurídica, Ano 52 – Novembro de 2004 – nº 325, p. 98-103.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 11, 2003, pp. 95-164.

PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, 1ª edición, Editorial Aranzadi, SA, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, 2ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina jurisprudência, legislação*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena*, Traducción, Prólogo y notas de Gerónimo Seminara, Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F, Julio César Faira – Editor, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*, Tradução de Pietro Nasseti, São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ª Edição, Madrid: Editora Civitas, 1997.

_____. *Estudos de Direito Penal*, Trad. Luís Greco, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Editora Renovar, 2006. "Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais".

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Tradução: Luís Greco, Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Renovar, 2000.

_____. *Sentido e limites da pena estatal*, em Problemas Fundamentais do Direito Penal, Lisboa: VEGA, 1986.

SALINAS, Daniel e ESCOBAR, Samuel. *Pós-modernidade. Novos desafios à fé cristã*. Tradução: Milton Azevedo Andrade, 1ª Edição, São Paulo: ABU Editora S.C., 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, 6ª edição, São Paulo: Editora Cortez, 2009.

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

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios nº 7, Colômbia, 1996.

_____. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 197-226.

_____. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editora Tecnos, 2002.

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. In HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007, pp. 69-92.

SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*, Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revisão de Lui Flávio Gomes. 2ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SIMÕES, Pedro Coelho. *A supra-individualidade como facto de superação da razão moderna*. In *Temas de Direito Penal Econômico*, Coordenação de José de Faria Costa, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 285-308.

SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil. Aspectos Jurídicos e Criminológicos*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, 3ª edição revista e ampliada, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

_____. *Direito Penal da Negligência. Uma Contribuição à Teoria da Crime Culposos*. 2ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Editora Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 5ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.